



Poder Judicial



BECA MARIA SOLEDAD C/ TELECOM PERSONAL SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

21-00142669-6

Cámara Apelación de Circuito

ACUERDO N° En la ciudad de Rosario, el día de del año dos mil diecinueve, se reunieron en Acuerdo los Jueces de la Cámara de Apelación de Circuito doctores Eduardo Jorge Pagnacco, Ricardo Netri y René Juan Galfré para dictar sentencia en los caratulados “BECA, MARIA SOLEDAD C/ TELECOM PERSONAL SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” CUIJ: 21-00142669-6 (expediente del Juzgado de Primera Instancia de Circuito N° 4 de Rosario).

Se resolvió someter a sorteo el estudio de la causa, resultando el siguiente orden: doctores Ricardo Netri, Eduardo Jorge Pagnacco y René Juan Galfré.

Hecho el estudio de la causa, se resuelve plantear las siguientes cuestiones:

1º) ES NULA LA SENTENCIA RECURRIDA ?

2º) ES JUSTA LA RESOLUCIÓN APELADA ?

3º) QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR ?

A la primera cuestión, el doctor Netri dijo:

Mediante la Sentencia N° 1276 del 19/9/18 (fs. 99/103) el juez de grado resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta por María Soledad Beca contra Telecom Personal S.A. Acogió los rubros daño patrimonial, daño extrapatrimonial y daño punitivo, y estableció intereses desde la mora. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios en favor de los profesionales que intervinieron en la causa.

Contra dicho pronunciamiento, la demandada Telecom Personal S.A. interpuso recursos de apelación y conjunta nulidad (fs. 107), que fueron concedidos por el A-quo a fs. 110.

Ya ante esta alzada, la demandada expresó agravios a fs. 128/143. La actora los contestó a fs. 148/157.

Llamados los autos para sentencia (fs. 161), y firme dicha providencia, pasaron los autos a la sala en estado de resolución.

Entrando ya en el análisis de la cuestión primera, se advierte que el recurso de nulidad deducido en baja instancia no ha sido sustentado ante esta alzada. Por otra parte, en cumplimiento del análisis oficioso que merece el resguardo de las formas sustanciales prescriptas por la ley de rito, se advierte que las actuaciones traídas a resolver no dan cuenta de una violación u omisión formal cuyo quebrantamiento pudiera justificar la declaración de nulidad.

Por ello, voto por la negativa.

A la misma cuestión, los doctores Pagnacco y Galfré dijeron:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propicia el Dr. Netri.

A la segunda cuestión, el doctor Netri dijo:

1) En el primer agravio, la demandada Telecom Personal S.A. denuncia que ha sido mal demandada, por cuanto el contrato de seguro a partir del cual se generó el debate de autos tendría como partes a la actora, por un lado, y a La Caja Seguros S.A., por el otro.

Asegura que es La Caja Seguros S.A. quien brinda la cobertura que reclama la actora y quien define, por ende, los términos de la póliza y las modificaciones que sobre la misma pudieron realizarse. Insinúa que sería entonces La Caja quien habría introducido modificaciones en la póliza de seguros, elevando al 30% y luego al 50% la franquicia a cargo del beneficiario. Telecom Personal S.A. sólo se habría limitado a comunicar al cliente las modificaciones que



Poder Judicial

decidió adoptar La Caja a través de la factura del servicio de telefonía.

La recurrente cuestiona el razonamiento del juez en cuanto sostiene que la comunicación efectuada a través de la factura del servicio de telefonía no constituiría información adecuada y veraz. Sostiene que el A-quo utiliza una “fundamentación meramente retórica y absolutamente desconectada con la realidad” (expresión de agravios, fs. 132). Asegura que la actora estaba debidamente anoticiada de la modificación de los términos del seguro.

Afirma que “El caso fue erróneamente encuadrado y abordado dentro de la óptica de la prestación del servicio de telefonía, cuando en verdad el litigio no versa sobre ello, sino que el conflicto, el thema decidendum, está circunscripto al análisis e interpretación de un contrato de seguro de la actora con La Caja de Seguros S.A.” (expresión de agravios, fs. 133 vta.). Planteó, así, que la sentencia sería incongruente, por cuanto no ha logrado identificar correctamente el aspecto neurálgico a resolver.

En el segundo agravio, señala que es arbitrario el acogimiento del rubro 'daño compensatorio' por la suma de \$ 20.000, por cuanto no hay prueba en autos de que el teléfono de la actora tenga, en el mercado actual, ese valor. Insiste en que es La Caja Seguros S.A. y no Telecom Personal S.A., quien debe reponer el teléfono.

También cuestiona la suma de \$ 5.000 que se reconoció a la actora por el supuesto reemplazo del teléfono. Pone de relieve que no hay ninguna prueba en autos que acredite que la actora adquirió un teléfono por ese valor, y expone que de otorgarse dicha suma, se reconocería una indemnización a la actora por dos teléfonos celulares.

Se opuso a la procedencia del rubro daño moral, alegando que no se habría verificado ninguna situación que pueda dar lugar al menoscabo extrapatrimonial. Cuestionó, también, el acogimiento del rubro 'gastos',

destacando que los mismos no se han justificado.

En el tercer agravio la demandada cuestionó el rubro 'daño punitivo', acogido por el A-quo por la suma de \$ 200.000. Sostuvo que no hubo de su parte una conducta maliciosa que habilite la operatividad de la figura.

En el cuarto agravio cuestionó la tasa de interés establecida por el A-quo, y su fecha de cómputo. Adujo que por haberse fijado la indemnización a valores actuales, durante el período transcurrido entre la notificación de la demanda y la fecha de la notificación de la sentencia debió establecerse una tasa de interés puro, y no una tasa bancaria.

Finalmente, en el quinto agravio la recurrente cuestionó los honorarios regulados por el A-quo, juzgándolos excesivos en relación a la trascendencia económica del juicio, y superiores -incluso- al máximo que admite la normativa arancelaria.

Al contestar los agravios, la parte actora propuso el rechazo del recurso de apelación deducido por la contraria, controvirtiendo todos sus argumentos. Reivindicó -en todos sus términos- la sentencia de grado.

2) Entrando ya en el análisis de la segunda cuestión, se advierte que las partes no discurren en torno a los hechos acontecidos. No hay disputa sobre la premisa fáctica. Eso permite tener por acreditado que la actora, María Soledad Beca, adquirió en Telecom Personal S.A. un teléfono Samsung Galaxy S3 el 21/9/12, por la suma de \$ 3.898,93. Cuando compró el teléfono, contrató -a través de Telecom Personal S.A.- un seguro de La Caja Seguros S.A. que cubría 'destrucción total por cualquier causa accidental, súbita e imprevista'. Ante tales eventos, se debía reponer a la actora un equipo de iguales características al dañado, 'según el listado de precios al público vigente de Telecom Personal S.A.' (constancia de cobertura obrante a fs. 4). La vigencia de la póliza era 'anual renovable'.

El 28/3/14 la actora obtuvo un informe de reparación de Personal que



Poder Judicial

refleja la destrucción total del teléfono (fs. 7). Al presentarse en Telecom Personal S.A. para que le reemplacen la unidad, le informan que previamente tenía que abonar una franquicia del 30% del valor del teléfono, por cuanto las condiciones de la póliza que había suscripto en primer término, que preveían el reemplazo sin franquicia, habían sido modificadas, conforme le había sido informado a la actora a través de la factura que venció el 7/5/13.

Efectivamente, la factura con vencimiento 7/5/13 tenía un recuadro con la siguiente leyenda: “Personal te informa: Te informamos que a partir del 25/6/13 se modificarán las condiciones de la póliza del Seguro llamado Protección Personal y la cobertura de destrucción total tendrá una franquicia a tu cargo, para el primer evento ocurrido en el año, del 30% sobre el precio de venta al momento que recibas el equipo repuesto, según la condición comercial vigente. El resto de las condiciones de póliza no se modifican. Por cualquier duda ingresá en personal.com.ar” (copia obrante a fs. 34 vta.). Esa factura fue abonada sin reparos por la parte actora.

En ese momento, la actora no abonó la franquicia a su cargo y no le reemplazaron el celular destruido.

En el mes de octubre del año 2014, la actora se decide a abonar el 30% de la franquicia para que le reemplacen el teléfono, y en Telecom Personal S.A. le informan que la franquicia había aumentado del 30% al 50%, conforme le había sido informado en la factura que había vencido el 6/8/14.

Efectivamente, en la factura con vencimiento 6/8/14 (fs. 34) se incluyó un recuadro de similares características al plasmado en la factura con vencimiento 7/5/13, en el que se comunicó a la actora que cambiaban las condiciones de la póliza para el caso de destrucción total, incrementándose la franquicia a cargo del beneficiario de un 30% a un 50%.

Disconforme con el proceder de la accionada, la Sra. María

Soledad Beca interpuso reclamo administrativo y entabló -luego- la presente acción judicial.

A partir de este escenario fáctico -en el que, se insiste, ambas partes coinciden- corresponde comenzar el análisis de los agravios de la demandada. En primer lugar se debe abordar el defecto de legitimación que ha insinuado la accionada, que se juzga ajena a la relación jurídica sustancial, arguyendo que el contrato de seguro por destrucción del teléfono vincula a la actora con La Caja Seguros S.A., y no con Telecom Personal S.A.

La recurrente insiste en que es La Caja quien fija las condiciones de la póliza y quien define sus modificaciones. Asegura que el único papel que le cabe a Telecom Personal en ese vínculo es el de comunicar al beneficiario los términos del contrato y las eventuales modificaciones.

Lo cierto es que los antecedentes de la causa no admiten contemplar la hipótesis de ajenidad que se esmera en instalar la recurrente. Es que si bien, en rigor, el contrato de seguro y el contrato de telefonía son dos contratos distintos, no por ello se ha de soslayar la incuestionable vinculación que los une ni la activa participación que tiene la accionada en el contrato de seguro.

Adviértase que Telecom Personal S.A. es el tomador del contrato de seguro. Son los 'Clientes de Telecom Personal S.A.' los sujetos asegurados. Es Telecom Personal S.A. quien acuerda la cobertura con los clientes. Es Telecom Personal S.A. quien debe comunicar al cliente toda modificación de la póliza que afecte la cobertura. Es en las oficinas de atención al cliente de Telecom Personal donde se debe denunciar la destrucción total del teléfono y donde se debe requerir el reemplazo de la unidad. Es a través de la factura de Personal que se cobra el seguro. Todos estos extremos surgen de la prueba documental acompañada en copia a fs. 4/11.

Ante esa participación en el desenvolvimiento del contrato de seguro, ¿Puede Telecom Personal S.A. considerarse ajena al seguro? Evidentemente no.



Poder Judicial

Telecom Personal participa activamente de la vida del contrato de seguro, y ello impide considerarla como un sujeto extraño a la relación jurídica sustancial.

Además de esta participación activa en el contrato, se ha de mencionar -también- el ánimo lucrativo que inspira a Telecom Personal a facilitar a sus clientes la contratación de un seguro por robo, hurto, extravío y destrucción total. Se trata, lógicamente, de una estrategia comercial que persigue cooptar clientes y finalmente, incrementar las ganancias de la empresa.

Concretamente, la contratación del seguro por parte del cliente beneficia a la Telecom Personal S.A. en la medida en que la póliza tiene como “condición excluyente para la vigencia del seguro que el Asegurado posea su línea con abono en estado vigente y sin mora... La baja de la línea por el motivo que sea, importará la pérdida de la cobertura...” (cláusula 5° de la póliza).

Es evidente, entonces, que el contrato de telefonía y el contrato de seguro tienen puntos de contacto, y que comparten una finalidad económica común. Hay una innegable conexidad que impide a la accionada desvincularse de los avatares del cumplimiento del contrato de seguro. Repárese en que los contratos conexos, legislados hoy en el Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 1073 y siguientes), impiden abordar aisladamente el conflicto contractual, e imponen una visión global y conjunta del trasfondo negocial que subyace a la letra del contrato.

Ese abordaje conjunto y global genera implicancias jurídicas para todos los partícipes del negocio, cuya actuación no ha de ser juzgada en forma aislada sino en función de los intereses comprometidos.

Por otra parte, además de la participación activa de la demandada Telecom Personal S.A. en el desarrollo del contrato de seguro, su responsabilidad queda -también- definida por el artículo 40 de la Ley de

Defensa del Consumidor, que prevé la responsabilidad solidaria de todo aquel que haya participado en la cadena de comercialización del producto o servicio del que resulta un daño para el consumidor.

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar la hipótesis de ajenidad que ha intentado instalar la recurrente insinuando un supuesto de falta de legitimación. Cabe ahora indagar en los extremos de la cuestión fáctica, para definir si existió, o no, una conducta reprochable que haya generado un daño a la actora.

En esa tarea, se ha de poner de relieve en primer término que existió, en dos oportunidades, una modificación unilateral del contrato de seguro. Como se reseñó anteriormente, la actora contrató el 21/9/12 un seguro que cubría, sin franquicia, la destrucción de su celular. El plazo del contrato era 'anual renovable'. Antes de que se cumpla un año de la contratación, el 25/6/13, se modificó un aspecto fundamental del contrato, imponiéndose una franquicia del 30% a cargo del beneficiario. El 15/9/14 se volvió a modificar unilateralmente el contrato, elevándose al 50% la franquicia a cargo del beneficiario.

Esas modificaciones, como se señaló, revestían un carácter esencial, por cuanto afectaban directamente la principal obligación a cargo del proveedor, la cobertura.

Allí se evidencia una vulneración palmaria del artículo 19 de la Ley de Defensa del Consumidor en cuanto prevé que: "Quienes presten servicio de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos."

El proveedor no respetó las condiciones del contrato que él mismo predispuso. Las modificó unilateralmente antes del vencimiento del contrato. De hecho, las modificó en un aspecto esencial, reduciendo -primero- en un 30% y luego en un 50% la principal obligación a su cargo. Esa modificación alteró



Poder Judicial

significativamente (en un 50%) la economía del contrato en perjuicio del consumidor. Desnaturalizó la obligación del proveedor al tiempo que restringió los derechos del consumidor.

Por si esto fuera poco, la variación unilateral del contrato le fue impuesta al consumidor, obligándolo a manifestarse por la negativa para el caso de que no consienta la modificación.

El artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor prohíbe expresamente la generación de cargos automáticos cuando éstos se hayan generado forzando al consumidor a expedirse por la negativa. Si bien la norma, en rigor, fue prevista para 'un servicio que no haya sido requerido previamente', es clara la vocación legislativa de erradicar este tipo de mecanismos para tener por verificado el consentimiento del consumidor.

En la especie, la trascendencia de la modificación que se introdujo al contrato hace impropia la comunicación en los términos en que fue realizada. Pues la economía del contrato primigenio resultaba sensiblemente alterada, y ello imponía una manifestación de voluntad expresa e inequívoca, que fuerce al consumidor a un nuevo análisis de los términos de contratación. Y ese no ha sido el proceder del proveedor que, contrariamente, ha introducido una modificación sustancial al contrato y la ha tenido por consentida por el silencio del consumidor.

Y no ha de entenderse, como lo insinúa la recurrente, que el pago sin reparos de las facturas en que se comunicaban las modificaciones del contrato de seguro constituyen un acto del destinatario que revela conformidad. El pago de la factura por parte de un consumidor no representa sino el cumplimiento de la obligación a su cargo en los términos en que fue previamente pactada, y su efecto es evitar el incumplimiento y la mora.

El proveedor no puede, por este mecanismo, sortear las

exigencias que se imponen para introducir una modificación al convenio, que deben estar guiadas por la garantía del derecho a la información del consumidor, único medio para garantizar un consenso razonado con las prestaciones del contrato.

Adviértase, además, que el pago de esa factura no representaba, únicamente, el pago de la prima del seguro, sino que allí se incluía el servicio de telefonía. De manera que la actora debía pagar esa factura para continuar gozando de su teléfono móvil. Mal puede entonces considerarse que ese pago, compelido por la necesidad de contar con el servicio de telefonía, pueda interpretarse como una manifestación asertiva de voluntad en torno al cambio en las condiciones del contrato de seguro.

Por otra parte, no había para la actora un deber de expedirse en respuesta a la propuesta de modificación del contrato que le era comunicada a través de su factura. Por tanto, no puede considerarse a su silencio como una aceptación. Recuérdese que “El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse...” (artículo 263 del Código Civil y Comercial de la Nación). En la misma línea, el artículo 979 del mismo Código prevé que “El silencio importa aceptación sólo cuando existe el deber de expedirse...”. En igual sentido, el art. 919 del Código Civil velezano prescribía que “El silencio opuesto a actos, o a una interrogación, no es considerado como una manifestación de voluntad, conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por la ley...”.

En este caso, como se dijo, no había para la actora ningún deber de expedirse que permita traducir su silencio en una manifestación asertiva de voluntad.

Con lo dicho se descarta la hipótesis que ha intentado instalar la



Poder Judicial

recurrente sobre un supuesto consentimiento de la actora con la modificación de las cláusulas del contrato de seguro. Queda, por tanto, configurada la vulneración del artículo 19 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Desde este análisis se concluye que la actora, María Soledad Beca, fue sometida a una situación jurídica abusiva, por la que se han vulnerados los derechos que le asisten como consumidora. Telecom Personal S.A. ha cooperado en la configuración de esa situación jurídica abusiva en desmedro de los intereses de su cliente. Hay allí una conducta reprochable de parte de la recurrente. Corresponde, por tanto, desestimar las quejas del primer agravio encaminadas a reivindicar la conducta de Telecom Personal S.A.

En el segundo agravio, la recurrente cuestionó la cuenta indemnizatoria. En primer lugar, atacó el monto de \$ 20.000 otorgados en concepto de indemnización por el precio estimado de un celular de características similares al que fue destruido.

Lo cierto es que no hay prueba en autos de cuánto vale actualmente el teléfono celular que había adquirido la actora en el año 2012. No hay prueba siquiera de que ese celular se siga ofreciendo en el mercado. Pero si la demandada recurrente pretendía desvirtuar el reclamo de \$ 20.000 que esgrimió la actora, debía -al menos- aportar al proceso prueba fehaciente de que la suma reclamada es superior al valor del teléfono. Ello deviene del hecho de que es la accionada la que se encuentra en mejor situación para probar tal circunstancia, no obstante lo cual nada aportó al respecto.

Desde hace años el embate del realismo jurídico procesal ha hecho que el eje de la carga de la prueba se viera desplazado por las circunstancias del caso, la buena fe en la búsqueda o demostración de la verdad y el principio de solidaridad o efectiva colaboración, concretándose en lo que se ha dado en llamar “cargas probatorias dinámicas”.

“La doctrina de las “cargas probatorias dinámicas” es en la actualidad el núcleo más importante del contenido más general correspondiente al tema rotulado “desplazamiento de la carga probatoria”. La utilización de dicha doctrina - que persigue una aproximación a la verdad “histórica”- presupone que en la especie no funcionan adecuada y valiosamente los parámetros legales, pretorianos o doctrinarios que regulan la generalidad de los casos. Cuando resulta aplicable la citada doctrina, se genera un desplazamiento de la carga probatoria que puede recaer, vgr., sobre quien está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva; tornándose irrelevante la circunstancia de que la parte sobre la que pesa sea actor o demandado o que se trate de probar hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (Peyrano, Jorge W., “Desplazamiento de la carga probatoria. Carga probatoria y principio dispositivo”, J.A. 1993-III-738).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “La posibilidad de la adquisición de las evidencias no está limitada por ninguna valla y puede obtenerse precisamente de lo hecho o dejado de hacer por quien estaba en mejor situación para llevarlo a cabo adecuadamente” (Fallos: 308-I-733, cit. por Morello, Augusto Mario en “Hacia una visión solidarista de la carga de la prueba” en E.D. 132, pág. 955, cita N° 10).

Lo importante de las cargas probatorias dinámicas es su significado. “Y cuál es?. Pues que el esquema de un proceso moderno debe necesariamente estar impregnado por el propósito de ajustarse lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así el incurrir en abstracciones desconectadas de la realidad. Esto explica que modernamente se conciba que las cargas probatorias deban desplazar de actor a demandado o viceversa, según correspondiere” (Peyrano, Jorge W., “Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, La Ley 1991-B, 1034. Cita Online: AR/DOC/5355/2011).

Por otra parte, la suma de \$ 20.000 que reconoció por este concepto



Poder Judicial

el juez de grado no luce desproporcionada o irrazonable, pues guarda cierta relación con el monto abonado en primer término por la actora (\$ 3.898,93) y la reconocida apreciación del valor de un producto de similares características en el mercado. De manera que no cabe atender el reproche de la recurrente.

En el marco del segundo agravio, la accionada también cuestionó que el A-quo haya acogido un reclamo por \$ 5.000, basado en el costo que tuvo que afrontar la actora para reemplazar el teléfono destruido.

Esta vez, el cuestionamiento de la recurrente ha de ser atendido, por cuanto no hay ninguna prueba en autos de que la actora haya efectuado esa erogación. Por otra parte, como bien lo señala la recurrente, la solución implicaría -en la práctica- cargar a la demandada con la reposición de dos teléfonos celulares, cuando la póliza preveía -lógicamente- la reposición del teléfono dañado por uno de similares características, y esa previsión ya ha sido puesta a resguardo mediante la indemnización de \$ 20.000 reconocida anteriormente.

También se ha cuestionado la procedencia del rubro 'daño moral', que el A-quo estimó en la suma de \$ 15.000 (Resolución N° 2026/18, obrante a fs. 110). La recurrente asegura que "No existe incumplimiento reprochable susceptible de merecer reproche, ni los antecedentes permiten suponer un menoscabo cierto e indemnizable." (expresión de agravios, fs. 137 vta.).

Conforme al análisis desarrollado *supra*, se ha concluido en que existió de parte de Telecom Personal S.A. una conducta reprochable. Y esa conducta reprochable ha contribuido a colocar a la actora en una situación jurídica abusiva, que se juzga susceptible de generar daño moral.

La sensación de angustia e impotencia que naturalmente acompaña a los hechos que atravesó la actora eximen de mayor prueba. Puesto que es evidente que los hechos acreditados en la causa le han

generado un perjuicio de carácter extrapatrimonial. Recuérdese que “el daño moral no requiere prueba específica alguna, en cuanto ha de tenérselo por demostrado por el solo hecho de la acción antijurídica” (S.C.B.A., 13/9/88, J.A. 1988-IV-693). De allí se infiere que la prueba del daño moral surge de los hechos mismos (*in re ipsa*) y, por lo tanto, no cabría exigir prueba directa de su efectiva existencia.

Corresponde, por tanto, desestimar los cuestionamientos que ha realizado la recurrente sobre la procedencia de este rubro.

Finalmente se cuestionó, en el marco del segundo agravio, la procedencia del rubro 'gastos y traslados'.

La actora al demandar reclamó que se reintegren los gastos de transporte, llamados telefónicos y consultas jurídicas por la suma de \$ 2.500. Estos gastos, se ha de decir, no están en la categoría de 'gastos presumibles' que hoy prevé el Código Civil y Comercial de la Nación, y no han sido acreditados por la parte actora. De manera que corresponde, en este punto, atender a la objeción de la recurrente y desestimar el reclamo en concepto de 'gastos y traslados'.

En el tercer agravio la recurrente cuestionó el rubro daño punitivo, acogido por el A-quo por la suma de \$ 200.000. Sostuvo que no existió de ninguna manera una conducta de tal gravedad que justifique la operatividad del instituto, y reprochó falta de fundamentación en la sentencia.

Antes de entrar al análisis del caso de autos, debe tenerse presente cuál es la razón de ser de esta pena civil, para tener bien en claro cuándo debe aplicarse. Es decir, qué condiciones deben darse para que proceda la sanción punitiva.

Siguiendo a Mosset Iturraspe y Wajntraub, se entiende que: “Los daños punitivos tal como son legislados en el régimen de defensa de los consumidores, consisten en un adicional que puede concederse al perjudicado encima de la indemnización de los daños y perjuicios que pudiera corresponder.



Poder Judicial

De esta forma se aprecia su propósito meramente sancionatorio...". (MOSSET ITURRASPE, Jorge, WAJNTRAUB, Javier H., "Ley de Defensa del Consumidor, Ley 24.240", Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, pág. 279).

Se advierte en la figura un abandono de la función primordial y primigenia de la responsabilidad civil, orientada eminentemente a resarcir, y una incursión en los ámbitos sancionatorio y -también- preventivo.

El art. 52 bis de la Ley 24.240 constituye la génesis normativa de este instituto. La norma reza: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso...".

Como ya se expresara, la pena punitiva conlleva un propósito eminentemente sancionatorio. Resulta una 'medida ejemplarizadora' tendiente a disuadir las conductas comerciales abusivas.

En la especie se ha concluido que existió, de parte de Telecom Personal S.A., una conducta abusiva. Pero lo cierto es que la misma no reviste, a juicio de esta alzada, la gravedad que ha advertido el A-quo, y que lo condujo a imponer una multa de \$ 200.000. Si bien, como se dijo, existió una situación jurídica abusiva que la recurrente cooperó en configurar, el reproche que merece su conducta no entraña especial gravedad. Repárese en que no ha habido -por ejemplo- una conducta discriminatoria (como la que motivó la multa civil en el *leading case* "Marchinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina" Cám. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II. 27/05/2009. La Ley, 2009-C, pág. 647); tampoco se ha puesto en juego la salud del consumidor; ni se advierte un supuesto de incumplimientos reiterados o de conducta pertinaz de parte del proveedor.

La conducta de la recurrente es reprochable y merece sanción,

puesto que es voluntad del tribunal disuadir a los grandes actores del mercado de incurrir en prácticas abusivas, para cuyo objeto se impone echar mano a la sanción pecuniaria disuasiva. Pero esa sanción debe graduarse en función de la gravedad del reproche, y procurando -siempre- guardar la prudencia necesaria para alcanzar la justicia de la decisión. Bajo esos parámetros, se considera razonable reducir la multa impuesta por el juez de grado, aplicando a la accionada una sanción de \$ 25.000.

En el cuarto agravio la recurrente cuestiona los intereses establecidos por el A-quo. Aduce que se habría establecido una tasa bancaria desde la interposición de la demanda y que, al propio tiempo, se habrían determinado los montos indemnizatorios al momento de la sentencia. Propone, hasta la fecha de la sentencia, una tasa pura, y recién a partir de ese momento, la aplicación de una tasa bancaria.

El reproche de la recurrente es atendible. Los rubros que han prosperado (daño patrimonial, extrapatrimonial y daño punitivo) se han cuantificado al momento del dictado de la sentencia. Esta alzada ha razonado que el 'daño compensatorio' que reclamó la actora en su pretensión luce ajustado a *la fecha del pronunciamiento en crisis*. Por tanto, desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la fecha del dictado de la sentencia de 1º Instancia corresponde aplicar un interés moratorio a tasa pura, para evitar la potenciación de la acreencia con el componente de ajuste de valor que contienen las tasas bancarias.

En consecuencia, se estima prudente aplicar a *los rubros daño patrimonial y daño extrapatrimonial* una tasa del 8% anual desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha en que recayó sentencia en primera instancia. A partir de allí, se aplicará -a *todos* los rubros- la tasa activa sumada para operaciones de descuento de documentos a treinta días del Nuevo Banco de Santa Fe S.A.



Poder Judicial

Finalmente, en el quinto agravio la accionada cuestionó los honorarios que reguló el juez de grado.

Atento a que la presente sentencia modifica la cuenta indemnizatoria y ello impone, lógicamente, una nueva regulación, no corresponde a esta alzada pronunciarse sobre los honorarios hasta tanto el juez de grado no formule una nueva regulación ponderando la cuenta indemnizatoria que aquí se ha definido.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación que ha interpuesto la demandada contra la sentencia de grado. La demanda del actor ha de prosperar por la suma de \$ 20.000 en concepto de daño patrimonial, y por la suma de \$ 15.000 en concepto de daño extrapatrimonial. Además, se aplica a la accionada Telecom Personal S.A. una multa de \$ 25.000 en concepto de daño punitivo.

Desde la fecha de interposición de la demanda hasta la fecha de la sentencia de baja instancia se aplicará una tasa de interés pura del 8% anual sobre los rubros daño patrimonial y daño extrapatrimonial. A partir de la fecha en que se dictó el pronunciamiento de baja instancia se devengará, sobre ambos rubros y sobre la condena por daño punitivo, un interés a la tasa activa sumada que cobra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. en operaciones de descuento de documentos a treinta días.

En atención al nuevo resultado que arroja la cuenta indemnizatoria, se impone una distribución de las costas del juicio en proporción al éxito obtenido por las partes, conforme lo prevé el artículo 252 del C.P.C.C.

Cabe subrayar que la proporcionalidad a que alude la ley para distribuir las costas debe ponderarse con criterio jurídico y no puramente aritmético (E.D. 107-175; Juris 39-20; Juris 40-176; Zeus 57, J-192; Zeus 56, R-60, N° 13.153), lo cual implica valorar la trascendencia de lo admitido y lo

desestimado, no en el aspecto exclusivamente cuantitativo, sino en su conjunto para poder apreciar prudencialmente cuál es el apropiado y equitativo prorratio del rubro costas.

Bajo esos parámetros, estimo prudente distribuir las costas de ambas instancias en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo de la actora.

Por lo expuesto, voto por la negativa.

A la misma cuestión, los doctores Pagnacco y Galfré dijeron:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propicia el Dr. Netri.

A la tercera cuestión, el doctor Netri dijo:

Atento el resultado obtenido al votar las cuestiones precedentes, corresponde: Desestimar la nulidad; hacer lugar parcialmente a la apelación, y revocar parcialmente la sentencia N° 1276 del 19/9/18 (fs. 99/103), modificando los rubros indemnizatorios que prosperan, finalmente, por la suma de \$ 20.000 en concepto de daño patrimonial, y por la suma de \$ 15.000 en concepto de daño extrapatrimonial, más intereses conforme a lo previsto en el análisis de la cuestión segunda. La multa civil en concepto de daño punitivo se establece en la suma de \$ 25.000. Las costas del juicio se distribuyen en ambas instancias en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo de la actora. Practicada nueva liquidación conforme a la cuenta indemnizatoria que aquí se ha reconocido, se deberá proceder a una nueva regulación de honorarios en favor de los letrados intervinientes. Propongo que los honorarios de Alzada de los Drs. Gilda María Saccone y Carlos Alberto Mufarrege se fijen en el cincuenta por ciento del honorario que en definitiva le corresponda a los profesionales por su labor desplegada en lo principal en sede inferior, con noticia a la Caja Forense.

Así voto.

A la misma cuestión los doctores Pagnacco y Galfré dijeron:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propicia el Dr.



Poder Judicial

Netri.

Por todo ello, la Cámara de Apelación de Circuito, **RESUELVE**: 1) Desestimar la nulidad. 2) Hacer lugar parcialmente a la apelación, y revocar parcialmente la sentencia N° 1276 del 19/9/18 (fs. 99/103), modificando los rubros indemnizatorios que prosperan, finalmente, por la suma de \$ 20.000 en concepto de daño patrimonial y por la suma de \$ 15.000 en concepto de daño extrapatrimonial. La multa civil en concepto de daño punitivo se establece en la suma de \$ 25.000. Los rubros daño patrimonial y daño extrapatrimonial devengan un interés del 8% anual desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la fecha en que se dictó la sentencia de 1° instancia. A partir de allí, todos los rubros (daño patrimonial, daño extrapatrimonial y daño punitivo) devengan interés a la tasa activa sumada que cobra el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. en operaciones de descuento de documentos a treinta días. 3) Distribuir las costas del juicio en ambas instancias en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo de la actora (artículo 252 C.P.C.C.). 4) Ordenar que se practique una nueva regulación de honorarios conforme a la nueva cuenta indemnizatoria que aquí se ha reconocido. 5) Fijar los honorarios de Alzada de los Drs. Gilda María Saccone y Carlos Alberto Mufarrege en el cincuenta por ciento del honorario que en definitiva les corresponda a los profesionales por su labor desplegada en lo principal en sede inferior, con noticia a la Caja Forense.

Insértese, hágase saber y bajen. Autos: "BECA, MARIA SOLEDAD C/ TELECOM PERSONAL SA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" CUIJ: 21-00142669-6 (expediente del Juzgado de Primera Instancia de Circuito N° 4 de Rosario).

NETRI

PAGNACCO

GALFRÉ

MUNINI