



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

SECRETARÍA DE CONSUMO 3 - OFICINA DE GESTIÓN JUDICIAL E MESA DE ENTRADAS

MERCURI, FACUNDO MARTIN CONTRA TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA SOBRE RELACION DE CONSUMO

Número: EXP 196510/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00196510-3/2021-0

Actuación Nro: 2049727/2022

Ciudad de Buenos Aires,

Y VISTOS; los autos individualizados en el epígrafe, de cuyas constancias,

RESULTA:

I. Que el Sr. FACUNDO MARTÍN, MERCURI, letrado en causa propia inició la presente acción contra TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S. A., en adelante *Movistar*, con el objeto de que se la condene al cumplimiento forzado de la oferta del 30 de junio de 2020, entregando dos teléfonos celulares marca Samsung modelo Galaxy S20 y/o el último modelo que se encuentre en el mercado disponible en dicha compañía, respetando el monto de la oferta y la financiación ofrecida.

Asimismo, solicitó una indemnización por daño moral, por la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000,00) y lo que el suscripto estime corresponder en concepto de daño punitivo.

En lo que se refiere a los intereses, pidió que se los otorguen en dos veces la tasa activa (v. págs. 1 y 2 de la actuación 1764170/2021).

En su relato de hechos contó que, el día 30 de junio del año 2020, la demandada le ofreció mediante un mensaje de texto la oferta de un celular última generación *Samsung modelo S20* por el precio final y total de setenta y ocho mil ochocientos noventa y nueve pesos (\$78.899,00) en 18 cuotas sin interés.

Indicó que junto a su pareja decidieron adquirir dos unidades y por ello las abonó con dos tarjetas de crédito de su titularidad distintas, recibiendo dos *mails* con la leyenda "*Tu compra fue confirmada*" bajo el número de orden #101030805 y #101030805.

Así las cosas, detalló que al día siguiente le enviaron dos nuevos mails desde la misma casilla desde la cual le habían confirmado su compra, alegando que la misma fue cancelada por inconsistencia de datos e informándole que iban a realizar un reintegro del dinero a las tarjetas de crédito.

Puntualizó que realizó un reclamo ante la empresa que quedó grabado bajo el número 248607443 y al no obtener respuesta inició el correspondiente reclamo ante el COPREC.

Remarcó que el dinero le fue reintegrado recién con 30 días posteriores a la denegatoria de venta, generando a su parte no poder adquirir otro producto de igual categoría por no contar con el cupo suficiente en la tarjeta de crédito.

Aclaró que el producto ofrecido a los tres días siguientes a la oferta llegó a ofrecerse por encima de los noventa mil pesos (\$90.000) y al día de la presentación de la demanda tiene un valor de mercado cercano a los ciento veinte mil pesos (\$120.000).

Sostuvo que es una persona que valora la tecnología y todo lo que puede realizar con ella.

Requirió que a la hora de dictar sentencia se tengan en cuenta los avances tecnológicos y se condene a la demandada a hacer entrega de los celulares tope de gama Samsung modelo Galaxy que se comercialicen a la fecha con el precio y la financiación ofrecida.

Peticionó que, subsidiariamente, se condene a la demandada a publicar -en los medios de mayor difusión del país y a su entero cargo- anuncios rectificatorios precisando que la demandada realizó una denegatoria injustificada de venta, que hubo trato discriminatorio y diferenciado para distintos clientes, y que no respondió a los reclamos del consumidor cuando estos fueron realizados.

Del mismo modo solicitó se publique el texto completo de la sentencia dictada, todo ello en los términos del art. 1102 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Planteó la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 52 *bis* de la ley 24.240. (v. pág. 17 de la actuación 1764170/2021)

Finalmente fundó en derecho la pretensión, describió la normativa que entiende aplicable al caso, citó jurisprudencia y ofreció prueba.

II. Que con fecha 10 de noviembre del año 2021, luego de notificado el traslado de la demanda, en los términos del art. 55 del *Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo*, en adelante CPJRC, se declaró la rebeldía de la parte demandada por conducto de la actuación 2498370/2021.

III. Que, luego de diversas contingencias procesales, las partes fueron citadas a una audiencia de conciliación conforme lo dispuesto por el art. 1º, inc. 5º, art. 16 inc. 5º y cctes del CPJRC, a la cual solo compareció el frente actor (v. actuación 531591/2022).

IV. Que, finalizada la etapa probatoria, se citó a audiencia de vista de causa prevista en el art. 221 CPJRC (v. actuación 888801/2022), la cual fue notificada a la demandada en los términos del art. 55 del CPJRC y paralelamente se envió un correo electrónico a la letrada que la representara en la instancia de mediación (v. actuación 888801/2022). Así las cosas, el 1 de junio del corriente año se llevó a cabo la audiencia de vista de causa, que concluyó sin la comparecencia de la demandada (v. actuación 1356662/2022).

En consecuencia, previo vista al *Ministerio Público Fiscal* (v. actuación 1358605/2022) se llamaron los autos para dictar sentencia (v. actuación 2094096/2022).

Y CONSIDERANDO:

I. Que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todas y en cada una de las cuestiones y argumentaciones que proponen a su consideración, sino tan solo a aquellas que son conducentes para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (CSJN, Fallos: 258:304; 265:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; entre muchos otros).

Asimismo, en virtud del principio que informa que el juez conoce el derecho, se faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (Fallos 329:3879).

En otras palabras, se han de considerar los hechos jurídicamente relevantes (Aragoneses Alonso, Pedro, *Proceso y Derecho Procesal*, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párr. 1527), o "*singularmente trascendentes*" como los denomina PIERO CALAMANDREI (su obra "*La génesis lógica de la sentencia civil*", en *Estudios sobre el proceso civil*, traducc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1943, Bibliografía Argentina, págs. 369 y ss.).



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

SECRETARÍA DE CONSUMO 3 - OFICINA DE GESTIÓN JUDICIAL E MESA DE ENTRADAS

MERCURI, FACUNDO MARTIN CONTRA TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA SOBRE RELACION DE CONSUMO

Número: EXP 196510/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00196510-3/2021-0

Actuación Nro: 2049727/2022

En este sentido el CPJRC, dispone en su art. 176, que: “[S]alvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica y los principios rectores del derecho del consumidor y de este código. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”.

II. Que, efectuadas las consideraciones que anteceden, de modo preliminar y por razones de orden lógico, es menester aludir el marco normativo a la luz del cual deberá analizarse la cuestión traída a juicio.

Así, resulta imperioso señalar que el consumidor es la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, encontrando sus derechos una tutela especial prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en el artículo 46 de la Constitución local, en donde a través de sus autoridades la Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten.

Por su parte, en el art. 3º de la ley nacional 24.240 se dispone a la relación de consumo como “el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

Al respecto, en el art. 1º de la misma norma se señala que “[S]e considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

A su turno en el art. 2º en su parte pertinente se dispone, que proveedor: “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley...”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha referido que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente “vulnerables” a los que el constituyente decidió proteger de un modo especial (CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.”, Fallos: 331:819, sentencia del 22/04/2008).

Sobre tales cimientos, en el leading case “Halabi” los calificó como “grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos” y sostuvo que “la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto” (CSJN, “Halabi, Ernesto c/P.E.N. —Ley 25.873 dto. 1563/04— slamparo-Ley 16.986”, Fallos 332:111, sentencia del 24/02/2009).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Ley nacional 24.240 de defensa al consumidor es aplicable junto con la Ley local 757 que establece el procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario, brindando un adecuado marco protectorio para sus habitantes.

Sin perjuicio de ello, el mencionado régimen jurídico debe ser acompañado inexorablemente de un cauce procesal adecuado que garantice una tutela judicial efectiva mandato prescripto en los artículos 8° y 25 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, otorgándoles a estos sujetos el acceso a un ámbito propicio para la solución rápida y eficaz de los conflictos derivados de las relaciones de consumo.

Con la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad (por medio de la ley 6286) se dotó de competencia hasta seis (6) juzgados de Primera Instancia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en materia de relaciones de consumo, hasta tanto se transfiera Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, a fin de garantizar los derechos mencionados de los consumidores y usuarios porteños.

Seguidamente sancionó la ley 6407 en cuyo anexo A se establece el *Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires*, materializando así el mandato constitucional y convencional para asegurar sus derechos.

Del mismo modo, debe tenerse en consideración la aplicación en la materia del principio *in dubio pro consumidor* y recordarse que “...resulta claro que la finalidad primordial del régimen establecido en el bloque normativo de protección de los derechos de los consumidores y usuarios (...), es la protección de los derechos de la parte más débil de la relación de consumo. En ese sentido, el principio *in dubio pro consumidor*, reconocido en los artículos 3 de la Ley 24240 y 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación, implica que debe estarse siempre a la interpretación del derecho que sea más favorable al consumidor y se expande al ámbito del proceso judicial”. (Lovece, Graciela, ‘El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales’, LL, ARIDOC/1704/2017)” (cfr. Cámara del fuero, sala I, “Espasa SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo”, Expte. 7403-2017/0, del 31/10/2017).

III. Que, así delimitado el marco normativo aplicable, se advierte que de la prueba documental obrante en autos, el Sr. Mercuri, el 30 de junio del año 2020 adquirió un teléfono celular marca *Samsung Galaxy S20* color gris por la suma de setenta y ocho mil ochocientos noventa y nueve pesos (\$78.899) bajo el número de orden #100957662, y que la compra fue cancelada por la empresa demandada al día siguiente, ello por una supuesta inconsistencia en los datos –sin darse mayores detalles- (v. pág. 1 a 3 de los adjuntos de la actuación 1764170/2021). Del mismo modo en fecha 2 de julio adquirió un nuevo dispositivo de idénticas características por el mismo importe bajo el número de orden #100964818, y la compra fue cancelada en fecha 3 de julio, alegándose inconsistencia en los datos –sin darse mayores detalles- (v. pág. 5 a 8 de los adjuntos de la actuación 1764170/2021).

Ambas compras se encuentra reflejadas en los resúmenes de cuenta de las tarjetas de crédito de titularidad del actor, *American Express* y *Visa* del Banco Santander Río (v. pág. 10 y 21, de los adjuntos de la actuación 1764170/2021).

Tratándose de una compra realizada a través de un mecanismo electrónico como es Internet, en el que se produjo el pago inmediato con tarjeta de crédito, quedando diferido en el tiempo la entrega de la cosa, la celebración del contrato debe considerarse suficientemente probada con los correos electrónicos acompañados donde la empresa demandada informa que la compra fue confirmada.

Por su parte, se advierte que este tribunal le requirió a la parte demandada mediante la actuación 580693/2022, la documentación que obrare en su poder relacionada con las compras *ut supra* referenciadas, diligencia que no fue cumplida por la empresa *Movistar*, habiendo sido



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

SECRETARÍA DE CONSUMO 3 - OFICINA DE GESTIÓN JUDICIAL E MESA DE ENTRADAS

MERCURI, FACUNDO MARTIN CONTRA TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA SOBRE RELACION DE CONSUMO

Número: EXP 196510/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00196510-3/2021-0

Actuación Nro: 2049727/2022

notificada en los términos del art. 55 del CPJRC, constituyendo su actitud una presunción en su contra, la que a la postre da certeza sobre el contenido de los instrumentos arribados por el frente actor. Es decir, en los relativo a la oferta, compra, cancelación injustificada y pago íntegro de los productos base de las presentes actuaciones (cfr. art. 180 del CPJRC).

Es preciso resaltar que el art. 180 del CPJRC dispone, *“Si el documento se encontrare en poder de una de las partes, se le intima su presentación en el plazo que el/la juez/a determine. Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo constituye una presunción en su contra”* (el destacado es propio).

Así las cosas, la rebeldía declarada y firme constituye una verdadera presunción de verdad de los hechos afirmados en el libelo inicial y convencen al suscripto de tener por cancelada la compra de los teléfonos celulares sin justificación válida (cfr. art. 56 del CPJRC).

Con tales prevenciones, y las constancias de la causa, existe subyacente a la presente acción una relación de consumo, en tanto la parte actora adquirió dos unidades de un producto ofrecido por la demandada en su calidad de proveedora, quien canceló las operaciones sin motivos razonables aparentes.

En efecto la aplicabilidad del estatuto consumeril al ámbito de un contrato de adquisición de bienes muebles no consumibles no es una cuestión discutible.

A mayor abundamiento, obsérvese que en el propio artículo 42 de la Constitución nacional se adopta la expresión *“relación de consumo”* para referirse a todas las circunstancias que rodean, o se refieren, o constituyen un antecedente, o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, inteligencia ésta que impide una interpretación en contrario.

IV. Que, ahora bien, establecida la relación de consumo existente entre las partes y el incumplimiento de la oferta por parte de la demandada, cabe recordar lo establecido en la ley 24.240 en su artículo 4º, en cuanto a que *“[e]l proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización”*.

Por su parte, el artículo 7º establece que: *“[L]a oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley”*.

A su turno, el artículo 8º dispone que *“[l]as precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”*.

Consecutivamente el artículo 8 bis establece en su parte pertinente que *“Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios”*.

Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

Por último, el artículo 10 bis prevé que “[e]l incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a: a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible; b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente; c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado”.

En el contexto descripto, en atención a que la parte demandada realizó una oferta válida que la obliga en los términos publicitados, teniendo presente la rebeldía y la conducta observada en el frente pasivo (cfr. art. 95, inc. e del CPJRC), y por el principio *in dubio pro consumidor*, reconocido por los arts. 3º y 37 de la ley 24240, corresponde hacer lugar a la demanda, condenando a *Telefónica Móviles Argentina S.A.* a hacer entrega, en el plazo de diez (10) días, de dos (2) teléfonos celulares marca Samsung modelo Galaxy S20 o dos (2) dispositivos de idénticas características o superiores, al valor de setenta y ocho mil ochocientos noventa y nueve pesos (\$78.899,00) cada uno, en 18 cuotas sin interés, conforme lo dispuesto por el artículo 10 bis de la ley 24.240.

V. Que, en cuanto a la reparación del daño moral, el Sr. Mercuri reclama la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$150.000). Alegó que las grandes empresas intentan cansar al consumidor a efectos de que no realice reclamo judicial alguno y así sufra un menoscabo patrimonial en beneficio de las compañías, a sabiendas de que existe una disparidad jurídica estructural. A su vez, expresó que esta circunstancia genera en las personas desazón, tristeza, resignación, ya que siempre va a ser imposible hacer frente a empresas como en el caso *Telefónica Móviles Argentina S.A.*

Cabe precisar que el daño moral constituye una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de las personas en su capacidad de entender, querer o sentir, por una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquél al que se hallaba antes del hecho y anímicamente perjudicial, que debe ser reparado con sentido resarcitorio (Pizarro, Ramón D., *Daño Moral*, Ed. Hammurabi, 1996, pág. 47).

Ahora bien, para ser resarcible debe ser cierto -es decir, que resulte constatable su existencia actual, o cuando la consecuencia dañosa futura se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente- y personal -esto es, que solamente la persona que sufre el perjuicio puede reclamar su resarcimiento-; debe derivar de la lesión a un interés extra patrimonial del damnificado -la afectación debe recaer sobre un bien o interés no susceptible de apreciación económica- y, finalmente; debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho dañoso y el perjuicio sufrido.

Ha sido criterio jurisprudencial el expresado por nuestros tribunales en cuanto al criterio seguido en materia contractual “*Si bien la ley faculta al juez a condenar al responsable de acuerdo a la índole del hecho dañoso y las circunstancias del caso (art. 522, Cód. Civil), la indemnización del daño moral se encuentra subordinada a la exigencia de la prueba del daño; es decir, a la prueba de que el incumplimiento contractual ha originado a la parte inocente un perjuicio de naturaleza extra patrimonial*” (CNCom., sala A, octubre 22-1992, ED, 152-641).

Ha señalado la sala K de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de esta Ciudad que “... quien reclama el Daño Moral sufrido por un incumplimiento contractual debe probar la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios, o cualquier molestia que se origine en el incumplimiento contractual” (CCiv, sala K, DJ 1999-2, 697).

De esta manera, en la órbita contractual la prueba del daño moral corre por cuenta de quien lo reclama, y para la apreciación del perjuicio es preciso demostrar la existencia de una lesión de sentimientos, afecciones o angustias, provocada por el accionar del incumplidor, que



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

SECRETARÍA DE CONSUMO 3 - OFICINA DE GESTIÓN JUDICIAL E MESA DE ENTRADAS

MERCURI, FACUNDO MARTIN CONTRA TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA SOBRE RELACION DE CONSUMO

Número: EXP 196510/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00196510-3/2021-0

Actuación Nro: 2049727/2022

no puede equipararse a las inquietudes e inconvenientes propios del mundo de los negocios. (Trigo Represas, Félix A. – López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, T. IV, La Ley, Bs. As., 2005, pág. 543 y ss.).

Asimismo, se ha sostenido que, aun cuando la demanda se funde en la Ley de defensa del consumidor, ello no exonera al reclamante de aportar las pruebas necesarias para fundar su reclamo por el sólo hecho de revestir calidad de tal, pues dicha normativa establece una serie de pautas o directrices para acentuar la protección de la parte más débil de la relación, más sin que se lo pueda escindir de la teoría general del contrato, que en materia de reparación exige la acreditación de los daños (CNCom, Sala A, fallo del 31/3/04, LL, ejemplar del 38/4/2004, pág. 12).

Determinado el marco en el que debe analizarse la procedencia de la indemnización pertinente y en atención a que con las constancias obrantes en el expediente, el accionante no ha logrado acreditar adecuadamente la existencia de un perjuicio de índole personal originado en el evento dañoso que se examina en la causa, cabe precisar que la pretensión del daño moral no prosperará.

VI. Que en relación al rubro reclamado, daño punitivo, ya fue mencionado que el actor solicitó que se imponga a la demandada la sanción prevista en el art. 52 bis, de la ley 24.240.

Cabe recordar que el señalado art. 52 bis establece que *“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, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inciso b) de esta ley”*.

La doctrina ha definido el daño punitivo como aquellas *“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. Cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas puniciones que se denominan daños ejemplares, agravados, presuntivos, o simplemente smart money”* (Pizarro, Ramón D., «Daños punitivos», en *«Derecho de Daños [Segunda parte]»*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 287).

Es posible aseverar entonces, que al lado de la función estrictamente sancionatoria de la multa, se yerguen —incluso con mayor entidad— sus funciones preventivas, ejemplificadoras y disuasorias, dirigidas a preservar y equilibrar en las relaciones de consumo la vulnerabilidad estructural existente entre los proveedores y los consumidores.

Sin perjuicio de los hasta aquí expuesto, es menester memorar los requisitos para su procedencia.

En este sentido Mosset Iturraspe y Wajntraub señalaron, entre los requisitos necesarios que el proveedor deberá haber incumplido sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor; que la parte perjudicada debe solicitar su aplicación; que la graduación de la sanción se realizará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso; y por último que la pena es independiente de otras indemnizaciones que pudieran corresponder. (MOSSET ITURRASPE Jorge - WAJNTRAUB Javier H., *Ley de Defensa del Consumidor*, Ley 24.240, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 281).

Asimismo, existe consenso mayoritario, tanto en el derecho comparado cuanto en la doctrina nacional, acerca de que el daño punitivo únicamente procede en supuestos de particular gravedad, calificados (i) por el dolo o la culpa grave, es decir, una falta grosera consistente en no haber tomado una precaución juzgada como necesaria, que se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación identificándose con la voluntad consciente más que con el simple descuido; (ii) por la obtención de un enriquecimiento ilícito y, también, (iii) por un abuso de posición de poder cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia (CCiv. Sala D, *"Martínez Pedro Eduardo c/ Gire S.A. s/ ordinario"*, sentencia 2.8.18).

En esta inteligencia, resulta manifiesto que los recaudos enumerados por los juristas citados deben articularse adecuadamente en cada caso concreto y ponderando la gravedad de los daños como así también la intencionalidad del proveedor.

Como colofón, se debe concluir que el instituto del daño punitivo no se aplica en cualquier caso, sino y sólo cuando aparecen dados aquellos supuestos, esto es, cuando la conducta de la parte que provoca la ruptura del contrato va más allá del mero incumplimiento contractual (CCiv. sala D, *"Castañón, Alfredo José c/Caja de Seguros S.A."*, 9.4.12; *íd.*, *"Da Costa, Adelino Luis c/Federación Patronal Seguros S.A."*, 20.12.16; *íd.*, *"Páez, Mariano Román c/Banco Santander Río S.A."*, 20.4.17; *"Pérez, Susana c/HSBC Bank Argentina S.A"*. 13.6.17; *id.* *"Rulloni, Mario Alberto c/ Angioletto S.A"*, 3.4.18).

En el caso de marras, se advierte que el incumplimiento aludido se ha visto acompañado de actitudes durante el proceso por parte de *Movistar* que permiten tener por configurados los presupuestos para la procedencia del daño punitivo.

La actitud desinteresada de la empresa demandada para darle solución al reclamo del consumidor y su incomparecencia a las dos audiencias designadas en autos son una muestra cabal de ello. Máxime si se tiene en cuenta que, más allá del estado de rebeldía de la demandada, en miras de arribar a un acuerdo entre las partes, este tribunal comunicó tanto la citación a la audiencia de conciliación como a la audiencia de vista de causa al correo electrónico de la letrada de *Movistar* en la instancia de mediación prejudicial (v. constancia anejada a la presente como adjunto).

En este orden, no debe pasar desapercibido que proveedoras de la envergadura de la empresa demandada, que cuenta con dirección y recursos, conocen perfectamente cuál es el derecho del actor, y su responsabilidad al ofertar y cancelar una compra frente a los consumidores.

Del mismo modo, es menester recordar que *"no corresponde evaluar el daño punitivo como una compensación extra hacia el consumidor afectado o como una especie de daño moral agravado. Antes bien, debe ponderarse muy especialmente la conducta del proveedor, su particular situación, la malignidad de su comportamiento, el impacto social que la conducta sancionada tenga o pueda tener, el riesgo o amenaza para otros potenciales consumidores, el grado de inmoralidad de la conducta reprochada y el de desprecio por los derechos del consumidor afectado"*. (CNComercial, Sala F, *"Liotta Ricardo Javier c/ FCA S.A. De Ahorro para fines determinados y otro S/ Sumarísimo"* Expte. N° COM 30332/2019"



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

SECRETARÍA DE CONSUMO 3 - OFICINA DE GESTIÓN JUDICIAL E MESA DE ENTRADAS

MERCURI, FACUNDO MARTIN CONTRA TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA SOBRE RELACION DE CONSUMO

Número: EXP 196510/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00196510-3/2021-0

Actuación Nro: 2049727/2022

En el panorama expuesto, a los fines de enaltecer la finalidad preventiva y disuasiva del daño punitivo y, puntualmente, con miras a incentivar que los sujetos que integran la cadena de consumo brinden soluciones al consumidor desde el primer momento que acercan su problemática, se concluye que corresponde establecer por este concepto la suma de \$600.000 (seiscientos mil pesos), con la finalidad que la condena surta el efecto deseado de desarraigar este tipo de conductas lesivas a bienes jurídicos protegidos por la Ley de Defensa del Consumidor.

VII. Que la función resarcitoria de la responsabilidad civil busca compensar los perjuicios inferidos, en tanto el daño punitivo persigue sancionar y disuadir la repetición de conductas análogas.

De allí es que se dice que el segundo es autónomo, no accesorio e independiente de los daños y perjuicios, que tienen carácter resarcitorio (cfr. Hernández, Carlos - Sozzo, Gonzalo, *“La construcción judicial de los daños punitivos. Antecedentes y funciones de la figura en Argentina”*, Revista de Derecho de Daños, 2011-2 Daño Punitivo, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 376; Zavala de González, Matilde, *“Relevancia cuantitativa del daño”*, RCyS, 2012-II, p. 95).

Así, el monto fijado en concepto de daño punitivo no devengará intereses desde el hecho enrostrado al responsable, pues no pertenece a la órbita resarcitoria de la responsabilidad civil, sino que persigue un fin disuasivo y sancionatorio de la conducta atribuida a la empresa, la que ha sido apreciada en este pronunciamiento. Por tanto, no puede hablarse de mora. La conducta merecedora de la sanción fue valorada en los términos que resultan de los considerandos que anteceden. Precisamente es que los réditos correrán, en su caso, una vez vencido el plazo para pagar la condena.

VIII. Que, en virtud del monto establecido en concepto de daño punitivo, deviene inoficioso expedirse acerca del planteo de inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 52 *bis* de la ley 24.240.

IX. Que, atento al modo y los fundamentos con que se resuelve la cuestión, no se advierten elementos para apartarse del principio objetivo de derrota, y teniendo en cuenta la forma en que se resuelve, corresponde que las costas del proceso sean soportadas por la vencida (cfr. art. 65 del CPJRC).

X. Que, finalmente, no puede obviarse la solicitud del actor en cuanto a que en los términos del artículo 1102 del Código Civil y Comercial de la Nación se condene a la demandada a publicar en los medios de mayor difusión a su entero cargo un anuncio rectificatorio y el texto completo de la sentencia dictada (v. punto VIII de la actuación 1764170/2021).

Al respecto, frente a la actividad lucrativa reprochable verificada es menester que ésta sea puesta en conocimiento de la comunidad, obligación que también se le impondrá al vencido quien deberá, firme, publicar íntegramente el contenido del pronunciamiento en su página web dejándolo por el plazo de diez (10) días consecutivos.

Del mismo modo se condena a la demandada a publicar digitalmente durante el plazo de tres (3) días en el diario *La Nación*, en el sector *Clasificados Legales*, la siguiente síntesis con un link de acceso que remita a la sentencia publicada en su página web:

“En virtud de lo ordenado en los autos “M. F. M CONTRA TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA SOBRE RELACION DE CONSUMO” Exp. 196510, que tramitan ante la Oficina de Gestión Judicial Secretaria n° 3 – E, a cargo del Dr. Martin Miguel Converset, se informa que Telefónica Móviles Argentina S.A., ha sido condenada a la entrega de dos teléfonos celulares al precio y en las condiciones ofertadas, como así también ha sido penada al pago de seiscientos mil pesos (\$600.000) en concepto de daño punitivo. El texto completo de la sentencia puede ser consultado en la página web de la demandada o ingresando al link que se inserta a continuación”.

De manera alguna puede interpretarse lo decidido como una doble sanción, por cuanto la obligación más allá de estar prevista para un mismo hecho, sólo se aplica como accesoria de la pena principal impuesta. Asimismo, cabe resaltar que la mencionada disposición tiene como fin ilustrar al público consumidor en relación a la infracción que se cometió en la materia.

XI. Que, en orden a determinar el monto de los honorarios que corresponden a los profesionales intervinientes, se advierte que en el caso de los procesos susceptibles de apreciación pecuniaria, el régimen que estipula la ley 5134 de honorarios profesionales de abogados y procuradores de la Ciudad estructura la regulación a partir de porcentajes mínimos y máximos calculados sobre el monto del pleito y, asimismo, establece valores mínimos (cfr. arts. 23 y 60, ley 5134). A su vez, la referida ley dispone que se tendrán en cuenta las etapas procesales cumplidas (cfr. art. 29 ley 5134).

Sin embargo, en algunos casos, de seguirse tales pautas de manera automática, el monto a regular en concepto de honorarios profesionales podría dar lugar a una injustificada desproporción entre la labor desarrollada y la retribución que por ella se otorga (cfr. Fallos: 239:123, 251:516, 256:232, entre otros).

En este sentido, la CSJN sostuvo que *“la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley arancelaria, aun del mínimo establecido, puede dar por resultado sumas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa, no compatibles con los fines perseguidos por el legislador al sancionar la ley arancelaria, ni con los intereses involucrados en el caso, ni con los parámetros del mercado de trabajo en general”* (Fallos: 331:2550; en igual sentido, *“Loustau Bidaut, Juan Carlos c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad-sellos”*, sentencia del 11/2/2014, entre otros).

Así, se sostuvo que *“la regulación de honorarios profesionales no depende exclusivamente del monto del juicio y de las escalas dispuestas en la ley de aranceles, sino de un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que deben ser evaluadas por los jueces, y entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, la índole, extensión, calidad y eficacia de los trabajos realizados, de manera de arribar a una solución justa y mesurada acorde con las circunstancias particulares de cada caso, pues establecer los honorarios profesionales mediante la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley arancelaria, aun del mínimo establecido, puede dar por resultado sumas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa, no compatibles con los fines perseguidos por el legislador al sancionar la ley arancelaria, ni con los intereses involucrados en el caso, ni con los parámetros del mercado de trabajo en general”* (Fallos: 331:2550, con cita de Fallos: 329:94).



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

2022 -Año del 40° Aniversario de la Guerra de Malvinas. En homenaje a los veteranos y caídos en la defensa de las Islas Malvinas y el Atlántico Sur

SECRETARÍA DE CONSUMO 3 - OFICINA DE GESTIÓN JUDICIAL E MESA DE ENTRADAS

MERCURI, FACUNDO MARTIN CONTRA TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA SOBRE RELACION DE CONSUMO

Número: EXP 196510/2021-0

CUIJ: EXP J-01-00196510-3/2021-0

Actuación Nro: 2049727/2022

Asimismo en el caso de marras, es preciso destacar que el art. 14 de la ley 5134 dispone: “El abogado o procurador en causa propia podrá cobrar sus honorarios y gastos cuando su contrario resultase condenado en costas”.

En virtud de lo manifestado, a fin de resguardar los principios de proporcionalidad y razonabilidad que deben regir en toda regulación de honorarios, considerando la labor desarrollada y el resultado obtenido (cfr. arts. 1º, 3º, 11, 14, 16, 17, 23, 24, 29, y concordantes de la ley 5134), los emolumentos de los profesionales actuantes se regularán conforme los parámetros indicados precedentemente:

(i). el Dr. Mercuri Facundo Martin, en su carácter de letrado en causa propia, en la suma de cien mil pesos (\$100.000).

(ii). a la conciliadora Dra. Porro Galante, Patricia Alejandra, de conformidad con los parámetros dispuestos por las resoluciones conjuntas de la *Secretaría de Comercio y Justicia* N°47/2015 y 41/2015 (BO 30315), en la suma de nueve mil setecientos treinta y cinco pesos (\$9.735).

En mérito a las consideraciones vertidas, disposiciones legales, doctrina y jurisprudencia citadas, **FALLO:**

1. Haciendo lugar parcialmente a la demanda entablada por el Sr. FACUNDO MARTIN MERCURI y, en consecuencia, condenar a TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. a la entrega de dos (2) teléfonos celulares marca Samsung modelo Galaxy S20 o dos (2) dispositivos de idénticas características o superiores, en el plazo de diez (10) días, al valor de setenta y ocho mil ochocientos noventa y nueve pesos (\$78.899,00) cada uno, en 18 cuotas sin interés.

2. Rechazando la demanda en lo atinente a la imposición de daño moral (cfr. considerando V).

3. Condenando al pago de la suma de seiscientos mil pesos (\$600.000), en concepto de daño punitivo (en los términos del considerando VI).

4. Imponiendo las costas a la demandada vencida (art. 65, CPJRC).

5. Regulando los honorarios profesionales conforme lo establecido en el considerando XI.

6. Ordenando la publicación de esta sentencia por medio del *Sistema de Difusión Judicial del Departamento de Información Judicial del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires*, una vez que se encuentre firme (cfr. arts. 54 bis, LDC; y 96, CPJRC).

7. Condenando a la demandada a la publicación de la presente conforme a lo dispuesto en el considerando X.

Protocolícese, notifíquese a las partes y a la conciliadora **por secretaría**, y al *Ministerio Público Fiscal* y oportunamente, archívese.



Poder Judicial
Ciudad de Buenos Aires