



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 8264/2010

ADET ALFREDO c/ TELEFONICA MOVILES ARGENTINA SA
s/INCUMPLIMIENTO DE SERVICIO DE TELECOMUNICAC.

En Buenos Aires, a los 11 días del mes de mayo de 2016, se reúnen en Acuerdo los señores jueces de la Sala II de esta Cámara para dictar sentencia en los autos del epígrafe. Conforme con el orden de sorteo efectuado, el doctor Alfredo Silverio Gusman dice:

I.- A fs. 355/360 obra la sentencia del Sr. Juez de la anterior instancia, en la que se hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por Alfredo ADDET, condenando a TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. –en adelante, “Telefónica”- al pago de \$12.000 en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento en la prestación del servicio de telecomunicaciones, con más sus intereses y costas.

Para resolver de tal modo, el “a quo” consideró que se encontraba fuera de toda controversia la calidad de usuario del actor de las líneas móviles que motivaron la demanda, como así también que aquellas fueron incomunicadas y dadas de baja, con motivo de la falta de pago de las facturas que incluso dio lugar al registro deudor en la Organización Veraz. En lo inherente al incremento de precio que dio origen a las sumas reclamadas, tuvo por acreditado que, como consecuencia de la denuncia del actor ante la Comisión Nacional de Comunicaciones, ésta intimó a la accionada a cancelar todos los cargos fijos que afectaban las líneas del Sr. ADDET. De este modo, y ante la inobservancia de la compañía telefónica que culminó con una sanción y una nueva intimación, tuvo por probado el incumplimiento en el que incurrió aquella parte. Por todo ello, concluyó que la prestación del servicio telefónico no fue suministrada con “calidad y eficiencia”, como así tampoco en condiciones de continuidad y regularidad, tal como exige el Anexo III del Reglamento General de Clientes del Servicio

Básico Telefónico (R.G.C.S.B.T.). En función de ello, dispuso el pago de la indemnización por daño moral, la que justipreció en la suma de \$12.000, con más los intereses desde el día en que fue notificada la demandada de la Resolución de la C.N.C. (14.9.06), hasta el momento del efectivo pago, conforme la tasa activa que fija el Banco de la Nación Argentina. Por otra parte, rechazó los montos pretendidos en concepto de daño material y daño punitivo.

II.- Ese pronunciamiento motivó la apelación articulada por la parte demandada en fs. 366, expresando agravios a fs. 391/394, mereciendo la réplica de la accionante a fs. 399/401.

Las quejas de Telefónica, en esencia, fincan en la admisión y la cuantía de la indemnización en concepto de daño moral, como así también que le fueran impuestas las costas a esa parte.

Asimismo, apeló la sentencia el Sr. ADET, expresando sus quejas a fs. 395/397, las cuales fueron respondidas por la compañía telefónica a fs. 403/406. En prieta síntesis, el demandante cuestiona la exigüidad del monto reconocido por el “a quo” con relación al agravio moral y el rechazo de las pretensiones inherentes a los daños materiales y al daño punitivo.

III.- En primer término, corresponde expedirse respecto del recurso de apelación planteado por la accionada. Sobre este punto, cabe señalar que por tratarse de un tema en el que está comprometido el orden público, relativo a la jurisdicción y a la competencia funcional, el Tribunal de alzada se encuentra facultado para examinar de oficio la procedencia del recurso de apelación, sin que sea obstáculo para ello la concesión realizada por el Juez de primera instancia ni la conformidad que al respecto pudieran haber prestado las partes, sea en forma expresa o tácita (conf. esta Sala, causa 9200/2009, “Amalfitani Patteto Ariana Celeste c/ Poder Ejecutivo. Ministerio del Interior. Policía Federal s/ amparo de salud” del 25.3.10 y sus citas, entre otras).

Sobre tales bases, es claro que el monto cuestionado en el recurso de la demandada, que asciende a \$12.000 –suma de condena-; no



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 8264/2010
supera el importe mínimo de \$20.000 previsto en el art. 242 del Código
Procesal.

Por las razones mencionadas, toda vez que la cifra involucrada por la cual prosperaría el recurso de la compañía telefónica es inferior al mínimo establecido por el art. 242 del Código de forma, es claro que la sentencia de fs. 355/360 es inapelable para aquella parte en razón del monto, circunstancia ésta que veda toda intervención de este Tribunal de Alzada para conocer de su recurso de apelación (conf. C.S.J.N, Fallos: 323:311 y su remisión al dictamen del Procurador General).

En consecuencia, propongo declarar mal concedido el recurso de apelación interpuesto a fs. 366.

De no compartirse mi criterio, de todos modos aclaro que los agravios de la demandada, que no objetan que se haya considerado responsable a Telefónica Móviles Argentina por los perjuicios irrogados al actor, deberían ser desestimados por las razones esgrimidas en el próximo Considerando y en el punto 7.2, relativas a la evaluación del daño moral y a la imposición de costas.

IV.- Habiendo quedado firme la atribución de responsabilidad efectuada por el “a quo” y que deriva del incumplimiento en que incurrió la compañía telefónica, analizaré a continuación las quejas vinculadas al “quantum” de la indemnización reconocida en concepto de daño moral.

Sobre este punto, creo que, al igual que lo entendió el sentenciante, en el “sub lite” concurren circunstancias particulares que justifican la reparación que se reclama. En autos aprecio elementos de convicción que me impresionan como suficientes para determinar que los padecimientos del Sr. ADET excedieron las meras molestias que debe soportar una de las partes del contrato ante la inejecución de la otra en un caso de incumplimiento contractual culposos.

No se encuentra cuestionado que el actor revistió el carácter de usuario del servicio brindado por la accionada. Por lo demás, con la prueba instrumental acompañada al escrito de inicio se ha corroborado que ADET debió tolerar que la compañía telefónica no atendiera su petición de dar de baja las líneas, como así también soportar los reiterados reclamos por montos indebidos por un lapso de más de dieciocho meses. Nótese que, incluso, Telefónica persistió en el cobro de aquellas sumas de dinero hasta llegar a iniciar tratativas legales de conformidad con la nota del estudio jurídico “Ana Maya” acompañada a fs. 78.

Tampoco debe desconocerse la denuncia que debió efectuar el Sr. ADET a la Comisión Nacional de Comunicaciones (fs. 6/7), con motivo del accionar de la demandada. Del relato efectuado en la nota glosada a fs. 54 se desprende con claridad las prácticas desgastantes que debió enfrentar el usuario, distrayéndolo de otras actividades cotidianas. En ese sentido, el actor manifestó que luego de concurrir personalmente al edificio de la compañía “Movistar”, *“...al tratar de comunicarme con el asterisco 611, nunca pude realizar el reclamo, porque los operadores que reciben los reclamos, no están preparados para solucionar el inconveniente o es una metodología de trabajo, que es escuchar el motivo por el cual uno llama y luego pasarlo con otro operador que va a realizar el trámite solicitado, al ser atendido por el nuevo operador vuelve a preguntar el motivo por el cual se llama, al comentarle, responde que espere un momento y después de un largo periodo de espera me vuelve a decir que me van a pasar con el sector correspondiente hasta que cuando uno pide el número de reclamo, se corta la comunicación”* (fs. 54). Se trata, por lo demás, de un trato bien dispar de aquel que garantizan a usuarios y consumidores el art. 42 de la Constitución Nacional y las disposiciones pertinentes de la Ley N° 24.240.

Por lo demás, es válido resaltar que pese a la intimación cursada por la Comisión Nacional de Comunicaciones de cancelar todos los cargos correspondientes desde el mes de enero de 2006, la accionada continuó reclamando el pago originado por una facturación indebida y hasta informó al accionante en la base de deudores morosos de la Organización



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 8264/2010

“Veraz” (fs. 221/222). Aquella conducta reticente llegó a dar lugar a la sanción dispuesta mediante resolución n°1534, dictada por el referido ente regulador el día 17 de abril de 2008 (fs. 85/89). Pero más allá de esa actitud reprochable, es nítida la situación de angustia que debió invadir al usuario al verse incluido en dicho registro.

Este panorama que vivenció el actor durante un término de más de un año, permite dar cuenta de la zozobra que genera en una persona el reiterado reclamo de una deuda ilegítima, como así también la imposibilidad de regularizar la prestación del servicio de telefonía celular. Es más, si alguna duda queda respecto de la situación que debió afrontar el Sr. ADET, las pruebas testimoniales sirven para disiparla. En ese sentido, tanto el Sr. PAPARAZZO como el Sr. MACCHIA dieron cuenta de las alteraciones y trastornos que sufrió el accionante como consecuencia del incumplimiento de la accionada y su aparición como deudor en el “Veraz” (v. respuestas segunda de fs. 268/269 y fs. 270).

Lo hasta aquí expuesto, me impresiona como suficiente para sostener que se ha postrado al Sr. ADET a una disyuntiva insuperable y frustrante de sus afecciones íntimas al no estar a su alcance paliar el incumplimiento de la compañía telefónica, mientras observa que, seguramente, los momentos por él atravesados pudieron ser evitados con un mínimo de diligencia de Telefónica Móviles Argentina.

En tales términos, juzgo un tanto insuficiente la suma reconocida en la anterior instancia y propongo que aquella sea elevada a la suma de \$ 16.000 (pesos dieciséis mil). Para llegar a esa suma me valgo del cuadro que emerge de las constancias probatorias añadidas a autos y del instrumento que el art. 165 del Código Procesal otorga al sentenciante para cuantificar el daño.

V.- Respecto al daño material y demás gastos, es dable recordar que, a la hora de tener por configurada la responsabilidad, no basta el

incumplimiento de una obligación legal o contractual -como fue expresamente reconocido en autos-, sino que es además indispensable establecer la existencia del perjuicio cuya reparación se solicita.

En este sentido, del genérico relato de los hechos efectuado al punto VI.a) de fs. 102vta., advierto que los perjuicios materiales se justifican en la privación del uso de los celulares en el núcleo familiar. Sin embargo, al momento de exponer sus quejas, la misma parte argumenta la procedencia de aquél reclamo en un supuesto de hecho que difiere al planteado originariamente en su escrito de inicio. Tal extremo surge con facilidad si se repera que la apelante introduce recién en esta instancia las consecuencias patrimoniales que le habría generado el haber quedado excluido del sistema financiero (fs. 395vta.), con motivo de la negligencia de la demandada. Por tal motivo, y siendo que aquello no ha sido introducido a la causa en el momento procesal oportuno, este Tribunal carece de facultades para expedirse al respecto (arg. art. 271 del C.P.C.C.). Por lo demás y sólo a mayor abundamiento, agrego que ninguna prueba se ha aportado a fin de acreditar el detrimento patrimonial que dice haber sufrido. Por cierto, el modo en que se sucedieron los hechos, tampoco me permite presumir su efectiva existencia.

Por último, también comparto la solución de mi colega de la anterior instancia en cuanto advirtió que los gastos cuyo reembolso se pretende no fueron debidamente demostrados por el demandante. Para ello, es necesario recordar que la carga probatoria no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica. Es entonces el actor quien debió acreditar los gastos que reclama –al menos un ticket o una factura-, no siendo suficiente para justificar su procedencia la mención genérica de haber realizado las referidas erogaciones. A ello agrego que la cita jurisprudencial que el recurrente refiere en su expresión de agravios tampoco parecería ser de aplicación al “sub lite”, en la medida que se trató de un supuesto de lesiones a la integridad física de la víctima, circunstancia que no se presenta en esta causa en la cual se demanda un incumplimiento de



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 8264/2010
servicio telefónico y que sí amerita tener por sentado la necesidad de ciertos gastos.

Por todo lo expuesto, corresponde confirmar el veredicto recurrido en cuanto desestimó la procedencia de la reparación del daño material y los gastos indocumentados.

VI.- El accionante también se agravia de que no se le haya admitido una indemnización en concepto de daño punitivo.

Se ha sostenido respecto de esa novedosa categoría jurídica que en tanto no tiende a resarcir un daño sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de sanción y de prevención general, tiene la naturaleza de pena (PICASSO, Sebastián “Sobre los denominados “Daños Punitivos” LL 2007-F, 1154). Por ello, resulta conveniente el análisis del rubro reclamado a la luz de los principios que rigen no sólo en materia de derecho civil, sino también desde una perspectiva penal. Con motivo de ello, cuando de daño punitivo se trata, el juzgador no puede desatender la posición del autor del daño, pues será en este incumplimiento donde finque la verdadera causa de la procedencia del rubro.

Por otra parte, debemos considerar que este tipo de daños se proyectan en sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se adicionan a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado. Están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro.

En consonancia con ello, la naturaleza de pena que reviste el instituto en cuestión, implica una evaluación más exhaustiva por parte del Juez al momento de aplicar el instituto, atendiendo la gravedad del hecho generador, pues reitero que no cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido (conf. COLOMBRES,

Fernando Matías, “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley, publicado el 16/09/2008).

Ahora bien, sin perjuicio de la criticada técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 52 bis de la Ley N°24.240, no puede desconocerse que la incorporación del daño punitivo, se revela como un instituto que procura poner coto y disuadir ciertas conductas desaprensivas por parte de los proveedores que indefectiblemente generan perjuicios a los destinatarios de los servicios que prestan. Es esta actitud de excesiva displicencia, la que justifica la admisión de un rubro que no deja de revestir un carácter excepcional en el ámbito civil. Reitero, la procedencia de este rubro no se relaciona con los daños efectivamente sufridos, sino con la conducta gravosa de quien los ha causado.

Sentados así los lineamientos generales en lo relativo al instituto del daño punitivo, estoy persuadido que en este caso resulta procedente la pretensión indemnizatoria por dicho rubro atento el incumplimiento incurrido por la demandada y la persistencia en conductas gravosas para el usuario. Más allá de la irregularidad de reclamar pagos indebidos –actitud, por cierto, no menor-, resulta intolerable que se haya incorporado al Sr. ADET en una base de deudores morosos. Este dato no puede estar ausente a la hora de analizar la conducta reprochable de la compañía telefónica, si se repara que la anotación de la deuda en el registro de la organización “Veraz”, fue concretada con posterioridad de conocerse la orden de la C.N.C. que la intimaba a “cancelar todos los cargos fijos desde enero de 2006” (v. en ese sentido, fs. 59 y el informe obrante a fs. 222), lo que implicó, sin eufemismos, alzarse contra lo resuelto por la autoridad regulatoria competente.

Asiste razón a la actora cuando afirma que existieron groseras negligencias de Telefónica Móviles Argentina. Por ende, la pretensión de este rubro resulta procedente, en la medida que no sólo tiende a castigar la inconducta de aquella parte, sino que también incide en la prevención de hechos similares en el futuro.



Poder Judicial de la Nación
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y
COMERCIAL FEDERAL – SALA II

Causa n° 8264/2010

Por ello, conforme lo establecido por el artículo 47 inciso b) de la Ley N°24.240 (incorporado por el artículo 21 de la Ley N°26.361), propicio reconocer la suma pretendida por el actor en concepto de daño punitivo \$7.000 (siete mil pesos). Dicho monto coincide con el peticionado a fs. 104, que el Tribunal juzga razonable.

VII.- En mérito a lo expuesto, voto por:

7.1. Declarar mal concedido a fs. 371, el recurso interpuesto por Telefónica Móviles de Argentina S.A. contra la sentencia de primera instancia, con costas de Alzada en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve (art. 68, 2do. párr. del C.P.C.C.).

7.2. Hacer lugar parcialmente al recurso de la actora y modificar la sentencia de fs. 355/360 en cuanto a la indemnización del daño moral, elevándola a la suma de dieciséis mil pesos (\$ 16.000) y la admisión del rubro daño punitivo, el que se reconoce en la cifra de siete mil pesos (\$7.000). Las costas generadas con relación al recurso de la parte actora, deberán ser soportadas por la demandada por resultar sustancialmente vencida (art. 68, primera parte, Código Procesal).

Los doctores Ricardo Víctor Guarinoni y Graciela Medina, por razones análogas a las expuestas por el doctor Alfredo Silverio Gusman, adhieren a su voto.

En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Sala RESUELVE: a) declarar mal concedido a fs. 371, el recurso interpuesto por Telefónica Móviles de Argentina S.A. contra la sentencia de primera instancia, con costas de Alzada en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve (art. 68, 2do. párr. del C.P.C.C.); b) hacer lugar parcialmente al recurso de la actora y modificar la sentencia de fs. 355/360 en cuanto a la indemnización del daño moral, elevándola a la suma de dieciséis mil pesos (\$ 16.000) y la admisión del rubro daño punitivo, el que se reconoce en la cifra de siete mil pesos (\$7.000). Las costas generadas con

relación al recurso de la parte actora, deberán ser soportadas por la demandada por resultar sustancialmente vencida (art. 68, primera parte, Código Procesal).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

ALFREDO SILVERIO GUSMAN

RICARDO VÍCTOR GUARINONI

GRACIELA MEDINA

