

**Autos: “Rueda, Daniela c/ Claro AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios”
(expte. 32/10)**

Fecha: 29/07/2010

Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario

1. ¿ES JUSTA LA SENTENCIA IMPUGNADA?

2. EN SU CASO ¿QUÉ RESOLUCIÓN CORRESPONDE

DICTAR?

1. Sobre la primera cuestión, el doctor Puccinelli dijo:

1.1. El caso. La actora interpuso demanda por violación de la Ley de Defensa del Consumidor y de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual contra la empresa AMX Argentina S.A. (“Claro”), pretendiendo el cobro de la suma estimada provisoriamente en diez mil pesos, intereses y costas.

Explicó que era titular de la línea 341-5648297, cliente n° 3687960 desde aproximadamente cinco años atrás y que la larga relación contractual se inició con Compañía de Teléfonos del Interior S.A., que cambió de razón social y que no se produjeron mayores problemas hasta que en el mes de junio del 2008 se sucedieron diversos hechos que atribuye a la negligencia y/o impericia de la firma demandada y que la obligaron a promover la demanda.

Así, indicó que el día 19 de mayo del 2008 abonó por Rapi pago (el día de su vencimiento) la factura Nro. 0001-82767522, la cual ascendía a la suma de \$ 73,85.- (acompaña copia de la factura y recibo de pago). Afirmó que aproximadamente el 25 de junio de ese año recibió en el celular un mensaje grabado que le informaba que debía abonar la factura cuyo vencimiento había operado el día 18/6/08, pero al revisar entre las boletas pagas advirtió que no la tenía, por lo que se comunicó al * 611 a los fines de

abonarla con tarjeta de crédito y solicitar el envío de la misma, pero la persona que la atendió le informó que ya no era la titular de la línea mencionada y que no podía abonar la factura.

Explicó que a partir de allí comenzó a peregrinar, comunicándose no menos de quince veces a los asteriscos 611 y 7246 y al 0800 1237246, donde en algunas ocasiones era atendida por empleados, y en otras ni siquiera era atendida, perdiendo como consecuencia largas horas explicando a cada nuevo empleado que la atendía cual era el problema, sin que se le ofreciera una solución, dado que la respuesta invariablemente era que era imposible que ella fuera la titular (dice que no se le refería el nombre del actual titular manifestando que eso era información reservada, pero luego se enteró que se trataba del Sr. Pedro Orlando Allegretti). Agregó que durante dos meses (facturas n° 0001-85552482 con vencimiento el 18/6/08 y 0001-88061231 con vencimiento el 18/7/08), las facturas no le fueron remitidas a su domicilio y fueron emitidas a nombre de aquél tercero y finalmente en el mes de setiembre se vuelven a emitir las facturas a su nombre y se le otorga una clave para poder ingresar vía Internet a verificar sus cuentas, pero esas facturas que podía imprimir seguían a nombre del Sr. Allegretti, por lo que no las pagó hasta tanto se revirtiera la situación y/o se solucionara el error de la firma, lo que a su criterio era de toda lógica pues a los pocos días del vencimiento de la primera factura la línea fue incomunicada, sin realizar ninguna rehabilitación ante los reclamos presentados y además se la procedió a dar de baja sin ningún tipo de explicación después de más de cinco años de ser cliente de la compañía.

Dijo que además de la falta de respuesta a los reclamos presentados, en fecha 04/09/08 recibió una intimación de la empresa por una deuda de \$ 234,01 y bajo amenaza de iniciar acciones judiciales y extrajudiciales y de ser informada a la empresa Organización Veraz como morosa. Ante ello envió la contestación mediante carta

certificada de fecha 17/09/08, la que fuera recibida por la empresa en fecha 22/09/08, pero de ella no se obtuvo respuesta. Afirmó que ante este panorama realizó denuncia ante la Dirección de Defensa al Consumidor de la Provincia de Santa Fe en fecha 18/09/08, y pese a ello recibió dos nuevas intimaciones de la empresa Claro a través del estudio jurídico "Huarte & Asociados", reclamándole una deuda de \$ 248,19, habiendo contestado la primera en fecha 06/10/08 por carta certificada con aviso de retorno donde se reitera lo ocurrido y solicitando explicaciones respecto del intempestivo cambio de titularidad sin consulta y del intempestivo corte del servicio por falta imputable solo a esa empresa.

Expresó que en la Dirección de Defensa al Consumidor se fijó una audiencia de conciliación para el día 11/10/08 a la cual concurrió la Dra Samanta Moretti, quien manifestó que solicitaría instrucciones a fin de poner fin al reclamo y solucionar el problema. Un mes después se realizó una nueva audiencia, en la que la que concurrió la apoderada de Claro y ofreció la cancelación total de la deuda \$ 248,19, la reconexión sin costo de la línea en cuestión y la acreditación de un saldo prepago por un monto de \$ 80, ofrecimiento que no fue aceptado atento a que como hacía cuatro meses que no le daban solución al problema consideraba justo que se le bonificaran esos cuatro meses de abono que es en definitiva el tiempo que Claro no le prestó el servicio sin ningún motivo justificable por parte de la empresa. Posteriores contactos telefónicos con la Dra Moretti fueron infructuosos pues la letrada le manifestó no contar con instrucciones, por lo que solicitó al organismo de Defensa al Consumidor dar por concluida la instancia conciliatoria y de instrucción de sumario contra Claro imputando infracción de la ley de defensa del consumidor 24240 reformada por la ley 26362.

Por último, relató que, encontrándose todavía pendiente el reclamo ante el organismo de defensa al consumidor, recibió en fecha 03/03/09 una nueva intimación,

ahora directamente de la firma Claro y suscripta por Alejandro Matías Azaretto en su calidad de Gerente de Créditos & Cobranzas, informándole sobre la existencia de un incumplimiento por la suma de \$ 77,73.-, esto es, un importe totalmente diferente y sin dar ningún tipo de explicación y bajo amenaza de ingresarla en las bases de datos de Organización Veraz como morosa con la leyenda injuriosa de "no perjudique su historia de crédito". Ello determinó la iniciación de la demanda.

En cuanto a la naturaleza de la responsabilidad de la demandada, dijo que el daño causado se relaciona con la vinculación "Prestador-Usuario" o bien "Locador de Servicios - Locatario de Servicios" derivada de la prestación de servicios telefónicos móviles, relación que está probada a través de las facturas acompañadas. En ese marco, se produjeron los hechos dañosos derivados de la responsabilidad contractual generada por el incumplimiento de obligaciones contractuales explícitas e implícitas, existiendo además responsabilidades extracontractuales derivadas de la Ley de Defensa al Consumidor.

La responsabilidad la atribuyó a título de "culpa" de acuerdo a lo establecido en el art. 512 del Código Civil, en cuanto consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Dijo que también resulta aplicable el art. 902 del C.C. en tanto "cuando mayor debe ser el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". Es entonces inentendible e inexcusable que luego de que se hayan efectuado tan numerosos reclamos, la prestadora no arbitrara las medidas razonables para reanudar el debido cumplimiento de la prestación obligada por el vínculo convencional, sin dar ningún tipo de explicación respecto del no envío de la

facturación; el cambio unilateral de titularidad realizado sobre la línea; la baja de la línea y la imputación de una deuda que nunca existió.

Reclamó como daño directo que se quedara sin servicio por culpa imputable totalmente a la demandada, que violó cada norma de la ley de defensa al consumidor, nunca dio una explicación de lo sucedido, no la trató en forma adecuada y todo ello causó innumerables daños económicos y pérdida de tiempo en los reclamos en los que debió realizar a causa de la inoperancia de la demandada en dar solución correcta y rápida a la misma.

En cuanto a la antijuridicidad, imputó a Claro haber incumplido con varios artículos del Reglamento General de Clientes de los Servicios Básicos de Comunicaciones Móviles aprobado por la Resolución de la Secretaría de Comunicaciones nro. 490/97, como ser el art. 37 por el cual se exige que las facturas sean enviadas al domicilio del cliente con una antelación de cinco (5) días a la fecha de vencimiento; el art. 41 donde se asevera que "el prestador del servicio, deberá brindar una información adecuada y veraz tanto a sus clientes como a la Autoridad de Aplicación; y el art. 44 , ya que nunca se cumplieron los plazos establecidos en dicho artículo para resolver los reclamos presentados tanto por escrito como por los llamados al asterisco. También imputó la violación específica de la Ley Nacional 24240 reformada por la ley 26.361 de Defensa al Consumidor, arts. 10 bis; 19 y 27. Aclaró que aún cuando la demandada cancele la supuesta deuda, ello no excluye la obligación de resarcir los daños y perjuicios pues esta cancelación no integra el capítulo indemnizatorio, desde que solo contempla la cancelación de una deuda inexistente y emisiones de facturas generadas unilateralmente por la compañía sin la correspondiente prestación del servicio. La ley de defensa al consumidor prevé específicamente que "el consumidor tiene derecho a reclamar una indemnización si se le facturan sumas o

conceptos indebidos". A partir de la teoría de la unicidad del fenómeno resarcitorio, y más allá de los ámbitos contractual y extracontractual en los cuales se origine, estimó el rubro en la suma de \$ 2.000 (pesos dos mil).

En cuanto al daño moral, expresó que debió soportar la incomunicación de la línea telefónica móvil y su baja, lo que se agravó por cuanto la que tenía desde hacía más de cinco años. También debió soportar por lo menos 4 intimaciones de pago con amenazas de ser ingresada en las bases de morosos de Veraz y que la demandada no presentara información alguna ante la Dirección de Defensa al Consumidor. Dijo que corresponde se la indemnice este rubro de conformidad con lo preceptuado por el art. 1078, primera parte, del Código Civil, considerándose el sufrimiento, molestias, incomodidades, insatisfacción padecidos y que de hecho sigue padeciendo debido al corte del servicio telefónico, la pérdida de la línea y la calificación de morosa por inoperancia de la demandada. Dijo que el agravio moral debe ser enteramente resarcido con independencia de la obligación preexistente, por la suma de \$ 3.000 (pesos tresmil) o lo que en más o menos fije el Tribunal o resulte de la prueba a rendirse en autos.

Reclamó también el daño punitivo previsto por el art. 52 bis de la Ley de Defensa al Consumidor, que implica una mejora de la reparación a favor de la víctima, el consumidor o usuario graduable en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso e independientemente de otras indemnizaciones que correspondan (la que no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47 inciso b) de la ley) y que estima en \$ 5.000 (pesos cinco mil) o lo que en más o menos determine el elevado criterio judicial.

En cuanto a la prueba, ofreció primeramente los autos caratulados "Rueda Daniela Ana C/Claro - AMX Argentina SA s/Aseguramiento de Pruebas" (Expte. 386/09), tramitado ante el mismo juzgado y agregado por cuerda, y ofreció y acompañó

la siguiente documental: a) factura emitida por Claro a la actora; b) Carta aviso documentada enviada a través de Urbano Express en fecha 08/09/08 (enviada por Claro); c) Carta certificada con aviso de retorno CU 332442657 de fecha 17/09/08 (enviada por la Sra Rueda a Claro); d) Carta simple de fecha 26/09/08 enviada por Huarte & Asociados a la actora; e) carta certificada con aviso de retorno de fecha 06/10/08 U327095637, enviada por la actora a Huarte & Asociados; f) nota de Claro de fecha 29/09/2008 recibida el 09/10/08 por la Sra. Rueda; g) Nota de Huarte & Asociados de fecha 28/10/08 dirigida a la actora; h) Cédula del Ministerio de la Producción - Dirección Gral de Comercio Interior de fecha 03/11/08 - Denuncia en formulario de reclamos de dicho organismo de fecha 18/09/08 y acta de audiencia en dicho organismo de fecha 11/01/08.

También ofreció reconocimiento de documental: a) del representante de Claro para que reconozca la documentación que le es imputable; b) del representante de Huarte & asociados con domicilio en calle Rioja nro. 2751 de la ciudad de Rosario para que reconozca la documentación que le es imputable. Ofreció además confesional del Presidente del Directorio de la firma AMX-ARGENTINA S.A. (Claro) y/o Representante legal con poder especial para absolver posiciones a tenor del pliego cerrado que acompañó. Agregó testimoniales del Dr. Gustavo G Huarte, abogado titular y/o representante y/o responsable de Huarte & Asociados, a tenor de pliego abierto, y de los Sres. Guillermo Czuczán y Fernando Batipiede, ambos a tenor de pliego cerrado que acompañó para ser reservado en secretaría hasta el momento de la respectiva audiencia.

El proceso se tramitó en rebeldía, y ante la falta de comparecencia y contestación de la demanda por parte de la única demandada en autos, se solicitó el dictado de sentencia sin producir otra prueba que la documental acompañada con la

demanda y la obrante en la medida de aseguramiento de pruebas agregada por cuerda. El a quo decidió rechazar la demanda por las razones que se expresan infra.

1.2. La sentencia recurrida. Para arribar a la solución adoptada por el a quo, éste se basó en los siguientes fundamentos: a) No se ha producido prueba alguna en un juicio donde se reclaman daños y perjuicios, tendiente a acreditar alguna conducta abusiva de la demandada. b) Tampoco se ha producido prueba alguna tendiente a desvirtuar las pruebas que surgen de la medida de aseguramiento de pruebas y que se corroboran con el contenido del intercambio epistolar, de las que surge que existió un incumplimiento de la actora, ya que su último pago habría sido el 19/5/08, por lo que no habiéndose abonado el mes de junio de 2008, la demandada habría procedido a dar de baja la línea en el mes de julio de 2008. c) No se ha acreditado que el proceder de la demandada no se ajustara a las normas contractuales pactadas entre las partes, o que las mismas importaran la violación de normas tuitivas determinadas. d) Aún cuando se hubiera acreditado la conducta abusiva de una parte, no es posible inferir que de un hecho pueda derivar cualquier daño, sino también el factor atributivo de responsabilidad, extremos que no se dan en el caso de autos. Es decir, se debe probar el hecho, los daños efectivamente producidos, la relación de causalidad entre ambos y la atribución de responsabilidad al sujeto demandado.

1.3. Los agravios de la actora y su falta de contestación. La actora expresó agravios, centrándolos en los siguientes:

1.3.1. La falta de contestación de la demanda produce como efecto el reconocimiento tácito de los hechos invocados por el actor y también de los documentos que se le atribuyan al demandado; generando una presunción iuris tantum. Tal efecto se produce cuando están en litigio derechos disponibles por el afectado, como ocurre en este caso, y por ello quedó la actora eximida de probar los hechos presumidos

legalmente, por producirse en este caso una inversión de la carga probatoria. Cita jurisprudencia al respecto, en concreto:

a) *"La incontestación de la demanda por el emplazado trae como consecuencia el reconocimiento por su parte de los hechos articulados por el actor, adquiriendo relevancia para éste tal circunstancia en tanto lo libera de la carga probatoria que le es inherente"* (C.Civ. y C. S.Fe, 3a, 18-7-88, "Alonso, M. c/Centro Aristóbulo del Valle Educativo y Social s/ Demanda Ordinaria", T.51, R-32 (n° 11819).Rep.Zeus T. 8, pág. 492).

"El art. 143 del procedimiento determina que la falta de contestación de la demanda implica el reconocimiento de los hechos en ella articulados, es decir, sanciona al contumaz con el apercibimiento de tener por admitidas las afirmaciones de hecho efectuadas en el demanda, las que no necesitan ser abonadas con elementos de juicio confirmatorios, sin perjuicio de la tarea de subsumición que le incumbe al juez de la proposición de hechos en la respectiva norma jurídica" (C.Civ. y C. Santa Fe, Sala 1a, 2-8-90, "Viviendas Cayastá c/ Ocampo Carmen s/ Ordinario", T. 55, J-184. Rep. Zeus, T.9, pág. 422).

"La falta de contestación de la demanda en el término legal, importa el reconocimiento de los hechos expuestos por el actor, salvo prueba en contrario, constituyendo el efecto de la incontestación, una verdadera presunción legal de reconocimiento de certeza de la demanda, que el juez deberá integrar con la prueba que pueda llegar a ofrecer el demandado, si es que quiera desvirtuar tal presunción" (Juzg. 1° Inst. Civ. Com. San Lorenzo, 1-3-90, "Ibarra, Domingo c/ Lencina, Pablo s/ Cobro de Australes". T 54, J-155, Rep. Zeus, T. 9, pág. 423).

"La incontestación de la demanda implica el reconocimiento de los hechos articulados en la misma, con lo que el actor queda librado de probarlos; se trata

empero de una presunción que admite prueba en contrario (art. 143 C.P.C.C.S.F) y es función del juez, al proceder a verificar si los hechos afirmados están probados, establecer si la prueba traída a los autos desvirtúa la presunción determinada por la incontestación de la demanda" (C. Civ. y C.S.Fe, Sala 3a, 17-3-87, "Indaquin S.A. c/ Prosata S.A. s/, Demanda Ordinaria", T. 49, R-41 (n° 11198). Rep. Zeus T. 8, pág. 492).

1.3.2. El a quo interpretó errónea o parcializadamente el contenido del informe agregado al aseguramiento de pruebas, pues es la misma empresa la que ratifica lo afirmado en la demanda. Además, se basa en el punto 4 del informe en cuanto a que el último pago que registra la empresa es del 19/5/08 y que la línea se suspende el 1/7/08, por lo que aparecería como incumplidora la actora, pero en el punto 6 la empresa reconoce que "de mayo a agosto del 2008 se modificaron los datos de la cuenta manifestando claramente que se realizó un cambio de datos del titular", dejando el resto de las prestaciones sin cambios, "operación que no está permitida". Así, la propia demandada reconoce que realizó un cambio de titularidad sin autorización y que las facturas de junio y julio de 2008 se emitieron a nombre de otra persona (punto 7), las cuales están agregadas a fs. 9 y 10 del expediente. No puede endilgársele a la actora no pagar una factura que no le fue enviada sino a otra persona, y menos cortársele la línea por falta de pago por un servicio que no prestó. El cambio unilateral de titularidad debe ser sancionado. Igualmente la Sra. Rueda solicitó se le refacturara junio y julio, pero ello no se hizo, y en la audiencia en la Oficina de Defensa del Consumidor, estando la línea dada de baja, la empresa canceló dichas facturas, en un acto de reconocimiento absoluto de la situación. Y luego reconectó la línea, emitiéndose nuevas facturas sin consumo, y un año después cancela la supuesta deuda en los registros.

Tampoco evalúa el a quo la documentación agregada al expediente y no negada por la demandada respecto de la denuncia realizada ante la Dirección de

Comercio Interior de la Provincia de Santa Fe y el acta de la audiencia realizada ante dicho organismo, donde la apoderada de la demandada realiza un ofrecimiento económico consistente en la cancelación de las facturas y la reconexión sin costo de la línea.

Corrido el traslado de rigor, la demandada rebelde no contestó los agravios.

1.4. El dictamen fiscal. La Fiscalía de Cámaras n° 2 dictaminó que la materia contenida en el pleito refiere sólo a intereses individuales y que dada la ausencia de interés colectivo, no corresponde la intervención del Ministerio Público prevista en el art. 52 de la ley de Defensa del Consumidor.

1.5. La solución del caso. Las cuestiones centrales sobre las que convergen los agravios sujetos a resolución son los siguientes: a) los efectos de la falta de contestación de la demanda; b) la falta de merituación de la prueba colectada y c) la falta de contestación de los agravios.

1.5.1. Consecuencias de la falta de contestación de la demanda. En cuanto a la falta de contestación de la demanda, cabe precisar que si bien es verdad que el art. 143 del CPCC autoriza al juez a tener por reconocidos los hechos articulados por el actor cuando la demanda no es contestada por su oponente, también es cierto que ello no implica que el juez deba admitir sin más y cualquiera fuere el contenido, el relato de los hechos y las alegaciones formuladas por el actor. Por ello es claro el citado artículo cuando presume el reconocimiento de certeza de la demanda “*sin perjuicio de la prueba en contrario que produjera el demandado*”. Es una presunción simple o judicial que incumbe al magistrado, cuando dicta sentencia, el integrar los hechos alegados por la actora con la prueba que pueda llegar a ofrecer el demandado, si es que quiere destruir tal presunción.

Como ya lo ha explicado este Tribunal (con diversa integración) *in re* “Contarino” (CCCR, S. 2ª, “Contarino c. Profini”, Acuerdo nº 36, del 12/4/04), esta norma difiere sustancialmente de la análoga contenida en el artículo 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que, en lo pertinente, establece que “...*Su silencio (el del demandado), sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran...*”.

Mientras que el primer precepto deja fuera del ámbito probatorio a los hechos no controvertidos, no ocurre lo mismo en el segundo. Refiriéndose a éste, expresan Palacio y Alvarado Velloso: *“El silencio del demandado puede ser, a su vez, total o parcial según que, respectivamente, se abstenga de contestar la demanda, o contestándola, omita formular una negativa categórica en relación con cada uno de los hechos esenciales enunciados en aquélla, y esas situaciones determinan, como es natural, la extensión del reconocimiento que puede tenerse por configurado en oportunidad de dictar la sentencia definitiva...*

“Mientras la declaración de rebeldía... autoriza a prescindir de la apertura a prueba y engendra, en caso de duda, una presunción de verdad de los hechos articulados por quien la obtuvo, tales posibilidades no concurren frente a la falta de contestación de la demanda...

“La rebeldía y la falta de contestación guardan sustancial analogía en lo que concierne a la apreciación de los hechos, ya que tanto una como otra constituyen fundamento de una presunción simple o judicial, de modo que incumbe exclusivamente al juez, en oportunidad de dictar sentencia y atendiendo a la naturaleza del proceso y a los elementos de convicción que de él surjan, establecer si el silencio del demandado es o no susceptible de determinar el acogimiento de la pretensión deducida por el actor”

(Lino Enrique Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, “Código procesal civil y comercial argentino. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente”, Tomo 7, p. 438).

De allí que –en tal ordenamiento– *“para arribar a una conclusión positiva sobre este último aspecto, la presunción desfavorable que genera el silencio derivado de la falta de contestación a la demanda debe ser corroborada por la prueba producida por el actor y por la falta de prueba en contrario producida por el demandado, operando esta última actitud como elemento tendiente a fortalecer la fundabilidad de la pretensión”* (Lino Enrique Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, “Código procesal civil y comercial argentino. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente”, Tomo 7, p. 440).

Muy distinto es el régimen santafesino que, al menos en este aspecto, adscribe sin retaceos al sistema dispositivo: en el ámbito local, la falta de contestación de la demanda *implica* el reconocimiento (claro que tácito) de los hechos afirmados por el actor. Y ese reconocimiento se extiende a los documentos que se le atribuyen al demandado (Alvarado Velloso, Adolfo, “Estudio Jurisprudencial - Código procesal civil y comercial de la provincia de Santa Fe”, Santa Fe, 1992, Tomo IV, p. 257) aunque, claro está, tal efecto puede ser revertido por el afectado, ofreciendo y produciendo prueba en contrario.

Pero si esto no acaece, el juez debe tener por ciertos los afirmados por el actor y los documentos presentados por éste que –al quedar reconocidos tácitamente por el demandado– asumen carácter de no controvertidos y, como tales, no necesitan ser confirmados (probados) en el proceso.

Por cierto, tal circunstancia no conduce inexorablemente al acogimiento de la pretensión: es necesario que la subsunción de los hechos no controvertidos en la norma jurídica, arroje tal conclusión. Pero es obvio que la presunción de certeza que se

deriva de la falta de contestación –y que determina que la causa no se abra a prueba– sólo queda aniquilada por la *prueba en contrario que ofrezca y produzca el demandado*, tras interponer revocatoria del llamamiento de autos (CCCR, Sala 2°, “Perlo v. BHN”, Acuerdo N°457 del 22.09.2006).

No obstante lo afirmado en el párrafo precedente, no surge de autos prueba alguna que haya producido la demandada para destruir las afirmaciones vertidas por la actora y esto se torna decisivo cuando no caben dudas de que la carga probatoria recae sobre la demandada, toda vez que *“La incontestación de la demanda por el emplazado trae como consecuencia el reconocimiento por su parte de los hechos articulados por el actor, adquiriendo relevancia para éste tal circunstancia en tanto lo libera de la carga probatoria que le es inherente”* (C.Civ y C. S.Fe, Sala 3era, 18-7-88, “Alonso, M. c/ Centro Aristóbulo del Valle Educativo y Social s/ Demanda Ordinaria”, T.51, R-32 [n°11819]. Rep. Zeus T. 8, pág. 492).

Por lo expuesto, deben tenerse por ciertos los hechos alegados y los documentos atribuidos a la demandada, toda vez que el relato es verosímil y encuentra apoyo en la documentación acompañada.

1.5.2. Falta de merituación de la prueba colectada. Establecidos los alcances del art. 143 del CPCC respecto de los hechos alegados y de los documentos atribuidos a la demandada, se observa que con los elementos a valorar al momento de dictar sentencia es suficiente para hacer lugar a la demanda incoada. Tal conclusión se ve totalmente reforzada por la falta de contestación de los agravios, omisión que autoriza a presumir –como lo veremos infra- que le asiste razón a la recurrente en su planteo.

Con relación a los hechos, su dinámica se compadece con la documentación aportada tanto en la medida de aseguramiento de pruebas como de la acompañada con la

demanda. Así, puede claramente establecerse que ante el reclamo por la incomunicación de la línea, la demandada reconoce la existencia de un error de cambio de titularidad y que la línea se encuentra a nombre de un tercero, siendo enviada al Sr. Allegretti al domicilio de 9 de julio 503 de Rosario. Frente al pedido de normalización de la situación y no incomunicación debido a un incumplimiento contractual por parte de la demandada (modificación unilateral de la titularidad de la línea y no envío de facturas a su nombre ni a su domicilio), la situación no se normaliza, a punto tal que se le da de baja. Existen luego varias intimaciones cursadas por la demandada a través de estudios jurídicos que invocan su representación. Ellas, si bien no emanan estrictamente de la persona jurídica demandada, son atribuidas a ella por sus emisores y pueden tenerse por existentes a los fines de este proceso. De ellas surgen diferencias en cuanto a los montos que sólo pueden causar desconcierto por la falta de correspondencia con la realidad.

Así las cosas, es obvio que la actora padeció: a) una atención claramente defectuosa respecto de sus reclamos; b) la pérdida de su número telefónico, que le ocasionó obvios trastornos, derivados no sólo de la incomunicación, sino de la presunción desfavorable que genera para quien llama a esa línea que el sistema le informe que la línea se encuentra incomunicada; c) por lo menos 4 intimaciones de pago reclamando una deuda que no era tal; d) las amenazas de ser ingresada en las bases de datos de morosos de Organización Veraz S.A; e) la falta de atención de sus reclamos en sede administrativa (Oficina de Defensa al Consumidor), y judicial (incomparecencia sostenida a lo largo de ambas instancias de este juicio).

Cabe ponderar especialmente la documentación agregada al expediente y que no fue negada por la demandada, referida a la denuncia realizada ante la Dirección de Comercio de la Provincia de Santa Fe, especialmente lo emergente del acta de audiencia realizada el día 11/11/08 en donde la representante de la demandada ofrece la

acreditación total de la deuda de \$ 248,19 y la reconexión sin costo de la línea más la bonificación de un saldo prepago, el cual implica indirectamente cierto reconocimiento de la existencia de irregularidades en sus conductas. Por lo demás, en el informe realizado por la demandada en el aseguramiento de pruebas surge que se proceden a cancelar las facturas que no fueron emitidas a nombre de la actora mediante notas de crédito detalladas en ese informe, pero unilateralmente se reconectó la línea emitiéndose nuevas facturas a nombre de la actora sin consumo ya que no se utilizó más el servicio.

Por último, cabe coincidir con la recurrente en que el a quo interpretó incorrectamente el contenido del informe agregado al aseguramiento de pruebas, cuando se basa en el punto 4 del informe en cuanto a que el último pago que registra la empresa es del 19/5/08 y que la línea se suspende el 1/7/08, por lo que aparecería como incumplidora la actora, pero no advierte que en el punto 6 la empresa reconoce que “de mayo a agosto del 2008 se modificaron los datos de la cuenta manifestando claramente que se realizó un cambio de datos del titular”, dejando el resto de las prestaciones sin cambios, “operación que no está permitida”. Así, como lo dice la actora, la propia demandada reconoce que realizó un cambio de titularidad sin autorización y que las facturas de junio y julio de 2008 se emitieron a nombre de otra persona (punto 7), las cuales están agregadas a fs. 9 y 10 del expediente. No puede endilgársele a la actora no pagar una factura que no le fue enviada y menos cortársele la línea por falta de pago por un servicio que no se le prestó.

1.5.3. Consecuencia de la falta de contestación de la expresión de agravios. En cuanto a la falta de contestación de los agravios, cabe ponderar que la parte apelada –declarada rebelde en autos– no respondió el memorial de agravios, y por tanto, la falta de contestación puede tomarse con elemento indiciario de la razón que le asiste a la recurrente. En este sentido, se ha dicho: “...por ejemplo, tenemos el caso en el

cual el apelante en su expresión de agravios abunda en razones fácticas que procuran justificar o convalidar lo que hiciera o dejara de hacer en etapas precedentes y que se encuentra el apelado en condiciones de refutar o rebatir por haber tenido participación en los episodios correspondientes. Frente a tal cuadro de situación, el total y completo silencio observado por el apelado no sólo implica una falta de colaboración con la Justicia, sino que también puede servir de elemento de convicción indiciario –fundado en una conducta procesal omisiva– favorable a la posición sustentada por el apelante.” (Jorge W. Peyrano, “Consecuencias de la falta de contestación de la expresión de agravios en el CPC Santafesino”, JS t, 76, Pág. 176).

1.5.4. Alcances de la responsabilidad de la demandada. Analizaremos ahora los cuatro presupuestos que rigen la responsabilidad civil. Como lo indica Trigo Represas, ellos son: *"hecho antijurídico, daño, relación de causalidad entre aquel y éste último y un factor atributivo de responsabilidad"* (Félix A. Trigo Represas, “La prueba del daño emergente y del lucro cesante”, en “La prueba del daño –I”, Revista de Derecho de Daños, N° 4, Rubinzal Culzoni, pág. 39). Los veremos en ese orden.

1.5.4.1. Antijuridicidad. Las conductas desplegadas y las omitidas por la demandada infringieron especialmente las previsiones genéricas del Código Civil relativas a las obligaciones contractuales y en especial a la responsabilidad derivada de la culpa o negligencia (arts. 512 y 902); las específicamente contenidas en la normativa de comunicaciones móviles (Reglamento General de Clientes de los Servicios Básicos de Comunicaciones Móviles aprobado por la Resolución de la Secretaría de Comunicaciones nro. 490/97, arts. 37 (en cuanto al envío de facturas), 41 (en cuanto a la obligación del prestador del servicio de brindar información adecuada y veraz), y 44 (atención de los reclamos), y el microsistema de defensa del consumidor, encabezado por el art. 42 constitucional y seguido –aunque en realidad temporalmente precedido-

por la ley 24.240 y modificatorias, respecto de la cual no se observó lo dispuesto en los arts. 10 bis; 19 y 27.

1.5.4.2. Daño injusto. A fin de valorar la existencia de este presupuesto, cabe inicialmente recordar que los hechos articulados en la demanda y en la contestación determinan la pertinencia de la prueba a producirse en el proceso, y que en cualquier juicio donde se pretenda cargar a otro con el deber de resarcir deben probarse tanto los hechos alegados como la existencia y extensión de los daños reclamados.

Así, afirmaba Couture: *"Los hechos y los actos jurídicos son objeto de afirmación o negación en el proceso. Pero como el juez es normalmente ajeno a esos hechos sobre los cuales debe pronunciarse, no puede pasar por las simples manifestaciones de las partes, y debe disponer de medios para verificar la exactitud de esas proposiciones. Es menester comprobar la verdad o falsedad de ellas, con el objeto de formarse convicción a su respecto. Tomada en su sentido procesal la prueba es, en consecuencia, un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes' formulan en el juicio"*. (Couture, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 3a. edic., Bs.As, Depalma, 1976).

Probar, destaca Muñoz Sabaté, es efectuar una labor de traslación. Significa trasladar un hecho o suceso producido en unas coordenadas tiempo-espaciales distintas a las del juez a la presencia de este último, haciendo de este modo viable su repetición histórica, o como decía Musatti, actualizando con la más apasionante representación un evento pasado frente a un extraño, que es el juez, quien debe revivirlo como un episodio de su propia vida.

Por ello nos dirá el citado autor que *"todo hecho es algo que impresiona o estampa la realidad circundante y que deja como resultado de dicha estampación lo que vulgarmente denominaríamos una huella o rastro. Con ello alcanzamos ya a poder*

descubrir el modo mediante el cual es posible trasladar y reproducir una realidad a la presencia del juez. En lugar de aproximar el hecho histórico trasladamos los otros objetos estampados por aquél. El juez no ve la realidad pero ve sus huellas".

La carga probatoria, tanto de los hechos como de los daños, en principio, recae sobre quien los alega. En este sentido, Devis Echandia, luego de analizar la evolución de las distintas teorías que intentaron establecer una regla general de distribución de la carga de la prueba, señala: *"a cada parte le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el efecto jurídico perseguido por ella, cualquiera sea su posición procesal. Es decir, esa parte soporta el riesgo de la falta de prueba, el cual se traduce en una decisión desfavorable"* (Hernando Devis Echandía, "Compendio de la Prueba Judicial", T. I, pág. 244).

Los hechos están totalmente probados a partir de la documental aportada y del relato actoral, que luce circunstanciado y apoyado en aquella, como se analizará a continuación.

1.5.4.2.1. Los daños reclamados. En el caso de autos, se alegan los siguientes daños: a) directo (\$ 2.000); b) moral (\$ 3.000), y c) punitivo (\$ 5.000).

1.5.4.2.1.1. Daño directo: Los hechos constitutivos del daño directo están suficientemente probados y prudentemente tasados, especialmente a partir de las siguientes consecuencias de la conducta de la demandada –que requirieron de múltiples actividades y reclamos extrajudiciales, administrativos y judiciales por parte de la actora a fin de revertir la injusta situación a la que se vio expuesta-: falta de envío de las facturas; cambio unilateral de la titularidad de la línea; incomunicación desde julio de 2008; pretensión de cobro de montos indebidos; recepción de intimaciones bajo amenazas; pérdida de la línea, etc.

1.5.4.2.1.2. Daño moral: La actora funda su existencia y extensión en la mortificación que para ella significó el destrato de la demandada, que le implicó la pérdida final de una línea que tenía desde los cinco años anteriores; el ingreso a una base de morosos de la propia empresa; la recepción de intimaciones bajo apercibimiento de ser ingresado a la base de morosos de Organización Veraz S.A.

Justiprecia este rubro en \$ 3.000.- en función de lo preceptuado por el art. 1078, primera parte, del Código Civil, por lo que sostiene que debe considerarse a este respecto el sufrimiento, las molestias, incomodidades e insatisfacción que ha padecido y de hecho sigue padeciendo, debido a la inoperancia de ésta.

El rubro reclamado ha de ser satisfecho por el monto reclamado, en razón de los fundamentos siguientes.

Para arribar a tal conclusión, debemos partir de la premisa sentada en “Bauer de Hernández, Rosa B, c/ Carrefour Rosario” –“LL Litoral”, 2000-554, donde claramente se dijo: *“...La omisión de la demandada de adoptar las precauciones necesarias para no causar daños a los consumidores.... configura un obrar antijurídico que torna procedente el resarcimiento del daño moral provocado al reclamante”*. Obviamente, con esta pauta “objetiva” no es suficiente para arribar a una condena sobre este rubro y se requiere además de otras ponderaciones, aunque también cabe partir de otra premisa, cual es que, la prueba del daño moral encuadra en un supuesto de *difficilioris probationes* (Peyrano, Jorge W., “Peculiaridades en la materia probatoria”, en “Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales”, Juris, t. 1, pág. 597 y ss.), por lo complejo que resulta la acreditación acabada de una afectación espiritual o en el ánimo. Por ello el margen del criterio judicial para la apreciación de su existencia y extensión debe ser amplio y queda, en última instancia, librada al prudente arbitrio judicial, pero ello no empece considerar la actual tendencia que obliga a indicar, en la

sentencia, las pautas objetivas que permitieron arribar a la suma de condena (Zavala de González, Matilde “Resarcimiento de Daños”, “Cuanto por daño moral”, Hammurabi, Bs. As., 2005, T 5a, pág. 80 y ss.). En este sentido, recuerdan Pizarro y Viramonte que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha insistido desde hace mucho tiempo en la necesidad de que los jueces fundamenten sus decisorios y brindan argumentos suficientes a tenor los cuales determinan el monto indemnizatorio, y ha dicho en tal sentido que *“para la determinación del resarcimiento, las normas aplicables confieran a la prudencia de los magistrados un significativo cometido, no los autoriza a prescindir de uno de los requisitos de validez de los actos judiciales, cual es la fundamentación”* (CS, 4/10/94, JA, 1995-II-19). Además, la propia Corte ha avanzado en este camino y ha afirmado, en otro fallo, que *“la motivación no tiene pautas ‘asépticamente jurídicas’, sino que al juzgar prudencialmente sobre la fijación del resarcimiento, no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad”* (CS, 10/11/92, JA, 1994-I-159). (Carlos Viramonte y Ramón Daniel Pizarro, “Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: el caso L. Q.”; LL Córdoba, junio 2007, pág. 465).

Y para establecer esa cuantificación, como lo ha expresado Zavala de González: *“como la intimidación no es accesible, necesariamente debe acudir a parámetros sociales de evaluación, en el sentido de percibir el daño moral según lo experimentaría el común de las personas en similar situación lesiva”* (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de Daños”, “Cuanto por daño moral”, Hammurabi, Bs. As., 2005, T 5a, pág.106 y ss.). Así, *“los daños morales son perceptibles por el Juez (pues) el juzgador como hombre común, debe subrogarse mentalmente en la situación de la víctima para determinar con equidad si él, colocado en un caso análogo, hubiese*

padecido con intensidad suficiente como para reclamar una reparación” (Zavala de González, Matilde, “Resarcimiento de Daños”, “Cuanto por daño moral”, Hammurabi, Bs. As., 2005, T 5a, pág. 107).

Estimo que la situación vivida por la actora hubiera provocado en cualquier persona un daño moral resarcible. Además, la existencia del daño moral luce clara desde que fue afirmada en la demanda y no resultó controvertida en ninguna de las dos instancias, siendo incluso razonable presumirlo, toda vez que, como lo ha sostenido la jurisprudencia: *"...El daño moral se configura por todo el sufrimiento o dolor que se padece, independientemente de cualquier reparación de orden patrimonial. Es el menoscabo en los sentimientos consistente en los padecimientos físicos, la pena moral, las inquietudes o cualesquiera otras dificultades o molestias que puedan ser consecuencia del hecho perjudicial"...* (CN Civ, Sala A, 22/12/97, "Britto e/Acuña s/ daños y perjuicios").

En cuanto al monto peticionado, entiendo que el mismo no resulta excesivo sino, antes bien, adecuado a la dinámica de los hechos acontecidos y al sufrimiento que le debió causar a la actora la injusta situación por la que atravesó. Es cierto que para la cuantificación del monto indemnizatorio en concepto de daño moral existen diversas teorías respecto de las pautas para su determinación (y muchas de ellas antagónicas), pero lo que no resulta discutible es que aquí emerge con vigor la pauta del arbitrio judicial dentro parámetros de racionalidad y discrecionalidad inherentes a la actividad jurisdiccional. Así se ha dicho: *"La determinación judicial del resarcimiento constituye una cuestión librada a la discrecionalidad judicial... Por lo pronto, y teniendo cuenta que se trata de un verdadero resarcimiento, la determinación del quantum del daño moral está sujeta a los principios generales que gobiernan la determinación judicial de*

las indemnizaciones, comenzando por la regla de la reparación integral (Stiglitz-Echevesti)". (Gabriel A. Stiglitz y Ana Gandolfo de Stiglitz, op. cit., pág. 58)

Resulta de utilidad traer a colación el criterio adoptado en un caso similar al presente –en cuanto hay en ambos imputación de una deuda impaga que figura en registros privados, aunque en este caso sólo los de la demandada y no de servicios de información crediticia, pese a que se amenazó a la actora con ello-. Como surge del caso "Stagnita" (Revista "Doctrina Judicial", Editorial Juris, n° 3), el desprestigio causado por una errónea información crediticia disvaliosa genera "in re ipsa" perjuicio moral., y el art. 522 del Cód. Civ. otorga suficientes atribuciones al juez de la causa para tenerlo por probado. A esto cabe agregar otros fallos concordantes, como el dictado el 12/4/04 por la Sala 3ª. de la C. Civ. y C. Rosario, en autos "A., L c/American Express S. A. s/Daños y perjuicios" (Zeus, Tomo 96, J-522), en el cual se afirma que para acreditar el daño moral en su existencia y entidad no es necesario aportar prueba directa, sino que el juez debe apreciar las circunstancias del hecho y las cualidades de la víctima a fin de establecer el agravio moral en la órbita reservada de la intimidad del sujeto, y se cita la opinión de Pizarro, quien sostiene: "*A partir de la acreditación del evento lesivo y del carácter de legitimado activo del actor, puede operar la prueba de indicios o la prueba presuncional, e inferirse la existencia del daño moral*" (Pizarro, Ramón D., "Daño moral", Bs. As., 1996, ps. 559 y ss.). También se cita en el fallo la opinión de Zavala de González, quien dice que el medio general de prueba del daño moral es presuncional, sobre la experiencia existencial del magistrado (Matilde Zavala de González, "Resarcimiento de daños", 2 ed., Bs. As., 1996, t. 2, p. 569), y que jurisprudencialmente se ha establecido que no resulta necesaria la prueba de la existencia y extensión del daño moral puesto que siendo éste una lesión a los sentimientos, surgirá su existencia de la valoración de las circunstancias fácticas que haga el juzgador y, de concluirse que los

mismos son aptos para producirlo, su monto será objeto de estimación judicial (agrega que este criterio ha sido seguido por la Sala entre otros casos en “Blanch”, del 30/4/01, y en “Stagnita”, del 10/4/01).

Como se dijo entonces, la justipreciación del daño no aparece exagerada, sino atinada. Compartimos la idea de que en esta materia no se puede adoptar un criterio de tarifación estática, sino que se deben tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, evaluándose puntualmente en cada situación la prueba rendida y resolviendo prudentemente. En tal sentido, Goldenberg expresa que para graduar la reparación del daño moral hay que tener en cuenta la personalidad del afectado (profesión, popularidad, cultura, sensibilidad, ámbito de actuación, etc.), la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, la potencialidad dañosa del medio empleado, el grado de difusión y la incidencia futura que pueda acarrear en la vida familiar, de relación o en el empleo o función del damnificado (Isidoro Goldenberg, “Indemnización por daños y perjuicios”, p. 353 y siguientes). En la misma inteligencia, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala F, “Polino c/Lisica s/daños”, 30/5/88), ante un caso de difusión no autorizada de la imagen de una persona, dijo que para resarcir el perjuicio moral se deben tener en cuenta las circunstancias relacionadas con la personalidad del afectado, el ámbito en que se desenvuelve, la naturaleza de la intrusión, la finalidad perseguida, el medio empleado, el grado de difusión que adquirió y la incidencia futura que puede acarrear en su vida familiar, de relación o en su empleo.

Como se dijo, el monto aparece sumamente atinado, pues, por ejemplo, hace ya una década la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Sala D, “Tasen, Hugo c/Citibank NA s/ordinario”, 7/11/00) condenó a un banco a pagar una indemnización por daño moral de \$ 15.000 en virtud de su proceder antijurídico, al comunicar al Banco Central sobre una deuda por renovación de tarjeta que no estaba

autorizado a debitar porque había sido dispuesta sin el consentimiento del usuario (citado por Alejandra Gils Carbó, “Régimen legal de las bases de datos y hábeas data”, La Ley, 2001, p. 220). También en el caso dictado el 12/4/04 por la Sala 3ª de la C. Civ. y C. Rosario, en autos "A., L. c/American Express S. A. s/Daños y perjuicios" (Zeus, Tomo 96, J-522) se fijó expresamente el quantum del daño compensatorio -y no sancionatorio- en \$ 35.000.-, partiéndose de los montos fijados para casos análogos y con la metodología utilizada para determinar la cuantificación de los daños por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Badin”, actuando como Tribunal de instancia originaria (J.A., 1995-IV, pág. 142 y ss.).

1.5.4.2.1.3. Daño punitivo: La actora lo justiprecia en \$ 5.000.-, considerando para su aplicación, que a partir de la incorporación del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor éste quedó habilitado, y que debe graduarlo el juzgador en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, e independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Pondera que esta multa no puede superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art- 47 inciso b) de la ley, y dice que tal suma no lo supera.

Resolver este aspecto nos obliga a hacer un breve análisis de este novel instituto, que todavía ha tenido una escasa aplicación pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la reforma a la ley 24.240.

La figura del daño punitivo no es más que una forma más de reparación a través de una multa civil otorgada a la víctima de un daño injusto frente a graves inconductas de los proveedores de bienes y servicios, que se añade a las clásicas indemnizaciones por daños (cuyo fin es la reparación del daño), por la cual se castiga a los proveedores de bienes y servicios que incurran en graves inconductas. Conllevan -

como las astreintes del art. 666 bis del Código Civil- un fin disuasor para que el causante del daño cese en futuras inconductas.

Se ha definido al daño punitivo como las *“sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”* (Pizarro, Ramón D., “Derecho de Daños”, 2º parte, La Rocca Buenos Aires, 1993, pág. 291 y ss.).

Conforme lo expresara la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, en el fallo dictado el 27/05/2009, recaído en autos “Machinandiarena, Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares”: *“Se trata de una institución de sólido predicamento en el derecho anglosajón, que tiene adeptos y detractores, que ha comenzado a proyectarse, gradualmente, también dentro del sistema del derecho continental europeo y en Canadá y que ahora hace su aparición entre nosotros. Participa de la naturaleza de una pena privada, que se manda a pagar por encima de los valores que se condene en calidad de daños y perjuicios, destinadas en principio al propio damnificado. Y ésta existe cuando por expresa disposición de la ley o por la voluntad de las partes, sin acudir a los principios, normas y garantías del derecho penal, se sancionan ciertas graves inconductas, mediante la imposición de una suma de dinero a la víctima de un comportamiento ilícito o, más excepcionalmente, al propio Estado o a otros terceros (liga de consumidores, organizaciones de tutela del medio ambiente, etc.). La pena privada está estrechamente asociada a la idea de prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o por sus consecuencias, requieren algo más que la mera indemnización*

resarcitoria de los perjuicios causados (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., “Reformas a la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-B, 949), Si bien, como dice el juez, se han escrito voces en contra de la introducción del instituto de la multa civil -o daño punitivo- a la legislación argentina por medio de la Ley de Defensa del Consumidor (ver por caso Jorge Mayo, “La inconsistencia de los daños punitivos”, en LL periódico del 04/03/09, pág. 1 y ss.; Sebastián Picasso, “Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor”, en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008, pág. 123 y ss.), lo cierto es que la mayoría de la doctrina autoral la ha recibido con elogios (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob. cit.; Ghersi, Carlos y Weingarten, Celia, “Visión integral de la nueva ley del consumidor”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alterini, Atilio Aníbal, “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor, abril de 2008; Alvarez Larrondo, Federico M., “La incorporación de los daños punitivos al Derecho del Consumo argentino”, JA 2008-II, Núm. Esp. “Régimen de Defensa del Consumidor. Análisis de su reforma”; mismo autor, “La consistencia de los daños punitivos”, LL 2009-B, 1156; entre otros).- Se ha considerado, además, que la inclusión de esta figura es absolutamente compatible con la finalidad de las normas de consumo, las que despliegan su actividad tanto en el área de la prevención como de la reparación (Farina, Juan M., ob. cit., pág. 567).- Ahora bien, para que la actuación del proveedor merezca la citada sanción, la norma sólo exige el incumplimiento por parte de éste de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. Nada más. En consecuencia, el daño punitivo resulta aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los citados extremos, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo. Entonces, allí donde haya un reclamo por un derecho violado,

dentro de esta relación, existirá a la par la potestad de exigir daños punitivos (Álvarez Larrondo, “Contrato de paseo en un shopping, deber de seguridad, daños punitivos y reforma de la ley 26.361”, LL 2008-D, 58).- Se ha señalado que la ley 26.361, evidentemente, se apartó del restrictivo criterio que sostenía que sólo debía condenarse a pagar daños punitivos cuando existiera un previo cálculo de que los beneficios a pagar eran superiores al costo de hacer el producto más seguro. EL nuevo artículo 52 bis dice que se pueden imponer daños punitivos “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor”. La norma tiene un indudable acierto que es la mención de obligaciones legales para terminar de despejar las dudas sobre si la responsabilidad por daño punitivo es contractual o legal (López Herrera, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pág. 365).- Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., ob.cit.)”.

Así las cosas, la aplicación y la graduación de estas multas obliga al juzgador a valorar la gravedad del hecho (la norma omite toda referencia al dolo o culpa por parte del proveedor, pero ella debiera ser motivo de análisis para admitir su procedencia y extensión).

La jurisprudencia habida hasta el momento es escasa, pero ha ido en ese sentido. Entre los primeros fallos, cabe destacar el citado caso “Machinandiarena,

Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares”, dictado el 27/05/2009 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, donde se condenó a la demandada debido a la falta de colocación de accesos para discapacitados a uno de sus locales, lo que fue considerado como una conducta discriminatoria que conllevaba un trato indigno en los términos del art. 8 bis de la ley 24.240, lo que determinaba la aplicación de la multa civil (conf. art. 52 bis de la ley citada -t. o. ley 26.361-) por cuanto la ley de defensa del consumidor resultaba de aplicación dado que el actor pretendía ingresar a la empresa con motivo de una relación de consumo. En primera instancia se había hecho lugar a la demanda, condenando a la demandada a pagar al actor la suma de \$30.000 en concepto de daño moral y la de \$30.000 por multa civil, suma que fue confirmada por la Alzada atento la gravedad del incumplimiento, la envergadura de la empresa demandada y las demás circunstancias personales del actor.

Un segundo caso es el dictado por la Cámara Nacional Civil, sala F, el 18/11/09 en autos “Cañadas Pérez c/Bank Boston”, donde se había hecho lugar en primera instancia al daño punitivo por la suma de \$ 6.000.- respecto de una mujer que le reclamó al Bank Boston que rectifique información falsa que la entidad había emitido respecto a su persona, con destino al Banco Central y a Veraz, en cuyos registros figuraba erróneamente como deudora. Luego de los reclamos, la entidad bancaria reconoció su error y le informó verbalmente a la solicitante que ya se le había solicitado a Veraz que retire los datos que oportunamente se les había remitido, pero el nombre de la mujer siguió figurando como deudora en los registros de la empresa prestadora del servicio de información crediticia. La Cámara revocó el fallo de primera instancia pues la ley había entrado en vigencia con posterioridad al hecho.

Otro fallo relevante es el dictado el 25/11/2009 por el Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de Concepción del Uruguay n° 1, recaído en los autos “De la Cruz c/ Renault Argentina S.A.”, donde se concedió al actor este rubro por \$ 5.000.- pues acreditó que se le había entregado un automóvil defectuoso, y pese a las sucesivas reparaciones realizadas por el servicio técnico, el problema no fue solucionado. Se consideró que se le había entregado al actor un automóvil defectuoso.

Así las cosas, teniendo en cuenta la gravedad de los incumplimientos, la envergadura de la empresa demandada y las demás circunstancias personales del actor, resulta atinado el monto pretendido y así se concede.

1.5.4.3. Relación de causalidad entre el hecho y el daño. A este respecto, luce claro que hay una relación de causalidad adecuada entre los hechos provocados por la negligencia de la demandada y el daño sufrido por la actora.

Así, toda la situación, generada exclusivamente por la demandada, tuvo una clara aptitud para provocar la movilización de la actora a través de una larga serie de actividades extrajudiciales, judiciales y administrativas, y ellas encuentran como causa eficiente e inmediata a las conductas antijurídicas de la demandada, que causaron este daño directo.

Asimismo, toda esa desagradable e injusta situación trajo como consecuencia lógica y directa la mortificación en los sentimientos de la actora, tipificantes del daño moral reclamado.

Con respecto al daño punitivo, también es claro que las conductas imputadas a la demandada encajan en las descriptas en la novísima norma de la ley de defensa del consumidor para aplicar el daño punitivo pretendido.

1.5.4.4. Factor de atribución. La demandada obró con clara negligencia, encuadrando su accionar dentro del concepto de "culpa" emanado del art. 512 del

Código Civil, por haber omitido aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Se vulneró también el art. 902 del C.C. que dispone que *"cuando mayor debe ser el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de la consecuencias posibles de los hechos"*.

De todos modos, cabe recordar que para la configuración del incumplimiento y -por ende- de infracción a la ley 24.240, no se requiere la existencia de factores subjetivos de atribución, tales como el dolo o la culpa, bastando únicamente el incumplimiento que a modo de factor de atribución objetivo, pues como lo ha dicho la jurisprudencia: *"La norma no exige la existencia de un elemento subjetivo concreto determinando una conducta objetiva contraria a los preceptos de la ley, sin que pueda pretenderse la existencia de un tipo penal concreto o la exigencia de la existencia de dolo o culpa en los términos exigidos por el Derecho Penal Sustantivo."* (CNFed. Contencioso Administrativo. Sala V 12-5-97, cit. por María Alejandra Chapman, Edit. Panamericana SRL, pág. 267).

Por todo lo expuesto, corresponde revocar la sentencia impugnada y admitir la demanda, in totum, esto es, por la suma de \$ 10.000.- fijando los intereses peticionados genéricamente en la demanda, en la tasa activa sumada del Nuevo Banco de Santa Fe (arg. art. 565 Cód.Com.). Estos se computarán desde la fecha de interposición de la demanda atento a que la justipreciación realizada por la actora no refiere a una fecha anterior a ella y los hechos constitutivos de los daños directo y moral fueron dándose sucesivamente, resultando dificultoso establecerlo desde antes.

Sobre la misma cuestión el doctor Muñoz dijo por las mismas razones que invoca el doctor Puccinelli adhiero a sus conclusiones y voto en idéntico sentido a la primera cuestión.

Sobre la misma cuestión la doctora Lotti dijo: advirtiendo la existencia de dos votos totalmente concordantes que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art.26, ley 10160).

2. Sobre la segunda cuestión el doctor Puccinelli dijo:

De aceptarse el criterio que antecede debería: 1) revocarse la sentencia dictada en primera instancia y declararse procedente la demanda por el monto de \$ 10.000 con más los intereses establecidos en los considerandos; 2) cargarse con las costas de ambas instancias a la demandada (art. 251, CPCC). 3) regular los honorarios de segunda instancia en el 50 % de los que correspondiera a la primera (art 19, ley 6767).

Sobre la misma cuestión, el doctor Muñoz dijo: el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el doctor Puccinelli, y así voto.

Sobre la misma cuestión la doctora Lotti dijo: me remito a lo expresado al tratar la primera cuestión..

En mérito de los fundamentos del Acuerdo que antecede, la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario – **RESUELVE:** 1) Revocar la sentencia dictada en primera instancia y hacer lugar a la declarar procedente la demanda por el monto de \$ 10.000.- con más los intereses establecidos en los considerandos; 2) Cargar las costas a la demandada (art. 251, CPCC). 3) Regular los honorarios de segunda instancia en el 50 % de los que correspondiera a la primera (art 19, ley 6767).

Insértese, agréguese copia a los autos y hágase saber. (autos **“Rueda, Daniela c/ Claro AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios”, expte. 32/10**). Fdo Oscar R. Puccinelli-Gerardo F. Muñoz-María de los Milagros Lotti.