



REGISTRADA BAJO EL N° 154 (S) F° 850/869
EXPTE. N° 156.786. Juzgado N° 7.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 4 días de agosto de 2014, reunida la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en el acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **"GALERA LAFERRERE ANDRES ALFREDO C/ AMX ARGENTINA S.A. SI DAÑOS Y PERJ. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL (SIN RESP. ESTADO)"** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélida I. Zampini y Ricardo D. Monterisi.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES:

- 1) ¿Es nula la sentencia de fs. 450/460?
- 2) ¿En caso negativo, es justa la sentencia de fs. 450/460?
- 3) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

l) Dicta sentencia la Sra. Juez de Primera Instancia, resolviendo: **a)** hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. Andrés Alfredo Galera Laferrere contra AMX Argentina S.A, determinando que corresponde que el primero abone la suma de \$ 15.327,54; **b)** rechazar la demanda iniciada, en relación a la conexión de la línea n°1166639379, respecto del resarcimiento de daño patrimonial, moral y psicológico, como así también en relación al daño punitivo; **c)** rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240, solicitado por la parte demandada; **d)** imponer las costas en un 70% a la actora y un 30% a la demandada, atento a la forma como se resuelve la cuestión (art. 69 del C.P.C)



Para así decidir, la *a quo* consideró que sólo corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda y morigerar los montos en concepto de consumo por la utilización del servicio de *roaming* en el extranjero, como consecuencia del resultado de la prueba pericial contable obrante a fs.279/280 y de la respuesta del pedido de explicaciones a fs. 300/301.

En otro orden de ideas, entendió la sentenciante que a la luz de lo actuado y probado en autos no se ha logrado acreditar por parte de la actora el incumplimiento de los deberes de información y de seguridad que priman en las relaciones de consumo, y por ende, rechazó el resarcimiento solicitado por ésta ante la ausencia de un hecho generador del daño alegado.

Respecto al resarcimiento del daño punitivo y sin perjuicio de considerar constitucional el art. 52 bis de la ley 24240, reformado por la ley 26361, la sentenciante sostuvo que no se ha logrado acreditar la existencia de un daño injusto en la persona del actor, así como tampoco una conducta grave de parte de la demandada, y por tal razón, desestimó la petición formulada por la accionante.

II) Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 465 por el Dr. Federico M. Álvarez Larrondo, letrado de la parte actora, fundando su recurso a fs. 469/478 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 487/494.

Por su parte, apela la sentencia la Dra. María Gabriela Milano a fs. 467, fundando su recurso a fs. 480/482 con argumentos que merecieron respuesta de la contraria a fs. 485.

III) AGRAVIOS DEL ACTOR.

Agravia a la parte actora que, en la sentencia apelada, la Sra. Juez de primera instancia resuelva rechazar parcialmente la acción incoada.

Sostiene el recurrente que la juzgadora consideró en un sentido opuesto la declaración testimonial de la Srta. Cecilia Martínez Taylor obrante



a fs. 308 como así la propia manifestación del actor al absolver posiciones a fs. 240.

Entiende que la *a quo* confunde el costo de las llamadas con el costo de acceso a internet, adoptando una premisa equivocada acerca del conocimiento del actor sobre los mismos.

A su vez, agravia a la parte actora que se considerase en la sentencia recurrida que no se ha vulnerado el derecho a la información receptado en el art. 4 de la ley de defensa del consumidor cuando, según su parecer, del informe pericial de fs. 279/280 y de la respuesta del pedido de explicaciones de fs. 394, surge que la información aportada en soporte papel por la demandada no se encontraba disponible en su página web al tiempo de efectuar el viaje. Más aun, al momento de practicarse la pericia, dicha información no se encontraba accesible en la guía de uso informático.

Agrega, que al tiempo de efectuar el viaje, sólo se informó del costo del roaming por minuto de llamada, mas no de la conexión a internet 3 G.

Por otra parte, alega que la juzgadora confunde roaming con acceso automático a internet, lo que torna arbitrario y nulo el fallo atacado.

Continuando, destaca que la sentencia en crisis contradice el art. 42 de la Constitución Nacional así como la ley consumerista, toda vez que establece en cabeza del deudor el deber de información.

Respecto de la morigeración del monto adeudado, agravia que se haya resuelto establecer la deuda en la suma de \$15.327,54, cuando debió descontarse la totalidad de lo llamado con motivo de la conectividad a internet, atento la violación al deber de información acreditada en autos.



Asimismo, se agravia en cuanto sostiene que la sentencia establece que no se ha violado el deber de información, y en consecuencia rechaza los daños patrimonial, moral y psicológico, cuando, según entiende, en realidad lo único que informó la empresa en su página web es el costo de las llamadas.

Agravia a la actora el rechazo íntegro de la aplicación del daño punitivo, afirmando al respecto que la demandada lucró con el silencio y la falta de información de sus servicios, pues tal como surge la prueba pericial de fs. 343, recién en 2013 incorporó una guía de uso de roaming internacional.

Finalmente, se agravia el apelante de la imposición de costas.

Concluye solicitando la revocación del pronunciamiento de primera instancia, por entender que es decisivamente arbitrario y requiere que se concedan todos los daños y perjuicios reclamados, como también la aplicación de daño punitivo, con costas a la contraria.

AGRAVIOS DE LA DEMANDADA

Agravia a la recurrente que, en la sentencia apelada, la *a quo* resuelva morigerar el monto adeudado por el actor, teniendo en cuenta la cifra que surge del informe pericial contable producido de fs. 279/281 y las explicaciones del mismo de fs. 300/301.

Entiende el apelante, que la magistrada dedujo erróneamente el monto reclamado en base a un error que surge en la pretensión de cobro por AMX expresado en la demanda.

Argumenta en ese orden, que nunca se reclamó la suma de \$21.000, sino que su parte se limitó a contestar la acción promovida por la suma de \$15.904,22.



Señala que del plexo probatorio surge que el accionante registra una deuda de \$15.327,54, y que la diferencia obedece a que el saldo deudor informado por AMX incluye dos facturas emitidas con posterioridad a las consideradas por el perito contable.

Finalmente solicita que se revoque el pronunciamiento recurrido, en cuanto recepta el pedido de morigeración del actor, con costas a la contraria.

IV) Antes de ingresar al tratamiento de los agravios planteados, analizaré los ANTECEDENTES DE LA CAUSA:

A fs. 57/86 se presenta el Dr. Federico M. Alvarez Larrondo, letrado apoderado del Sr. Andrés Alfredo Galera Laferrere, y promueve demanda contra la empresa AMX Argentina S.A. a los fines de obtener la refacturación de su servicio de telefonía celular impugnando la pretensión de la empresa "Claro" de cobrar la suma de aproximadamente \$ 21.000, y obtener el restablecimiento del servicio que le fuera suspendido por la citada empresa. Asimismo reclama los daños y perjuicios producidos por dicha situación con más sus intereses, costos y costas del proceso, y daño punitivo.

Relata que en el mes de febrero de 2010, viajó a los Estados Unidos, donde de manera sorpresiva la empresa "Claro" suspende el servicio y dispone unilateralmente el cese de las prestaciones a su cargo, sin que le brindara explicación alguna.

Manifiesta que al recibir la factura emitida por dicha empresa advierte que la misma incorpora rubros en forma indebida arribando a una facturación excesiva.

Alega que la pretensión de la empresa demandada debe considerarse ilegal a la luz del art. 42 de la Constitución Nacional y la ley de



defensa de consumidor, en tanto la prestadora de servicio incumplió con su deber de informar.

Reclama en concepto de daño patrimonial la baja o cancelación de los montos reclamados con motivo del uso de acceso a internet fuera del país, y en consecuencia la reliquidación de la deuda conforme los consumos correspondientes a llamadas y mensajes de texto, los cuales reconoce haber efectuado.

Solicita daño moral por la suma de \$15.000, o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse, y daño psicológico por \$5.000 o lo que en más o en menos surja de la prueba a producirse.

Peticiona la aplicación de daño punitivo en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita se otorgue el beneficio de litigar sin gastos consagrado en la ley 24.240, y subsidiariamente plantea la inconstitucionalidad del art. 25 de la ley 13.133, y la aplicación de la gratuidad del acceso a la justicia establecida en la ley provincial 13133.

Finalmente solicita que se decreta “prohibición de innovar” a los fines que la entidad demandada se abstenga de iniciar cualquier proceso judicial tendiente al cobro de la deuda objeto en autos, como así también de elevar informe negativo en relación al actor a entidades financieras del país y del exterior.

A fs. 90 la parte actora amplía su demanda y ofrece nueva prueba.

A fs. 152/177 se presenta la Dra. María Gabriela Milano, letrada apoderada de la empresa “AMX Argentina S.A.” y contesta la demanda.

Realiza una negativa general y particular de los hechos expuestos



por la parte actora y niega la autenticidad del “formulario de aceptación de las condiciones de prestaciones de servicios de 3G”.

Expresa que la demanda iniciada contra su mandante constituye un intento por no pagar los servicios efectivamente contratados y utilizados por el actor, en cuanto tenía pleno conocimiento sobre la utilización y modo de funcionamiento de su teléfono (iPhone 3G).

Describe que el actor se trata de un cesionario de una relación contractual vigente, y por ende, dicho contrato conserva los mismos términos y condiciones.

En relación al uso de *roaming* internacional, explica en el caso de clientes con servicio de facturación mensual, dicho servicio se activa en forma automática, es decir que cuando el equipo ingresa a otro país donde existe cobertura de AMX Argentina en *roaming*, el teléfono se conecta en la red extranjera de manera automática, pero con un costo diferente.

Manifiesta que su representada cumplió con su deber de información en los términos de la ley 24.240 y resolución N° 490/97 respecto del servicio de *roaming* internacional, desde que presta un servicio gratuito de atención telefónica al cliente las 24 hs. del día, como así también brinda información en su página web www.claro.com.ar.

Controvierte e impugna cada uno de los rubros indemnizatorios solicitados por la parte actora.

Solicita el rechazo de la fijación de daño punitivo y plantea la inconstitucionalidad del art. 52 bis de la ley 24.240.

Ofrece prueba, funda en derecho y requiere el rechazo de la demanda impetrada con costas al accionante.

A fs. 450/460 se dicta sentencia en los términos expuestos en el



pto. I.

V) NULIDAD DE SENTENCIA.

En primer lugar, es necesario destacar que la declaración de nulidad de sentencia requiere la existencia de una irregularidad manifiesta y grave, por lo que no procede cuando los vicios de construcción del fallo son de menor envergadura, **o en hipótesis de errores “in iudicando”** que pueden ser reparados mediante el recurso de apelación. En el mismo sentido, se ha dicho que el recurso de nulidad contra la sentencia de primera instancia sólo procede ante la existencia de vicios extrínsecos (formales atribuibles a ese pronunciamiento, pero nunca contra los vicios intrínsecos (de juzgamiento), que- de existir- son corregibles, por el recurso de apelación también formulado y al que aquél necesariamente accede (art. 253 del CPC; argto. jurisp. ésta Cámara, Sala III, en la causa “Scampitelli, Lisandro c/ Vermarojo S.R.L. s/ daños y perjuicios”, sent. int. del 2-03-2010; Sala III, en la causa N°145.132 “Francano, María Adelia c/ Rossi, Alberto José s/ cobro ejecutivo”, sent. del 16-02-2010; Sala III, en la causa N°145.009 “Estagna, Juan c/ Domínguez, Adolfo s/ daños y perjuicios”, sent. int. del 15-12-2009; Sala II, en la causa N°125.423 “Ahalloub, Armando c/ Muchelli, Juan s/ rendición de cuentas”, sent. del 30-11-2010).

Ello por cuanto la sentencia en sentido lato y como acto jurisdiccional que entraña el conocimiento del juez sobre las cuestiones sometidas por las partes, debe tener un funcionamiento jurídico que la avale para aventar decisiones antojadizas de parte del juzgador, y sólo ante la ausencia de ese fundamento se impone decretar la nulidad del pronunciamiento (art. 17 Const. Nac.; arts. 168 y 171 Const. Pcial.; arts. 34 Inc. 4, 161 Inc. 1; 163 Inc. 5 del CPC; Morillo-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales en lo civil y comercial; T.II-C, Edit. Platense, La Plata 1996, pág 11; Cám. Apel. Civ. Y Com. I, La Plata, causa N° 238.578, RSD 239/1 del 1/1/2001; entre otras).



En el caso de autos, el recurrente de fs. 465 –parte actora- alega que la sentencia recurrida resulta nula pues, a su entender, en la misma la sentenciante ha efectuado una errónea interpretación de la prueba producida, en particular de la prueba testimonial y de la pericial.

Claramente puede apreciarse, en base a las premisas antes expuestas, que el argumento dado por el apelante para fundar la nulidad que invoca no resulta idóneo para tal fin.

Es que, como antes he señalado, los supuestos errores “*in iudicando*” en los pudo haber incurrido la *a quo*, entre los que se encuentran aquellos concernientes a la apreciación de la prueba, resultan pasibles de ser reparados mediante el recurso de apelación y no constituyen un vicio extrínseco del pronunciamiento que habilite la declaración de su nulidad (art. 253 y ccdts. del C.P.C.).

Por los fundamentos dados entiendo debe desestimarse la nulidad invocada por el recurrente de fs. 465.

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Atento como ha sido resuelta la primer cuestión;

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

VI) Pasaré a analizar los agravios planteados.

Recurso del apelante de fs. 465 –parte actora-. DEBER DE INFORMACIÓN. APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. RESPONSABILIDAD.

Luego de un exhaustivo análisis del recurso del actor se advierte que éste se encuentra enderezado a controvertir, por una parte, la consideración de la *a quo* atinente al cumplimiento del deber de información de la accionada respecto del servicio de “*roaming*” para el acceso a la red de datos y, por otra, la apreciación de la prueba realizada por la sentenciante.

Ante lo expuesto, es que entiendo pertinente, para comenzar



con el tratamiento de la cuestión, referirme, en primer lugar, a los alcances del deber de información en las relaciones de consumo –cabe aclarar que la existencia de una relación de tal tipo entre las partes no ha sido objeto de controversia-, para luego relevar las pruebas producidas en autos y determinar si éste deber de información ha sido, como consideró la *a quo*, debidamente satisfecho o si, por el contrario, como lo alega la parte actora, la accionante no cumplió con el mismo.

Iniciando tal tarea, cabe destacar que la obligación de informar debe entenderse dentro del principio de transparencia que se impone que gobierne en las relaciones patrimoniales excediendo, por tanto, el campo propio de las relaciones de consumo, donde ha tenido su mayor desarrollo, para expandirse a un contexto más amplio abarcativo de todo intercambio intersubjetivo patrimonial (argto. doct. Fulvio G. Santarelli en obra colectiva “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, Picasso – Vázquez Ferreyra Directores, Ed. La Ley, Tomo I, Bs. As., 2009, págs. 63/64).

Ahora bien, en el derecho del consumo el derecho a la información del que goza el consumidor, y su correlato, el deber de informar que recae en cabeza del proveedor, ha sido consagrado expresamente a nivel constitucional.

Así es que, en el primer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional se dispone que: “...*Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; **a una información adecuada y veraz**; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...*”.

Indudablemente, tal como afirma destacada doctrina, el deber de informar tiene un fundamento constitucional en el respeto de la libertad, la que se vería afectada ante la ausencia o insuficiencia de información con una incidencia disvaliosa en el discernimiento, por ello, debe darse una eficiente información de modo tal que el consumidor tenga capacidad de



discernimiento libremente intencionado direccionado hacia la finalidad perseguida en la contratación (argto. doct. Ricardo Luis Lorenzetti “Consumidores”, 1era. edición, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, pág. 173).

La consagración constitucional del derecho a la información ha elevado al mismo al carácter de principio general del derecho del consumidor, derivándose de ello una necesaria incidencia de éste en la interpretación de normas legales y decisiones judiciales o administrativas (argto. doct. Juan M. Farina “Defensa del consumidor y del usuario”, 4ta. edición, Ed. Astrea, Bs. As., 2008, pág. 159).

Debe recordarse que en el derecho de defensa del consumidor se parte de la premisa de una debilidad de éste motivada en desigualdades reales que lo colocan naturalmente en una posición de desequilibrio (en el poder de negociación, en la inequivalencia del contenido del contrato, derechos y obligaciones recíprocas) esencialmente en una desinformación del consumidor en torno al objeto de la relación (v. Stiglitz “Defensa de los consumidores de productos y servicios”, pág. 31; Juan M. Farina “Defensa del consumidor y usuario” pág. 30/31).

Como lo ha señalado el Dr. Galdós, el consumidor integra la categoría de los débiles jurídicos en el marco de la sociedad contemporánea posmoderna y globalizada, notablemente influenciada en sus relaciones jurídicas por la economía de mercado. Los consumidores, aunque cuantitativamente mayoritarios, ya que “todos somos consumidores”, constituye una minoría cualitativa por su vulnerabilidad e inferioridad técnica fáctica y jurídica frente al poder de las empresas especialmente las mega empresas, prestadoras productoras de bienes y servicios (Responsabilidad civil por daños al consumidor en C. Civil Comercio de Bueres –Highton, tomo 3 “B”, Pág 296).

La transformación de la información de necesidad social a deber jurídico es consecuencia de la evolución de la comercialización en



masa y el desarrollo de nuevas tecnologías, en tanto la masificación presupone que el poder de negociación se ha concentrado en una sola de las partes de la relación negocial y el desarrollo tecnológico implica el conocimiento especializado se centraliza en cabeza del proveedor, evidenciándose ante tales supuestos la situación de desigualdad en la que se halla el consumidor (argto. doct. Stiglitz, Rubén “El deber de información y los vicios del consentimiento” publicado en La Ley 2005-C, 1444).

cuando se considera que una de las características que definen y marcan a la sociedad de nuestro tiempo, producto del desarrollo científico y tecnológico, consiste en la aparición de las especialidades más diversas (argto. doct. Stiglitz, Rubén “Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo”, publicado en La Ley 2009-B, 1085).

El avance incesante de la actualización tecnológica acelera la vetustez de los conocimientos del profano, implicando esto que para comprender las calidades de un producto o servicio complejo se necesite un nivel de conocimiento superior al genérico (argto. doct. Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., pág. 169).

Es entonces, que la antigua concepción del equilibrio en la distribución de las cargas informativas no tiene cabida ante el fenómeno moderno de la contratación predispuesta, donde el contratante débil no sólo carece de la posibilidad de alterar el contenido negocial sino que, además, se encuentra en franca desventaja informativa respecto de quien posee el conocimiento nacido de la habitualidad en la concreción de negocios de igual tipo (argto. doct. Stiglitz, Rubén, ob. cit.).

Esta asimetría informativa entre el consumidor y el proveedor es, sin lugar a dudas, un obstáculo para la conformación de un consentimiento libre que permita elegir entre las diferentes alternativas de contratación que se encuentran en el mercado.

Ahora bien, para que la información brindada al consumidor



alcance el fin perseguido es menester que ésta sea adecuada y veraz, es decir, que la parte débil en el contrato debe ser nutrida de elementos ciertos, objetivos, detallados, eficaces y suficientes sobre las características esenciales del producto contratado (argto. jurisp. S.C.B.A. en la causa C. 102.100 “Lucero, Osvaldo Walter s/ amparo”, sent. del 17-IX-2008).

Por su parte, en cuanto a la extensión temporal del deber de información, el Máximo Tribunal Provincial ha resuelto que: “...**la información debe cubrir la etapa genética y funcional** ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes...” (S.C.B.A. en la causa C. 102.100 “Lucero, Osvaldo Walter s/ amparo”, sent. del 17-IX-2008; el destacado no es de origen).

En coincidencia, expresa destacada doctrina que: “...*La información que el prestador del servicio debe brindar al consumidor de acuerdo al artículo 4° de la ley 24.240 es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato...*” (Ricardo Luis Lorenzetti, ob. cit., pág. 178).

Expuesto lo anterior, es de interés resaltar que el derecho a la información que posee el consumidor consagrado constitucionalmente en el artículo 42 de la Constitución Nacional y 38 de la Constitución de la Provincia de Bs. As. también se encuentra previsto expresamente en el artículo 4 de la ley 24.240 (modif. por ley 26.361).

Allí se dispone que: “...*El 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. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión...*”.

A su vez, sin pretender agotar la totalidad de los supuestos y referidas específicamente al servicio de comunicaciones móviles, integran el sistema de defensa del consumidor conforme lo dispuesto en el art. 3 de la



ley 24.240 (modif. por ley 26.361) las siguientes normas que regulan el derecho a la información:

a) Resolución 9/2004 del Ministerio de Economía.

En su anexo segundo se dispone que: *“...En los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios de comunicaciones móviles, serán consideradas abusivas las cláusulas que:*

a) Otrorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieren celebrado por tiempo indeterminado y que, además, reúnan los siguientes requisitos:

I. Los eventuales cambios se hallaren expresamente previstos en el contrato.

II. Los mismos revistan carácter general y no estén referidos a un consumidor en particular.

III. El cambio no altere el objeto del contrato o pudiere importar un desmedro respecto de los servicios comprometidos al momento de contratar.

IV. Se determinen criterios y/o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación pueda producirse y siempre que los mismos no autoricen cambios que afecten el equilibrio en la relación entre las partes.

V. Se encuentre prevista la notificación del cambio de usuario, con antelación no inferior a SESENTA (60) días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tendrá la opción de rescindir sin cargo el contrato.

b) Autoricen al proveedor a rescindir sin causa el contrato, sin que medie incumplimiento del consumidor, excepto en relación con los celebrados por tiempo indeterminado, los cuales sólo podrán rescindirse sin causa, previa notificación al consumidor, cursada con una antelación no menor a SESENTA (60) días...”.

b) Resolución 490/1997 de la Comisión Nacional de



Comunicaciones.

Esta resolución, que reglamenta el servicio de comunicaciones móviles, dispone en su artículo tercero que: *“...En caso de discrepancias o dudas en la interpretación de algunas de las cláusulas del presente Reglamento, prevalecerán las disposiciones de: a) La Ley de Telecomunicaciones N° 19.798; b) la Ley de Defensa de la Competencia N° 22.262; c) la Ley de Defensa del Consumidor Ley 24.240; d) el Decreto N° 62/90 y sus modificatorios; e) el Decreto N° 1185/90 y sus modificatorios; f) el Pliego de Servicio de Telefonía Móvil aprobado por Decreto N° 1461/93; g) el Pliego de Servicio de Radiocomunicaciones Móvil Celular aprobado por Resolución S.C. N° 903/87; h) La Resolución N° 2412 CNT/90; I) La Resolución N° 259 SOP y C/95; J) La Resolución N° 260 SOP y C/95; k) la Resolución N° 280 SET y C/95; l) la Resolución N° 11 SET y C/95; m) la Resolución N° 35 SET y C/96;; n) el Reglamento del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) aprobado Resolución S.C. N° 60/90 y sus modificatorias...”*.

A su vez, el artículo 23 referido a las formas y contenidos de los contratos de servicios de comunicaciones móviles, establece que: *“...Sin perjuicio de la incorporación de elementos formales y de información exigidos por las normas que rigen la materia, deberán constar y observarse en la confección de los contratos, como mínimo, los siguientes aspectos: a) **Plan de prestación del servicio: alcances y precios;** b) Plazos contractuales; **c) Precios, abonos y demás servicios diferenciados;** d) Modo de facturación; e) Derechos y obligaciones del cliente; f) Derechos y obligaciones del prestador; g) Mecanismos de rescisión anticipada; h) Suspensión y baja del servicio; i) Advertencia sobre las limitaciones del sistema en lo atinente a la continuidad del servicio...”* (el destacado no es de origen).

Particularmente relevante para la cuestión sometida a análisis resulta lo dispuesto en el artículo 41 donde se preceptúa que: *“...El prestador*



*del servicio, deberá brindar una **información adecuada y veraz** tanto a su clientes como a la Autoridad de Aplicación. El prestador deberá brindar la información que se solicite relativa a los servicios a prestar y las alternativas, componentes y **precios** del mismo, los valores de cargos por activación, los fijos mensuales y por uso del servicio y de la red telefónica pública; costos de los minutos en el aire en horas pico, no pico y días no laborables; cargos no permanentes; plazos de contratación; bonificaciones y cargos administrativos en caso de rescisión anticipada del contrato de prestación del servicio...”(el destacado no es de origen).*

Sin perjuicio de lo antes detallado como normativa aplicable al caso de autos, es menester exponer, por su referencia al derecho a la información de los consumidores y usuarios, los fundamentos dados para el dictado de la Resolución 45/2012 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación y los antecedentes parlamentarios del tratamiento de la ley 25.891 – Regulatoria del Servicio de Comercialización de Comunicaciones Móviles-.

Se consideró como fundamento para el dictado de la Resolución 45/2012 de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación, que establece la tasación del tiempo de aire utilizado en las llamadas efectuadas por usuarios de telefonía móvil, que: “...la Ley de Defensa del Consumidor Nº 24.240 modificada por su similar Nº 26.361, en su Capítulo II, artículo 4º, establece que: *El 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...*” y que: “...teniendo en consideración que los contratos celebrados por los prestadores de servicio móviles con sus clientes, además de ser de adhesión, tienen carácter bilateral y oneroso, obligándose las partes recíprocamente a dar cumplimiento de sus obligaciones, aquéllos pueden exigir el pago de los servicios que efectivamente hayan prestado...”.

Por su parte, en los antecedentes parlamentarios del tratamiento de la ley 25.891 puede leerse la interesante exposición del



diputado Fayad quien en referencia a la portabilidad numérica hizo expresa mención de los derechos reconocidos a los consumidores en la Constitución Nacional afirmando que: *“...Hablamos nada más y nada menos que de la portabilidad numérica, que es una definición que ya existe en distintas normas y que hace, por otra parte, al cumplimiento de los derechos de los usuarios y consumidores, consagrados en el artículo 42 de la Constitución Nacional...”* (Antecedentes Parlamentarios publicados en La Ley 2004-B, párrafo 444, pág. 1232).

Cabe aclarar, que si bien las últimas normas referenciadas no son, en razón de la temática que abordan, de aplicación al caso en estudio, la importancia de la alusión realizada a los motivos que dieron lugar a su sanción se fundamenta en que los mismos resultan altamente ilustrativos de cómo el respeto al derecho de los consumidores es el objetivo a alcanzar en las regulaciones que rigen el servicio de telefonía móvil.

Explicitados los alcances del deber de información, ingresaré en la cuestión concerniente a la carga de la prueba de la efectiva satisfacción del mismo.

Es decir, me expediré en relación a quien corresponde acreditar que la información fue brindada en forma clara, cierta y detallada.

Con este fin, señalo que conforme lo dispone el art. 375 del C.P.C. incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido.

No obstante aquel principio general en materia de carga probatoria, la Ley de Defensa del Consumidor trae innovaciones sobre el punto como consecuencia del régimen protectorio allí establecido.

Así se ha dicho que: *“...En los casos en los que los consumidores promueven acciones judiciales en defensa de sus derechos, son admisibles todos los medios de prueba sin que corresponda la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de ellos. Asimismo, el juez debe evaluar el comportamiento de las partes para poder determinar si actuaron*



de buena fe, no incurrieron en abuso de derecho y si cumplieron con las obligaciones impuestas a su cargo por las disposiciones vigentes. Y cuando no tenga elementos de convicción suficientes para tener por verificados o no los hechos discutidos, deberá interpretar el contrato en la forma más favorable al consumidor...” (Barbado, Patricia “La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009-1, pág.210).

Claramente se aprecia que reviste vital importancia el deber de conducta de las partes, que determina que si existe un hecho controvertido, respecto del cual una de las partes se encuentra en mejor posición de aportar certeza sobre su veracidad, resulta entonces que si aquél omite u obstruye la producción de prueba necesaria, podrá presumirse judicialmente que tenía razón la contraria respecto del acaecimiento o no del hecho en cuestión (argto. doct. Luis R. J. Sáenz, en obra colectiva “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, Picasso – Vázquez Ferreyra Directores, Ed. La Ley, Tomo I, Bs. As., 2009, pág.453).

Este deber de conducta tuvo recepción legislativa en la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor introducida por la ley 26.361. Allí, el nuevo tercer párrafo del art. 53 dispone que: *“Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”*.

En este artículo se incorporan al proceso de consumo las reglas del solidarismo probatorio o sistema de la carga dinámica probatoria, poniéndose en cabeza del proveedor la carga de aportar todos los elementos probatorios en su poder pues, en la gran mayoría de los casos, es éste quien cuenta con un mayor caudal de información sobre los extremos de la operatoria (argto. doct. Calderón, Maximiliano – Cornet, Manuel –Tinti, Guillermo “Proceso Judicial de Consumo”, LLC 2009, 459).



En consonancia se ha resuelto que “...el principio de las *"cargas probatorias dinámicas"* son llevadas a su máxima expresión pues, el proveedor tiene una obligación legal: colaborar con el esclarecimiento de la situación litigiosa; y en consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor...” (Esta Cámara y Sala, en la causa N°152.175 “Moreno, Blanca Mabel c/ AMX Argentina S.A. s/ reclamo de autos de particulares”, sent. del 21-02-2013; Juzgado Civil y Comercial N°5 de San Nicolás, en la causa “Taborda, Pablo Alcides c/ AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios” sent. del 10-04-2012).

De la aplicación de las premisas antes detalladas al caso en estudio, resulta que las consecuencias disvaliosas de la ausencia de acreditación del debido cumplimiento del deber de informar deben recaer en la entidad demandada (art. 375 del C.P.C.; art. 53 de la ley 24.240 –modif. por ley 26.361-).

Tal conclusión se impone toda vez que es la accionada quien se encuentra en una inmejorable posición para acreditar el haber cumplido con la obligación a su cargo.

Repárese, que con una mínima diligencia probatoria ésta se encontró en condiciones de probar que proveyó al accionante la información referida al servicio de “*roaming*” para el acceso a la red de datos, es que si tal información la brindó a través de su página web, como alega, o si lo hizo por vía telefónica o a través de una misiva, las constancias de tal hecho obrarían en su poder o, al menos, se encontraría en mejor posición para alcanzar los elementos de juicio necesarios que permitan dilucidar tal cuestión.

Como contracara, el actor se encuentra ante la más que compleja tarea de probar la existencia de un hecho negativo, como lo es que la demandada no le otorgó la información requerida para poder decidir



concientemente respecto a las consecuencias de la utilización del servicio de “roaming”.

Es teniendo en vista los conceptos antes desarrollados, que corresponde discernir si la demandada en autos acreditó el cumplimiento del deber de informar que se encontraba a su cargo, en particular si informó debidamente el costo del servicio de “roaming” para el acceso a Internet.

Adelanto una respuesta negativa a tal interrogante.

En primer lugar, y como un argumento basilar para la resolución de la cuestión debatida, subrayo que no se ha acompañado a la causa contrato alguno que acredite haberse cumplido con los requisitos previstos tanto en la Resolución 490/1997 de la Comisión Nacional de Comunicaciones como en el Anexo Segundo de la Resolución 9/2004 dictada por el Ministerio de Economía.

Dicho de otro modo, no existe en estas actuaciones ninguna constancia que permita siquiera presumir que se celebró un contrato donde conste en forma clara y precisa, tal como lo requieren las normas antes aludidas, el “**...Plan de prestación del servicio: alcances y precios...**”.

Esta orfandad probatoria, analizada bajo el prisma de lo ya expuesto respecto a la carga de la prueba, se erige como un obstáculo insalvable para el progreso de la postura defensiva de la accionada, pues es la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de probar la efectiva realización de un contrato con los recaudos que la normativa específica requiere (art. 53 de la ley 24.240 –modif por ley 26.361-).

Al no satisfacer la parte accionada la carga probatoria que permitiera comprobar el debido cumplimiento de la obligación que estaba a su cargo, no cabe más tener por incumplido el deber de informar que por prescripción legal corresponde a su parte (art. 42 de la Constitución Nacional; art. 38 de la Constitución de la Prov. de Bs. As.; art. 4 de la ley 24.240 –modif. por ley 26.361; art. 23 y ccdts. de la Resolución 490/1997 de



la Comisión Nacional de Comunicaciones; Anexo Segundo de la Resolución 9/2004 dictada por el Ministerio de Economía).

No obsta a la conclusión arribada la circunstancia, que no me es ajena, atinente a que la abrumadora mayoría de las contrataciones que realizan los consumidores con las empresas de telefonía móvil se efectivizan vía telefónica dentro de un marco de absoluta informalidad y, por tanto, ausente de toda constancia que permita conocer lo acordado.

Tal modo de contratación, que cabe aclarar no se ajusta a la normativa regulatoria vigente, redundaría en un indudable beneficio para el proveedor de servicios quien obtiene una notable reducción de sus costos operativos, además de un notorio aumento en la cantidad y celeridad de las transacciones (argto. doct. Ricardo Luis Lorenzetti “Comercio electrónico y defensa del consumidor” publicado en La Ley 200-D, 1003).

Ahora bien, las consecuencias de éste modo de contratar propuesto por el proveedor, en particular aquellas referidas a la ausencia de constancias documentales que permitan acreditar lo acordado, mal pueden hacerse recaer sobre el consumidor, pues éste no solo se encuentra cautivo de la forma que el predisponente elige para la realización del contrato, sino que a su vez carece de todo poder de negociación que le permita cambiar las formas dispuestas por la empresa prestadora del servicio.

Sin perjuicio que los argumentos expuestos bastan por sí mismos para tener por el incumplido el deber de informar a cargo de la demandada, advierto que aun de seguirse el derrotero argumentativo de la sentenciante de grado, en cuanto consideró ajustado a derecho que la información referida al precio del servicio de “*roaming*” para el acceso a la red de datos sea brindada en forma impersonal a través de la página web de la demandada, la conclusión no diferiría de la ya arribada.

Es que, a contrario de lo considerado por la *a quo*, entiendo que no surge fehacientemente acreditado en la causa que los costos del “*roaming*” para el acceso a la red de datos hayan estado disponibles para su



consulta por el actor en el portal de Internet de la accionada (art. 384 del C.P.C.).

Obsérvese, que con la pericia informática practicada en estas actuaciones no se logró demostrar que la información referida al costo del servicio antes aludido, que la demandada acompaña en forma de impresiones de pantalla a fs. 144/151, haya podido ser consultado en la página web de “Claro” con anterioridad **a la fecha en que el actor lo utilizó.**

En efecto, el experto al ser preguntado acerca de tal cuestión respondió que: “...*En cuanto si existe constancia fehaciente de que esa misma información estaba disponible en el mes de febrero de 2011, **no se encuentra registro de dicha información en la Web, por lo tanto no dispongo de acceso a esa información...***” (conf. respuesta a.) de la contestación al pedido de explicación de la parte actora agregado a fs. 394/397; el destacado no es de origen).

Lo anterior, evidencia el yerro en el razonamiento de la sentenciante de primera instancia en cuanto afirma que de la página web de la accionada se pueden obtener los datos acerca de la prestación del servicio de “roaming”, puesto que el hecho que **al momento de efectuarse la pericia** existiese dicha información –que vale aclarar tampoco se aprecia completa y detallada- no permite inferir que la misma haya estado disponible para su consulta por el actor con anterioridad a que éste efectivamente utilizase el servicio (arts. 384 y 474 del C.P.C.; conf. anexo tercero y respuesta f) de la pericia agregada a fs. 318/327).

Cabe agregar, que también resulta erróneo concluir, como lo hizo la juzgadora de grado, que con la testimonial prestada por la testigo Cecilia Martínez Taylor y la absolución de posición del actor pueda tenerse por probado que la demandada cumplió debidamente con el deber de informar respecto al costo de la utilización de la red de datos en el extranjero.



En primer lugar, porque la testigo referida claramente afirma que: “...nos metimos en la página de internet, vimos el costo de las llamadas pero **nada decía del costo de internet...**” y, en segundo lugar, porque la circunstancia que el actor haya reconocido como cierto, en la posición quinta de su absolució de posiciones, que conocía el costo del servicio de “roaming” es insuficiente para tener probado que la accionada le brindo información respecto del costo de dicho servicio para el acceso a Internet (arts. 384 y 456 del C.P.C.; conf. fs. 308).

Es que tal reconocimiento al ser analizado en conjunto con lo expresado en las restantes posiciones, donde refiere desconocer específicamente el costo del servicio de “roaming” para el uso de la red en el extranjero (conf. fs. 241 vta. y 242, posiciones cuarta, novena y décimo tercera), evidencia una clara contradicción que impide que puede otorgársele al mismo el carácter de plena prueba, en tanto genera un margen de duda que siempre, por disposición legal, debe ser interpretarse a favor del absolvente (arts. 421, 422 del C.P.C.).

Robustece la conclusión precedente lo resuelto por el Máximo Tribunal Provincial acerca de la valoración probatoria de la prueba de absolució de posiciones, en tanto consideró que: “...pese a la circunstancia de que la absolució de posiciones se desarrolla mediante la contestación a diversas proposiciones cada de las cuales no puede contener más de un hecho, constituye un acto procesal único que, como tal, debe valorarse atendiendo al conjunto de declaraciones emitidas por el confesante. Puede ocurrir, por lo tanto, que del contexto de la declaración confesoria surjan contradicciones que impidan tener por configurado el reconocimiento categórico de uno o más hechos controvertidos y que engendren la correlativa duda en el ánimo del juez, hipótesis en la que no sería justo acordar el valor de plena prueba a las contestaciones que implican una verdadera confesión y prescindir de aquellas que contrarrestan o desvirtúan ese resultado...” (S.C.B.A. en la causa C. 104.516 “Villanueva, Carlos Rubén



c/ Transporte Ideal San Justo y otro s/ daños y perjuicios”, sent. del 30-III-2010).

Finalmente resta decir, en coincidencia con lo alegado por el actor en su demanda –que cabe destacar no mereció consideración alguna en la sentencia recurrida-, que sumado al incumplimiento del deber de información se advierte en el accionar de la demandada consistente en activar el servicio de “roaming” para el acceso a la red de datos sin que fuera expresamente solicitado por el accionante un claro apartamiento de lo dispuesto por el art. 35 de la ley 24.240 –modif. por ley 26.361-.

La norma precitada preceptúa que: *“...queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice. Si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos...”*.

Lo que el artículo prohíbe no es que se haga llegar al consumidor o usuario una propuesta sobre una cosa o servicio no requerido previamente, sino que prohíbe que tal propuesta genere automáticamente una obligación a cargo del destinatario, en virtud de la voluntad unilateral del empresario emisor de la propuesta (argto. doct. Juan M. Farina, ob. cit. pág. 375).

El objetivo de la norma es evitar las modalidades de contratación que importan un riesgo para el libre consentimiento del consumidor, ratificando el principio general dispuesto en el art. 919 del Código Civil según el cuál no se puede considerar al silencio como una manifestación de voluntad, salvo las excepciones expresamente previstas en la propia ley (argto. jurip. Cam. Nac. en lo Cont. Adm. Fed. de la Capital



Federal, en la causa N°20.866/10 “Telefónica Móviles de Argentina S.A. s/ disp. 370/10”, sent. del 02-08-2011).

En el caso bajo examen, la accionada reconoce expresamente en la contestación de demanda que “...*el servicio de roaming internacional es automático en el caso de clientes con servicio de facturación mensual. Esto significa que cuando el equipo sale de la República Argentina e ingresa a otro país donde existe cobertura AMX Argentina en roaming, el teléfono se registra en la red extranjera en forma automática, y a partir de allí el usuario puede usar su teléfono de la misma manera que lo utiliza en Argentina...*” (conf. fs. 159 y vta.; el destacado no es de origen).

Lo relatado por la demandada describe la mecánica de la prestación de un servicio que se activa automáticamente, es decir que se activa más allá de que se lo requiera, y que tiene un costo extra para el usuario.

Ante ello, el consumidor se encuentra ante las siguientes situaciones: **a)** conoce y acepta la utilización del servicio respondiendo por sus costos. Supuesto éste que no se configura en autos pues como antes he expuesto aquí no se logró acreditar que el actor conociese la extensión y costos del servicio; **b)** desconoce y utiliza el servicio debiendo afrontar los costos extras que generó; **c)** debe buscar el modo de desactivar el servicio – opción de compleja operatividad para el hombre con conocimientos medios en tecnología- o; **d)** lisa y llanamente mantiene su teléfono apagado cuando se encuentra en un país extranjero.

Esta multiplicidad de supuestos, que habitualmente generan daños al consumidor y que en numerosos casos culminan con reclamos judiciales, nacen del accionar ilegítimo de los proveedores que tornan operativo un servicio que no les es requerido obligando al consumidor a tener que encontrar el modo de lidiar con consecuencias que nunca pudo prever, tal como ha ocurrido en el caso de autos.



Así las cosas, y ante la ausencia de prueba que acredite que el accionante haya solicitado el servicio de “roaming” para el acceso a la red de datos en el extranjero, es que cabe tener por configurado por parte de la demandada el incumplimiento a lo dispuesto por el art. 35 de la ley 24.240 – modif. por ley 26.361-.

En definitiva, habiéndose acreditado los incumplimientos de la demandada, que evidencian el accionar antijurídico en que ha incurrido, y teniendo en consideración que éstos según el curso ordinario y normal de las cosas son idóneos para ocasionar los daños que, como a continuación expondré, ha sufrido el actor, corresponde hacer lugar a la demanda en cuanto se endilga responsabilidad a la accionada por el hecho dañoso modificándose, por tanto la sentencia recurrida (art. 42 de la Constitución Nacional; art. 38 de la Constitución de la Prov. de Bs. As.; arts. 4, 10 bis *in fine*, 35, 40 y ccdts. de la ley 24.240 –modif. por ley 26.361-; arts. 505 inc. 3, 512, 519, 520, 901, 902, 903 y ccdts. del Código Civil).

En atención a como propongo se resuelva lo anterior, ingresaré en el análisis de los rubros indemnizatorios requeridos por el accionante y, paralelamente, al recurso de la demandada en tanto atañe al progreso de lo que el actor denominó “Daño Patrimonial” y se refiere a la reliquidación de los montos reclamados por la accionada en razón de la utilización del servicio de “roaming” para el acceso a Internet.

a) Agravio del actor y recurso de la demandada. Daño Patrimonial.

Como punto previo al análisis del presente acápite, entiendo indispensable aclarar que si bien la *a quo*, se refirió al pedido de reliquidación de lo adeudado como una pretensión autónoma y, por tal motivo, no obstante rechazó la acción de daños hizo parcialmente lugar al pedido de “refacturación”, no es éste el modo en que debe ser abordada la temática.



De la atenta lectura del escrito de demanda se advierte que tal petición sin perjuicio de haber sido individualizada en forma independiente en el “Objeto” del escrito de inicio, lo que pudo dar lugar a la interpretación efectuada por la sentenciante, la misma es reiterada y enmarcada dentro del rubro daño patrimonial, encuadre éste último que considero es el pertinente y, por tanto, es el que se utilizará para resolver la cuestión (conf. 57 vta. y fs. 74, 75 y sgts.; 163 inc. 6, 164 y cccts. del C.P.C.).

A su vez, debe destacarse que la pretensión del actor más allá de haber sido calificada por éste como “refacturación” o “reliquidación”, importa –en caso de progreso de la demanda- un “no hacer” de la demandada (cesar o no iniciar el reclamo por lo facturado en razón del servicio de “roaming” para el acceso a la red de datos) y, como consecuencia de ello, un “hacer” consistente en reliquidar lo adeudado.

Efectuadas las aclaraciones precedentes y teniendo en consideración lo ya expuesto respecto a la responsabilidad que cabe endilgar a la demandada, adelanto que corresponde hacer lugar a lo solicitado en este rubro por el actor ordenando que la demandada se abstenga de reclamar el pago de lo facturado en concepto de “roaming” por el acceso a la red de datos en las facturas N°0404-47477243 y N°0404-50571269, así como los recargos por mora que en las facturas posteriores se hubieran incluido con motivo de la deuda aquí discutida (conf. fs. 280 vta. pericia contable respuesta al punto tercero).

Esto es así, toda vez que habiéndose determinado el accionar antijurídico de la accionada, que dio lugar a la facturación de los conceptos cuya exclusión pretende el accionante, deviene ineludible que la demandada se abstenga de perseguir su cobro, puesto que de efectivizarse el mismo se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte AMX Argentina S.A. que en modo alguno puede convalidarse (arts. 3, 4, 10 bis in fine, 35, 40 y cccts. de la ley 24.240 –modif. por ley 26.361-; arts. 953, 1071, 1198 y cccts. del Código Civil).



Es por los motivos expuestos que, como he adelantado, cabe hacer lugar al presente rubro con los alcances antes dados.

Paralelamente, la solución propuesta implica el rechazo del recurso de la demandada, puesto que si bien reviste razón a la recurrente en cuanto a que resulta equívoco entender que la suma prendida por su parte en concepto de cobro del servicio de telefonía móvil ascendía a veintiún mil pesos (\$21.000), equívoco éste que conllevó a que la *a quo* hiciere lugar parcialmente a la “reliquidación”, lo cierto es que al excluirse de lo facturado los conceptos atinentes al “*roaming*” por el acceso a Internet la pretensión esbozada en el memorial concerniente a que se determine lo adeudado en la suma de pesos quince mil trescientos veintisiete (\$15.327) –total de lo facturado- no merece prosperar.

b) Agravio del actor. Daño Psicológico.

En lo que concierne al daño psicológico, nuestro Máximo Tribunal de Provincia ha expresado que: *“...Si bien en el plano de las ideas no se puede dudar de la autonomía conceptual que poseen las lesiones a la psiquis (el llamado daño psíquico o psicológico) y a la integridad del aspecto o identidad corpórea del sujeto (el denominado daño estético), cabe desechar en principio -y por inconveniente- que a los fines indemnizatorios estos daños constituyen un “tertium genus”, que deban resarcirse en forma autónoma, particularizada e independiente del daño patrimonial y del daño moral. Porque tal práctica puede llevar a una injusta e inadmisibles doble indemnización...”* (SCBA, en la causa C 108063 “Palamara, Cosme y otro c/ Ferreria, Marcelo s/ daños y perjuicios”, sent. del 09-V-2012).

Siguiendo tal línea de pensamiento este Tribunal ha señalado que: *“...El daño psicológico o trastorno psíquico, no constituye en sí una categoría o rubro que permita su resarcimiento en forma autónoma del daño moral o patrimonial, y dejando en claro que no constituye un tercer género, se ha admitido su reconocimiento cuando la fuente del perjuicio invocado es un daño psíquico, que de suyo implica un matiz patológico, requiriéndose*



demostración concreta, especialmente a través del correspondiente peritaje...” (Esta Cámara y Sala en la causa N°108.063 “Guerrero, Rubén Arnaldo c/ Poder Ejecutivo s/ daños y perjuicios” sent. del 04-02-2014).

Llevando las directrices trazadas al caso en estudio advierto que el accionante no ha satisfecho la carga de acreditar el “daño psicológico” que alega (art. 384 del C.P.C.).

Efectivamente, en la pericia psicológica agregada a fs. 371/373 la experta dictaminó que: *“...el estrés que manifiesta el peritado y se observa en las entrevistas y pruebas administradas, tiene relación directa con el hecho ocurrido y el consecuente inicio de la causa...”* (conf. respuesta al punto cuatro).

Dicho “estrés” no obstante evidencia la existencia de “daño moral”, cuyo tratamiento se efectuará seguidamente, no configura *per se* un daño psíquico cuya repercusión patrimonial sea resarcible (art. 474 del C.P.C.).

En otras palabras, ante la ausencia de prueba que demuestre el presupuesto necesario para la indemnización del presente parcial, esto es, existencia de un daño psíquico que repercuta en la esfera patrimonial, no cabe más que rechazar la procedencia del presente rubro indemnizatorio.

c) Agravio del actor. Daño Moral.

Liminarmente corresponde señalar que el presente rubro debe ser analizado bajo la óptica de lo dispuesto en el art. 522 del Código Civil que regula el daño moral en los supuestos de responsabilidad contractual (argto. jurisprud. esta Cámara y Sala en la causa N° 154.916 “Amaya, María Antonia c/ BBVA Consolidar Seguros S.A. s/ daños y perjuicios”, sent. del 03-12-2013).

Siendo así, es importante destacar que si bien es cierto que resulta ser doctrina legal de la Suprema Corte de Justicia Provincial que en materia contractual el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, también lo es que para acreditar tal daño no es



necesario la existencia de prueba directa, cuya realización resulta imposible por la índole del perjuicio, pudiendo acreditárselo por medio de indicios que lleven a la convicción del juzgador acerca de la configuración del daño (argto. jurisprud. S.C.B.A. en la causa Ac. 89068 “Flores, José Martín y otra c/ Lucio V. López S.A. y otro s/ cobro de pesos”, sent. del 18-VII-2007; S.C.B.A. en la causa Ac. 73965 “Massimino, Héctor c/ Gorosito, Hugo s/ resolución de contrato”, sent. del 21-03-2001; entre otras).

Por su parte, dicho criterio restrictivo se encuentra atemperado cuando, como en el caso de autos, nos hayamos frente al reclamo efectuado por un consumidor quien por su particular condición de parte débil, que no sólo se evidencia al momento de contratar sino también cuando debe efectuar un reclamo por deficiencias del producto o servicio prestado por el proveedor, se encuentra ante un panorama de mayores angustias al saberse en inferioridad de condiciones ya sea patrimoniales o informativas para lograr obtener la reparación del perjuicio sufrido (argto. doct. Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul, Sala II, en causa N° 57.494 “Rossi, Laura Viviana c/ Whirlpool Arg. S.A. s/ daños y perjuicios”, sent. del 11-06-2013; Cám. de Apel. en lo Civ. y Com. de Azul en la causa N°214 “Boragno, Cristian c/ Dragoun, Jorge y otros s/ daños y perjuicios”, sent. del 09-09-2004).

Con base en lo expuesto, y teniendo en consideración que para la procedencia del rubro se requiere la clara demostración de 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 pleitos o de los negocios, debe discernirse si la prueba obrante en autos habilita a tener por acreditado el daño (argto. jurisprud. SCBA. en la causa N°111.627 “Ceruzzi, Jorge Alfredo y otro c/ Della Croce, Guillermo Valentín s/ daños y perjuicios”, sent. del 26-VI-2013).

La respuesta a tal interrogante es afirmativa, toda vez que la labor probatoria desplegada por el actor ha sido idónea y suficiente al efecto de acreditar la existencia del daño moral (arts. 375 y 384 del C.P.C.).



Corroboran lo dicho las conclusiones a las que arriba la perito psicóloga en su dictamen, donde expone: *“...que el peritado presente suficientes recursos psicológicos para afrontar la frustración y la angustia (...)Sin embargo, esto no lo exime de sufrir el estrés consecuente con la presentación de un factor imprevisible e inesperado como el verse envuelto en la iniciación de un proceso judicial en reclamo de los derechos que sintió mancillados como consumidor del mencionado servicio...”*(conf. pericia de fs. 371/373, respuesta al punto primero).

Ahondando aún más sobre la consecuencias del hecho dañoso, explica la experta que: *“...la incidencia ha sido de suma cuantía: las discusiones con su padre por sus diferentes posiciones respecto del tema en cuestión, la separación de su novia quien ya no lo acompaña y contiene en el proceso, el tiempo dedicado a viajes y diligencias exigidas por la causa, etc...”*(conf. respuesta al punto cuarto).

Finalmente, dictamina que: *“...en el Test de Rorschach, utiliza el determinante forma como única opción, dando cuenta de sus inhibiciones para emplear recursos defensivos más variados y flexibles, producto de la situación traumática vivida y el constante recuerdo producido por el permanente trabajo que conlleva el avance de la causa. En estas condiciones, resulta evidente el temor de verse nuevamente envuelto en una situación de similares características...”* (conf. respuesta al punto sexto).

Lo dictaminado por la perito psicóloga evidencia a las claras la existencia de un padecer que excede ampliamente las inquietudes propias de mundo de los negocios y que se erige como una lesión anímica y espiritual encuadrable dentro del concepto del daño moral (art. 474 del C.P.C.; art. 522 del Código Civil).

Ingresando en la labor de cuantificar el daño, señalo que el Juzgador cuenta con discrecionalidad para fijar la suma indemnizatoria del daño moral, aunque atendiendo a las circunstancias concretamente acreditadas en la causa, y teniendo en cuenta que esa indemnización no



debe transformarse en fuente de un enriquecimiento indebido, ni de un beneficio inesperado (argto. jurisp. esta Cámara y Sala, en las causas N°154.984 “Colman, Alcira Yolanda c/ Vorrasso, Andrea Fabiana s/ daños y perjuicios”, sent. del 19-11-2013 y N° 154.465 “Etchechury, Alejandro Darío c/ Goycoechea, Patricio s/ daños y perjuicios”, sent. del 04-10-2013).

Como bien señala Bustamante Alsina, en cuanto a la cuantía del daño moral, conviene puntualizar que si el perjuicio no es mensurable por su propia naturaleza, no se puede establecer por equivalencia su valuación pecuniaria. Se debe recurrir en tal caso a pautas relativas según un criterio de razonabilidad que intente acercar su valuación equitativamente a la realidad del perjuicio (argto. doct. Bustamante Alsina, Jorge, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, Ed. Abeledo Perrot, novena edición, pág. 247).

Ante el dictamen transcripto, que da cuenta de una notoria afección psicológica motivada en el actuar antijurídico de la demandada, considerando las características personales del accionante (hombre, de 24 años de edad al momento del hecho) y reparando en que los efectos del incumplimiento de la accionada el actor los comenzó a padecer cuando aún se hallaba en el extranjero, con la imposibilidad de apersonarse ante las oficinas del proveedor para efectuar los reclamos o averiguaciones pertinentes que ello conlleva, entiendo que corresponde indemnizar el rubro daño moral en la suma de **pesos treinta y cinco mil (\$35.000)**, más intereses liquidados a la tasa que establece el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo a treinta días vigente en los distintos períodos (art. 165 y ccdts. del C.P.C y arts. 522 y ccdts. del Código Civil; S.C.B.A, en la causa “Ponce Manuel Lorenzo y otra c/ Sangalli Orlando y otros s/ daños y perjuicios”, del 21-X-2009).

Respecto del momento a partir del cuál deben liquidarse los intereses corresponde aclarar que si bien es cierto que éstos debe



calcularse desde la fecha del hecho dañoso, en el presente caso, tal hito temporal no se encuentra determinado.

En efecto, no hallándose explicitada la fecha en la cual se realizó el primer incumplimiento que da lugar a la reparación, entiendo que los mismos deben calcularse desde la fecha de emisión de la primera de las facturas donde se pretendió cobrar al actor el servicio de “roaming” internacional para el acceso a la red de datos, esto es el día **1 de marzo de 2010** (conf. fs. 18; art. 622, 522 y ccdts. del Código Civil).

d) Agravio del actor. Daño Punitivo.

Previo a ingresar al tratamiento de la cuestión es menester aclarar que la demandada si bien ha solicitado la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 52 bis. de la ley 24.240 –modif. por ley 26.361-, la misma fue rechazada por la *a quo* en la sentencia recurrida no mereciendo crítica alguna por parte de la accionada en su recurso, implicando ello la firmeza del decisorio de grado respecto de lo decidido sobre dicha temática.

Efectuada la aclaración precedente, señalo que la ley de defensa del consumidor mediante el art. 52 bis incorpora la figura del daño punitivo en estos términos: “...*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...La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley...*”.

Asimismo el art. 47 en su inciso b) establece “...*Multa de PESOS CIENTO (\$ 100) a PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000)...*”.

Centanaro Esteban sostiene “...*Se trata de una figura del derecho anglosajón, que consiste en una multa civil que el consumidor puede obtener y cuyo importe no guarda relación con el daño que ha sufrido. El objeto de este instituto es impedir que el proveedor siga vendiendo un*



producto que genere perjuicios, estimando que resulta más económico repararlo en los casos singulares que prevenirlo para la generalidad, por lo que se le otorga al Juez la facultad de aplicarlo o no en el caso concreto y graduarlo conforme la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. El daño punitivo tiende a ser ejemplificador a los efectos de que otros proveedores no incurran en nuevos incumplimientos...” (Centanaro Esteban, “Contrato y relación de consumo: actualidad en torno a las últimas modificaciones legislativas” en Estudios de derecho civil con motivo del Bicentenario, dirigido por Conte Grand, Julio, De Reina Partiere Gabriel, El Derecho, Buenos Aires, 2011; Centanaro Esteban, Dresdner Geraldine, Debrabandere Carlos, Martín Riva Juan “El daño punitivo en la ley de defensa del consumidor y su incorporación a la reforma del Código Civil y Comercial: una visión crítica” publicado en DJ31/07/2013,1; Farina Juan M., “Defensa del consumidor y del usuario”, pág. 228, 556 y ss.; Junyent Bas Francisco, Barrista Andrés Federico, Garzino María Constanza, “Destinatarios de la multa en el daño punitivo, publicado en La Ley 01/03/2013, 1; Barocelli, Sergio Sebastián, “Incumplimiento del trato digno y equitativo a consumidores hipervulnerables y daños punitivos: la Suprema Corte de Buenos Aires confirma su procedencia” publicado DJ29/05/2013,3; Falco, Guillermo E. “Cuantificación del daño punitivo”, publicado en La Ley 23/11/2011; Rinessi Antonio Juan, Rey de Rinessi Rosa “Naturaleza Jurídica del Daño Punitivo”, Revista de Derecho de Daños, editorial Rubinzal-Culzoni, 2011-2).

La Sala II de la Cámara Civil de Mar del Plata en los autos “Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares” ha dicho que: “...*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 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. Esta última categoría se sitúa el supuesto bajo estudio: se encuentra acreditado el incumplimiento a normas de distinta jerarquía (universales, regionales, nacionales, provinciales y municipales) en el marco de la relación de consumo que ligaba a la partes y un derecho superior menoscabo del consumidor al no proporcionarle un trato digno en los términos del artículo 8 bis de la ley 24.240, lo que determina la aplicación de la multa civil (conf. Art. 52 bis de la ley citada -t.o. ley 26.361)...” (esta Cámara, Sala II, en la causa N° 143.790 “Machinandiarena Hernández, Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo de actos de particulares” sent. del 27-05-2009, confirmado por la SCBA el 11-6-2012).

En el proyecto de unificación del Código Civil del año 2012 se ha consagrado en el art. 1714 al daño punitivo bajo el título “sanción pecuniaria disuasiva”, reconociéndose la excepcionalidad y la conveniencia de su procedencia para aplicar a casos abusivos especiales (Gregorini Clusellas, Eduardo L., “El daño punitivo y sanción pecuniaria disuasiva. Análisis comparativo de la proyección de una figura resistida hoy consagrada”, publicado en RCyS 2013-X, 15).

Sentado lo anterior veamos la conducta asumida por la demandada y si corresponde aplicar la multa prevista en el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor.

Tal como lo he desarrollado oportunamente al referirme a la responsabilidad endilgada a la accionada ésta ha incumplido tanto el deber de información que se encontraba a su cargo como la prohibición dispuesta en el artículo 35 de la ley 24.240 –modif. por ley 26.361-.

Ahora bien, del detenido estudio de las actuaciones se advierte que tales incumplimientos no resultan ser el fruto de un acto aislado y



limitado a la relación habida entre las partes de este proceso sino el producto de una política empresarial diseñada en miras de obtener una mayor rentabilidad y aplicada en forma masiva e indiscriminada a todos los clientes.

La propia demandada es quien reconoce en su contestación de demanda, como antes detalle, que: *“...el servicio de roaming internacional es brindado por AMX Argentina S.A. **en forma automática a todos** los usuarios del sistema con facturación mensual que viajen a aquellos países del exterior donde exista cobertura para los usuarios...”* (ver fs. 165).

Desde ya que este comportamiento del proveedor, que denota un claro incumplimiento de las normas que regulan la operatoria, genera una serie de consecuencias entre las que se encuentra un **beneficio económico** para el prestador del servicio.

Adviértase, que dicho accionar no sólo permite reducir costos administrativos, pues al no realizarse la contratación del servicio en forma personal y mediante un contrato escrito se eliminan costos concernientes a una mayor cantidad de empleados, costos de papelería etc., sino que además y, por sobre todo, permite beneficiarse con el cobro de un servicio que fue utilizado por el cliente, generalmente en forma indiscriminada, sin conocer hasta dónde vería comprometido su patrimonio.

La ausencia de información, que genera un actuar ausente de discernimiento por parte del consumidor, conlleva de ordinario un uso desmedido del servicio que redundo en una mayor facturación para el proveedor, tal como ha sucedido en autos.

El accionar desaprensivo de la demandada que, como se ha visto por su propio reconocimiento, es sistemático, sumado al conocimiento que cabe presumir que posee respecto a las normas que rigen su actividad, ello en razón de la habitualidad y profesionalidad que trasunta el carácter de proveedor de un servicio de uso masivo, demuestra la existencia de un actuar culposos que debe calificarse como de **culpa grave** (art. 512 del



Código Civil: argto. doct. Ramón Daniel Pizarro – Carlos Gustavo Vallespinos “Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones.”, tomo II, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2006, pág. 617 y sgts.).

Es entonces, que encontrándose en el presente caso reunidos los requisitos habilitantes para la aplicación de la sanción prevista en el art. 52 de la ley 24.240-modif. por ley 26.361- que entiendo procedente sea impuesta a la demandada tal como lo ha solicitado la parte actora (argto. doct. Fernando E. Shina “Daños al Consumidor”, Ed. Astrea, 1era. edición, Bs. As. 2014, pág. 159 y sgts.; Sebastián Picasso, en obra colectiva “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada”, Picasso – Vázquez Ferreyra Directores, Ed. La Ley, Tomo I, Bs. As., 2009, págs. 593 y sgts.; Daniel Roque Vitolo “Avances y retrocesos en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación respecto del instituto del daño punitivo en la ley de defensa del consumidor”, publicado en “Revista de los contratos, los consumidores y derecho de la competencia”, Ed. Legis, págs. 3 y sgts.).

Finalmente, en cuanto al monto por el que debe prosperar la sanción, y teniendo en especial consideración la función disuasiva del instituto, entiendo que corresponde fijar en concepto de “daño punitivo” la suma de **pesos noventa mil (\$90.000)**.

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA TERCERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. NELIDA I. ZAMPINI DIJO:

Corresponde: **I)** Aceptar la excusación del Dr. Rubén D. Gérez por la causal invocada a fs. 498; **II)** Rechazar la nulidad de sentencia alegada por la parte actora; **III)** Rechazar el recurso de la demandada; **IV)** Hacer lugar al recurso de la actora en lo atinente a la responsabilidad endilgada a la accionada, modificándose en tal sentido la sentencia recurrida, ordenando a ésta última que: **a)** Se abstenga de reclamar el pago



de lo facturado en concepto de “*roaming*” por el acceso a la red de datos en las facturas N°0404-47477243 y N°0404-50571269, así como los recargos por mora que en las facturas posteriores se hubieran incluido con motivo de la deuda aquí discutida; **b)** Abone al actor dentro de los diez días de quedar firme la presente en concepto de “**daño moral**” la suma de suma de **pesos treinta y cinco mil (\$35.000)**, más intereses liquidados a la tasa que establece el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo a treinta días vigente en los distintos períodos liquidados desde el día **1 de marzo de 2010**; **c)** Abone al actor dentro de los diez días de quedar firme la presente en concepto de “**daño punitivo**” la suma de suma de **pesos noventa mil (\$90.000)**; **V)** Rechazar el rubro “daño psicológico”; **VI)** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 68 y 274 del C.P.C.); **VII)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

El Sr. Juez Dr. Ricardo D. Monterisi votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente;

S E N T E N C I A

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: **I)** Se acepta la excusación del Dr. Rubén D. Gérez por la causal invocada a fs. 498; **II)** Se rechaza la nulidad de sentencia alegada por la parte actora; **III)** Se rechaza el recurso de la demandada; **IV)** Se hace lugar al recurso de la actora en lo atinente a la responsabilidad endilgada a la accionada, modificándose en tal sentido la sentencia recurrida, y se ordena a ésta última que: **a)** Se abstenga de reclamar el pago de lo facturado en concepto de “*roaming*” por el acceso a la red de datos en las facturas N°0404-47477243 y N°0404-50571269, así como los recargos por mora que en las facturas posteriores se hubieran incluido con motivo de la deuda aquí discutida; **b)** Abone al actor dentro de los diez días de quedar firme la presente en



concepto de “**daño moral**” la suma de suma de **pesos treinta y cinco mil (\$35.000)**, más intereses liquidados a la tasa que establece el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo a treinta días vigente en los distintos períodos liquidados desde el día **1 de marzo de 2010**; **c)** Abone al actor dentro de los diez días de quedar firme la presente en concepto de “**daño punitivo**” la suma de suma de **pesos noventa mil (\$90.000)**; **V)** Se rechaza el rubro “daño psicológico”; **VI)** Se imponen las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 68 y 274 del C.P.C.); **VII)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C). Devuélvase.

NÉLIDA I. ZAMPINI

RICARDO D. MONTERISI

Marcelo M. Larralde
Auxiliar Letrado