



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

Número de orden:

Libro de sentencias número:

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a quince de agosto de 2017, reunidos en acuerdo los Señores Jueces de la Sala Dos de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial Departamental, Doctores Leopoldo L. Peralta Mariscal y Abelardo A. Pilotti, para dictar sentencia en los autos caratulados "Frisicale, María Laura contra Telecom Personal S.A. sobre daños y perjuicios" (expediente número 148.485) y, practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal), resultó que la votación debe tener lugar en el siguiente orden: Doctores Peralta Mariscal y Pilotti, resolviéndose plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

- 1) ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada, dictada a fs. 441/454?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DR. PERALTA

MARISCAL DIJO:

A. El asunto juzgado.

A. 1) María Laura Frisicale promovió acciones preventiva (conf. art. 1711 del Código Civil y Comercial) y de daños y perjuicios contra Telecom Personal S.A., solicitando que se condene a ésta a cesar en el envío de mensajes de contenido "Premium" no solicitados y a pagar la suma de \$3.778.744,31 con más sus intereses, respectivamente, todo con costas.

Relató que en el año 2007, junto a su grupo familiar, contrató con la entidad accionada un plan de telefonía denominado “Grupo Business Nacional 115”, consistente en cuatro líneas telefónicas habilitadas a comunicarse gratuitamente a nivel nacional. Acotó que su madre fue la titular originaria del plan y que hacia el año 2011 fue colocado a su nombre, incorporándose en esa oportunidad su marido. Dijo que en el año 2013 se modificó parcialmente el servicio contratado, cambiándose la numeración de las líneas y ampliándose éstas a cinco. Manifestó que desde febrero de 2015 la demandada factura una suscripción no solicitada de mensajes de texto de contenido Premium, que son recibidos diariamente desde enero de ese año por la línea 291-154671064 perteneciente a su plan, que importa una tarificación adicional -en promedio- de \$ 70 mensuales, sobre la que, además, le son detraídos los impuestos que la proveedora recauda como agente de retención. Acotó que en los años 2013 y 2014 había experimentado inconvenientes similares, por lo que, en esta oportunidad, hartazgo mediante, formuló su reclamo directamente ante la OMIC, dando inicio el expediente 714/2015, en cuyo marco se fijaron dos audiencias a las que no concurrió la demandada quien, con posterioridad, se limitó a formular un ofrecimiento por correo electrónico en los siguientes términos “... sobre el particular cumplimos en informar que atento lo manifestado por la reclamante, el mismo ha sido derivado al área pertinente al efecto de dar cumplimiento con lo solicitado. Al solo efecto conciliatorio y sin que implique reconocimiento de hechos ni derechos, se ofrece realizar una nota de crédito por el importe de \$ 500 finales sobre la cuenta n° 153616488”. Dijo



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

que en julio de ese año, en la factura n° 5478-50509566, le fue acreditada la suma acordada de \$500 y se le descontó lo incorrectamente facturado pero que, no obstante, a la fecha la accionada continua facturando la suscripción a un paquete de mensajes con contenido "Premium" que no consintió. Detalló los rubros pedidos. Pidió la aplicación de daños punitivos. Fundó en derecho. Ofreció elementos de convicción.

A fs. 80/82 amplió la demanda, solicitando el incremento de su reclamo por daños generados y lucro cesante con fundamento en una nueva factura recibida y abonada en abril de 2016 que incluía paquetes de mensajes Premium no solicitados sobre dos líneas del plan. Asimismo, pidió que se tengan en cuenta los nuevos hechos denunciados a los fines de fijar los daños punitivos. Fundó en derecho y ofreció prueba.

A. 2) A fs. 94/103 se presentó Telecom Personal S.A. contestando la demanda. Negó la versión de los hechos relatada por su contraria y expuso la propia. Pidió que se cite como tercero a "Be Good S.A.", "Total Tim Argentina S.A." e "Intertron Mobile S.A." Explicó que es contratada por terceras empresas para canalizar sus servicios a través de sus redes, ocupándose sólo de la facturación y cobranza. Dijo que en los servicios que se ofrecen a través de la red de Personal la contratación es total y absolutamente consciente por parte de los usuarios -ya que deben realizar una serie de actos positivos para acceder a ellos-, mientras que el servicio que motiva el litigio -no prestado por ella- es activado por el cliente a través de su línea de teléfono móvil, siendo el único que tiene la potestad de darlo de alta o de baja en cualquier momento. Impugnó los rubros indemnizatorios reclamados. Fundó en derecho. Ofreció prueba.

A. 3) A fs. 119 se abrió la causa a prueba y producida la misma, los autos quedaron conclusos para definitiva.

B- La solución dada en primera instancia.

El Sr. Juez de primera instancia condenó a la demandada a que cese en el envío de mensajes Premium y en la facturación de las suscripciones indebidamente liquidadas en las líneas de titularidad de la actora (art. 1711 y cctes. del Cód. Civil y Comercial de la Nación), y a pagar a ésta la suma de \$724.206,18, con más sus intereses.

Entendió acreditadas la contratación del plan de telefonía denunciado y la existencia de una relación de consumo entre las partes, destacando la consecuente aplicabilidad de las normas del nuevo Código que resulten más favorables a la actora en su calidad de consumidor (arg. arts. 7 y 1095 del Código Civil y Comercial de la Nación) y las de la ley 24.240. Sentado ello, previo análisis de las constancias de la causa, entendió que la accionada no acreditó que la actora hubiese solicitado la suscripción de mensajes cobrada, siendo quien se hallaba en mejor posición para hacerlo en virtud de su profesionalidad, importando ello el incumplimiento de la carga de colaboración impuesta por el art. 53 de la Ley 24.240 y la consecuente presunción de certeza sobre los hechos que sostienen la acción, al mismo tiempo que vulnera la prohibición de efectuar propuestas al consumidor por cualquier tipo de medio sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente, generando un cargo automático que obligue a manifestarse por la negativa para que se le efectivice (art. 35 de la Ley 24.240). Agregó que dicha circunstancia “queda corroborada con la nota de crédito que emitiera a favor de la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

accionante conforme se puede apreciar del expediente tramitado ante la OMIC... lo que no obstante no implicar al decir de la accionada un reconocimiento de hechos ni derechos, no puedo admitir como razonable que una empresa de la talla de la accionada sin que implique reconocimiento de los hechos que se le reclamaban por ante la OMIC si entendía que no eran ciertos le ofreciera una nota de crédito a la accionante solo por hacer *beneficencia*... lo que descarto de toda consideración atento el eminente fin lucrativo en la actividad desarrollada por la accionada”.

Seguidamente, fijó las partidas “daño directo o emergente” en \$1.334,09 -v. documental aportada con la demanda y agregada a fs. 168/277-, “lucro cesante” en \$ 190,29 -ponderando que habitualmente la actora constituye plazos fijos-, y “daño moral” en \$5.000 (arts. 40 bis de la ley 24.240, 1738, 1741 y cctes. del Código Civil y Comercial de la Nación, y 165 del Código Procesal). Asimismo, fórmula mediante, aplicó una multa por daños punitivos de \$717.681,80 (art. 52 bis de la Ley 24.240).

En cuanto a los intereses, dispuso que: a) respecto a las sumas acordadas en concepto de daño emergente y lucro cesante, deberán liquidarse desde que cada factura fue abonada por la actora y hasta el efectivo pago, aplicando la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a treinta días, vigente a la fecha de cada una de las facturas comprendidas en el reclamo; b) respecto del daño moral “devengará intereses desde la primera oportunidad de manifestación del daño que es la fecha de la primer denuncia de la actora de las irregularidades ante la OMIC el día

03/04/2014... hasta la del efectivo pago del resarcimiento a la tasa dispuesta precedentemente”; c) respecto del daño punitivo, dado que no se trata de un resarcimiento sino de una multa que se fija en el pronunciamiento “no corresponde adicionar intereses, a menos que se incurra en mora en la obligación en cuyo caso los intereses se liquidaran a la tasa ordenada precedentemente y a partir del vencimiento del plazo acordado para el cumplimiento del mismo (art. 768 y 886 del C.C.C.N.)”.

C- La articulación recursiva.

Contra lo así decidido se alzó la demandada a fs. 456, remedio que fue concedido libremente a fs. 457. Sostuvo su recurso a fs. 485/491, siendo replicado por su contraria a fs. 497/509. La actora, por su parte, dedujo apelación a fs. 462, siendo concedida libremente a fs. 463. Expresó agravios a fs. 475/484, mereciendo la réplica de su contraparte a fs. 511/513.

D- Los agravios

D. 1) *Agravios de la parte actora.*

D. 1. a) Postula que el juez omitió incluir dentro del rubro “daño emergente” lo indebidamente facturado en los meses de abril, mayo y junio de 2016, con más los respectivos impuestos, lo que asciende a \$ 348,19. Destaca que la sentencia condenó al pago de este rubro por el período comprendido entre febrero de 2015 y la fecha de ampliación de la demanda -fs. 80/82-, omitiendo resolver sobre el período posterior a ella, lo que vulnera el principio de congruencia.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

Pide también que “al momento de anular este aspecto del fallo se tenga en cuenta su impacto sobre la fórmula de cuantificación de los daños punitivos”.

D. 1. b) Se queja del monto reconocido en concepto de “lucro cesante”, achacando al juez una nueva violación del principio de congruencia. Explica que lo pedido al demandar tuvo por objeto dar cumplimiento a la manda del art. 330 del CPCC y que al ampliar la demanda pidió la extensión de su pretensión por la imposibilidad de “invertir el dinero que una vez más debí pagar a la empresa demandada”, destacando que, en definitiva, solicitó que se cuantifique el rubro en la sentencia. Así, indica que en los meses de marzo, abril, mayo y junio Telecom continuó con la facturación indebida “a pesar de la interposición de la demanda y estar debidamente notificada” configurándose también en esos meses el menoscabo patrimonial en cuestión.

Asimismo, solicita que se pondere el incremento de la partida requerido al momento de recalcular la multa por daño punitivo.

D. 1. c) Se queja del porcentaje -1%- estimado por el juez como variable “probabilidad de ser demandado y condenado” para calcular el daño punitivo. Sostiene que al demandar la estimó en 1/1000, dando razones para ello y destaca que la accionada no la rechazó de manera contundente en su oportunidad, por lo que el juez debió estarse a dicho porcentaje, pues lo contrario importa vulnerar el principio de congruencia y, además, resulta arbitrario en tanto implica el desconocimiento o el apartamiento inmotivado de la presunción de reconocimiento que emana

del art. 354 del Código de rito (arts. 3 del Código Civil y Comercial, 163 inciso 5 y 171 de la Constitución Provincial).

Seguidamente, postula que al estimar la variable el juzgador no consideró las circunstancias de la causa, violando el art. 163 del Código Procesal, puesto que sólo se refirió a hechos genéricos, sin remitir expresamente a los concretos del presente proceso. Sobre el particular, afirma que existen en autos indicios diversos y concordantes referidos a datos objetivos, que permiten sostener la estimación de probabilidad propuesta (1/1000), a saber: a) el silencio que guardó la accionada ante sus reclamos y su falta de colaboración (art. 53 de la Ley 24240); b) el envío de mensajes Premium constituye una “práctica habitual”, siendo ello “de público conocimiento”; c) la relación costo/beneficio del consumidor - es decir, la relación entre los gastos en que incurrió para reclamar judicialmente y las sumas que entiende que indebidamente se le han cobrado-; d) el poderío económico de la empresa accionada; e) el carácter oligopólico del mercado en que participa el proveedor -que es de público conocimiento- y su alta participación en él; f) la inexistencia de demandas similares contra la accionada en el Departamento Judicial de Bahía Blanca, siendo ello “un hecho notorio y de público conocimiento”.

D. 2) *Agravios de la parte demandada*

D. 2. a) Se queja del juicio de responsabilidad efectuado por el *a quo*. Sostiene que el juez no tuvo por acreditado el hecho invocado por la actora, sino que sentenció como lo hizo por no encontrar elementos que le permitan arribar a una solución distinta, haciendo valer una presunción en su contra -en virtud de la carga de la prueba que puso en su cabeza-,



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

agregando que la exigencia de acreditar que no fue Telecom quien activó el servicio de mensajería -cuya omisión se le reprocha-, tratándose de un hecho negativo, constituye prueba diabólica. No obstante, sostiene que propuso la citación de terceras empresas para acreditar los extremos de su defensa, postulando que, habiéndose rechazado tal pedido, en virtud de la irrecurribilidad que prevé el art. 494 del Código Procesal, el juez debió hacer uso de sus facultades instructorias y producir prueba informativa.

D. 2. b) Critica la valoración efectuada por el juez respecto de la nota de crédito emitida a favor de la actora, afirmando que no se trata de un reconocimiento que permita en un proceso posterior acudir a la teoría de los actos propios, sino de una decisión de política empresarial destinada a evitar mayores costos y obtener la satisfacción del cliente, por lo que mantener el razonamiento del magistrado podría redundar en un perjuicio para los clientes, puesto que las empresas dejarían de ofrecer este tipo de bonificaciones.

D. 2. c) Criticó la admisión de la partida “lucro cesante”, postulando que la ganancia que dejó de percibir la actora al no haber podido colocar las sumas reclamadas en plazo fijo -motivo en que se fundó la admisión del rubro-, ya se encuentra compensada con los intereses que se mandaron a pagar sobre ellas, por lo que “si a ello se le adicionara el mismo interés pero bajo el ropaje de lucro cesante, se estaría duplicando la renta que hubiese obtenido de haber colocado el dinero en un plazo fijo”.

D. 2. d) También reprocha la admisión y -subsidiariamente- la cuantificación del “daño moral”. En relación a lo primero, destaca que la actora no acreditó haber sufrido molestias que lo justifiquen, afirmando que en materia contractual este daño no se presume, y en relación a lo segundo, postula que el juez se desentendió de los \$2000 pedidos en demanda, fijando antojadizamente la suma de \$5000.

D. 2. c) Critica la aplicación de la multa por daño punitivo, efectuando diversas consideraciones: a) le sería imposible corregir la conducta que se considera dañosa, puesto que es un servicio prestado por terceras empresas -lo que surge de las facturas aportadas por la propia actora y del punto XI del escrito de inicio-, por lo que “si alguna responsabilidad le cupiera a Telecom lo será a lo sumo por la responsabilidad refleja o bien por los efectos de la solidaridad, pero nunca como principal obligado por no ser la prestataria de tales servicios”; b) el juez determinó su responsabilidad por “falta de probanzas que la hubiesen desligado del hecho que motivó el reclamo” y no por hallar verificada la conducta “temeraria, maliciosa y evidentemente reprochable” cuya comisión se pretende sancionar y su reiteración disuadir; c) no surge de autos que la actora haya sufrido un daño de entidad.

Subsidiariamente, plantea que el art. 52 bis de la Ley 24.240 establece como parámetro la gravedad del hecho, por lo que frente al alegado “cobro injustificado” de \$813,92, sea cual fuere la fórmula aplicada, la suma de \$717.681,80 fijada en primera instancia resulta desmedida.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

Seguidamente, califica de ilegítima la fórmula empleada por el *a quo*, afirmando que confiere a los jueces facultades legislativas, toda vez que acuden a situaciones “extra expediente” -meras conjeturas desprovistas de todo sentido práctico y ajenas al pleito-, en lugar de limitarse a aplicar la norma que les impone graduar la sanción en función de la gravedad del hecho y las circunstancias del caso. Concluye su embate con la transcripción de un voto en disidencia del colega de Tribunal, Dr. Guillermo E. Ribichini, donde plateó su oposición al empleo de la fórmula, tachando de discrecionales las variables de probabilidad empleadas (v. “Castaño”. Expte. N° 146.984, de Sala I).

D. 3) A fs. 497/509 la actora contestó los agravios de la accionada. En lo esencial: a) opone la preclusión procesal al argumento relativo al rechazo de la citación de terceros y acota que es falso que haya citado a “Telinfor”, habiéndolo hecho solamente respecto de “Be Good S.A.”, “Total Tim Argentina S.A.” e “Intertron Mócbile S.A.” -v. fs. 505, tercer párrafo-; b) afirma que pesaba sobre la accionada acreditar la contratación con terceras empresas que alegó mediante el aporte de documentación o la producción de informes; c) que la demandada no introdujo oportunamente el planteo que efectúa respecto del lucro cesante; d) defiende la aplicación de la fórmula matemática para cuantificar el daño punitivo. En lo demás, no aporta elementos novedosos que merezcan ser reseñados, sin perjuicio de que los ponderaré a la hora de decidir.

D. 4) A fs. 511/513 la accionada contestó los embates de la actora. En lo esencial, destaca que efectúa una interpretación forzada del art. 354 del CPCC para endilgarle el reconocimiento de lo pretendido en materia

de daños punitivos. Luego, reitera los argumentos dados al agravarse, sin aportar otros elementos relevantes que ameriten su reseña, sin perjuicio de que serán analizados al sentenciar.

E. El análisis de la sentencia apelada en función de los agravios.

Atento el tenor de los agravios propuestos por los apelantes, razones de índole metodológico imponen tratar en primer término los de la accionada que versan sobre el juicio de responsabilidad efectuado por el *a quo* para luego, de corresponder, abordar los restantes en el siguiente orden: a) los de la accionada sobre la apreciación de la prueba, y respecto de la procedencia y cuantificación de las partidas indemnizatorias; b) los de la accionada respecto de la procedencia de la aplicación de la multa por daños punitivos; c) los de la actora respecto de la cuantificación de las partidas indemnizatorias; y d) los de ambas partes respecto de la cuantificación de la multa por daños punitivos.

E. 1) *Agravios de la parte demandada sobre el juicio de responsabilidad.*

El agravio de la accionada que critica el juicio de responsabilidad efectuado por el juez no merece prosperar. En primer lugar, si bien es cierto que el magistrado dijo haber decidido como lo hizo por no encontrar elementos que le permitan sostener lo contrario a lo postulado por la actora, lo que efectivamente es una consecuencia de la aplicación -por cierto procedente- del *principio de prueba compartida* del art. 53 de la Ley 24.240, igualmente, bajo el manto de la *distribución tradicional de las cargas probatorias*, la parte demandante cumplió con acreditar que la empresa demandada -y no terceras empresas- es quien factura y cobra el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

servicio de mensajería “Premium” y que se comportó de manera desinteresada respecto del inconveniente planteado, circunstancias que resultan atendibles para concluir en la existencia de daño, mientras que, por el contrario, la accionada no probó los hechos positivos que sostienen su versión de lo sucedido -por ejemplo, que es ajena a la relación contractual que vincula a la actora con terceras empresas-, ni los extintivos en relación a las afirmaciones de su contraria -por ejemplo, que únicamente el usuario desde su celular puede activar el servicio de mensajes “Premium”-, extremos que en modo alguno pueden ser calificados como “prueba diabólica”. De todas formas, resulta insensato sostener que una empresa de primera línea en tecnología y comunicaciones no pueda acreditar con facilidad que no es titular de un servicio que factura, y que su contratación se efectúa sólo desde el celular del usuario y sin su intervención. Si ello se admitiera, debería entonces dejar de participar en el mercado, cuanto menos en lo que respecta a la facturación y cobro de un servicio -actividad que se presume onerosa- cuyo origen y modalidad de contratación le resulta diabólico explicar.

La demandada insiste para eludir su responsabilidad en que el servicio de mensajería es prestado por terceras empresas, sin advertir que, atento el objeto de las acciones deducidas en autos y los postulados que las sostienen, los daños alegados no hallan su origen únicamente en la prestación y continuación del servicio no solicitado, sino también en su facturación, tarea que se encuentra a cargo de la accionada, sobre lo que no existe controversia. De esto se sigue que, con independencia de la

identidad de la empresa que preste el servicio, la demandada, dejando de facturarle, podría solucionar gran parte del problema de la actora.

E. 2) *Agravios de la demandada sobre la apreciación de la prueba, y en relación a la procedencia y cuantificación de las partidas indemnizatorias.*

E. 2. a) En cuanto al embate contra la valoración efectuada por el juez de la nota de crédito otorgada a favor de la actora, si bien asiste razón a la quejosa cuando sostiene que se trata de una decisión de política empresarial habitual orientada a resolver extrajudicialmente un diferendo y que no importa reconocimiento de hecho o derecho alguno, resulta irrelevante para torcer lo decidido ante la contundencia de otros elementos -algunos expuestos *supra* y otros a desarrollarse *infra*- que comprometen su responsabilidad.

E. 2. b) La queja contra la admisión de la partida “lucro cesante” es de recibo. Habiéndose identificado este rubro con el interés que la actora dejó de percibir por no haber podido invertir en plazo fijo las sumas indebidamente retenidas por la accionada y siendo que el juez -a los fines de paliar su indisponibilidad- también mandó a pagar intereses sobre ellas conforme la tasa que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 453, último párrafo), mantener lo decidido importaría condenar a pagar dos veces el mismo concepto.

Lo expuesto exige detraer la suma admitida en primera instancia en concepto de “lucro cesante” al momento de recalcular el daño punitivo.

Entiendo oportuno efectuar aquí una breve consideración sobre el reproche que la actora efectúa a este agravio con fundamento en su



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

novedad (fs. 501 vta., segundo párrafo) el que, anticipo, es desacertado. El memorial o expresión de agravios es la pieza procesal que tiene por finalidad sostener la apelación deducida contra la sentencia de primera instancia, y la adecuada técnica recursiva impone al quejoso volcar en ella las críticas que entienda pertinentes, debiendo exponerlas de manera concreta y razonada (art. 260 del Código Procesal). Es decir, el apelante puede cuestionar cualquier razonamiento o conclusión del juzgador, en tanto no importe la introducción de un capítulo no propuesto en la instancia anterior (arg. art. 272 del Código Procesal). La queja de la accionada cumple con ello en cuanto expone una inconsistencia presente en la sentencia que, como tal, no puede sino nacer de la misma, por lo que poco importa con qué argumentos resistió la admisión de la partida al contestar la demanda.

E. 2. c) El agravio contra la procedencia y cuantía de la partida “daño moral” no merece prosperar.

En cuanto a lo primero, si bien en abstracto podría sostenerse que los daños no patrimoniales alegados en la demanda se derivan de meros inconvenientes propios y frecuentes de cualquier relación contractual en el ámbito de las telecomunicaciones, el avasallamiento y desprecio de la accionada frente a los derechos e intereses de la actora en su calidad de usuario resulta palmario en el caso que nos ocupa; sobremanera si se tiene en cuenta que no es la primera vez que la demandante y su grupo familiar sufren inconvenientes similares -v. fs. 7/14 y 350/351- y que en esta oportunidad, si bien la empresa cumplió con el compromiso asumido ante la OMIC a fs. 31/32 -v. fs. 20-, continuó facturando el servicio en

cuestión -v. fs. 21/28-, obligando al usuario a acudir a la justicia -no compareciendo tampoco a la audiencia de mediación, v. fs. 2-. En tal contexto, no puede desconocerse que la actora experimentó, cuanto menos, padecimientos como irritación y hartazgo que, no obstante surgir de autos que se vinculan a conflictos y situaciones anteriores y ajenos al presente, es el último inconveniente sufrido, groseramente menospreciado por la accionada, el hecho detonante de aquellos y, en definitiva, la causa del daño no patrimonial reclamado.

Respecto a lo segundo, corresponde efectuar dos precisiones. Por un lado, conforme la doctrina plenaria sentada por este Tribunal en autos “Scarabotti” (L.S. 34, N.O. 199) -de acatamiento obligatorio conforme art. 37 de la Ley 5827-, es posible fijar una indemnización por daño moral por un monto nominal superior a lo solicitado en la demanda. Por otra parte, en cuanto a la suma en definitiva fijada por el *a quo*, no basta que la recurrente la repute excesiva, sino que debe someter a consideración del Tribunal el razonamiento que la lleva a calificarla de esa manera, recaudo que no se halla abastecido y determina la deserción del embate en esta parcela (art. 260 del Código Procesal).

E. 3) *Agravios de la demandada respecto de la procedencia de la multa por daños punitivos.*

No merecen prosperar.

En primer lugar, en cuanto a la finalidad disuasiva del instituto, no es cierto que le sería imposible corregir la conducta que se considera dañosa. Como se dijo *supra*, la demandada pretende salvar su responsabilidad asociando los daños alegados por su contraria



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

exclusivamente con la prestación del servicio de mensajería que dice efectuada por terceras empresas, sin advertir que el reclamo también versa sobre su facturación, lo que se halla a su cargo -extremo no discutido en autos-. De esto se sigue que, aun admitiendo que el servicio es brindado por terceras empresas, la accionada, dejando de facturarle, podría solucionar gran parte del problema de la actora. Además la encartada admitió que terceras empresas la contrataban para canalizar sus servicios a través de las líneas de sus clientes. Fácil es advertir, entonces, que le bastaría con rescindir esos acuerdos para dejar de perjudicar a la actora. Por lo demás, no se concibe cómo puede serle imposible a la demandada filtrar contenidos canalizados a través de la línea que ella otorga, habilita y controla. Y si así fuera, se trataría de una enorme "peculiaridad" cuya acreditación le incumbiría (art. 375 del Código Procesal)

Por otra parte, en cuanto a la finalidad sancionatoria de la multa, no sólo resulta pasible de reproche y, por ende, de punición, la conducta impregnada de dolo -directo o eventual-, sino también la calificable como groseramente negligente. Se ha dicho que la aplicación del instituto exige una conducta particularmente grave "caracterizada por la presencia de dolo (directo o eventual) o, como mínimo, de una grosera negligencia." (Lorenzetti, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 563). En el *sub examine*, la continuación de la prestación y/o facturación del servicio con posterioridad al acuerdo celebrado en la sede de OMIC -v. fs. 30/32- donde, con independencia de su tenor y de la discusión no esclarecida sobre cómo se activó el servicio

de mensajes, quedó suficientemente claro que la usuaria no quería continuar recibéndolo ni pagando por él, viéndose obligada a judicializar la cuestión para lograrlo, configura un comportamiento groseramente negligente y desinteresado de los derechos de ésta (arts. 42 de la Constitución Nacional), lo que justifica la aplicación del instituto en cuestión.

En cuanto al argumento basado en el escaso monto pagado o retenido por el servicio, yerra la demandada al sostener que dicha circunstancia determina la improcedencia de la multa, puesto que la ponderación de la gravedad del hecho que exige el art. 52 bis de la Ley 24.240 es a los fines de la cuantificación de la multa y no de determinar su procedencia. De todas formas, el hecho que el servicio no solicitado se siga prestando y la facturación emitiendo, todo con posterioridad a la manifestación de voluntad en contrario expresada por la usuaria en la OMIC, constituye un daño de entidad.

E. 4) *Agravios de la parte actora relativos a las partidas indemnizatorias.*

E. 4. a) El agravio que reprocha al juez haber omitido considerar en la cuantificación del daño emergente lo pagado con posterioridad a la ampliación de la demanda es de recibo por simple aplicación del art. 331 del Código Procesal. A mayor abundamiento, debe el juzgador en la sentencia “hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio o debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos” (art. 163, inc. 6, segundo párrafo del Código Procesal).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

Ello así, corresponde adicionar a la suma determinada en primera instancia (\$1.334,09, v. fs. 448) las pagadas por el servicio que surgen de la documental de fs. 385/385 vta., 389/389 vta. y 391 (\$348,18), fijándose consecuentemente la partida en \$1.682,24.

E. 4. b) Habiendo sido acogido el agravio de la accionada contra la procedencia de la reparación del lucro cesante -apartado E. 2. b-, resulta abstracto pronunciarse sobre el incremento de la partida pretendido por la actora -embate reseñado en el apartado D. 1. b-.

E. 5) *Agravios de ambas partes relativos a la cuantificación de la multa por daños punitivos.*

E. 5. a) Aplicabilidad de modelos matemáticos para la cuantificación.

Adelanto mi opinión favorable a lo decidido por el colega de grado anterior en esta parcela (v. fs. 452), sin perjuicio de que oportunamente renovaré el cálculo efectuado teniendo en cuenta lo resuelto en los apartados E. 2. b, E. 4. a y E. 4. b. sobre los rubros indemnizatorios -en tanto componen una de las variables de la fórmula- y, de corresponder, lo expuesto por las partes en relación a las variables de probabilidad.

La fijación del monto de la multa por daños punitivos constituye una tarea delicada, siendo premisas ineludibles: a) que no es un resarcimiento; b) que es una sanción; c) que tiene incidencia la gravedad de la falta; d) que debe cumplir una función preventiva, disuadiendo al infractor de reincidir en conductas análogas.

El *quid* de su cuantificación radica en una cantidad encuadrable en el concepto de sanción con función estrictamente preventiva que no sea

inferior ni superior a la suma necesaria para generar incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de incurrir en conductas análogas, postura que ha sido aprobada por unanimidad en el Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (Buenos Aires, 23 a 25 de septiembre de 2010) bajo la siguiente fórmula: "De *lege lata* se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión". Se trata de que el deudor internalice las consecuencias de la baja probabilidad de condena, lo que se logra obligándolo a pagar a un damnificado los daños provocados a los demás afectados que no hicieron el reclamo ante la autoridad jurisdiccional; se compensa con daños punitivos la escasa probabilidad de ser sentenciado.

Como se ha dicho "no estamos aquí ante una indemnización o reparación por daño alguno sufrido por la víctima, sino ante un instrumento preventivo sancionador, que ha elegido como destinatario a la víctima, con la sola finalidad de fomentar la denuncia de prácticas lesivas del orden económico integral... Es que al conocer el consumidor que su reclamo de escaso monto puede recibir además un plus producto de la sanción al obrar violatorio de todo el ordenamiento económico (por cuanto el mismo distorsiona las reglas del mercado, perjudicando a los competidores ajustados a la ley), éste tendrá mayor interés en iniciar el arduo camino de un proceso judicial, y ante el incremento de los reclamos, las empresas que actúan como la aquí demandada descubrirán que el negocio de lesionar los derechos de sus clientes deja de ser rentable para convertirse en deficitario y, en consecuencia, comenzarán a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

resolver los inconvenientes directamente en su propia sede, descargando de esa manera el costo de gestión de conflictos que hoy trasladan masivamente al Estado a través de sus oficinas de Defensa del Consumidor..." (Álvarez Larrondo, Federico M., "*Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación*" La Ley, 29/11/2010).

Tampoco debe tratarse de una suma superior a la necesaria para generar incentivos suficientes que disuadan al infractor de incurrir en conductas análogas, porque si bien el daño punitivo es una sanción, su finalidad es estrictamente preventiva y, por ende, resultaría excesiva una cantidad mayor.

A tal fin, en búsqueda de objetividad, los modelos matemáticos se presentan como un auxilio eficaz para el juzgador, con la decisiva ventaja correlativa de permitir la reconstrucción del razonamiento que lleva a fijar una suma indemnizatoria y no otra, lo que permite a su vez a las partes ejercer de manera mucho más amplia su derecho de defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional), pues para individualizar el yerro de fundamento les bastará demostrar ante un tribunal superior que la fórmula utilizada es inadecuada, que no se la aplicó correctamente o que una o varias de las variables son equivocadas. La utilización de fórmulas matemáticas es muy superior al lenguaje retórico para obtener cálculos complejos con variables interrelacionadas, pues aportan una claridad a la argumentación que si bien no restringe la discrecionalidad, limita la arbitrariedad judicial (Acciarri, Hugo A., "*¿Deben emplearse fórmulas para cuantificar incapacidades?*", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año IX, n° V, mayo de 2007). Por el contrario, descartar

el empleo de esta herramienta -como propone la accionada-, obligaría a cuantificar la multa en una suma que considerara "prudente", "acorde a las circunstancias del caso" o validada con una alocución similar, lo que dificultaría la tarea de las partes a la hora de controlar la suma fijada y, en su caso, de cuestionarla. Lo "prudente", lo "mesurado", es más opinable - y por ende irrefutable- que los parámetros cuánticos de una fórmula aritmética.

E. 5. b) Fórmula aplicable y explicación de las variables que la componen.

Como ha hecho muy acertadamente el juez de primera instancia, corresponde valerse para calcular la multa de la fórmula aritmética propuesta por Irigoyen Testa ("*Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino*", en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan -coordinadores-: *Relaciones contemporáneas entre derecho y economía*, Coedición Grupo Editorial Ibáñez y Universidad Pontificia Javeriana, Bogotá, 2012, págs. 27 a 61), quien mejoró la otrora propuesta en los Estados Unidos de Norteamérica para calcular daños punitivos (Cooter, Robert D., "*Punitive Damages for Deterrence: When and How Much?*", 40 Ala. L. Rev. 1143 1988-1989), en la que se tiene en cuenta el resarcimiento por daños reparables que corresponden a la víctima y la probabilidad de que un damnificado decida transitar todo el periplo necesario y logre una condena resarcitoria por los padecimientos infligidos, que incluya daños punitivos. El empleo de probabilidades es necesario para cuantificar la multa porque, como se dijo, siendo su objeto prevenir futuras infracciones, la persuasión al sujeto pasivo de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

comportarse en lo sucesivo de una manera distinta a la reprochada en el caso, requiere previamente conocer o, ante la falta de prueba directa, estimar, cuál fue el análisis especulativo que lo determinó a obrar como lo hizo. Es decir, con fórmula matemática o sin ella, no existe otra alternativa que acudir a presunciones *hominis* derivadas del sentido común y la experiencia del juzgador (arg. art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial) para estimar la probabilidad de que la víctima decida iniciar un proceso judicial y obtenga éxito en él y, que en tal contexto, sea condenada a pagar daños punitivos. En otras palabras, se acude a datos generales y a la experiencia para componer el análisis especulativo sobre la probabilidad de ser enjuiciada y condenada que la infractora tenía en el caso concreto, intentando con ello que la fijación del *quantum* de la multa legal sea exitoso en relación a su finalidad preventiva, es decir, a través de la generación de incentivos económicos suficientes que la motiven a ajustar su conducta a derecho en lo sucesivo. Ahora bien, la constatación de dichas probabilidades -que constituyen dos de las variables de la fórmula- es un problema de gran dificultad que no concierne a la técnica de cálculo, sino a la engorrosa acreditación de la cuestión de hecho que constituye su presupuesto; es un problema jurídico y no matemático que, en el caso, consiste en determinar la probabilidad de que el demandado sea sentenciado a resarcir los daños provocados a los clientes a través de actitudes antijurídicas como la constatada en autos, a lo que se suma la probabilidad de que en esa resolución se añada la condena accesoria a pagar daños punitivos. Asumo que los porcentajes estimados por el *a quo* -que propondré confirmar- para conformar las variables son relaciones

opinables, pero hacer explícito el razonamiento que llevó a ellas -y por lo tanto permitir su cuestionamiento por ambas partes-, lejos de constituir una fisura, descubre una virtud, cual es permitir un suficiente debate (art. 18 de la Constitución Nacional). No debe dejar de advertirse que, por callarlos, los fundamentos no se tornan inexistentes: si se dijera simplemente "se estima mesurado, prudente y acorde a las circunstancias del caso" fijar un daño punitivo determinado, se habrían tenido en cuenta los mismos porcentajes probabilísticos aunque sin explicitarlos, haciendo más inatacable la sentencia con la inaceptable contrapartida de respetar en menor medida el derecho de defensa en juicio.

Es por ello que resulta inatendible la queja de la demandada basada en la opinión en disidencia del colega de Sala I, Dr. Ribichini, en autos "Castaño" (Expte. N° 146.984), pues consiste en una mera crítica de las falencias presentes en la composición de las variables de probabilidad de la fórmula empleada -cuya imperfección no desconozco- sin advertir que lo que propone en su reemplazo es fijar la multa siguiendo igual razonamiento o, quizás, otro distinto que no ha sido explicitado, lo que descarta todo posible análisis y cuestionamiento de parte de los justiciables. No comparto, entonces, la propuesta del referido magistrado que el quejoso trae a colación, porque so pretexto de que es muy difícil hallar datos objetivos para llenar las variables de la fórmula, la cuantifica a su mero arbitrio sin explicación alguna que derive indefectiblemente en el resultado que postula o, peor aún, puede derivar en decisiones como la adoptada en autos "Peri" (Expte. N° 147.279) donde, luego de invocar "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso" como las "únicas y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

raquíticas pautas contenidas en el art. 52 bis de la ley 24240”, agregó que “no puede dejar de considerarse, en alguna medida, lo que el propio demandante requirió tres años y medio atrás, porque aunque haya hecho la usual reserva de que estaría a lo que en más o en menos resultara de la prueba a producirse, y aun computando la particular naturaleza sancionatoria y preventiva de la figura, no puede olvidarse que se trata de la estimación del propio agraviado y destinatario final del importe que se fija”, para finalmente cuantificar la multa en un importe que triplicó lo pedido en la demanda, proceder que, de imitarse en el presente, habiendo la actora solicitado \$3.775.343,1 -v. fs. 52-, arrojaría una cantidad que llevaría a la quejosa a un inmediato arrepentimiento de su pretensión de que se aplique el criterio del Dr. Ribichini. Pero lo decisivo es que ese método no permite reconstruir el razonamiento que llevó a fijar determinada multa y no otra. Nótese que para descartar la aplicación de una fórmula no basta con poner de manifiesto sus imperfecciones; es necesario demostrar que el sistema sustitutivo que se pretende usar es mejor, cosa que en modo alguno ha hecho el voto del Dr. Ribichini en las causas “Castaño” y “Peri”. Además, el distinguido colega dijo tener en cuenta la suma pedida en la demanda -aunque a la postre no se la respetó-, lo que es inadmisibile porque, como elocuentemente ha señalado Álvarez Larrondo "Es claro que al no ser éste un rubro indemnizatorio sino una sanción de carácter preventivo impuesta por el Magistrado interviniente, el consumidor no puede ni debe mensurar dicho rubro, y de hacerlo, el Juez en modo alguno quedará limitado por dicha petición" (Álvarez Larrondo, Federico M: *"Los daños punitivos y su*

paulatina y exitosa consolidación", en La Ley, 29/11/2010). En la misma línea, el citado Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores ha despachado unánimemente por su comisión 5° ("Principio de prevención. Daños punitivos"), de *lege lata* que "El consumidor no debe mensurar el daño punitivo al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C. Nac.), y por consiguiente no es pasible de la oposición de la excepción de defecto legal atento a quedar encuadrado en la excepción que impone el art. 330 segundo párrafo del Código Procesal de la Nación y el de la Pcia. de Buenos Aires".

En suma, sin reputarla infalible ni perfecta, la fórmula de matemática financiera empleada -y a emplear-, a mi modo de ver, se presenta como la mejor manera de exponer un razonamiento jurídico que involucra valores contables y, a pesar de sus falencias -que no desconozco-, nadie ha demostrado que exista un método mejor.

E. 5. c) Renovación del cálculo del daño punitivo.

En el procedimiento matemático que utilizaré se obtendrá como resultado la ausencia de daño punitivo (o su cuantificación en cero, que es lo mismo) si existe un cien por ciento de probabilidad de que en todos los casos el infractor sea condenado a resarcir el total del daño materialmente provocado a las víctimas. Contrariamente, la multa civil comenzará a existir cuando ese grado de probabilidad sea menor que el cien por ciento, y aumentará cuanto menor sea la probabilidad de que se produzca.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

La fórmula a aplicar es la siguiente:

$$D = C \times [(1 - Pc) / (Pc \times Pd)]$$

En ella:

"D" = daño punitivo a determinar;

"C" = cuantía de la indemnización compensatoria por daños provocados;

"Pc" = probabilidad de ser condenado por la indemnización compensatoria de daños provocados;

Pd = probabilidad de ser sentenciado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por resarcimiento compensatorio.

Como se dijo, una de las variables que la componen se halla determinada por el resarcimiento por daños reparables de los que es acreedora la víctima. En este caso asciende a \$6.682,24, correspondiendo \$1.682,24 por daño material -v. apartado E. 4. a- y \$5.000 por daño moral -v. apartado E. 2. c- (recordemos que se rechazó la partida "lucro cesante", v. apartados E. 2. b y E. 4. b).

En cuanto a las variables probabilísticas, debe desestimarse la queja de la actora contra la probabilidad "de ser demandado y condenado" estimada por el juez (reseñado en el apartado D. 1. c). En primer lugar, poco importa que la estimación de la variable propuesta en demanda haya sido o no negada contundentemente por el accionado, puesto que, como se explicó, no se trata de un resarcimiento sino de una multa civil, y como tal debe ser determinada por el juzgador a la hora de sentenciar. Ello torna irrelevante la cuantía de la multa o las variables de

cálculo que puedan ser propuestas por las partes y, por ende, como se explicó en el apartado anterior, improcedente estarse a ellas, por lo que no existió violación de norma, principio procesal o presunción legal alguna por parte del juez. Tampoco es sostenible la crítica de la actora sobre la escasa argumentación brindada por el magistrado para estimar la variable en cuestión, puesto que, no obstante ser razonables los indicios por ella expuestos, nada indica y mucho menos permite afirmar que la probabilidad que debe considerarse sea de 1/1000, ni que la decidida por el juez en 1/100 no sea lo suficientemente baja. Es cierto que la determinación de probabilidades es una cuestión discutible ante la falta de elementos objetivos y concretos, pero es tarea de la quejosa demostrar a este Tribunal el desacierto del juez y la razonabilidad de su propuesta y en modo alguno lo hizo (art. 260 del Código Procesal). Ello así, corresponde -como adelanté- mantener los porcentajes de probabilidad estimados por el *a quo* a fs. 452vta./453 (1% de probabilidad de iniciar el pleito y resultar victorioso, y 90% la de -en tal contexto- obtener una condena por daños punitivos). No estar a las variables propuestas en la demanda no implica violar el principio de congruencia, porque se trata de razonamientos jurídicos y no de cuestiones fácticas vinculadas a los hechos de la causa (arg. art. 163, inc. 6, del Código Procesal)

Con base en estos parámetros, se llega a un daño punitivo de \$ 735.046,4, cifra con la que propongo sancionar a la demandada en los términos del art. 52 bis de la ley 24.240.

El cálculo para cuantificar "D" (daño punitivo) es el siguiente:

$$D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$$



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

$$D = 6.682,24 \times [(1-0,01) / (0,01 \times 0,9)]$$

$$D = 6.682,24 \times [0,99 / 0,009]$$

$$D = 6.682,24 \times 110$$

$$D = 735.046,4.$$

Reexpresado sintácticamente, el demandado podría haber previsto que si existe una probabilidad de ser condenado que no llega al 100% ($P_c = 1\%$, es decir que una persona de cada cien estarían dispuestas a iniciar un juicio, logrando contratar a un abogado y obteniendo sentencia favorable) por el daño total provocado de \$6.682,24 (que en el caso es "daño material y moral"), tiene una condena "esperada" por este rubro de solo \$66,8224 ($\$6.682,24 \times 1\%$), cantidad que por ser inferior al total del daño provocado resulta insuficiente para disuadirlo de seguir cometiendo este tipo actitudes perjudiciales a los consumidores y usuarios. Sin embargo, si además puede prever que recibirá una condena por daños punitivos que compense la baja probabilidad de ser sentenciado, tendrá una condena "extra" esperada que lleve la previsibilidad de condena al cien por ciento en todos los casos, seguramente corregirá su accionar para el futuro (ya no le resultará eficiente incumplir la conducta debida) y se ajustará a los estándares sociales de diligencia requeridos tanto para la protección de los intereses económicos de consumidores y usuarios, cuanto para que no se viole el derecho a recibir un trato equitativo y digno, todo lo cual halla amparo en el art. 42 de la Constitución Nacional.

E. 6) Considero que las razones expuestas resultan suficientes para la elucidación de los planteos revisores, siendo innecesario analizar las restantes consideraciones efectuadas por las recurrentes.

Voto parcialmente por la afirmativa.

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI

DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PERALTA

MARISCAL DIJO:

En virtud del resultado arrojado por la votación a la cuestión anterior, corresponde modificar la sentencia apelada, desestimando la procedencia de la reparación del “lucro cesante”, e incrementando el monto del resarcimiento del daño emergente a \$6.682,24 y el de la multa por daños punitivos a \$735.046,4, y confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.

Las costas de alzada deben ser soportadas por la demandada por haber resultado mayormente vencida (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial).

Tal es mi voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SR. JUEZ DOCTOR PILOTTI

DIJO:

Adhiero al voto del Dr. Leopoldo L. Peralta Mariscal.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

VISTOS Y CONSIDERANDO: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto que la sentencia apelada de fs. 441/454 se ajusta parcialmente a derecho en lo que ha sido materia de agravios.

Por ello, el tribunal **RESUELVE:**



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

Expediente n°: 148.485

1.- Modificar la sentencia apelada, desestimando la procedencia de la reparación del “lucro cesante”, e incrementando el monto del resarcimiento del daño emergente a \$6.682,24 y el de la multa por daños punitivos a \$735.046,4.

2.- Confirmarla en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.

3.- Imponer las costas de alzada a la demandada vencida.

4.- Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad en que exista base y se haya efectuado la de la instancia anterior (arts. 31 y 51 del Decreto Ley 8904).

Hágase saber y devuélvase.