

Defensa Del Consumidor Telefonía Movil Celular Roaming Dano Punitivo Deber De Informacion

JURISPRUDENCIA

Defensa del consumidor. Telefonía móvil. Celular. Roaming. Daño

punitivo. Deber de información Se condena a la empresa de telefonía móvil a que se abstenga de reclamar el pago del servicio de ?roaming? por el acceso a la red de datos pues no pudo probar el cumplimiento satisfactorio del deber de informar al actor respecto de las consecuencias de la utilización de dicho servicio, a la vez que admitió que la prestación fue activada sin el consentimiento expreso del consumidor, desatendiendo a lo dispuesto en el art. 35 de la Ley 24240. [Ver correlaciones](#)

Libro de Acuerdos N° 58, F° 4348/4353, N° 1231. En la ciudad de San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy, República Argentina, a los dieciséis días del mes de mayo del año dos mil dieciséis, los señores jueces del Superior Tribunal de Justicia, doctores Clara D. L. de Falcone, José Manuel del Campo, María Silvia Bernal, Sergio Marcelo Jeneffes y Sergio Ricardo González, bajo la presidencia de la nombrada en primer término, vieron el Expte. N° 11.403/15, caratulado: ?Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en el Expte. N° C-008.763/13 (Sala II - Cámara Civil y Comercial) Amparo: PEREYRA, Pablo José de San Martín c/ A.M.X ARGENTINA S.A.?, del cual La Dra. de Falcone, dijo: Mediante sentencia del 29 de diciembre de 2014, la Sala II de la Cámara Civil y Comercial, resolvió: ?I [...] II. Hacer lugar a la demanda deducida por Pablo José de San Martín Pereyra en contra de AMX Argentina S.A., condenando a esta última a: a) abstenerse de reclamar el pago de lo facturado al teléfono celular ... en concepto de ?roaming? por el acceso a la red de datos en la factura N° ..., así como los recargos por mora, intereses e impuestos que se hubieren incluido en ella y en las facturas posteriores con motivo de la deuda de dicha factura; b) condenarla a abonar al actor las siguientes sumas de dinero: \$ 1.061,66 (Daño Emergente) y \$ 20.000 (Daño Punitivo). Dichos montos llevarán los intereses según tasas y plazos establecidos en los considerandos de la presente resolución. III. Rechazar el pedido de Inconstitucionalidad del art. 52 bis de la Ley 24.240. IV. Imponer las costas a la demandada vencida. V. [...] VI. Hacer lugar parcialmente a la reconvención deducida por AMX Argentina S.A. en contra de Pablo José de San Martín Pereyra, condenándolo a abonar a la primera el saldo de la factura N° ..., solamente por los montos de los demás conceptos reclamados, excluido el monto facturado en carácter de uso de roaming, los intereses proporcionalmente devengados, recargos por mora e impuestos si existieren. Dicha suma surgirá de los cálculos que se efectúen en la etapa de ejecución de sentencia y llevarán los intereses y por los plazos establecidos en los considerandos de la presente resolución [...]?. Para así resolver, y previo examinar el marco normativo que consideró pertinente, el Tribunal explicitó los alcances del derecho a la información del consumidor, y el deber de informar que recae en cabeza del proveedor. En segundo lugar, ingresó en el análisis de las cargas probatorias, distinguiendo del principio general en la materia, las innovaciones que trae sobre el punto la Ley de Defensa del Consumidor. Sostuvo que en razón de la reforma introducida por la ley 26.361 se incorporaron al proceso de consumo, las reglas del sistema de la carga dinámica probatoria, que pone en cabeza del proveedor la obligación de aportar todos los elementos de este tipo que tuviera en su poder, pues en la mayoría de los casos, es quien cuenta con mayor información sobre los extremos de la operatoria. Adelantó entonces su conclusión, respecto a que la demandada no había acreditado el cumplimiento debido del deber de informar (art. 53 de la ley 24.240), no obstante encontrarse en una inmejorable posición para brindar la información que posibilitara una decisión consciente, respecto de las consecuencias de la utilización del servicio de ?roaming?. El Tribunal de grado sustentó este aserto, en el hecho de que con una mínima diligencia probatoria la empresa de telefonía estuvo en condiciones de justificar que proveyó al actor de la información referida y que de haber sido así las constancias de tal circunstancia obrarían en su poder, o, al menos, se encontraría en mejor posición para alcanzarlas. Ponderó asimismo que la solicitud de servicio obrante en el expediente (fs. 129/133) era del año 2007, que se realizó para una prestación con tecnología GSM y que si bien explica lo que debe entenderse por el servicio de roaming, no determina sus modalidades, importes y demás características. Relacionó luego la prueba rendida en la causa, y destacó que la tecnología GPRS permite a los operadores lanzar servicios de datos inalámbricos para cuyo acceso no es necesario conectarse cada vez que se los necesita, por lo que el usuario paga por los datos en sí, y no por el tiempo de aire utilizado para establecer una conexión y descargarlos. Entendió entonces que la empresa no acreditó el cumplimiento de la obligación de explicitar los alcances del uso de dicha tecnología, la aplicación de su técnica en el servicio de ?roaming? y su costo. Agregó que la demandada no había acompañado a la causa contrato alguno que acreditara el cumplimiento de los requisitos previstos en la Resolución 490/1997 de la Comisión Nacional de Comunicaciones, y en el Anexo Segundo de la Resolución 9/2004 dictada por el Ministerio de Economía. Sostuvo que no existía constancia que permitiera presumir la celebración de un nuevo instrumento que explicara en forma clara y precisa, cuál era el plan de prestación del servicio, sus alcances y precios, no obstante existir una nueva contratación, derivada del

cambio de equipo del actor por un dispositivo que posibilitaba la utilización del sistema GPRS. Meritó también que el actor había recibido un mensaje de texto de la empresa Claro que le informaba el costo de la llamada por minuto desde USA a la Argentina, pero que sin embargo no recibió ninguna otra especificación relacionada con el costo, o el modo de uso del resto del paquete de la red de datos. Por otro lado dijo, que AMX Argentina S.A. tampoco había probado que la información requerida estaba disponible para su consulta en su portal de Internet. Finalmente señaló que sumado al incumplimiento del deber de información, advertía que la demandada había activado el servicio de ?roaming? para el acceso a la red de datos, sin que fuera expresamente solicitado por el actor, por lo que existía además un claro apartamiento de lo dispuesto en el art. 35 de la ley 24.240. Reconoció atento lo considerado, que correspondía otorgar al actor en concepto de daño emergente la suma de pesos \$ 1.061,66, denegó el reclamo por daño moral e ingresó en el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad del artículo 52 bis de la ley 24.240. En este aspecto, con cita de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán in re ?Alu Patricio Alejandro c. Banco Columbia S.A. s/ Sumarísimo (Residual)?, consideró que la figura del daño punitivo insertada en las relaciones contractuales propias del derecho privado, es una sanción del ilícito civil. Señaló que la responsabilidad civil a diferencia de la penal, prescinde de la tipicidad y se basa en el principio que impone la obligación de no dañar al otro, el nexo de causalidad entre el comportamiento del demandado y el daño invocado y por último en el criterio de imputación de responsabilidad. Sostuvo que en las relaciones privadas también se da la necesidad de enervar situaciones abusivas, ya no por parte del Estado, sino por las corporaciones que generan relaciones asimétricas con quienes contratan sus servicios. Coligió en que la sanción prevista en el artículo 52 bis de la ley 24.240, se aplica desde los presupuestos de la responsabilidad civil y tiene como finalidad disuadir a las empresas proveedoras, de incurrir en conductas reiteradas que lesionen los bienes jurídicos protegidos por la ley de defensa del consumidor. En esa dirección, afirmó que no tiene la misma estructura que la sanción penal, sus fines, ni prevalece en la materia el principio pro homine.

En base a estos argumentos desestimó la calificación de inconstitucional pretendida por la demandada, y al meritar que se deban en el caso los presupuestos que hacían procedente la aplicación de la multa civil, la impuso justipreciándola en la suma de pesos \$ 20.000. En contra de este decisorio interpuso recurso de inconstitucionalidad, el apoderado de la razón social A.M.X ARGENTINA S.A., doctor Abraham Pablo LLapur (fs. 23/27). El impugnante encauza sus agravios en la causal de sentencia arbitraria, refiere que las facturas emitidas por su mandante que incluían consumos de roaming, no fueron desconocidas ni impugnadas por el actor, por lo que debía presumirse que los conceptos allí facturados fueron consentidos por la parte demandada. Alega que el a quo no consideró que la propia conducta del consumidor provocó la ruptura del nexo causal e influyó en la consecuencia dañosa que se denuncia. En esta dirección, argumenta que el cliente se encontraba plenamente informado del carácter de ?excedente? de los consumos por uso del ?roaming? y de la obligación que pesaba sobre él de informarse de las tarifas vigentes al momento de realizar su viaje. Aduna a ello, que tratándose de una persona que tiene título profesional y que puede permitirse un viaje al extranjero, se encuentra capacitado para comprender los alcances de los contratos que firma y que por ello no puede aducir el desconocimiento de la dinámica de las telecomunicaciones modernas. Se queja de que el inferior evaluara que su parte no pudo acreditar que la solicitud de servicios diera cumplimiento a los requisitos de la Resolución CNC N° 490/1997 y Resolución ME N° 9/2004; porque dicho instrumento es permanentemente controlado y aprobado por la autoridad de aplicación y porque no se han incorporado cambios a la solicitud de servicios, no se alteró el objeto del contrato, ni en desmedro, ni en beneficio del actor. Sostiene que no se trata de una modificación unilateral del contrato, sino de un servicio expresamente contratado según la solicitud de servicios, cuya tarifa evoluciona en forma permanente, debido al hecho de que depende de un prestador extranjero. Se mortifica en un acápite independiente, por lo decidido en lo relativo a la procedencia del daño punitivo ?siendo que no se ha dado tratamiento expreso a los planteos de inconstitucionalidad formulados? (fs. 26). Manifiesta que el decisorio es arbitrario en cuanto se aparta de las consideraciones de los propios antecedentes jurisprudenciales que merita para dar base a la acogida del reclamo por daño punitivo. En particular entiende, que el servicio de prestación de telefonía móvil con las características enunciadas, comparado con otro tipo de servicios, carece de la gravedad que se exige para la procedencia de lo decidido como integrando tal concepto. Concluye entonces, que no existe incumplimiento, dolo directo, eventual o una grosera negligencia de su parte, tampoco grado de reprochabilidad y razonabilidad entre los montos que integran los rubros daño compensatorio y daño punitivo. Finalmente mantiene la reserva del caso federal y peticiona se revoque el decisorio impugnado, con costas a la contraria. Sustanciado el recurso con la recurrida, comparece a contestar el traslado conferido el doctor Germán Enrique Mallagray, en representación de Pablo José de San Martín Pereyra, quien en base a los argumentos que expone y a cuya lectura remito por razones de brevedad, solicita se rechace el recurso, ratificando la sentencia de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial, por considerarla justa, fundada y legal (fs. 43/47 vta.). El Ministerio Público Fiscal se pronuncia a fojas 58/61 vta., aconsejando el rechazo del recurso interpuesto. Firme el llamado de autos la causa está para resolver. Adelanto que el recurso interpuesto por el apoderado de A.M.X Argentina S.A. no puede prosperar porque el escrito en que se deduce, no satisface los recaudos de

fundamentación que exige la revisión de lo decidido en la anterior instancia. En este aspecto, tengo dicho que en línea con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, este Superior Tribunal estableció que el escrito recursivo debe cumplir con la carga de autosuficiencia, esto es, que en la alegación de los supuestos agravios debe efectuarse una crítica razonada del fallo, una réplica motivada de los argumentos tenidos en cuenta por el Tribunal de grado sentenciante. La fundamentación autónoma consiste en que el escrito de interposición del recurso extraordinario contenga un prolijo relato de los hechos de la causa de relevancia principal, que permita vincularlos con las cuestiones que se plantean como de naturaleza federal a través de una crítica concreta y razonada de los argumentos en que se basa la sentencia que se impugna, sin que valga a tal efecto una nueva crítica general a las líneas principales de la argumentación del pronunciamiento resistido, ya que se exige rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que el juzgador se apoyó para arribar a las conclusiones de las cuales el recurrente se agravia (Fallos 326:2575, entre otros)? (L.A., N° 55, F° 2490/2492, N° 780). En lo medular observo que el inferior para dirimir la controversia, consideró que la parte demandada no sólo no había acreditado el cumplimiento satisfactorio del deber de informar al actor respecto de las consecuencias de la utilización del servicio de ?roaming?, sino que además distinguió, que había activado esta prestación sin que le fuera expresamente solicitada por el consumidor, desatendiendo de esta forma a más de su deber de información, lo dispuesto en el artículo 35 de la ley 24.240. En relación a lo primero basó su conclusión -entre otros argumentos- en que la solicitud de servicio que consta en el expediente contempla una prestación para tecnología GSM y no GPRS, y que si bien da cuenta de lo que debe entenderse por el servicio de roaming, no determina sus modalidades, costo y demás características. En contra de este razonamiento, el recurrente aúna expresiones que sólo denotan su disconformidad con lo decidido. Así, en un primer momento realiza afirmaciones reñidas con las constancias de la causa, como cuando sostiene que el actor no impugnó los conceptos de la factura emitida por la empresa, no obstante estar acreditado que hizo su reclamo (fs. 13) y que además efectuó una denuncia ante la Dirección General de Desarrollo Industrial y Comercial (Expediente N° 0665-1176-2012 acollarado al principal). Después reedita planteos resueltos en la anterior instancia, tal los que trasuntan en la insistencia de que el demandante estaba bien informado del servicio, sin hacerse cargo del argumento relativo a que no informó acerca del funcionamiento del roaming con tecnología GPRS. Defecto que se patentiza nuevamente, cuando para rebatir la conclusión atinente al incumplimiento de las Resoluciones CNC N° 490/1997 y ME 9/2004, se desatiende la crítica a la relación que construye la sentencia, con el supuesto que sopesa para tenerlas por infringidas. Tampoco puede tener acogida la censura que parte de la inteligencia de asignarle grados al incumplimiento según sea el servicio o producto que se provea, para de allí inferir que el concerniente a las prestaciones de telefonía móvil, no puede ser caracterizado como grave y por ello susceptible de sanción civil. Advierto aquí que el recurrente presenta como agravio, el tratamiento igualitario que le dispensaron los jueces en la aplicación de la disposición legal. Finalmente, la falta de fundamentación alcanza un punto álgido, cuando el impugnante alega que se omitió dar tratamiento a la cuestión constitucional introducida, no obstante el Tribunal desarrollar de forma minuciosa los argumentos que contestan en debida forma el planteo efectuado. Así las cosas, el recurso interpuesto por el apoderado de A.M.X Argentina S.A., doctor Abraham Pablo LLapur, carece de la debida fundamentación y, por lo tanto, corresponde su rechazo, debiendo cargar con las costas de esta instancia extraordinaria (art. 102 C.P.C.). Corresponde diferir la regulación de los honorarios profesionales hasta tanto se efectúe en la instancia anterior (art. 11 y sus concordantes de la Ley arancelaria local). Los Dres. del Campo, Bernal, Jenefes y González, adhieren al voto que antecede. Por ello, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Resuelve: 1°) Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Dr. Abraham Pablo LLapur, en el carácter de apoderado de A.M.X Argentina S.A. 2°) Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios profesionales hasta tanto se efectúe en la instancia anterior. 3°) Registrar, agregar copia en autos y notificar por cedula. Firmado: Dra. Clara Aurora De Langhe de Falcone; Dr. José Manuel del Campo; Dra. María Silvia Bernal; Dr. Sergio Marcelo Jenefes. Ante mí: Dra. Constanza María López Iriarte - Secretaria Relatora. Se deja constancia que el Dr. Sergio Ricardo González, habiendo emitido su voto, no suscribe el presente por encontrarse en uso de licencia compensatoria de feria. Correlaciones: Ley 24240 - BO: 15/10/1993 Galera Laferrere, Andrés Alfredo c/AMX Argentina SA s/daños y perjuicios - incumplimiento contractual (sin resp. estado) - Cám. Civ. y Com. Mar del Plata - Sala III - 04/08/2014 008053E