

Danos Y Perjuicios Telecom Telefonía Celular Mediación Prejudicial Ley De Defensa Del Consumidor Consumidor

JURISPRUDENCIA

DAÑOS Y PERJUICIOS. Telecom. Telefonía celular. MEDIACION

PREJUDICIAL. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. CONSUMIDOR Se resuelve rechazar el recurso de apelación ya que se determina que es necesario realizar la mediación prejudicial al ser la materia del consumidor esencialmente sujeta a autocomposición. Rosario, 6 de noviembre de 2017. Y VISTOS: El recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria dentro de los presentes caratulados ?PAVON, RENE WALTER c/ TELECOM ARGENTINA SA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, Expte. Cuij N° 21-02865044-9, contra el decreto de fecha 06 de Octubre de 2016 (v. fs. 17); y demás constancias de autos; Y CONSIDERANDO: 1. Los antecedentes del caso pueden sintetizarse de la siguiente forma: 1.1. El actor, René W. Pavón, vino a incoar formal demanda de daños y perjuicios derivada de la resolución de contrato de telefonía celular contra la firma Telecom Personal SA, amparándose particularmente en lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor N° 26.361 y solicitando la inaplicabilidad de la Ley provincial de Mediación Prejudicial N° 13.151; al igual que la inconstitucionalidad de los arts. 1, 4 y 37, inc. 5° de dicha normativa en forma subsidiaria, para el caso en que optare por su aplicación a los presentes (v. fs. 11/16). 1.2. Ante ello se decretó, en fecha 06 de Octubre de 2016, lo siguiente: ?...previo a todo, acompañe acta final de mediación prejudicial obligatoria, de conformidad con ley 13.151.- Téngase presente el planteo subsidiario de inconstitucionalidad...? (v. fs. 17). 1.3. Contra dicha providencia se alzó el demandante interponiendo recursos de revocatoria y apelación en subsidio, sobre la base de que ?...la citada norma que impone tal exigencia en el caso de marras deviene inaplicable porque precisamente y tal como se expone en la demanda en el punto pertinente, el actor pasó por dos instancias de conciliación dentro del expediente de autosatisfactiva conexas a los presentes donde la demandada compareció pero no presentó propuesta conciliatoria alguna: en efecto, qué sentido entonces puede tener someter al actor a un proceso de mediación previa donde el objeto de la norma se sabe de antemano que no será cumplido, es decir, la conciliación siendo evidente la voluntad de no conciliadora de la accionada y manifestada en el proceder dentro de los autos conexos...?; y manteniendo su pedido respecto de que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 13.151 en los artículos antes mencionados, si la decisión fuere contraria a su planteo (v. fs. 18/21). 1.4. Finalmente, mediante Auto N° 3412 de fecha 02 de Diciembre de 2016, la jueza de primera instancia resolvió: ?...no hacer lugar a la revocatoria interpuesta. Cóncedese el recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria, en relación y con efecto suspensivo, debiendo elevarse por ante el Superior con atenta nota...?; a raíz de considerar ?...que no esta contemplado en la ley 13.151 la situación peticionada por el recurrente...? (v. fs. 22). 2. Arribados los autos ante este Tribunal, procedió el recurrente a cumplir con la carga que le es propia y expresó los siguientes agravios: 2.1. En primer lugar manifiesta que ?...el proveído que se impugnó originariamente mediante el recurso de revocatoria evidencia un excesivo rigor formal en la aplicación de mediación previa judicial obligatoria impuesta por el art. 2do de la ley 13.151 y que esta parte solicita en el libelo originario su inaplicabilidad a la presente acción reparatoria, ponderando la especial característica de esta parte consistente en ser un consumidor de un servicio de telefonía que fue incumplido por la demandada y cuyo recaudo termina resultando contrario el cual deviene inaplicable en materia de derecho a los principios de economía procesal (de tiempo y dinero) que tutelan los derechos de los usuarios garantizados en la Constitución Nacional, entre ellos, el de intentar la tutela judicial por el proceso más idóneo conforme la normativa local (arts. 42 CN y art. 53 Ley 24.240 y 26.361 en adelante LDC); la citada norma que impone tal exigencia deviene inaplicable porque precisamente y tal como se expone en la demanda en el punto pertinente, el actor pasó por dos instancias de conciliación dentro del expediente de autosatisfactiva conexas a los presentes donde la demanda compareció pero no presentó propuesta conciliatoria alguna...? (v. fs. 28). 2.2. Luego, plantea que ?...en el caso de que entienda aplicable las normas referidas en el presente sobre la exigencia en el cumplimiento del procedimiento de mediación previa obligatoria, decreta la inconstitucionalidad de las mismas ponderando el caso concreto...?, especialmente cuando ello fue planteado ante la jueza de grado y ésta ?...hizo caso omiso, es decir, no existió declaración ni positiva ni negativa (...), no obstante el deber que tiene todo Magistrado de pronunciarse ante una pretensión de tal naturaleza...? (v. fs. 29 vta). 2.3. Por último, manifiesta que ?...para el supuesto caso de que VE considere que no corresponde por razones de competencia pronunciarse sobre la inconstitucionalidad articulada por esta parte, se solicita se revoque de igual manera la resolución impugnada por no haber existido pronunciamiento sobre la referida inconstitucionalidad, causando ello el agravio referido en el agravio anterior y se remitan las actuaciones a sorteo de nuevo Tribunal para que se pronuncie con respecto a dicho planteo y en su caso continúe con la sustanciación del presente proceso...? (v. fs. 32). 3. Es momento, pues, de pronunciarse respecto de la justicia o injusticia del decisorio impugnado por el actor. 3.1. Como primer punto, es dable destacar que resulta admisible el

recurso de apelación intentado en la medida en que la cuestión planteada no se agota en una simple cuestión procedimental de las aludidas por el art. 326 del CPCC, puesto que el decreto impugnado oportunamente impone claramente la paralización del trámite, concurriendo en consecuencia el supuesto del art. 346 inc. 3° del código de rito local. Posición que fue sostenida también en su momento por la Sala Cuarta de esta Cámara de Apelación (Decisorio N° 366/13, dictado en autos ?Castellani, Juan Cruz c/ AFA s/ Daños y Perjuicios - Defensa del consumidor - Recurso Directo?, Expte. N° 20/2013). Aclarado lo anterior, es posible entrar a dilucidar en torno de la procedencia o no de la apelación interpuesta por el demandante en autos respecto del decreto dictado por la Jueza de grado por medio del cual ésta dispuso que previo a todo trámite se cumpliera con la mediación obligatoria prevista por la Ley N° 13.151. La cuestión a determinar es, entonces, si la instancia de mediación prejudicial instaurada por la Ley provincial N° 13.151 puede ser excepcionada en supuestos como el de autos, en los que la demanda es promovida por un consumidor que ya ha cumplido con una serie de etapas previas de conciliación, sea que estén las mismas previstas por la respectiva normativa consumeril tanto a nivel nacional y provincial, como por otras normas de rito locales, habiendo sido el resultado de las mismas infructuoso. Sobre dicho punto vale traer a colación lo dicho por la jurisprudencia local en cuanto a que ?...la LDC, se ubica entre las leyes de orden público, de un orden público al que se ha calificado de protección, pues lo que se busca es favorecer al consumidor que se presume en inferioridad de condiciones con relación al proveedor (...), y como tal se impone a cualquier pacto previo que pretenda apartarse de sus principios y soluciones (art. 21 CC), dado el carácter imperativo de sus normas y la irrenunciabilidad ex ante de los derechos que reconoce. Pero ex post, una vez adquirido el derecho, en este caso el derecho a reclamar la indemnización, siendo de contenido patrimonial y en atención interés individual, ninguna norma de la LDC hace indisponible ese derecho, ni impide su renuncia ni tampoco la transacción sobre esas cuestiones (art. 842, 849 y cc CC), con la renuncia implícita en las concesiones recíprocas que dan contenido al pacto...? (CCCR, Sala IV, Auto N° 78/14, in re ?Díaz, Silvina y ot. c/ AFA s/ Daños y perjuicios - Defensa del Consumidor?, Expte. N° 279/13). De ahí, pues, que haya entendido otro Tribunal de Alzada santafesino que ?...el procedimiento de mediación obligatoria, instituido por la ley 13.151 debe realizarse en forma previa al inicio de una demanda fundada en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240...?, porque, ?...en efecto, no puede y no debe confundirse la mediación prejudicial de carácter obligatorio, instituida por la ley 13.151, con la mediación (obligatoria o facultativa) contenida en diversos cuerpos normativos, por cuanto no ha sido el criterio del legislador provincial posibilitar el cumplimiento de su exigencia con la realización de otro tipo de mediación sea pública o privada...? (CCCSF, Sala I, Resolución N° 6/15, dictada en autos ?Amadio, Joaquin c/ Coinauto SA s/ Ordinario?, Expte. N° 22/14). Criterio sostenido, asimismo, por la Sala Segunda de esta misma Cámara de Apelación al decidir que ?...la ley 24.240 se autocalifica como una ley de orden público. La complejidad de conceptualización de esta clasificación es bien conocida. Podríamos decir que una ley de orden público es aquella en la que está interesado el orden social y las instituciones fundamentales del estado. Cuando una ley dice expresamente que es de orden público, eso hace que la misma sea inderogable para los particulares, es decir, no puede ser dejada de lado por voluntad de las partes, lo que define la característica más importante de la ley de orden público?; que ?...es de hacer notar que la ley provincial 13.151 en su artículo 4) cuando procede a enumerar los supuestos en que la misma no será de aplicación, dispone en el inciso m), la excepción, en general, de todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o, que resulten indisponibles para los particulares...?; y que ?...este último sentido es el que se pretende con la excepción: no se puede mediar sobre cuestiones en las que las partes carecen de la disponibilidad para transar sobre dichos derechos. No es el supuesto de autos y por ende, no corresponde en el caso concreto excepcionar, atento a que los intereses involucrados en la presente causa son susceptibles de transacción y, por ende, versan sobre derechos disponibles, siendo que la materia del consumidor es esencialmente sujeta a autocomposición, tanto en sede administrativa como en sede judicial. Y ello es determinante para que la presente causa deba a pasar por el procedimiento previsto por la ley 13.151. Por lo demás, ninguna disposición del estatuto del consumidor veda la posibilidad de un procedimiento de mediación previa...? (Acuerdo N° 187/12 emitido en autos ?Agüero, Gabriela c/ Asoc. Mutual 7 de agosto s/ Demanda Ordinaria?, Expte. N° 63/12). Resaltando otra de las Salas que integran esta Cámara, en similar sentido, que en casos como el de autos ?...no existe una situación de indisponibilidad de la misma; b.-) tan esto es así que la Ley Nro 24.240 prevé una etapa conciliatoria en el ámbito administrativo y el art. 42 de la CN propende la creación de procedimientos más eficaces para solución de conflictos siendo la mediación uno de ellos; c.-) la Cámara de Senadores 'eliminó' el segundo párrafo del art. 55 de la Ley Nro 26.361 'proyecto originario', donde se relevaba la mediación a las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencias colectivas y no cuando se tratase de intereses individuales, por lo que cabe concluir que todas las causas deben ser sometidas a la mediación previa.- Cabe añadir que el carácter obligatorio del sistema implica que su incumplimiento obsta el acceso a la justicia...?; y que ?...aún admitiendo la situación de inferioridad o debilidad que podría asignársele al consumidor, en el sub-examine (...) sólo se visualiza intereses individuales y disponibles, dejando irrazonable la 'eliminación' de una mediación previa para acceder directamente a la prestación jurisdiccional, recargando así la excesiva tarea que pesa sobre los tribunales hecho público y notorio. Más todavía si se

piensa que en estas pequeñas causas el consumidor puede encontrar en la etapa mediadora un cauce adecuado para solucionar el conflicto rápidamente y a bajo costo...? (CCCR, Sala IV, Auto Nro 98/13, dictado en autos: ?Caniggia, Gonzalo J. c/ La Caja de Ahorro y Seguros SA s/ Daños y perjuicios - Ley defensa del consumidor?, Expte N° 384/12). No pudiéndose obviar tampoco, a este respecto, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que ?...el carácter obligatorio del procedimiento de mediación de la ley 24.573 (Adla, LVE, 589) no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia ya que luego de comparecer a la audiencia, las partes pueden dar por terminado el procedimiento y queda expedita en breve tiempo la vía judicial (arts. 10 y 14, ley cit.)...? (CSJN, 27-09-2001, Baterías Sil - Dar S.R.L. C/ Barbeito, Walter, LL 2002-B, 50, LL 2002-B, 103, JA 2001-IV, 546, DJ 2002-1, 299, RU 2002-2, 22, LL 2003-A, 217 con nota de Daniel A. Scheinerman, ED 196, 153, Sup. Const. 02/12/2002, 11, AR/JUR/1448/2001). Además, en lo que atañe al excesivo rigor formal o también llamado exceso ritual, tiene dicho el Tribunal cimero local que se trata de un vicio que afecta a la sentencia o al procedimiento que antecede a ésta, puntualmente que ?...el vicio de 'exceso ritual' implica decir que se ha dado preeminencia a las formas en desmedro de la verdad sustancial...? (CSJSF, 01-07-1987, A. y S., 66-117/119), con lo cual no resultaría del todo aplicable al caso de autos; y aún en el caso de entender que ello sería posible, no puede perderse de vista que su aplicación es restrictiva, puesto que a decir de la propia Corte: ?...ha enfatizado Bidart Campos que 'es una situación de excepción que no da carta blanca a los justiciables para hacer lo que quieren y cuando quieren...'. De allí el requerimiento de una cautela y prudencia singulares para la aplicación de la figura: no cabe, entonces, presumirlo, corresponde al interesado probarlo, y a la Corte verificarlo en forma indubitable pues, de lo contrario, la doctrina abandonaría sus pautas propias (excepcionalidad, carácter notorio y palmario del exceso) para abonar cierto facilismo forense, ligero y despreocupado...? (CSJSF, 01-08-2007, A. y S., 221-20/26). Corresponde, en consecuencia, rechazar el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente contra el decreto de fecha 06/10/2016 (fs. 17) que exige que, previamente a dar curso a la demanda, se acredite el cumplimiento del trámite ordenado por la ley provincial 13.151.

3.2. Con relación al pedido de inconstitucionalidad formulado también por el recurrente, cabe recordar un concepto clásicamente reafirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, consistente en que ?...la declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la constitución...? (CSJN, ?Rinaldi Francisco A. y otro c/ Guzmán Toledo y otra?, La Ley online). Asimismo, la Corte Suprema de la Justicia de nuestra Provincia tiene dicho que ?...el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son extremos sobre los que el Poder Judicial deba pronunciarse, por lo que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional y requiere que la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (criterio de Fallos 314:424 y 320:1166) o que para tachar de inconstitucional una norma se impone una carga de fundamentar detallada y exhaustivamente la impugnación? (CSJSF, A. y S., t. 191, p. 267). Ello así en tanto que reiteradamente se ha sostenido que en nuestro sistema normativo prima la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo, y aún del ejecutivo, lo que supone la presunción de racionalidad (Linares, Juan F. "Razonabilidad de las leyes", Astrea, Buenos Aires, 1970, p. 213 y 136) y -por ende- de constitucionalidad. De ahí, pues, que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal sólo deba ejercerse -como se dijo más arriba- cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (la última ratio o recurso). Sobre todo cuando no son pocos los que vienen sosteniendo que una interpretación demasiado extensiva del control judicial de los derechos, entraña el riesgo de restringir en exceso el campo de lo democráticamente discutible (Pisarello, Gerardo, Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXI, México, mayo-agosto, 1998, N° 92, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM). Recordando Ciuro Cالدani, en tal sentido, que el protagonismo de los jueces ?...sólo es plenamente viable si ellos toman conciencia del significado profundo de su tarea, reconociendo lo que les corresponde hacer y lo que deben dejar a otros conductores y en especial al legislador. Los jueces han de cumplir con las necesidades del nuevo tiempo, aunque creemos que también urge ?salvar al legislador'...?. (en: ?El juez ante el cambio histórico?, La Ley 2001-D, 1150). De modo tal que no le cabe a este Tribunal adentrarse en esta oportunidad y en el caso de autos en la cuestión planteada por el apelante, relacionada con la inconstitucionalidad de los arts. 1°, 4° y 37, inc. 5° de la Ley N° 13.151, atento a que bajo el fundamento de las consideraciones formuladas anteriormente en el presente resolutorio resulta visible la carencia de aquella repugnancia manifiesta que se necesita para declarar la inconstitucionalidad de una norma, como así también de la incompatibilidad inconciliable entre ésta y la pertinente cláusula constitucional que el recurrente considera violentada.

3.3. En lo que atañe al tercero de los reproches esbozados por el apelante, surge claramente innecesario y sobreabundante su tratamiento a la luz de las consideraciones vertidas en el punto anterior, que resultan de aplicación también a la labor desarrollada por los jueces de primera instancia como es el caso de la autora del fallo recurrido. Seguidamente, dijo el Dr. Molina: Habiendo tomado conocimiento de los autos, y advirtiendo la existencia de dos

votos coincidentes en lo sustancial, que hacen sentencia válida, me abstengo de emitir opinión (art. 26, ley 10.160). Por todo lo expuesto, la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial; RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor. Insértese Y hágase saber. (?PAVON, RENE WALTER c/ TELECOM ARGENTINA SA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, Expte. Cuij N° 21-02865044-9). CHAUMET CINALLI MOLINA (Art. 26 L.O.P.J.) SABRINA CAMPBELL (Secretaria) Nota: (*) Sumarios elaborados por Juris online

024022E