

## Empresa De Telefonía Baja Del Servicio Privación De Uso Daño Moral Danos Punitivos

### JURISPRUDENCIA

Empresa de telefonía. Baja del servicio. Privación de uso. Daño

moral. Daños punitivos Se confirma la sentencia que condenó a Telefónica Móviles SA a reparar a un cliente el daño material y moral ocasionado, al acreditarse que la empresa procedió a debitar de su cuenta corriente la suma correspondiente a dos equipos adquiridos a pesar de que estos ya habían sido abonados con tarjeta de crédito, y que dio de baja las líneas telefónicas de las que aquel era titular, instruyendo a una tercera empresa para el reclamo de las sumas que a su juicio adeudaba. Asimismo, se reconocieron los daños punitivos, al concluirse que el orden jurídico debía reaccionar frente una actuación antijurídica como la descripta, que solo aportaba ganancias a su autor a costa de la vulneración de los derechos ajenos. Buenos Aires, 4 de octubre de 2017. VISTOS: Para resolver: a) los recursos de apelación interpuestos por la demandada a fs. 248 y por la actora a fs. 250, concedidos ambos a fs. 251, fundados a fs. 256/261 y 268/292 y contestados a fs. 264/267vta. y 294/299vta., contra la resolución de fs. 234/247; y CONSIDERANDO: I. La señora jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Jaime Luis Gagliardo y condenó a Telefónica Móviles Argentina S.A. al pago de \$ 64.060,26, con más sus intereses. Asimismo, ordenó a la demandada la restitución al actor de dos líneas telefónicas y la cancelación de sus registros del pasivo reclamado. Impuso el 75% de las costas a la demandada y el 25% restante, a la actora (fs. 234/247). Surge de las constancias de autos que Jaime Luis Gagliardo era cliente de Telefónica Móviles Argentina S.A., habiendo sido titular de dos líneas telefónicas, para las cuales adquirió dos equipos telefónicos que abonó con tarjeta de crédito en seis cuotas. Sin embargo, la empresa de telefonía procedió a debitar de la cuenta corriente del actor la suma correspondiente a los dos equipos adquiridos, a pesar de que éstos -como quedó dicho- ya habían sido abonados con tarjeta de crédito. Asimismo, la demandada dio de baja las líneas telefónicas de las que era titular el señor Gagliardo e instruyó a una tercera empresa para el reclamo de las sumas que a su juicio adeudaba el actor (ver documental de fs. 34/56; informativa de fs. 143/146 y 158; y peritaje contable de fs. 217/220). En este contexto, la demandada se agravia de la procedencia de la acción (fs. 256vta./257, punto 2.1), del monto reconocido en concepto de daño emergente (fs. 257/vta., punto 2.2), de la admisión del daño moral (fs. 257vta./258vta., punto 2.3), de la admisión del daño punitivo (fs. 258vta./259, punto 2.4), de la condena a la restitución de la línea telefónica y la cancelación del pasivo reclamado (fs. 259/vta., punto 2.5), de la tasa de interés aplicada (fs. 259vta./260, punto 2.6) y de la forma en la que fueron distribuidas las costas (fs. 260/vta., punto 2.7). A su turno, la actora cuestiona la desestimación de los daños por la privación de uso y baja definitiva de una de las líneas telefónicas (fs. 271vta./274vta., punto III.1), la cuantificación del daño causado por la privación de uso (fs. 274vta./279, punto III.2), la cuantificación del daño moral (fs. 279vta./282, punto III.3), la cuantificación del daño punitivo (fs. 282vta./289vta., puntos III.4 y IV.5), el hito inicial para el cómputo de los intereses (fs. 289vta./290, punto IV.6) y la aplicación a su parte del 75% de las costas (fs. 290/291vta., punto IV.7). La Sala ya ha precisado que la ley que rige este tipo de controversias es la que estaba vigente a la fecha en que ocurrió el hecho generador del daño (esta Sala, causa N° 2.121/05 del 16/9/15). En atención a ello y a que el evento reseñado ut supra tuvo lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (?CCyCN?) (ley 26.994 - B.O. 8/10/14) son aplicables al sub lite las disposiciones contenidas en el Código Civil de Vélez Sarsfield (art. 7° del CCyCN; esta Sala, causas N° 11.095/03 del 21/10/15; 12.504/07 del 27/10/15). II. El primer agravio de la demandada relativo a la procedencia de la acción (fs. 256vta./257, punto 2.1), debe ser declarado desierto (arts. 265 y 266 del Código Procesal), toda vez que dicha parte no logra refutar -en los seis escuetos párrafos que dedica a su defensa- las argumentaciones esgrimidas por la a quo en los considerandos III a VI del pronunciamiento en crisis. En efecto, la apelante se limita a remarcar que su parte procedió a reintegrar la suma erróneamente debitada de la cuenta del actor, fundando su defensa en una impresión de pantalla, pero omite toda referencia a la abundante prueba existente en el expediente que da cuenta de lo contrario y que ha sido reseñada en la sentencia de grado; en especial, el peritaje contable que luce a fs. 217/220 y la documentación acompañada por el Banco Galicia a fs. 158, reservada en sobre que en este momento tengo a la vista. III. En punto al agravio de la demandada relativo al daño emergente por privación de uso (fs. 257/vta., punto 2.2), la sentencia debe ser modificada. Lo primero que debe aclararse es que bajo el denominado ?daño emergente? se resarcen dos cosas distintas: por un lado, el monto correspondiente al débito erróneamente efectuado en la cuenta del actor (\$ 4.060,26; fs. 241vta., considerando VIII del decisorio en crisis), en punto al cual no ha mediado agravio alguno. Por el otro lado, lo que la actora denomina ?privación de uso?, aspecto que será tratado a continuación. La privación de uso de una línea telefónica produce alteraciones en el ánimo por los trastornos que produce en la actual vida cotidiana la falta de comunicación. Además de ello, puede afectar al usuario en su actividad laboral, pues de las líneas telefónicas depende en

gran medida el trabajo de muchos profesionales. Ahora bien, en el primero de los supuestos referidos, la denominada "privación de uso" debe ser resarcida mediante la indemnización del daño moral, lo que acontece en autos, tal como se verá en el considerando siguiente. Una solución contraria implicaría la doble reparación de un mismo daño, lo cual no puede admitirse. Pero si lo que se pretende es resarcir una afectación en la vida profesional del actor, la privación de uso se traduce en una pérdida de chance o en un lucro cesante, daños que no pueden ser resarcidos sin prueba de ellos. Y dicho extremo no se verifica en el sub lite, a poco que se advierta que ninguna constancia probatoria ha sido arrimada con el fin de acreditar que la actividad del señor Gagliardo, en su carácter de representante legal del Sindicato de Empleados de Aduana, hubiese mermado o se hubiese verificado la pérdida de ganancias o de eventuales contrataciones en virtud de un supuesto menoscabo a la imagen personal de su figura profesional, como alega en su escrito de inicio (fs. 8vta., segundo párrafo). Por lo tanto, este Tribunal concluye que la privación de uso reclamada en autos -consistente en la imposibilidad de utilizar las dos líneas telefónicas de las que era titular el actor (ver escrito de inicio, fs. 8/vta., y expresión de agravios, fs. 271vta./274vta.)- se traduce en un daño moral que -por lo que seguidamente se verá- encuentra adecuada reparación. Y ello brinda asimismo respuesta al agravio de la actora en relación a la baja de la línea que, si bien era de su titularidad, era utilizada por su cónyuge (fs. 271vta./274vta., punto III.1) y torna innecesario expedirse respecto de la cuantificación del daño causado por su privación de uso (fs. 274vta./279, punto III.2). Es así que la falta de comunicación con su esposa no pudo sino ocasionarle al actor un daño de índole moral, no resultando resarcible la privación de uso como rubro autónomo. Debe, en consecuencia, hacerse lugar al agravio de la demandada -pues le asiste razón en punto a que el actor no ha arrimado prueba alguna que acredite el daño patrimonial invocado- y rechazarse la reparación pretendida por la actora de la "privación de uso" como rubro autónomo, revocándose la sentencia apelada en el aspecto que se examina.

IV. El rubro "daño moral" también es puesto en tela de juicio, tanto en su admisión, cuanto en su cuantificación (ver agravio de la demandada de fs. 257vta./258vta., punto 2.3; y memorial de la actora, fs. 279vta./282, punto III.3). Debe previamente recordarse que el caso sub examen se rige por el art. 522 del Código Civil de Vélez Sarsfield, aplicable a las presentes actuaciones en virtud de la fecha en la que sucedieron los hechos invocados y a supuestos de incumplimiento contractual, lo cual exige apreciar las circunstancias que rodearon el incumplimiento. La norma referida no autoriza a apreciar como resarcible cualquier inquietud del ánimo, por cuanto la finalidad del rubro no es engrosar la cuantía de la indemnización por daños materiales, sino mitigar mediante una "compensación de bienes" los males o las heridas causados a las afecciones más estrechamente ligadas a la dignidad y a la plenitud del ser humano (conf. Sala I, causa 3.843/06 del 24/09/09). Desde este enfoque, resulta procedente la admisión de este rubro, teniendo en cuenta las siguientes particularidades: a) configuran una perturbación espiritual las vicisitudes que tuvo que soportar el actor para lograr el reconocimiento de sus derechos; b) la pérdida de tiempo en trámites frustrantes y la sensación de impotencia a la que fue sometido en su condición de usuario del servicio de telefonía móvil; c) la actitud de la empresa demandada que no sólo faltó a su obligación originaria de prestar el servicio de telecomunicación convenido, sino que además nada hizo por solucionar la situación en la que colocó al actor. Ocurre que el estado que pudo generar en el ánimo del damnificado la prestación deficiente del servicio telefónico a lo largo de varios años posee la entidad necesaria para configurar daño moral en los términos jurisprudenciales, habida cuenta la perturbación que es susceptible de generar tan prolongada deficiencia, alterando el desenvolvimiento normal de las actividades del afectado y de su vida en general, dados los inconvenientes que genera la falta de comunicación en la actual vida en sociedad. En este sentido, el señor Gagliardo ha debido afrontar diversas alternativas que exceden la normal tolerancia que debe soportar el usuario del servicio de telefonía ante el incumplimiento de la prestadora a cargo de aquél, de modo que concurren aquí circunstancias especiales que hacen procedente indemnizar el presente rubro. A ello deben agregarse los inconvenientes que le trajo aparejados la baja de las dos líneas de las que era titular, de las cuales una era utilizada por él y la otra, por su esposa. Los trastornos que la falta de comunicación generan en el ánimo de una persona surgen in re ipsa, por lo que no requieren mayor demostración. De manera tal que, teniendo en cuenta los factores antedichos, a lo que se suma la función resarcitoria del daño moral -recuérdese aquí que el art. 1741 del Código Civil y Comercial (al cual cabe hacer referencia a título ilustrativo) alude a "las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas" por la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del daño- y el principio de reparación integral, resulta razonable el monto de \$ 25.000 reconocido en la instancia de grado.

V. Los daños punitivos son asimismo cuestionados por las partes, en su procedencia y valuación económica. Pues bien, el art. 52 bis de la ley de defensa del consumidor prevé expresamente la multa civil en ese estricto ámbito, para el caso de que el proveedor no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor. Esta parte de la norma, en cuanto requiere el mero incumplimiento para que resulte procedente la sanción, ha sido blanco de severas críticas de parte de la doctrina autoral. En una interpretación amplia de la norma, puede concluirse que el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor configura meramente una condición que habilita al magistrado a valorar la procedencia de esta sanción ejemplar. Pero ello solo no basta. Además de ese incumplimiento -y la instancia de parte, claro está-, es imprescindible la existencia de una justificación jurídica

adicional para arribar a la convicción fundada en derecho de que el demandado merece la sanción. Y esa justificación jurídica no es otra que el tipo particular de reproche que se exige a la conducta del agente dañador. Ello no puede ser de otra manera, a poco que se repare en la triple finalidad a la que está destinada la figura en cuestión. En efecto, a grandes rasgos, los daños punitivos, en primer lugar y tal como lo indica su denominación, buscan punir, sancionar, castigar determinadas conductas de acuerdo a pautas de valoración preestablecidas por el ordenamiento o libradas al discernimiento judicial. En segundo término, persiguen disuadir a fin de que la conducta sancionada no se vuelva a reiterar, función que encuentra su razón en el hecho de que por lo general las indemnizaciones no constituyen desaliento suficiente para la repetición de la conducta. Por último, se trata de un instrumento útil tendiente a hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos por el responsable mediante la causación del daño. Interesa hacer hincapié en la primera de las funciones referidas, es decir, la sancionatoria. Al respecto, la doctrina extranjera desdobra el objetivo sancionatorio de los daños punitivos en múltiples finalidades. Por un lado -se señala-, ayuda a restablecer el equilibrio emocional de la víctima, pues cuando el sistema judicial castiga al responsable de provocar un daño, aquélla obtiene cierta satisfacción al ver que quien la hizo sufrir no permanece impune. En segundo término, el castigo opera como una suerte de 'venganza' por parte de la sociedad, que utiliza este tipo particular de sanción impuesta por los jueces para mantener la paz social, canalizando la 'venganza privada' ante los estrados del magistrado interviniente en un caso concreto. Finalmente, el castigo de aquél que violó la ley sirve para recompensar a quien la cumplió (Owen, David G. 'Punitive damages in products liability litigation', Michigan Law Review, volumen 74:1257 (June 1976), ps. 1279/1281). A su turno, dentro del pensamiento jurídico nacional, señala Pizarro que la punición sirve para alcanzar objetivos fundamentales en materia de retribución social, tanto para los transgresores de la ley, cuanto para quienes la obedecen. Si los primeros pudieran impunemente, o con beneficio, transgredir el ordenamiento jurídico, aquéllos que obedecen el sistema deberían soportar una porción desproporcionada dentro de un esquema que requiere sacrificios recíprocos y equivalentes a todos los ciudadanos. La punición refuerza esta convicción y al mismo tiempo cumple una función disuasiva futura para todos (Pizarro, Ramón D., 'Daños punitivos', en Kemelmajer de Carlucci, Aída - Parellada, Carlos A., Derecho de Daños, segunda parte, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1993). En este contexto, admitir la procedencia de esta figura de excepción ante un mero incumplimiento y sin exigirse ningún requisito adicional, transformaría a aquélla en un componente más de la condena que devendría -en definitiva- en una fuente de especulación para la víctima del daño, quien sólo buscará el engrosamiento de su indemnización. Todo ello desnaturalizaría los objetivos de los daños punitivos y echaría por la borda más de dos siglos de análisis de parte de jueces y doctrinarios en aquellos países en donde la aplicación del instituto es de larga data. Ahora bien, volviendo al punto de análisis, esto es, la conducta del agente dañador, debe ponerse de relieve que no cualquier obrar se hace merecedor de este tipo de sanción ejemplar. En efecto, los daños punitivos son excepcionales, toda vez que proceden únicamente frente a un grave reproche en la conducta del responsable de la causación del daño; es decir que el obrar de éste debe haber sido particularmente grave. La doctrina argentina es prácticamente unánime en aceptar la procedencia del instituto de los daños punitivos siempre y cuando se compruebe la existencia de una conducta dolosa o cercana al dolo en cabeza del responsable. Y no es necesario que medie un factor subjetivo de atribución con relación específica al hecho perjudicial, sino que basta una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por inercia, indiferencia hacia el prójimo, desidia, abuso de una posición de privilegio. Es aquí donde se advierte que el instituto bajo análisis conlleva una suerte de retroceso en la actual tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil, pues debe ahora trasladarse el centro de atención desde la víctima hacia el victimario: es la calificación de la conducta de este último la que tornará procedente la aplicación de la sanción. En este marco conceptual, aplicando las consideraciones precedentes al caso sub examen, se advierte de parte de la empresa prestadora del servicio de telefonía móvil esa conducta referida en el párrafo anterior, esto es, objetivamente descalificable, imprudente o negligente, con una entidad tal que en la realidad de los hechos implica una actitud de manifiesta indiferencia hacia los derechos o intereses de terceros. En efecto, la conducta de la demandada consistente en omitir brindar una respuesta satisfactoria y definitiva a los reclamos del actor por la deficiencia en la prestación del servicio -deficiencia enteramente imputable a errores cometidos por la propia accionada- durante años, no hace sino evidenciar una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial para el usuario, aunque dicho resultado no haya sido deliberadamente buscado. Ello conduce directamente a la aplicación de la multa civil reclamada en autos. Llega el turno de abordar una de las cuestiones que más complejidad reviste en lo que a la aplicación de los daños punitivos se refiere. Se trata de la cuantificación de la sanción, esto es, su traducción a términos numéricos. La dificultad que reviste este capítulo de los daños punitivos constituye desde hace tiempo una cuestión que ha debido ser abordada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, que ha dictado más de un pronunciamiento tendiente a fijar pautas de valuación, en un intento por solucionar los inconvenientes y las crecientes críticas dirigidas a los montos exorbitantes fijados por los jurados. En líneas generales, los principales parámetros de valoración tenidos en cuenta por los tribunales norteamericanos -algunos de los cuales fueron descartados y otros resaltados en su importancia con el correr del tiempo- son: la gravedad de la falta cometida

por el demandado, su situación económica, su conducta posterior, los beneficios por él obtenidos como consecuencia del ilícito, la posición de mercado o de mayor poder y los efectos que la sanción tendrá en la resolución de casos posteriores similares. También se asigna suma importancia al valor de los precedentes y, a partir de los casos BMW of North America, Inc. v. Gore (517 U.S. 559) y State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell (538 U.S. 408), se requiere que los daños punitivos guarden algún tipo de relación proporcional con la indemnización compensatoria. En el sub lite, por las características que reviste, debe hacerse especial hincapié en la indiferencia que ha demostrado la demandada hacia el público usuario, más allá de que la causación del daño no haya sido deliberada. Se trata de que el ordenamiento legal reaccione frente a una actuación antijurídica que sólo aporta ganancias a su autor a costa de la vulneración de los derechos ajenos. Asimismo, debe atenderse a la posición de mercado del infractor, pues la incesante violación de los derechos ajenos resulta posible gracias a un ejercicio abusivo de la posición de superioridad en la que las grandes empresas -como la aquí demandada- se encuentran respecto del individuo particular. Es que el productor de bienes y servicios se encuentra en una posición dominante frente al consumidor y el usuario para evitar los perjuicios que pueden derivar de los artículos que comercializa o de los servicios que presta. Es que muchas veces los fabricantes y proveedores hacen un uso abusivo de la información que exclusivamente poseen respecto de esos productos y servicios. En el caso sub lite, un curso de acción como el que se examina resulta contrario a la buena fe con la que el prestador del servicio debe cumplir con sus obligaciones, adoptando un comportamiento que proteja las expectativas razonables que se crearon en el cliente. Finalmente, este Tribunal no puede dejar de ponderar la solución que el art. 52 bis de la ley 24.240 ha adoptado en punto al destinatario de la multa. La ley opta definitivamente por aquel sistema que destina la totalidad del monto a la víctima del hecho lesivo, descartando por lo tanto el denominado "sistema mixto", mediante el cual se divide en determinada proporción el monto de la sanción entre la víctima y el Estado o alguna entidad de bien público. De manera tal que en este aspecto la norma no deja opción al juzgador: el destinatario de la totalidad de la suma fijada es el damnificado. Con fundamento en las concretas consideraciones supra expuestas, corresponde confirmar el decisorio en crisis en cuanto declara procedente la aplicación de la multa civil prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240, cuyo monto se estima razonable elevar a la suma de \$ 50.000. VI. Se queja asimismo la demandada de la condena a la restitución de la línea telefónica y a la cancelación del pasivo reclamado (fs. 259/vta., punto 2.5). Al respecto, nada corresponde decidir en este momento procesal, debiendo la demandada hacer valer sus planteos en el momento de la ejecución de la sentencia. VII. En punto a los intereses, la demandada cuestiona la tasa aplicable (fs. 259vta./260, punto 2.6) y la actora, el hito inicial para su cómputo (fs. 289vta./290, punto IV.6). La demanda funda su queja en la circunstancia de que la condena fue expresada a valores actuales, por lo que no correspondería fijar la tasa activa del Banco de la Nación Argentina. Sin embargo, dicho extremo no acontece en autos, toda vez que en ningún lugar del pronunciamiento en crisis la a quo hace referencia a "valores actuales". Por otro lado, la tasa de interés cuestionada es la que aplican las Salas de este fuero para casos similares al presente. Respecto del hito inicial, la actora sólo se refiere en sus agravios a los accesorios de la condena por daños materiales, por lo que nada corresponde decir respecto del inicio del cómputo de los intereses de los daños punitivos. Pues bien, asiste razón a aquélla en su planteo, por lo que los réditos comenzarán a correr desde que la demandada fue puesta en mora, lo que aconteció el 7 de mayo de 2014 (ver carta documento de fs. 57). VIII. La modificación del decisorio en crisis en los términos que anteceden y lo dispuesto en el art. 279 del Código Procesal tornan innecesario el análisis de la queja de ambas partes respecto de la forma en la que fueron distribuidas las costas (fs. 260/vta., punto 2.7; y fs. 290/291vta., punto IV.7). Por ello, SE RESUELVE: modificar la sentencia apelada, en los términos que se desprenden de los considerandos III, V y VII de la presente. En consecuencia, la demanda prospera por la suma final de \$ 79.060,26 (\$ 4.060,26 por daño material, \$ 25.000 por daño moral y \$ 50.000 por daños punitivos). Las costas de primera instancia se imponen a la demandada, toda vez que la actora ha resultado vencedora en el aspecto principal de su reclamo -esto es, la responsabilidad de la empresa de telefonía por la ineficiente prestación del servicio a su cargo-, no hay razón alguna para apartarse del principio objetivo de la derrota (arts. 68, primera parte, y 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por la instancia de Alzada, en relación al recurso interpuesto por Telefónica Móviles Argentina S.A., las costas se distribuyen en un 7% a cargo de dicha parte y el 7% restante a cargo de la actora. Por el recurso interpuesto por Jaime Luis Gagliardo, dicha parte cargará con el 7% de los gastos del juicio, mientras que la accionada soportará el 7% restante (art. 71 del ordenamiento legal citado). Regístrese, notifíquese, publíquese y devuélvase. Guillermo Alberto Antelo Ricardo Gustavo Recondo Graciela Medina

029437E