

Restitucion De Sumas De Dinero Empresa De Telefonía Sobrefacturación Dano Punitivo

JURISPRUDENCIA

Restitución de sumas de dinero. Empresa de telefonía.

Sobrefacturación. Daño punitivo Se mantiene la condena a la empresa de telefonía por la sobrefacturación sobre unas líneas que fueron solicitadas por la actora, pero cuyos aparatos nunca fueron entregados; y se agrega, además, una condena por daños punitivos.

En Buenos Aires a los veintiséis días del mes de diciembre de dos mil diecisiete, reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos ?SCHNEIDER S.A. CONTRA AMX ARGENTINA S.A. (CLARO) SOBRE ORDINARIO? EXPTE. N° COM 40494/2010; en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: N° 16, N° 18 y N° 17. Intervienen sólo los doctores Alejandra N. Tevez y Rafael F. Barreiro por encontrarse vacante la vocalía N° 17.

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 912/921? La Sra. Juez de Cámara Dra. Alejandra N. Tevez dice: I. Antecedentes de la causa. a. Schneider SA inició demanda contra AMX Argentina SA (Claro) (en adelante, ?AMX SA?) por restitución de \$26.131,78, intereses y costas. Solicitó también la imposición de una multa por daño punitivo. Explicó que en el mes de abril de 2008 adquirió un nuevo plan de comunicaciones con la demandada y agregó 10 líneas móviles adicionales. Señaló que la modalidad de pago del servicio continuaba siendo el débito automático bancario. Aclaró que se trata de una sociedad que se dedica a la actividad agropecuaria y forestal y que las líneas telefónicas eran utilizadas para la comunicación del personal y sus autoridades. Manifestó que en los meses siguientes los nuevos equipos no fueron entregados, por lo que si bien en la facturación figuraban las líneas adquiridas, lo hacían sin registrar ningún tipo de consumo. Prosiguió su relato expresando que el día 12.5.09 recibió en sus oficinas un llamado de la demandada en el que informaba que había excedido el límite de consumo pautado en \$1.625, y que para dicho entonces alcanzaba los \$20.000. Agregó que tras ello, el 18.5.09, remitió una carta documento a la contraria en la que intimó a que se abstuviera de incluir dichas sumas en las facturas a emitirse, por no haber realizado los consumos, y le recordó que los equipos correspondientes a las 10 nuevas líneas no habían sido entregados. Hizo reserva de accionar por daños y perjuicios. Continuó relatando que en los primeros días del mes de junio recibió la factura n° ... por \$ 26.976,07, que detallaba más de 3500 llamadas internacionales a México realizadas desde las nuevas líneas y agregó que posteriormente la contraria percibió el importe por medio del cargo en la tarjeta de crédito Visa Business Card. Explicó que formuló denuncia ante la Comisión Nacional de Comunicaciones, registrada bajo el n° ?, donde previa sustanciación y descargo de AMX SA, el 26.1.10 se dictó la Nota n° ? en la que se dejó sentada la ausencia de acreditación de las llamadas desde las líneas asignadas a su parte, dado que los equipos no habían sido entregados, y que la demandada además excedió el límite otorgado de \$1625. En razón de ello dicho organismo intimó a AMX SA a que procediese a la refacturación detrayendo los cargos incorrectamente facturados. Señaló que la demandada hizo caso omiso a la resolución emanada del órgano de contralor, por lo que debió presentar una denuncia penal que quedó radicada inicialmente ante el Juzgado Criminal de Instrucción N° 19 bajo el n° 23985/2010, y luego ante la Fiscalía Criminal de Instrucción N° 34, con número I-20.609.

Destacó como fundamento de esta acción de reintegro un enriquecimiento sin causa de la contraria, dado que facturó y percibió montos por servicios que su parte nunca utilizó. Hizo hincapié en que no resulta lógico que un cliente que tiene una facturación promedio de \$1.150 pase en un mes a consumir \$ 26.976,07, y que ello obedezca a más de 3.500 llamadas internacionales realizadas a un único y mismo destino (México) en el lapso de 30 días, lo que implica un promedio de 7 llamadas por hora durante las 24 horas.

Reafirmó entonces la improcedencia del cargo por tales conceptos en base a que: i) no realizó tales llamadas internacionales, y ii) tampoco le fueron entregados los equipos correspondientes a las líneas sobre las cuales fueron efectuadas. Destacó la existencia de una relación de consumo, en los términos de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 24.240, modificada por la Ley 26.361, y solicitó la aplicación del principio ?in dubio pro consumidor? así como la imposición de una multa por daño punitivo. Finalmente ofreció prueba y fundó en derecho su postura.

b. En fs. 411/420 AMX SA contestó demanda. Inicialmente formuló una negativa general y específica de los hechos narrados por el demandante. Tras ello brindó su versión de los hechos. Reconoció la vinculación con la accionante y explicó que en el año 2008 SCHNEIDER S.A. contrató 10 líneas bajo el sistema de clearing. Agregó que los equipos correspondientes a las nuevas líneas fueron entregados al actor, tal como surge del print de pantalla que dijo acompañó. Es así, prosiguió, que durante el transcurso de un año el actor pudo realizar múltiples llamadas que fueron facturadas y abonadas mes a mes sin haber formulado impugnaciones, consintiendo la prestación del servicio. De otro lado, aclaró que el exceso de consumos por sobre el límite establecido de \$ 1625 no implica que el servicio deba ser interrumpido, en tanto que sólo

opera como un monto de referencia para el cliente; y que en el caso, una vez superado, su parte sólo lo contacta cuando considera que el consumo resulta excesivo. Añadió que no obstante ello, tiene el derecho a percibir el importe por el servicio prestado, aun cuando se efectúe excediendo el límite prefijado. Sobre tales fundamentos, resistió la restitución de los montos facturados. Se opuso también a la solicitud de imposición de multa por daño punitivo, por considerar que no existió incumplimiento de su parte, además de reputar improcedente la aplicación de puniciones por fuera de los daños efectivamente acaecidos. Citó jurisprudencia en sustento de su postura. Finalmente, ofreció prueba.

II. La sentencia de primera instancia. La sentencia de fs. 912/921 hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a AMX SA al pago de \$26.131,78, intereses y costas. Para así decidir, el juez inicialmente halló incontrovertida la vinculación entre las partes y la adquisición por la actora de diez nuevas líneas de telefonía celular. Entendió también que en el caso cabía aplicar los principios tuitivos de la Ley de Defensa del Consumidor, dado que el accionante contrató las líneas para ser utilizadas en su propio beneficio y no para revenderlas o con un fin de lucro, debiendo ser considerada consumidora en los términos del art. 1º de dicha norma. Razonó además que la demandada, dado el vínculo consumeril y el tipo de servicio que presta, se encontró en mejores condiciones de acreditar la entrega de los equipos y la supuesta existencia de los llamados controvertidos. Tras ello concluyó, luego de analizar las condiciones de solicitud del servicio y las pruebas pericial contable e informativa dirigida al Correo Argentino y Comisión Nacional de Comunicaciones, que el demandante nunca recibió los equipos y tampoco realizó las comunicaciones que luego fueran facturadas. Consideró asimismo que AMX SA incumplió con el deber establecido en el art. 19 de la LDC de respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias del servicio que ofreció. Finalmente, desestimó la imposición de multa por daño punitivo.

III. El recurso. Contra dicho pronunciamiento apelaron la parte demandada en fs. 922 y la actora en fs. 925. Ambos recursos fueron concedidos en relación en fs. 924 y 926, respectivamente. El memorial de la demandada obra en fs. 932/937 y mereció respuesta en fs. 944/950. El de la actora luce en fs. 939/942 y la réplica corre en fs. 952/956. En fs. 958/969 se expidió el Ministerio Público Fiscal. En fs. 973 se llamaron autos para dictar sentencia y en fs. 974 se practicó el sorteo previsto en el Cpr. 268.

IV. Los agravios. Cuestionó la actora el rechazo de la imposición de multa por daño punitivo. De su lado, el demandado cuestionó: i) el carácter de consumidor de la actora, ii) la valoración de la prueba, iii) el decisorio por arbitrario y iv) la imposición de las costas.

V. La solución.

a. Aclaración preliminar. Adelanto que me introduciré liminarmente, por razones de orden lógico, en las quejas planteadas por AMX SA. Ello pues, de prosperar, dado que pretende la íntegra revocación del fallo apelado, carecerá de virtualidad jurídica analizar los agravios de SCHNEIDER S.A. que busca la imposición de una sanción por daño punitivo.

b. Arbitrariedad. Inicialmente diré que la sentencia no resulta arbitraria. En efecto. Una decisión judicial adolece de tal vicio cuando omite el examen de alguna cuestión oportunamente propuesta y cuya valoración resulta inexcusable para las circunstancias probadas en la causa y para la posterior aplicación del derecho vigente, cuando se prescinde del claro e imperioso mandato de la ley, siempre que afecte de manera sustancial el derecho del impugnante y, lo silenciado sea conducente para la adecuada solución de la causa (Conf. CSJN, ?Villarruel, Jorge c/ CNA y S s/ Sumario?, 17.11.94), o cuando se falla sobre la base de una mera aserción dogmática; hipótesis éstas que cabe descartar en la especie. Como sostiene desde antaño la Corte Federal, la tacha de arbitrariedad requiere la invocación y demostración de vicios graves en el pronunciamiento, razonamientos ilógicos, o contradictorios, o aparentes y apartamiento palmario de las circunstancias del proceso; aquí ausentes (cfr. CSJN, 07/04/92, ?De Renzis, Enrique A c/Aerolíneas Argentinas?, 1993-III, Síntesis, JA). Ciertamente, el juzgador tiene la facultad y el deber de analizar los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad fáctica, subsumiéndola en los preceptos jurídicos que la rigen, con prescindencia de los fundamentos enunciados por las partes. En este sentido, no se vislumbra -contrariamente a lo sostenido por la agravada- que la admisión del reclamo con base en el obrar antijurídico de la demandada se aparte de las reglas de la sana crítica, se sustente únicamente en la mera voluntad de la a quo, carezca de fundamento, o no resulte de una aplicación razonada del derecho vigente. Juzgo que el fallo en crisis es coherente y concreto, está adecuadamente fundado y expone suficientemente las razones que las circunstancias sustentan. Además, carece de contradicciones y el criterio de análisis empleado se ajusta a las premisas que sirven de antecedente a sus conclusiones. Todo ello resta razonabilidad y consistencia al agravio en examen (Cpr. 163 inc. 5 y 386).

c. Relación de consumo. De otro lado, cuestionó la demandada que el veredicto de grado hubiera calificado a la actora como consumidora al considerar que resultó destinataria final del servicio de telefonía, y que en consecuencia, resultaba de aplicación para resolver la controversia la Ley de Defensa del Consumidor. Anticipo que la queja será desestimada. Ello así en tanto que las objeciones levantadas respecto a la calidad de consumidor de Schneider SA constituyen un argumento defensivo que no fue opuesto oportuna y tempestivamente al contestar la demanda. En efecto. Recuerdo que la actora, al iniciar la acción y exponer los fundamentos jurídicos del litigio argumentó que ?para el análisis de este caso debe ser aplicada la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) N° 24.240 modificada por la Ley N° 26.361, en virtud de la cual el servicio de telefonía móvil que brinda CLARO (proveedor) a SCHNEIDER (usuario) queda encuadrado como una relación

de consumo, por aplicación directa de los arts. 1, 2, y 3 de dicha norma, siendo también de aplicación los principios y jurisprudencia elaborados a lo largo del tiempo en torno a esa materia? (v. fs. 267). No obstante, la defendida, al cumplir con la directiva que emana del Cpr. 356 sólo procedió a negar que ?haya existido respecto de mi mandante un obrar antijurídico contrario a los art. 17, 42 y concordantes de la Constitución Nacional, a la ley 24.240, a los arts. 499, 792 y concordantes del Código Civil y a cualquier otra norma? (v. fs. 411 vta., pto. 1). También negó que en el caso ?deba aplicarse el principio ?in dubio pro consumidor? contemplado en la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24.240), dado que es mi mandante quien se ve ampliamente perjudicada por las pretensiones de la actora, reclamando un derecho inexistente, por cuanto mi mandante facturó debidamente los consumos realizados por Schneider S.A.? (v. fs. 415, pto. 37). De lo ?supra? transcripto puede advertirse que la calificación de consumidor invocada por Schneider SA no fue resistida oportunamente por AMX SA. Ello en tanto que sólo argumentó, para repeler su responsabilidad, la ausencia de inobservancias en la prestación de los servicios de comunicación que pudieran configurar un incumplimiento contractual y/o que habilitaran la imposición de una sanción por daño punitivo; mas no que la reclamante no resultare destinataria final o que el servicio telefónico fuera incorporado a su proceso de producción. Es así que la carencia de cuestionamiento de la demandada acerca de la calidad de consumidor invocada por la actora adquiere relevancia, si se tiene en cuenta, que lo que corresponde analizar es la posición que cada parte adquirió en la relación habida. A ese fin, adquieren trascendental relevancia los propios dichos de los litigantes en los escritos troncales del proceso y la ausencia de controversia en ese punto. Derívase de lo anterior que abordar en esta oportunidad el novedoso argumento defensivo introducido en la expresión de agravios importaría contravenir, elípticamente, los principios procesales de preclusión, congruencia y defensa en juicio (C.N.:18). Es así que admitir la postura del quejoso importaría también receptar un venire contra factum proprium, inadmisibles, por contravenir la buena fe que exige a las partes un comportamiento coherente y recíproca lealtad (CCiv: 1198 y CCyCN: 9. 729 y 961). No cabe soslayar, en este punto, que la teoría de los propios actos es una consecuencia más del principio de buena fe que exige una conducta confiable y leal en las relaciones jurídicas, impidiendo que alguien pueda volver contra sus propios actos y pretender desconocer su propio obrar (conf. esta Sala F, ?Campos Horacio Angel c/ HSBC Bank Argentina SA s/ ordinario?, del 3.7.14; Sala C, Integrada, ?Chacras Del Molino S.A. C/ Villalba Gloria S/ ordinario?, del 9.10.2010). Todo lo cual impone la desestimación del agravio en este punto. d. Apreciación de la prueba. d.1. Cuestionó asimismo AMX SA el modo en que fueron apreciados los elementos de prueba incorporados al proceso. Postuló en sus agravios que se encuentra debidamente acreditada la existencia de los consumos efectuados por la reclamante. Agregó que la recepción de la factura sin formular impugnaciones importó un reconocimiento de Schneider SA a la validez de los cargos por las llamadas internacionales. Encuentro que la queja resulta desestimable. En efecto. Sabido es que la factura es un instrumento privado, emanado de un comerciante, que describe el objeto de la prestación, el precio, el plazo para su pago y el nombre del cliente (conforme Satanowsky, ?Tratado de Derecho Comercial?, t. II, pág. 299) y constituye, en definitiva, un medio probatorio de los contratos comerciales con arreglo a lo expresamente dispuesto por el art. 208 inc. 5to. del Código de Comercio (conforme CNCom., Sala C, ?Energytel S.R.L. c. Canteras Cerro Negro S.A.? del 30/8/1998). Más aún, de conformidad con el artículo 474 del Código de Comercio, las facturas poseen óptima eficacia liquidatoria y probatoria del negocio que instrumentan, por lo que cabe, en principio, estar a sus términos si hubiere transcurrido el término legal del art. 474 cit. sin impugnación (v. Zavala Rodríguez, ?Código...?, Bs. As., 1965, T. II, pág. 147, parág. 1331; Fernández, R., "Código...", Bs. As., 1950, pág. 380). No obstante, queda reservado para el juez interviniente determinar la eficacia probatoria de tales instrumentos privados, según las circunstancias del caso (v. Fernández-Gómez Leo, ?Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial?, T. III-A pág. 76). Es que la presunción que emana del artículo 474 del Código de Comercio en cuanto a que la factura no impugnada tempestivamente constituye una cuenta liquidada, resulta ser de las denominadas iuris tantum; calidad que permite desvirtuarla por prueba en contrario (CNCom., Sala C, ?García Osvaldo H. c/ Aguas Argentinas S.A. y otro? del 20/6/1997; publicado LL 1997-E, 299). Ahora bien. Tales principios no pueden erigirse como un argumento defensivo válido para resistir el reintegro de las sumas percibidas por la defendida. Ello así, pues, en el caso, dable es destacar que Schneider SA desconoció el servicio de llamadas internacionales de modo expreso y categórico en forma previa a la emisión de la factura n° ..., cuyo monto fuera percibido por la demandada de modo sobreviniente a través de la autorización de débito automático bancario. En efecto. En la misiva que remitió a la demandada el 18.5.2009 expresó, en lo que aquí importa, que: i) nunca recibieron los 10 aparatos y chips contratados, ii) el 12.5.09 fueron avisados que habían excedido el límite de consumo en el orden de \$20.000, iii) la intimaban para que se abstuviera de incluir dichos cargos en la facturación, y iv) hizo reserva de accionar por daños y perjuicios (v. fs. 154/5). La autenticidad de la pieza postal fue acreditada mediante el informe presentado por el Correo Argentino en fs. 456. El tenor de tal comunicación demuestra que es falaz el invocado reconocimiento de los consumos y ausencia de impugnación de la factura formulado por la defendida, en tanto que desconoció la prestación del servicio de modo previo a la emisión de la factura n° ... e hizo reserva de accionar por daños y perjuicios. d.2. De otro lado de advierte que el

recurrente formula una crítica parcial y sesgada de los elementos de prueba aportados al proceso, que fueran valorados en el veredicto de grado. En efecto. AMX SA se limita a argumentar que se encuentra probado que los llamados fueron realizados desde las líneas telefónicas asignadas a Schneider SA; no obstante, nada dice en punto a que no fue acreditada la entrega de los 10 equipos telefónicos y sobre el exceso, con creces, del monto facturado por sobre el límite establecido contractualmente. Sobre el punto cabe destacar que la prueba pericial contable agregada en fs. 804/808 dio cuenta de que: i) en los registros de la demandada no obra constancia de recepción de equipos de telefonía móvil (v. rta. c), ii) la factura ... fue percibida por AMX SA mediante débito automático (v. rta. f), iii) existía un límite de crédito establecido que ascendía a \$1.625 (v. rta. i), y iv) de los registros de la actora surge que no tiene clientes radicados en México ni se emitieron facturas por clientes en dicho país (v. rta. 2 y 3). Párrafo aparte merece el reclamo formulado por la actora ante la Comisión Nacional de Comunicaciones. En el trámite administrativo, en el cual la defendida presentó su descargo y acompañó documentación, se resolvió que: "no existe en las presentes actuaciones documentación alguna que acredite que las llamadas cuestionadas fueron efectuadas desde las líneas pertenecientes a la empresa SCHNEIDER S.A., razón por la cual se intima a esa empresa (AMX S.A.) a que proceda a refacturar el vencimiento 19/06/09, debiendo cancelar las llamadas facturadas con destino a México, dado que durante el período de facturación de las mismas, la empresa titular de las líneas en trato no poseía los equipos correspondientes, por lo que dichas llamadas no fueron efectuadas por quien debía realizarlas, como así también no fue respetado el límite de crédito que se le había otorgado de \$1625...continuando esa licenciataria facturando más allá del mismo?" (sic, v. fs. 593/4). Dicha resolución no fue objeto de recurso por parte de la defendida y, además, de ese trámite tampoco surge que se hubiera dado cumplimiento con lo allí establecido (v. fs. 655/6). En otro orden, no puede desconocerse la postura procesal asumida por AMX SA en este proceso, donde fue declarada negligente (v. fs. 881) en la producción de la prueba informática por medio de la cual pretendía que el experto informase si los prints de pantalla que daban cuenta de la supuesta entrega de los equipos eran el reflejo de las operaciones registradas por su parte. O, dicho en otras palabras: tanto en sede administrativa como en judicial la demandada incumplió con la carga que le pesaba de demostrar que los equipos adquiridos fueron entregados a su cliente y que éste realizó las cuantiosas llamadas internacionales que le atribuyó. e. Daño punitivo. De su lado, Schneider SA cuestionó la desestimación del daño punitivo solicitado. En el veredicto de grado, descartó la juez que hubiese existido "culpa grave" en la conducta de la demandada que justifique la aplicación de la multa. Sabido es que el art. 52 bis de la LDC modificada por la ley 26.361- BO: 7/4/08, incorporó a nuestro derecho positivo la figura del "daño punitivo". Dispone la norma textualmente: "Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley?". Ahora bien. Tal como precisé en otras oportunidades (v. mi voto del 18/2/14 en autos: "Dubourg Marcelo Adrián c/ La Caja de Seguros S.A. s/ Ordinario", del 24/9/15 en "García Guillermo Enrique c/ Bankboston N.A. y otros s/ Sumarísimo" y del 20/10/15 en "Díaz Víctor Alcides c/ Fiat Auto S.A. de Ahorro para Fines Determinados y otros s/ Ordinario", entre otros), la reforma legislativa conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (arg. CCiv. 1083). Como allí sostuve, los daños punitivos son, según Pizarro, "sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, y están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón, "Daños punitivos", en Derecho de Daños, segunda parte, Libro homenaje al Prof. Félix Trigo Represas, La Rocca, 1993, pág. 291/2). Conforme con la norma antes transcrita la concesión de daños punitivos presupone: i) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales; ii) la petición del damnificado; iii) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento; iv) la concesión en beneficio del consumidor; y v) el límite cuantitativo determinado por el art. 47 de la ley 24.240. Sin perjuicio de destacar que el incumplimiento de una obligación legal o contractual es una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva -ya que, además, debe mediar culpa grave o dolo del sancionado, la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o evidenciarse un grave menosprecio por los derechos individuales del consumidor o de incidencia colectiva; cfr. López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis", Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Pizarro, - Stiglitz, Reformas a la ley de defensa del consumidor, LL 2009-B, 949-, la norma aludida indica que a los fines de la sanción deberá tomarse en cuenta "la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso". De allí que para establecer no sólo la graduación de la sanción sino también su procedencia, resulta de aplicación analógica lo establecido por el artículo 49 de la ley (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto, María Virginia, "Algunas reflexiones sobre la naturaleza y las funciones del daño punitivo en la ley de

defensa del consumidor?, RDCO 2013-B-668). Véase que, en efecto, no obstante aludir puntualmente a las sanciones administrativas, se fija un principio de valoración de la sanción prevista por la norma (López Herrera, Edgardo, ¿Daños punitivos en el derecho argentino. Art. 52 bis?, Ley de Defensa del Consumidor, JA 2008-II-1198; Falco, Guillermo, ¿Cuantificación del daño punitivo?, LL 23/11/2011, 1). Establece aquella disposición que: ¿En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho?. Resáltese que la conducta reprochada es la del fabricante o proveedor que realiza un cálculo previo, a sabiendas de que el producto o servicio ofrecido puede ocasionar un daño; y mediante el cual se asegura que, descontando las indemnizaciones, tendrá aún un beneficio que redundará en ganancia (López Herrera, Edgardo, op. cit.). Se trata, en definitiva, de supuestos en los que fabricantes o proveedores utilizan esa técnica -y este dato es muy importante- de modo permanente y como una forma de financiarse mediante sus consumidores (Colombres, Fernando M., ¿Daño punitivo. Presupuestos de procedencia y destino de la multa?, LL DJ 19/10/2011,1). Ello así, a través de una conducta objetivamente descalificable desde el punto de vista social, esto es, disvaliosa por indiferencia hacia el prójimo, desidia o abuso de una posición de privilegio (Zavala de González, Matilde, ¿Actuaciones por daños?, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 332). Como señalara la Sala III, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario al sentenciar en la causa ¿Rueda, Daniela, c/ Claro Amx Argentina SA?, ¿Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por los derechos individuales o de incidencia colectiva?. Mas, en rigor, -y esto es decisivo, en el caso que se trata aquí-, el análisis no debe concluir solo en el art. 52 bis. Es que el art. 8 bis refiere al trato digno hacia el consumidor y a prácticas abusivas de los proveedores y, en su última parte, dice: ¿Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el art. 52 bis de la presente norma...? (Ferrer, Germán Luis, ¿La responsabilidad de administradores societarios y los daños punitivos?, Diario La Ley del 24.10.2011). La previsión legal del art. 8 bis LDC resulta plausible. Ello así, tanto desde el punto de vista de los consumidores que han sido víctimas de un daño, cuanto desde la perspectiva de los jueces que deben decidir si cabe responsabilizar al proveedor frente a supuestos no tipificados -como la demora excesiva o el maltrato en la atención al usuario, por citar algunos ejemplos-. Es que la lesión al interés del consumidor puede surgir, en los hechos, no sólo por el contenido de una cláusula contractual o por el modo en que ella sea aplicada, sino también de comportamientos no descriptos en el contrato, que constituyen una derivación de la imposición abusiva de ciertas prácticas reprochables. Se trata, en definitiva, de garantizar una directriz de trato adecuado al consumidor, como modo de evitar la utilización de prácticas comerciales que restrinjan o nieguen sus derechos. El cartabón de conducta exigible al proveedor tiende a resguardar la moral y la salud psíquica y física del consumidor. Así porque la ausencia de un trato digno y equitativo agravia el honor de la persona. De allí que la norma deba ser vista como una concreción del principio general de buena fe y como desarrollo de la exigencia del art. 42 CN. Así, el proveedor está obligado no solamente a ajustarse a un concreto y exacto contenido normativo, sino además está constreñido a observar cierta conducta en todas las etapas del iter negocial, incluso aún antes de la contratación. Y no podrá vulnerar, en los hechos aquellos sensibles intereses (cfr. Tevez, Alejandra N. y Souto María Virginia, ¿Trato ¿indigno? y daño punitivo. Aplicación del art. 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor?, del 26/04/16, La Ley 2016-C, 638). Juzgo que es desde dicha perspectiva conceptual que corresponde atender el agravio del actor en cuanto procuró la reparación del daño punitivo que fuera desestimada en la anterior instancia. De los antecedentes colectados en la causa, puede inferirse con suficiente grado de certidumbre, la configuración de este daño con arreglo al marco de aprehensión de los arts. 8 bis y 52 bis de la LDC. Ello así, aún juzgada la cuestión con el criterio restrictivo que debe primar en la materia. Como ya fue señalado, este específico daño requiere la existencia de una manifiesta o grosera inconducta por parte del proveedor en el trato comercial con el consumidor. Claro que es tarea del juzgador discernir con prudencia en qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se verifica tal conducta antifuncional en la relación de consumo (cfr. mis votos en esta Sala F, en autos ¿Rodríguez Silvana Alicia c/ Compañía Financiera Argentina S.A. s/ sumarísimo?, del 10/05/12 y ¿Rojas Sáez Naxon Felipe c/ Banco Comafi S.A. s/ ordinario?, del 19/8/14). Observo que la conducta de la demandada -en su carácter de proveedor- estuvo encaminada a desoír por completo el reclamo de la actora desde el primer momento en que se anotició de la ausencia de entrega de equipos telefónicos e indebida facturación por servicios de llamadas no realizadas. En efecto. La actora formuló su primer reclamo por vía epistolar el 18.5.09 advirtiéndole a su contraria sobre la falta de entrega de los teléfonos celulares y la improcedencia de efectuar cargos por servicios de comunicación de larga distancia. No

obstante lo cual, la proveedora -sin tomar nota de la comunicación que le fuera cursada- procedió a facturar y cobrar mediante el débito automático que tenía autorizado el monto total. Desatendió así a la primera advertencia. Tras ello, obligó a su cliente a efectuar un reclamo ante la Comisión Nacional de Comunicaciones, en el cual, como quedó dicho, se resolvió que: i) se careció de documentación alguna que acreditase que las llamadas cuestionadas fueron efectuadas desde las líneas pertenecientes a Schneider SA, ii) los equipos no fueron entregados, y iii) no se respetó el límite de crédito otorgado de \$1625, continuando la licenciataria facturando más allá del mismo. En base a tales circunstancias se intimó al proveedor para que procediese a cancelar las llamadas con destino a México y emitiese una nueva factura detrayendo dichos cargos (v. fs. 593). Notificada y firme de lo anterior, la proveedora desatendió los alcances de dicha resolución, forzando a su cliente al inicio del presente reclamo judicial sobre los mismos hechos y defensas que las ventiladas en sede administrativa. Ello implicó una dilación de más de 7 años para que el derecho del actor fuera finalmente reconocido en esta sede. La descripta situación no podía ser ignorada por la defendida, en tanto especialista en la materia de comunicaciones. No obstante, no solo se limitó a ignorar los reclamos, sino que además demoró injustificadamente su obligación de reembolsar las sumas indebidamente percibidas por un servicio que no prestó al consumidor. Juzgo por ello que se encuentra configurado entonces un obrar desaprensivo y reprochable, que debe ser materia de sanción. En esta directriz, se tiene dicho que constituye un hecho grave susceptible de multa civil por trasgresión del LDC 8 bis que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos, en el que se haga caso omiso a la petición (Guillermo E., Falco, ¿Cuantificación del daño punitivo?, LL 23/11/2011, y fallo allí cit.). De allí que la conducta de la demandada justifica la imposición de la aludida sanción ejemplificadora. Finalmente, cabe decir que a los efectos de determinar el "quantum" de la multa no puede perderse de vista la función de este instituto: sancionatoria y disuasoria. Entonces, no corresponde evaluar el daño punitivo como una compensación extra hacia el consumidor afectado o como una especie de daño moral agravado. Antes bien, debe ponderarse muy especialmente la conducta del proveedor, su particular situación, la malignidad de su comportamiento, el impacto social que la conducta sancionada tenga o pueda tener, el riesgo o amenaza para otros potenciales consumidores, el grado de inmoralidad de la conducta reprochada y el de desprecio por los derechos del consumidor afectado, como antes se señaló. Bajo tales parámetros, ponderando que la accionante solicitó por este rubro la suma precisa y determinada de \$50.000 (v. fs. 262 vta. y 276), visto el límite cuantitativo que determina el LDC:52 y la prudente discrecionalidad que ha de orientar la labor judicial en estos casos (cpr. 165), estimo adecuado justipreciar la indemnización por daño punitivo en dicho importe. f. Costas. Finalmente, el cuestionamiento de AMX SA contra la imposición de costas decidida en primera instancia será desestimado. Conforme al art. 68 del Cpr., el principio general es la imposición de las costas al vencido, y solo puede eximirse de esa responsabilidad -si hay mérito para ello- mediante un pronunciamiento expreso acerca de dichas razones, bajo pena de nulidad (conf. Fallos: 328: 4504 y 332: 2657). Por ello, y por no advertir motivos suficientes para apartarme del principio establecido en dicha norma, corresponde que las costas del pleito, en ambas instancias, se impongan a la parte vencida (conf. CSJN, ¿Ferreira, Claudia Alejandra c/ Universidad Nacional de Córdoba s/ Civil y Comercial - varios? 13.3.15). VI. Conclusión. Por todo lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mi distinguido colega del Tribunal, propongo al Acuerdo: i) receptar el agravio de Schneider SA y en consecuencia imponer una multa por daño punitivo a AMX SA de \$50.000 (pesos cincuenta mil), ii) confirmar el veredicto de grado en todo lo demás que fuera materia de agravio. Las costas de Alzada se imponen a la defendida, vencida (conf. arg. art. 68 del Cpr.). Así voto. El Dr. Rafael F. Barreiro dice: Comparto en lo sustancial la solución propiciada por la doctora Tevez en el voto que abrió este Acuerdo. Ahora bien, con relación a la posición que se adopta en el apartado e.º respecto a la naturaleza y características del instituto que regula el art. 52 bis de la LDC, me remito a las reflexiones que he vertido en una publicación relativa a la sustancia del daño punitivo (Barreiro, Rafael F, El factor subjetivo de atribución en la aplicación de la multa civil prevista por el art. 52 bis de la ley 24.240, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 3, La Ley, junio de 2014, ps. 123/135), como lo preanuncié en mi voto en la causa Asociación Protección Consumidores Del Mercado Común del Sur -Proconsumer- c/ Galeno argentina S.A? de esta Sala F, decisión emitida en 11.11.14 y que repliqué, el 04.06.15 en la causa ¿Formigli Eduardo c/Auto Zero SA s/ ordinario?, por mencionar solo algunos de los antecedentes. Con dicha aclaración, adhiero al voto de la vocal preopinante. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron los señores Jueces de Cámara doctores: Alejandra N. Tevez Rafael F. Barreiro María Florencia Estevarena Secretaria Buenos Aires, 26 de diciembre de 2017. Y Vistos: I. Por los fundamentos expresados en el Acuerdo que antecede, se resuelve: i) receptar el agravio de Schneider SA y en consecuencia imponer una multa por daño punitivo a AMX SA de \$50.000 (pesos cincuenta mil), ii) confirmar el veredicto de grado en todo lo demás que fuera materia de agravio. Las costas de Alzada se imponen a la defendida, vencida (conf. arg. art. 68 del Cpr.). II. Notifíquese a las partes y a la señora Fiscal General (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1º, N° 23/17 y N° 3/2015). Fecho, devuélvase a la instancia de grado. Hágase saber la presente decisión a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Ley n° 26.856, art. 4 Ac. n° 15/13 y Ac. n° 24/13 y n°

42/15). Firman solo los suscriptos por encontrarse vacante la Vocalía N° 17 de esta Cámara (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional). Alejandra N. Tevez Rafael F. Barreiro María Florencia Estevarena Secretaria
026526E