

## Empresa De Telefonía Dano Punitivo Ofrecimiento De Servicios A Persona Con Restricciones A La Capacidad

### JURISPRUDENCIA

Empresa de telefonía. Daño punitivo. Ofrecimiento de servicios a

persona con restricciones a la capacidad      Se hace lugar al daño punitivo y se confirma el resto de la sentencia que admitió la demanda impetrada por la actora por derecho propio y en representación de su hijo, a fin de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados a raíz de la actitud desaprensiva de la proveedora de servicio telefónico, quien habiendo sido comunicada acerca de las restricciones a la capacidad del sujeto receptor de sus ofrecimientos, no cesó en su actitud comercial a su respecto, generando con ello innumerables molestias a la actora.      Cipolletti, 24 de octubre de 2018. Reunidos en Acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IV Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, doctores Elda Emilce Álvarez, Marcelo A. Gutiérrez y Alejandro Cabral y Vedia, para el tratamiento de los autos caratulados "CARDELLI LILIANA LIDIA C/ TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A. S/ SUMARÍSIMO" (Expte. N° 3609-SC-18), elevados por el Juzgado Civil Comercial y de Minería N° 9 de esta Circunscripción, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes: CUESTIONES: 1ra.- ¿Es fundado el recurso? 2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde? VOTACIÓN: A la primera cuestión la señora Jueza doctora Elda Emilce Álvarez dijo: I.- Que contra la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 169/178 que resolviera hacer lugar a la demanda interpuesta por Liliana Lidia Cardelli por sí y en representación de su hijo D.D.M. contra Telefónica Móviles Argentina S.A. , y condenarlos a abonar a la actora dentro del plazo de 10 días la suma de \$19.900, interpone recurso de apelación la actora a fs. 179 y a fs. 181 lo hace la parte demandada. A fs. 193 se notifica de la Sentencia la Defensora de Menores. A fs. 180 y a fs. 182, conforme a lo dispuesto por el art. 486 inc. 7° del CPCC, se conceden los recursos de apelación a la actora y la demandada respectivamente. A fs. 183/192 expresa agravios la actora los que son contestados por la demandada a fs. 204/206 y vlt. y a fs. 195/202 obra el memorial de agravios de la demandada, el que es contestado por la actora a fs. 208/210 y vlt. II- En los fundamentos de su recurso, la parte actora liminarmente manifiesta que la sentencia ha omitido tratar cuestiones sobre las cuales debió expedirse y que fueran introducidas por ella en la demanda. En tal sentido señala que la acción impetrada lo ha sido tanto por la actora por derecho propio como en representación de su hijo, con el claro objeto de obtener el resarcimiento de los daños ocasionados a ambos sujetos, teniendo presente que la actora representa a su hijo, quien tiene su capacidad restringida. Sostiene que el Juez de grado omitió merituar que los daños reclamados lo eran también por el menoscabo generado a su hijo y no sólo a la persona de la actora. De ese modo, la sentencia viola el principio de congruencia, al no haber resuelto en forma íntegra todo lo peticionado por la parte actora. Agrega que el a quo ha omitido pronunciarse con relación a la imposición de las astreintes a la demandada, que fueran solicitadas oportunamente por la actora (fs. 14) y que merecieran pronunciamiento del Juez de grado a fs. 123 vta. Señala que la imposición de astreintes peticionada debe acogerse en tanto y en cuanto ha quedado acreditado que la accionada no cuenta con un sistema, registro o base de datos implementado en forma interna a los efectos de dilucidar los mecanismos a emplear a los fines de prescindir de altas a contratos por personas sin discernimiento para los mismos. Tampoco cuenta con un registro y/o historia respecto de su hijo D. De ese modo, solicita al Tribunal que revoque el fallo y resuelva los puntos omitidos por el Juez de grado. Seguidamente, se agravia por considerar que la sentencia apelada resuelve infra petita, ello por cuanto el reclamo originario era por la suma de \$200.900, y a pesar de que el ?a quo? entiende probados absolutamente todos los extremos aducidos por la parte actora, resuelve reconociendo una cifra mucho menor, de carácter irrisoria e inconsistente, sin guardar proporción con los hechos denunciados y probados. De ese modo y a fin de demostrar la desproporción señalada, la recurrente detalla los rubros reclamados, daño moral y daño punitivo, los hechos que tuvo por comprobados en su sentencia el magistrado, a pesar de lo cual, finalmente la sentencia habría establecido montos mucho menores a los requeridos. 1. A continuación, la parte demandada se agravia de que el Juez de grado tiene por ciertos hechos que, según su opinión, difieren de las constancias del proceso y sobre esa base condena a la accionada. En orden a ello sostiene que el primer vínculo contractual fue resuelto mediante conciliación en sede administrativa, en el año 2014, cuando la incapacidad de su hijo, invocada por la actora, aún no había sido decretada. Luego se declaró la inhabilidad de D.D.M., en los términos del 152 bis del C.C., pero dicha sentencia no fue puesta en conocimiento de su parte y además, ello no impedía al Sr. D.M. realizar actos de administración ordinaria. Sostiene que luego, a partir de la entrada en vigencia el nuevo CCyC la capacidad de las personas se presume. Posteriormente el cambio de modalidad de prepaga a abono mensual llevó a la demandada a considerar razonable la operación y entender que se trataba de un acto de administración ordinaria que no lesionaba a un sujeto afectado por prodigalidad. Sostiene que ante el pedido personal efectuado por

la actora de que se diera de baja el abono, emisión de libre de deuda y reintegro de lo abonado, la baja y la constancia de libre deuda se otorgaron el mismo día en que fueron solicitadas -conforme surge del expediente administrativo adjuntado por la actora- y que la factura N° ... no fue otorgada con posterioridad al pedido de baja del 22/01/16, por cuanto ella corresponde a un período anterior a esa fecha, y formó parte de las notas de crédito remitidas por la demandada. Que la prueba más evidente de que la accionada no continuó ofreciendo servicios ni contratando con el Sr. D.M. es que el reclamo de daño directo se limita a los anteriores al 22/01/16. Luego de transcribir la sentencia, ingresa nuevamente en los hechos que la accionada considera acreditados en sentido contrario al sentenciante. Finalmente, formula reserva del caso federal. III- A fs. 204/ 206 y vta. contesta la demandada el traslado de la expresión de agravios. Respecto al agravio que gira en torno al daño moral, la accionada señala que la actora no desarrolló la situación de hecho que habría ocasionado tal daño al Sr. D.D.M., ni siquiera lo discrimina en la demanda, es decir, cuál sería el daño de la actora por derecho propio y cuál el de su representado. Tampoco produjo prueba tendiente a acreditar el daño moral en cabeza del Sr. D.D.M., por ello no mediaría error impugnabile en la sentencia al no otorgar indemnización por daño moral al referido actor. Con relación al daño moral de la Sra. Cardelli, señala que el agravio resulta una mera discrepancia subjetiva con el resolutorio, pues no indica el error en que incurrió el Sr. Juez de grado ni los elementos de hecho, prueba y derecho que no habrían sido valorados por la sentencia. En lo tocante a la aplicación de astreintes entiende que la actora confunde la naturaleza de los institutos en juego; así señala que las astreintes deben ser impuestas a partir de que la parte demandada incumple la carga procesal que emerge del art. 388, sin embargo nada dice sobre el deber jurídico impuesto en una resolución judicial que no ha sido cumplido por esta parte, que es lo único que habilitaría a la imposición de astreintes conforme art. 804 del CCyC. Respecto al agravio que gira en torno al daño punitivo se remite a los argumentos expuestos en su memorial oportunamente presentado. Por todo ello, solicita el rechazo del recurso interpuesto por la actora, con costas. A fs. 208/210 y vta. contesta la actora los agravios de la demandada. Señala que la presentación efectuada mediante su memorial no satisface las exigencias previstas en el art. 265 del CPCC, al no constituir una crítica concreta y razonada del fallo, sino que resulta una mera disconformidad con lo resuelto por el a quo, reiterando cuestiones ya introducidas por la accionada en su contestación de demanda y valoradas por el Juez de grado en su sentencia. Sostiene así que lo aseverado por la demandada en sus agravios dista de lo realmente acreditado en autos y alega que aquella ensaya posturas defensistas para confundir al Tribunal, que carecen sustento. Solicita el rechazo del recurso incoado por la demandada, con costas. IV. A fs. 212 pasan los autos en vista a la Defensora de Menores, quien contesta a fs. 213. V. A fs. 214 pasan los autos al Acuerdo a fin de resolver. VI. Liminarmente y por una cuestión de orden comenzaré con el tratamiento de los agravios de la parte actora vinculados a la falta de congruencia de la sentencia y la omisión que le endilga la recurrente; para luego pronunciarme sobre los montos indemnizatorios recurridos, posteriormente procederé a tratar los agravios de la accionada. Con relación al primer agravio de la actora, debo decir que en el escrito de inicio se advierte que efectivamente la accionante promovió la presente demanda ?por derecho propio y en representación de su hijo D.D.M. de capacidad restringida?, y que no discriminó qué valores indemnizatorios pretendía para cada legitimado. Ahora bien, no obstante que la primera providencia tuvo por presentada a la Sra. Cardelli Liliana Lidia, por derecho propio y en su carácter de representante de su hijo D.D.M.; la sentencia obrante a fs. 169/178, en el punto primero de la parte dispositiva expresa: ?Hacer lugar a la demanda interpuesta por Liliana Lidia Cardelli en representación de su hijo D.D.M., contra Telefónica Móviles de Argentina S.A....?,(sic. fs. 177 in fine); condenando a la demandada a abonar una suma que de conformidad a lo expuesto en los considerandos era comprensiva de daño directo, daño moral y daño punitivo. Partiendo de lo antes señalado y abordando el tratamiento del primer agravio vertido por la actora, quien imputa al pronunciamiento de grado violación al principio de congruencia al no haberse expedido respecto del daño moral del representado de la accionante, incurriendo así en el vicio de citra petita; cabe advertir de la lectura del pronunciamiento apelado que yerra la recurrente en su ataque, dado que al haberse hecho lugar a la demanda interpuesta por la Sra. Cardelli en representación de su hijo, se ha reconocido el daño moral del Sr. M., no habiéndose expedido en cambio acerca de las pretensiones deducidas por la Sra. Cardelli, respecto de quien guarda total silencio, por lo que la omisión alegada no se verifica.- Obsérvese que ya en el punto I de los Resultandos expresa : ?Que a fs. 82/93 y vta. la Sra. Liliana Lidia Cardelli, en representación de su hijo D.D.M., inicia demanda contra Telefónica Móviles de Argentina S.A. (MOVISTAR) por el cobro de la suma de pesos doscientos mil novecientos (\$200.900).?- En atención a lo expuesto, resulta evidente que la omisión invocada no se ha configurado al haberse expedido expresamente el sentenciante de grado, respecto de los reclamos del representado de la Sra. Cardelli.- Tampoco puede darse una interpretación inversa a lo manifestado en el memorial sustentativo de la apelación, en el sentido en que la omisión realmente se habría producido, respecto de la Sra. Cardelli, porque ello está vedado al Tribunal de Alzada en virtud del principio ?tantum appellatum quantum devolutum?. Sostiene Hitters al tratar el recurso de apelación, en cuanto a los poderes de la Cámara lo siguiente: ?222. Considerando que en el proceso civil campea el postulado dispositivo, el tribunal verificador tiene una serie de limitaciones en cuanto al objeto de la apelación, ya que por vía de principio sólo posee competencia funcional para examinar el foco litigioso planteado en primera instancia, y además dentro de los límites que

presente el quejoso, ya que el ad quem no puede suplir sus agravios, y no puede avocarse a temas que no fueron motivo de embate por el vencido. (?) Ello significa entonces, que el tribunal de apelación tiene cercenado su accionar por dos cortapisas fundamentales, a saber, por un lado la que resulta de la relación procesal de primera instancia; y por otro la que le impone el recurrente por mediación de los fundamentos del escrito impugnativo. Si el superior al abordar este medio de embate va más allá de esos diques, su pronunciamiento podrá ser atacado por exceso de poder, considerándose el fallo como una decisión ultra petita. (Juan Carlos Hitters "Técnica de los Recursos Ordinarios", 2ª Edición, Ed. Librería Editora Platense, sic. fs. 407/8; el subrayado me pertenece).- Así también expresa el referido autor en relación con el principio antes citado que: "La piedra basilar del remedio en estudio radica, sin duda, en la restricción que tiene la Alzada, por la medida del recurso; en paralelo -como apuntáramos ya- con la capacidad decisoria que le da al Juez de Primera Instancia el pedimento hecho por la actora al incoar la demanda (art. 163, inc. 6ª, 1ª parte, del Código Procesal de la Nación).- (?) Puso en evidencia el más Alto Tribunal bonaerense que "La Cámara puede considerarse dispensada de examinar una cuestión decisiva para desenlace del proceso si al expresar sus agravios el quejoso no efectúa a su respecto un planteamiento expreso. Agregando en otro pronunciamiento que "la Alzada puede excusarse de abordar el tratamiento de determinados capítulos si contra el silencio a su respecto del Juez de primera instancia, nada dijo ni intentó el recurrente". Con similar criterio puso énfasis el más Alto Tribunal de la Nación en que "la jurisdicción de los cuerpos de Alzada está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su competencia decisoria con fundamento en las garantías constitucionales de la propiedad y la defensa en juicio. (op. Cit., págs. 425/6).- Son las garantías antes referidas las que se verían conculcadas en caso de abordar el agravio aludido en sentido diverso de aquél en que fue vertido. Siendo entonces las consideraciones precedentes, un límite infranqueable para el accionar de la Cámara, sólo cabe la desestimación del tópico tal como fuera planteado.- Con relación a las astreintes que la apelante dice también omitidas en el pronunciamiento de grado, se observa una confusión respecto de la naturaleza jurídica de las mismas, en relación con la pretensión contenida en la demanda. Así en el escrito inicial la accionante manifestó "No encontrando a la fecha solución al inconveniente que el obrar desaprensivo de la accionada demuestra, deviene en imperioso recurrir a V.E. y se demanda asimismo la imposición de astreintes hasta tanto la demandada acredite en autos tomar recaudos y controles para no ofrecer y/o vender productos o servicios a mi hijo, persona con capacidad restringida." (sic. fs. 88 vta., 3ª párr. del escrito de demanda).- En primer lugar, se observa que la apelante equivoca el instituto cuya aplicación persigue en relación con los efectos que pretende de él se devenguen. Así pues las astreintes son imposiciones procesales que tienen por objeto compeler al cumplimiento de una manda judicial durante el trámite del proceso. Tal petición no ha sido proveída durante la tramitación de la causa; la referencia a fs. 123 es errada porque no existe allí disposición al respecto y la falta de reclamación oportuna -entiéndase durante la tramitación del proceso- obsta a su fijación actual.- Así resulta que el pedido de aplicación de astreintes lo fue hasta tanto acreditara la demandada en el proceso haber adoptado los mecanismos registrales necesarios para no seguir ofreciendo servicios al hijo de la actora. Para resultar operativas las astreintes debió haberse intimado a la accionada a su cumplimiento, bajo apercibimiento de aplicárselas, y en caso de incumplimiento debía hacerse efectivo el apercibimiento dispuesto con anterioridad, el que asimismo debía contener el valor de las astreintes a aplicar. Nada de ello ocurrió durante el trámite de la causa.- Por otra parte, tal pedimento, contenido en la demanda bajo la denominación de astreintes tampoco se concretó como una pretensión específica, ya que no formó parte del petitorio del escrito postulatorio, tal como dispone el art. 330 inc. 6 del C.P.C. y C.; ello obsta en mi opinión, a su encuadre en los términos del art. 804 CCy C. De manera entonces que su falta de inclusión expresa impide el tratamiento posterior, en tanto implicaría una afectación del derecho de defensa de la contraria.- Así se ha dicho que: "Las sanciones conminatorias o astreintes estatuidas en los arts. 804 del Código Civil y Comercial de la Nación y 37 del Código Procesal Civil y Comercial, constituyen medios de carácter pecuniario de que disponen los Jueces para hacer cumplir cualquier tipo de deber u obligación impuesto a las partes, bastando para su aplicación el incumplimiento de una resolución judicial. Cabe hacer notar que las sanciones conminatorias son aplicables con amplitud a cualquier tipo de deberes u obligaciones, siempre que se desobedezca un mandato judicial, debiendo el juez fijar un plazo para que se concluyan, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes." (CC0202 LP 118332 305 Y 20-12-2016, carátula "Varela Raimundo Oscar c/Paoletti Lorenzo y otros/Interdicto").- En cuanto al art. 42 de la ley 24.240, se trata de una norma destinada a la autoridad administrativa de aplicación de la ley, que es la Secretaría de Comercio, no estando dirigida a la autoridad judicial, por lo que no cabe su aplicación en autos. Por las razones aquí expuestas el agravio tratado debe ser desestimado.- Finalmente cabe considerar el cuestionamiento dirigido a los montos por los cuales han sido receptados los rubros daño moral y daño punitivo. Con respecto al resarcimiento por daño moral, sostiene la apelante que la sentencia ha resuelto citra petita por no haber acogido dicho resarcimiento respecto de D., lo que no es así tal como se explicara al inicio del voto. En cuanto a la imputación de haber fallado el tópico configurando un agravio infra petita, es mi opinión que los importes reclamados no pueden resultar determinantes para el juzgador a efectos de configurar el vicio de incongruencia; dado que en el particular caso del daño moral, queda sujeta su determinación al prudente arbitrio judicial. En autos

además, se agrega la circunstancia de que al reclamar el rubro en la demanda se aludió a que el mismo estaba ?...ocasionado por la actitud incomprensible de la accionada que ha generado en mi persona y en la de mi hijo, molestias, intranquilidad, incomodidades, debiendo recurrir en más de una oportunidad a sus Oficinas Comerciales a fin de que procedieran a la baja de las líneas activadas a nombre de mi hijo sin mi consentimiento, y siendo desoída, ante la falta de respuesta, tener que recurrir a diferentes procesos para poner fin al accionar de la demandada.? (ver fs. 88 vta. del escrito de inicio). De lo transcrito surge que el padecimiento en la persona de D. ha sido invocado pero no se ha desarrollado siquiera un relato mínimo que permita medir los trastornos que la situación le habría causado. Así no surge de los dichos de la actora si el nombrado debió acudir a las oficinas de la demandada, en tal caso en cuantas ocasiones, si debió brindar algún tipo de explicaciones, etc. El relato efectuado trasunta sí la realización de reiteradas gestiones por parte de su representante legal; de manera que no obstante que el daño moral se prueba in re ipsa, en el presente caso, atento la ausencia de elementos que permitan medir la afectación que el joven con capacidad restringida pudiera haber padecido, se considera adecuada la estimación de la cuantía con la que debe ser resarcido el mismo, de conformidad a lo resuelto por el Juez de grado ; por lo que cabe desestimar el agravio tratado.- En relación al agravio incoado respecto a la multa civil o daño punitivo normado por el art. 52 bis de la ley 24.240, es dable recordar que la misma responde a todo perjuicio causado por los proveedores de servicios, y a favor de la víctima, cuando se origine en incumplimientos legales o contractuales, motivados por un afán lucrativo de las empresas prestadoras de los mismos. En tal sentido, tanto su aplicación como cuantía se determinan y disponen por el Juez, teniendo en consideración la gravedad del ilícito cometido. (conf. Mosset Iturraspe, Jorge., Wajtraub, Javier H. ?Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240?, Rubinzal ? Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, Págs. 29/30). Así, conforme a la consideración que realizan los mentados autores, tanto la gravedad del hecho denunciado como las circunstancias que rodean la causa, es lo que se tiene en cuenta a los fines de fijar la cuantía de la multa civil solicitada (op. Cit. Pág. 281). De conformidad con ello, estimo pertinente destacar que ?En los países con más experiencia en la utilización de este instituto jurídico, el monto de la punición nace de un análisis que, necesariamente, debe considerar diversos puntos: 1) un estudio de la ecuación de costo-beneficio realizado por el proveedor; 2) una evaluación referida a la probabilidad de ocurrencia del daño efectivamente ocurrido; 3) un exámen acerca de si los daños sufridos por la víctima fueron en su patrimonio o en su persona, y 4) una comprobación que permita determinar si la conducta de la empresa es habitual o constituye un caso aislado. Tasar con prudencia y ajustado criterio las sumas dinerarias contenidas en las sentencias es una tarea fundamental que corresponde a los jueces. Si los magistrados no ponderan adecuadamente los montos de sus veredictos, pueden ocurrir situaciones igualmente graves: que la pena sea exigua, evitando de ese modo que los DP cumplan su finalidad disuasoria, o que la sanción sea excesiva, determinando la quiebra de una compañía.? (cf. Shina, Fernando E., ?Daños al consumidor. Soluciones jurisprudenciales a casos célebres?, Ed. Astrea, Bs. As., 2014, Pág. 174/175). Cabe agragar lo señalado en la obra citada de Mosset Iturraspe-Wajtraub, así: ?Explica Picasso que ?la primera constatación que surge del análisis de la norma es que las condiciones de procedencia de los daños punitivos quedan reducidas en ella al hecho de que el proveedor incumpla sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo con el texto sancionado bastaría con el incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor (y cualquiera sea la gravedad de esta), haya o no un daño realmente causado al consumidor y con independencia de que el proveedor se haya o no enriquecido como consecuencia del hecho. La ´gravedad del hecho?, es tenida en cuenta por la norma unicamente para graduar la cuantía de la sanción, más no como condición de su procedencia. En cualquier caso, el Juez -a quien la expresión ´podrá´ empleada por la ley, parece otorgarle plena discrecionalidad al respecto- no se encuentra constreñido más que por su buen sentido, puesto que el artículo sólo exige el incumplimiento del proveedor para que proceda la condena a pagar daños punitivos.? (op. Cit., pág.281).- En este sentido, de las constancias de la causa surge acreditado que en reiteradas oportunidades la accionante ha efectuado numerosos reclamos a fin de lograr que la empresa demandada se abstenga de ofrecer servicios a su hijo D., reclamos que fueron desoídos en forma sistemática e infundada por la demandada. Circunstancia ésta, que obligara a la Sra. Cardelli a iniciar acciones legales tanto en la Defensoría del Pueblo de Neuquén, la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y Comunicaciones (Comisión Nacional de Comunicaciones) como en la causa en análisis. No puede dejar de observarse en la cuestión traída a debate, que sin perjuicio de la presunción iure et de iure a favor del consumidor estalecida en la Ley de Defensa del Consumidor, lo cierto es que también se encuentran involucrados los derechos de una persona con capacidad restringida, quien merece especial tutela de acuerdo a lo establecido por las leyes 26.378, 25.280 y 22.431. En efecto, teniendo debidamente acreditado el negligente y reprochable comportamiento por parte de la empresa demandada, entiendo que la multa civil debe propender a desalentar a la empresa proveedora a persistir en su actitud elusiva y evitar futuras inconductas análogas,. La condición de D., de ser una persona primero inhabilitada en los términos del art. 152 bis del C.Civil y luego con restricciones a su capacidad, ha sido fehacientemente acreditada en autos y comunicada a la proveedora del servicio telefónico en más de una oportunidad; inicialmente mediante el acompañamiento del certificado de discapacidad, posteriormente e iniciado ya el proceso judicial de restricción de su capacidad acreditando la designación de la actora en carácter de

apoyo provisorio y finalmente -dictada la sentencia respectiva- mediante la acreditación de la restricción de capacidad declarada al joven y su concurrente carácter de apoyo. No existen dudas de que la condición de D. fue comunicada a la accionada, sin que ello sirviera para activar los mecanismos pertinentes para cesar en su actitud comercial, desprendida de las particulares circunstancias personales de quien era sujeto receptor de sus ofrecimientos; a sabiendas de las molestias que generaría ello al nombrado y a quien estaba a su cuidado.- Vale tener presente aquí que el artículo 1\* de la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad, aprobado por ley de la Nación N\* 26.378, contempla como Propósito "...promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto a su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones a las demás." Así también el art. 2\* dispone: "La "comunicación" incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el "Braille", la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso."- De manera entonces que no solo se ha obstaculizado el normal uso del servicio de comunicaciones por telefonía móvil que presta la empresa accionada, sino que además se ha hecho más gravosa su utilización por una persona vulnerable en razón de su capacidad disminuída; es mi opinión que debe aplicarse una sanción punitiva cuya cuantía pondere la medida de la conducta desaprensiva de la empresa, que sólo ha tenido en vistas sus móviles económicos ignorando pertinazmente los avisos y pedidos recibidos para que cesara en la oferta y provisión de servicios al Sr. D.D.M., la duración del comportamiento aludido, así como como su reincidencia en el mismo, agravados por la situación de discapacidad del usuario afectado. (cf. Tabares, Julieta C. "Un supuesto de aplicación de daños punitivos por trato indigno", Cita Online AP/DOC/694/2018). Por aplicación de lo dispuesto por el art. 52 bis. de la ley 24.240 (T.O.26.361), en relación con los parámetros antes referenciados entiendo, corresponde receptor el agravio incoado e incrementar la condena impuesta en concepto de daño punitivo, fijándola en la suma de PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 250.000 ); arts. 47 y 52 bis de la Ley 24.240. Ello en la consideración de que el importe fijado por el Juez de grado resulta exiguo para lograr los efectos ejemplarizadores perseguidos por el instituto y dado que el monto peticionado en la demanda no ata al judicante, quien puede estimar con libertad su procedencia y cuantificación.- Tiene dicho esta Cámara en "PALMA, Javier Andrés c/ IRUÑA S.A. y Otra s/ SUMARÍSIMO" (Expte. N° 3580-SC-18): "Empero se agrega a ello otro ingrediente determinante que excluye la posibilidad de "ultra petita" en lo concerniente al "daño punitivo". Ocurre que, en doctrina y jurisprudencia se viene sosteniendo que, al no ser éste un rubro indemnizatorio, sino una sanción de carácter preventivo impuesta por el Juez, el consumidor accionante no puede ni debe mensurar dicho rubro, y de hacerlo, el sentenciante en modo alguno quedará limitado por dicha petición (conf. F. Álvarez Larrondo, en "Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación", en La Ley del 29.11.2010). Ello se entiende si se repara en los fines que inspiran la sanción, tendientes a evitar la repetición ulterior de situaciones análogas. Idéntica tesis surgió del Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, realizado en Buenos Aires, del 23 a 25 de septiembre de 2010, cuyo despacho de Comisión 5ta. ("Principio de prevención. Daños punitivos"), de "lege lata" y de manera unánime, sostuvo que "el consumidor no debe mensurar el daño punitivo al tiempo de su petición, por cuanto su imposición ha sido atribuida exclusivamente al magistrado en cumplimiento de una manda constitucional (art. 42 C. Nac.)"; (vid. CApCC de Bahía Blanca, Sala II. in re: "Castelli c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A." del 28.08.2014).- VII. Abordando ahora el análisis del recurso de apelación de la demandada, obrantes a fs. 195/202, se observa en primer lugar que transcribió parte de la sentencia de Primera Instancia e hizo lo propio respecto del relato de hechos manifestados en su contestación de demanda, limitándose sucintamente a expresar como agravio una errónea valoración de los hechos. Así, entiende errónea la fecha en que la sentencia dictada por el a quo tuvo por válido el conocimiento de la declaración de incapacidad por parte del Sr. D.D.M.' (Junio 2014) y que desde allí su representada obró indebidamente. Deviene necesario resaltar, que de conformidad con lo que surge de las causas administrativas adjuntas, la Sra. Cardelli al momento de entablar el reclamo pertinente ante la firma demandada presentó nota con fecha 02.06.2014 invocando su condición de curadora provisorio y acompañando copia del certificado de discapacidad de su hijo D.D.M. y el respectivo sello de entradas de la citada dependencia, por lo que mal puede esgrimir la accionada el desconocimiento de tal circunstancia. A lo que cabe agregar, que ante tal situación la firma Movistar dió curso a la solicitud esgrimida en dicha nota. Circunstancias que fueran reiteradas en la audiencia conciliatoria de fecha 21.07.2014 sin que la mencionada empresa controvirtiera tales hechos, por lo que cabe desestimar el agravio al respecto. En lo que concierne a que a la citada fecha no mediaba sentencia de interdicción, que se dictara a posteriori sin limitar a D. a realizar actos de administración y a la presunción de capacidad establecida por el Código Civil y Comercial de la Nación, debo aclarar que sin perjuicio de que tales manifestaciones resultan una mera discordancia con lo resuelto en Primera Instancia, sin llegar a constituir una crítica concreta y

razonada a la sentencia atacada (art. 265 del CPCC), yerra el recurrente al considerar que no existían elementos que debieron alertar a la empresa prestadora de servicios a los fines de arbitrar las medidas necesarias para no vulnerar los derechos de una persona que presenta certificado de discapacidad, (que confronta la regla de la capacidad, considerada tal por el actual Cód. Civ. Y Com., como por el anterior C.Civ.). Igual suerte ha de correr lo manifestado respecto a que D.D.M. no se encuentra limitado para la realización de actos de administración, cuando de las constancias del expediente tramitado ante el fuero de familia surge que el mencionado desconoce la cuantía y los alcances del dinero (ver fs. 11/16 del Expte. TREENACOMDE NEUQUE N\*578/2016).- Acto seguido, esboza su disconformidad respecto a lo que considera el a quo una solución tardía a la petición de la actora, que luego del reclamo incoado el día 22.01.16 solicitó la baja del abono y libre deuda, circunstancia que esgrime en la sentencia se tuvo por cumplida en fecha 02.05.2017 y entiende que el Sr. Juez de Primera Instancia consideró un incumplimiento respecto de la prohibición de realizar actos de administración estipulada en la sentencia de fecha 10.11.2016. Afirma que es la propia actora quien acompaña la nota emitida en fecha 22 de enero del 2016 donde se hace lugar al reclamo, notificando dicha circunstancia al expediente administrativo en trámite ante el Enacom en fecha 02.05.2016 (y no 2017). De la sentencia obrante a fs. 169/178 surge que la demandada denunció que en la línea 2996345276 luego de la petición de baja realizada en fecha 22.01.2016 se dió cumplimiento a lo solicitado emitiendo asimismo un certificado de libre deuda, ¿el cual se notifica en fecha 02.05.2017 al expediente iniciado ante el ENACOM (ex CNC) junto con la emisión de una nota de crédito? (ver fs. 171 último párrafo) siendo ésta la única remisión que se hace a la mencionada fecha y conforme fuera expuesto, por la demandada en su escrito de contestación, por lo que no se visualiza la verificación de las conclusiones arribadas por la recurrente en su expresión de agravios ni el yerro que se endilga a la sentencia de primera instancia. Por último, lo referido a que la ausencia de reclamo por daño directo, con posterioridad al 22.01.2016 constituiría prueba de que no han seguido efectuándose ofrecimientos al Sr. D.D.M.; contrariamente a lo sostenido por la accionante en la demanda; vale señalar que son meros dichos de una parte que no resultan corroborados por prueba alguna y como tales carecen de entidad para morigerar la sanción impuesta. Por todo lo expuesto, considero que debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto por Telefónica Móviles Argentina S.A. Todo ello, ASÍ LO VOTO. A la misma cuestión los señores Jueces doctores Marcelo A. Gutiérrez y Alejandro Cabral y Vedia dijeron: Adherimos al voto de nuestra colega por compartir los razonamientos fácticos y fundamentos jurídicos. A la segunda cuestión la señora Jueza doctora Elda Emilce Álvarez dijo: Por todo lo expresado al tratar la primera cuestión, y de compartirse mi postura, propongo al Acuerdo: 1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la parte actora, y en consecuencia incrementar la condena impuesta en el rubro daño punitivo o multa civil, el que se fija en la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000) a la fecha de la presente; debiendo abonarse en el término de diez (10) días de adquirir firmeza este pronunciamiento; ello sin perjuicio de los intereses ulteriores que pudieran corresponder en el supuesto de incumplimiento, en cuyo caso se aplicarán las tasas establecidas en la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia provincial.-2) Rechazar integralmente el recurso de apelación de la parte demandada.- 3) Imponer las costas de Segunda Instancia a la demandada perdidosa (art.68 CPCyC).- 4) Regular los honorarios profesionales de los letrados interviniéntes en la Alzada de la siguiente forma: al Dr. Sebastián Arregui en el ...% y a los Dres. Analía Lorena Lucarini, Jorge Luis Fagalde Ulloa y José María Iturburu, en conjunto en el ...%, todos a calcular sobre las regulaciones que les correspondan por sus actuaciones en primera instancia (art. 15 L.A.);-5) Adecuar las regulaciones de honorarios de Primera Instancia al resultado de la presente (art.279CPCyC), regulando al efecto al Dr. Sebastián Arregui la suma de pesos veinticinco mil cuatrocientos noventa (\$ 25.490), ( 10%, MB \$254.900 arts. 8\* 3\* párr., 6 y 7 Ley 2212); y a los Dres. Analía Lorena Lucarini y Jorge Luis Fagalde Ulloa la suma de pesos cinco mil noventa y seis (\$5096) a cada uno en carácter de patrocinantes ( 1/3 del 6%, M.B. \$254.900 ) y al Dr. José María Iturburu, la suma de pesos cinco mil noventa y seis (\$5096) en su carácter de patrocinante con más la suma de pesos seis mil ciento diecisiete (\$6.117) por apoderado (M.B. 40% del 6%, M.B. \$254.900), arts. 8, 3\* párr, 6 , 7 y 10 LA.- 6) Disponer, una vez firme la presente, se efectúe su publicación, conforme a lo dispuesto por el art. 54 bis de la ley 24.240 (TO Ley 26.993), de conformidad a los parámetros establecidos en la Ley 26.856.- MI VOTO.- A la misma cuestión los señores Jueces doctores Marcelo A. Gutiérrez y Alejandro Cabral y Vedia dijeron: Compartiendo la propuesta de solución efectuada por la colega preopinante, adherimos a ella. Por ello, LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERÍA RESUELVE: Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la parte actora, y en consecuencia incrementar la condena impuesta en el rubro daño punitivo o multa civil, el que se fija en la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$250.000) a la fecha de la presente; debiendo abonarse en el término de diez (10) días de adquirir firmeza este pronunciamiento; ello sin perjuicio de los intereses ulteriores que pudieran corresponder en el supuesto de incumplimiento, en cuyo caso se aplicarán las tasas establecidas en la doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia provincial.- Segundo: Rechazar integralmente el recurso de apelación de la parte demandada.- Tercero: Imponer las costas de Segunda Instancia a la demandada perdidosa (art.68 CPCyC).- Cuarto: Regular los honorarios profesionales de los letrados interviniéntes en la Alzada de la siguiente forma: al Dr. Sebastián Arregui en el ...% y a los Dres. Analía Lorena Lucarini, Jorge Luis Fagalde Ulloa y José María Iturburu, en

conjunto en el ...%, todos a calcular sobre las regulaciones que les correspondan por sus actuaciones en primera instancia (art. 15 L.A.);.- Quinto: Adecuar las regulaciones de honorarios de Primera Instancia al resultado de la presente (art.279CPCy C), regulando al efecto al Dr. Sebastián Arregui la suma de pesos veinticinco mil cuatrocientos noventa (\$ 25.490), ( 10%, MB \$254.900 arts. 8\* 3\* párr., 6 y 7 Ley 2212); y a los Dres. Analía Lorena Lucarini y Jorge Luis Fagalde Ulloa la suma de pesos cinco mil noventa y seis (\$5096) a cada uno en carácter de patrocinantes ( 1/3 del 6%, M.B. \$254.900 ) y al Dr. José María Iturburu, la suma de pesos cinco mil noventa y seis (\$5096) en su carácter de patrocinante con más la suma de pesos seis mil ciento diecisiete (\$6.117) por apoderado (M.B. 40% del 6%, M.B. \$254.900), arts. 8, 3\* párr, 6 , 7 y 10 LA.- Sexto: Disponer, una vez firme la presente, se efectúe su publicación, conforme a lo dispuesto por el art. 54 bis de la ley 24.240 (TO Ley 26.993), de conformidad a los parámetros establecidos en la Ley 26.856.- Séptimo: Regístrese, notifíquese y vuelvan. Dr. Alejandro Cabral y Vedia Juez de Cámara Dra. Elda Emilce Alvarez Juez de Cámara Dr. Marcelo A. Gutierrez Juez de Cámara ANTE MI: Dra. María Adela Fernández Secretaria de Cámara 036249E