

SENTENCIA NÚMERO:24

En la Ciudad de Córdoba, a las horas del día 26 del mes de marzo de dos mil quince, se reunieron en Audiencia Pública los Sres. Vocales de esta Excma. Cámara Sexta de Apelaciones en lo Civil y Comercial, en estos autos caratulados: **“RASPANTI, SEBASTIAN C/ AMX ARGENTINA S.A. – ORDINARIOS – OTROS – RECURSO DE APELACION – EXPTE. N° 1751961/36”**, venidos a los fines de resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte actora y demandada en contra de la Sentencia Número Doscientos Noventa y Siete, dictada con fecha veintiuno de agosto de dos mil trece, por la Sra. Juez de Primera Instancia y Trigésimo Octava Nominación Civil y Comercial, Dra. María del Pilar Elbersci Broggi, quien resolvió: **“...1) Hacer lugar parcialmente a la demanda deducida por el Dr. Sebastián Raspanti en contra de AMX Argentina S.A., y en consecuencia, condenar a esta última, a abonar al actor la suma de pesos quinientos siete con veintitrés centavos (\$507,23) en concepto de reintegro de las sumas cobradas en concepto de llamadas a números gratuitos, reintegro de los montos de las tarjetas telefónicas adquiridas por el actor, y en parte a Lucro Cesante con más los intereses calculados conforme el Considerando VII) in fine. 2) Imponer las costas por el orden causado. 3) Regular los honorarios**

del Dr. Sebastián Raspanti en la suma de pesos tres mil novecientos veinte con sesenta centavos (\$ 3.920,60). 4) Regular los honorarios del Dr. Gustavo Ascensio Viramonte Otero, el monto de pesos nueve mil ciento once con cuarenta y tres centavos (\$9.111,43) más la suma de pesos un mil novecientos trece con cuarenta centavos (\$1.913,40) en concepto de I.V.A., y los emolumentos del Dr. Sebastián José Cancio en la suma de pesos trece mil seiscientos sesenta y siete con catorce centavos (\$13.667,14). 5) Regular los honorarios de la Perito Oficial interviniente, Contadora María Alejandra Giacaglia, en el monto de pesos tres mil novecientos veinte con sesenta centavos (\$23.920,60). 6) Regular los estipendios de perito de control por la parte actora, contador Horacio Salaris, en la suma de pesos un mil novecientos sesenta con treinta centavos (\$1.960,30), los que estarán a cargo de su comitente. 7) Tener presente la reserva del Caso Federal efectuada por ambas partes, el actor a fs. 295 y la demandada AMX Argentina S.A. a fs. 79. Prot...”-----

EL TRIBUNAL: se planteó las siguientes cuestiones a resolver: 1) ¿Es ajustada a derecho la sentencia dictada?, 2) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?-----

Previo sorteo de ley, los Sres. Vocales votaron de la siguiente manera:-----

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR ALBERTO F. ZARZA A LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO:-----

I- Llegan las actuaciones a este Tribunal de Alzada en virtud de los recursos de apelación que interponen ambas partes en contra de la sentencia cuya parte resolutive se encuentra arriba transcripta.-----

II- A fs. 361/370 corre adjunto el escrito de expresión de agravios presentado por el apoderado de la actora.-----

Cuestiona en primer lugar el rechazo del rubro titulado “cargo de gestión de cobranza”. Sostiene que la A-quo arriba a dicho resultado a partir de considerar que su parte estaba informada de que se cobraría dicho cargo, del consecuente silencio, por la situación de mora y por el carácter de cláusula penal que se le atribuye al rubro.-----

Con relación al supuesto conocimiento de la cláusula, considera una falacia que a partir de ello se infiera la legalidad del cargo, pues es como pensar que si se avisa que se va a cometer una ilegalidad, la misma deja de ser tal. -----

Que tampoco puede entenderse que su silencio frente a esa información por varios meses le prive de legitimidad, pues ha efectuado reclamos directos ante la empresa, en la Dirección de Defensa al Consumidor y finalmente en sede judicial. Hace presente que el cargo en cuestión es un monto de siete pesos que para cualquiera pasa desapercibido en una factura, y que se dio cuenta del mismo cuando, ante el cúmulo de incumplimientos de la empresa, efectuó un análisis minucioso de las facturas.-----

Critica que se considere que su pertinencia se asiente en la situación de mora, ya que eso sería interés moratorio, que tampoco se trata de una cláusula penal como la demandada lo afirma en su alegato. Afirma que ello surge de una deducción forzada extra petita del A-quo que vulnera el principio de congruencia.-----

Por otro lado expresa, que la automaticidad de la aplicación tampoco dice nada sobre su legitimidad, sólo sobre su inminencia temporal, ya que lo que se discute en este caso es si la actividad que la demandada dice hacer y por la cual justifica el cobro, es la que realmente hace. Afirma que se ha efectuado una valoración parcial y defectuosa de la pericia contable y no se han valorado las testimoniales.

Agrega que su parte pagaba la factura para que no le corten el servicio, lo cual no implica consentir el cargo. Insiste en que el razonamiento del fallo es falaz y efectua una detallada valoración de la prueba rendida en relación a este punto.----

Mediante la segunda queja cuestiona el rechazo al daño punitivo reclamado. Sostiene que se ha incurrido en un error de interpretación de la demanda cuando se afirma que el presente rubro se asienta exclusivamente en el cobro por gestión de mora, ya que no es lo único sopesado a la hora de solicitar esta sanción. -----

Hace presente que en la pericia contable surge que los reclamos explícitos se dejan registrados en la cuenta del cliente y que no se inicia ningún circuito interno para brindar respuesta a los mismos ya que son a los fines estadísticos, lo que justifica por sí sólo la sanción del daño punitivo por constituir una falta de ética y trato digno al consumidor.-----

Manifiesta que su parte produjo prueba suficiente, en particular respecto al cobro por gestión de cobranza no realizada, al cual la A-Quo denomina erróneamente “cobro por gestión de mora”. Sostiene que la demandada ha sido renuente en colaborar con elementos probatorios.-----

El tercer agravio se dirige a cuestionar la imposición de costas por el orden causado, considera que se ha vulnerado el principio de no contradicción y razón suficiente, por lo que solicita se impongan a la demandada.-----

Mediante la última queja critica la regulación de honorarios, pues entiende que se ha contravenido lo dispuesto por el art. 29 de la ley 9459 al considerar solamente la cuantía del asunto, lo que determina para sí una regulación seis veces menor que la de los letrados de la contraria y una violación a lo dispuesto en los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional.-----

Con relación a la regulación de honorarios de los letrados de la contraria solicita se considere lo prescripto en el art. 47 de la ley 9459 y el art. 21 de la ley 5805.---

Ofrece prueba documental e insiste en que se acoja el recurso interpuesto.-----

Corrido traslado a la contraria, es evacuado a fs. 372/378 escrito al cual me remito en honor a la brevedad.-----

III- A fs. 379/380 expresa agravios el apoderado de la parte demandada, quien ciñe su crítica a la imposición de costas por el orden causado. En concreto se agravia de que habiendo obtenido su parte el rechazo del 99,8% de la demanda no

sea considerada objetivamente como triunfadora en el proceso. Solicita que las costas le sean impuestas a la actora.-----

Corrido traslado del art. 372 del C.P.C. es evacuado a fs.383/384, haciendo lo propio el Sr. Fiscal de Cámaras Civiles y Comerciales a fs. 390/425.-----

IV- Cuestiones no controvertidas: Atento los términos en los cuales quedó trabada la litis conforme el tenor de los agravios vertidos por los apelantes, cabe precisar en primer lugar que no existe controversia respecto a la existencia de una relación de consumo entre las partes, la cual surge de una contratación inicial por telefonía móvil desde el día 16/11/2000, correspondiente a la línea telefónica número 3515129378, que el día 23/06/2009 se contrató el plan GMC 13 que permitía acceder al cliente a la promoción denominada “friends and family”, y que el día 29/07/2009 el actor adquirió un nuevo equipo, hechos que han sido objeto de reconocimiento expreso por la accionada en su escrito de contestación de la demanda (fs. 70/79), y no han sido impugnados en la Alzada. Tampoco se encuentra controvertida la condena a abonar al actor la suma de pesos quinientos siete con veintitrés centavos en concepto de reintegro de las sumas cobradas en concepto de llamadas a números gratuitos; reintegro de los montos de las tarjetas telefónicas adquiridas por el actor, y en parte a lucro cesante con más los intereses calculados.-----

V- El thema decidendum se circunscribe entonces al análisis de procedencia de los rubros: 1) “cargo de gestión de cobranza”, 2) daño punitivo, 3) imposición de

costas (cuestión que también ha sido cuestionada por la demandada en su recurso) y 4) regulación de honorarios de los letrados.-----

VI- Análisis del agravio referido al rechazo del rubro “cargo de gestión de cobranza”.-----

La parte actora en la demanda reclama a la empresa demandada el reintegro del cobro realizado en concepto de “cargo de gestión por cobranza” en las facturas correspondientes a los meses 07/08, 08/08, 10/08, 04/09, 05/09, 06/09, 07/09 y 08/09 por la suma de (\$ 58,08) y que se abstenga en el futuro de cobrar dicho cargo. -----

La A-quo determina que el litigio encuadra en una típica relación de consumo quedando por ende emplazada la responsabilidad de la demandada en el ámbito específico de los principios y normas de defensa al consumidor, lo cual no fue objeto de crítica en esta alzada. -----

En tal caso, deben conjugarse y aplicarse las directrices y principios que se infieren de las normas consumeriles.-----

La actividad probatoria debe acondicionarse al modelo donde se aplica, debiendo recordarse que en estos procesos donde se busca proteger las relaciones de consumo, hay una presunción irrefrenable que considerando la debilidad del consumidor o usuario, admite que en casos de duda se aplique la interpretación más favorable para el afectado (arts. 1, 3, 37 y 65 de la ley de Defensa al

Consumidor) y, la aplicación de la teoría de la carga dinámica de las pruebas. Esta moderna concepción flexibiliza los postulados clásicos y en virtud de la mejor posición con la que cuenta una de las partes a los fines de probar un determinado hecho, es que le traslada la carga procesal de producirla y las consecuencias disvaliosas que trae aparejada la falta de diligenciamiento. -----

Luego la Sentenciante, analiza de manera pormenorizada las pruebas rendidas y hace presente el comportamiento elusivo en cabeza de la demandada, proveedora del servicio en cuestión, que omite aportar documentación contractual y/u operativa referidas precisamente a las condiciones originarias de su contratación, como lo atinente a los ulteriores cambios que se fueron sucediendo lo que constituye también un incumplimiento del deber de información (fs. 318). Sin embargo al analizar este rubro en particular, lo rechaza por entender que el débito en análisis fue anunciado al usuario mediante expresas atestaciones que surgen de las facturas acompañadas por el actor que rezan: “..le informamos que a partir del 26.08.07, el cargo por gestión de cobranza se aplicará en forma automática a partir del séptimo día de mora en el pago de su factura..”, situación que surge de las facturas acompañadas por el actor a fs. 32/41 y de la pericia contable. Argumenta también que el silencio del demandado por varios meses sin impugnación expresa le privan de legitimidad para su reclamo por vía judicial, cuanto más dada su profesión de abogado. Agrega que la pertinencia se asienta en la situación de mora y opera en forma automática, entiende que su aplicación

no se concatena con una gestión que requiera cumplimiento efectivo, que ello enanca en una sanción de origen contractual, que es una cláusula penal.-----

Los apelantes insisten en que no se trata de una cláusula penal, que no puede entenderse consentida por el silencio ya que se trata de un importe imperceptible.

Ello se debe a la ausencia total de documentación aportada por la demandada. –

Al analizar la cuestión, se observa que en la contestación de demanda (fs. 71 punto x y pág. 73) la prestataria del servicio afirma que el cargo está expresamente previsto en la solicitud que suscribió y aceptó expresamente en la cláusula séptima, sin embargo no se acompaña dicha documentación en el expediente, tal como lo precisa la A quo en su resolución. Es la demandada quien se encontraba en mejores condiciones de aportar la prueba pertinente, en virtud de la mejor posición con la que cuenta en la relación contractual. -----

Al no haberse, acompañado la documentación referente a la contratación original, y no encontrarse en consecuencia probada dicha circunstancia, el análisis en la Alzada ha de circunscribirse a evaluar si se ha cumplido con el deber de información de la demandada al incluir el rubro cargo de gestión de cobranza en las facturas, y si ello importa una modificación del contrato original, a la luz de las directrices y deberes que impone la ley de defensa al consumidor frente a este tipo de contrataciones.-----

La solución obedece a un análisis integral del conflicto y en ese camino, no debe

obviarse que a partir de la sanción de la ley N° 24.240 y su reforma N° 26.361 la normativa general prevista en el Código Civil y de Comercio sufre excepciones importantes cuando el contrato tiene por objeto una relación de consumo.-----

Esta ley conduce a una nueva concepción del contrato y se evidencia como una norma complementaria e integradora.-----

En este orden, la ley de defensa al consumidor posibilita la declaración de inoponibilidad de una cláusula voluntariamente pactada en el marco de una relación de consumo cuando se constata que el oferente de bienes y servicios inobservó determinadas reglas tendientes a resguardar el derecho del consumidor.

Existe un mandato constitucional al respecto pues el art. 42 de la C.N establece: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...”-----

Si bien el contrato no pierde su carácter fundamentalmente personalista, fruto del libre acuerdo de voluntades y como tal, ley para las partes, no es menos cierto que frente a conflictos como el aquí planteado el nuevo ordenamiento legal faculta al juzgador a revisar sus cláusulas.-----

Resulta así que ante disposiciones legales o contractuales que afecten a los consumidores, habrán de ser interpretadas en la forma que más favorezca a éstos.-----

En el caso, y teniendo en cuenta que los clientes no participan en la celebración del acto sino que simplemente se adhieren al mismo, sin duda que se debió cumplimentar el deber de información impuesto por la ley de defensa del consumidor.-----

Analizadas las constancias de autos se observa que no se ha acompañado el contrato original, como tampoco comunicación alguna al consumidor, ni la consecuente aceptación expresa de la inclusión del rubro. En las facturas acompañadas por el actor (fs. 32/41), se incluyó en letra pequeña dentro del ítem mensajes importantes la siguiente leyenda: *“Sr. Cliente: Le recordamos que pagando su factura a tiempo se evitan cargos por mora. Asimismo le informamos que a partir del 26.08.7, el cargo por gestión de cobranza se aplicará en forma automática el séptimo día de mora en el pago de su factura”* (fs. 41). Las facturas donde se reclama el cobro de este ítem son la de los períodos 07/08,08/08,10/08, 04/09, 05/09, 06/09,07/09 y 08/09. -----

Los reclamos ante la empresa quedaron asentados a partir del día 04/08/09 (fs. 124 y 125 informe pericial contable), y los días 07/09/09 y 22/09/09 se efectuaron las audiencias ante la Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial (fs. 42/43), donde la empresa por intermedio de su apoderada luego de hacer una propuesta de arreglo, manifiesta: *“...respecto de los cargos por gestión de cobranzas se informa que son cargos especificados en cada factura los cuales se*

seguirán facturando siempre y cuando se pague la facturación fuera de término, \$ 7,00 más impuestos hasta siete días después del vencimiento... ”.-----

La inclusión de cargos en la factura y su consecuente cobro no resulta información adecuada en los términos de la L.D.C. , por el contrario implica una transgresión al deber de información y una práctica que no se encuentra reñida con la buena fe que debe primar en los contratos (art.1198 C.C.). En este sentido ha sostenido la doctrina: *“Este deber resulta exigible incluso en el caso que la inobservancia de brindar información no haya causado perjuicio o no hubiera sido incluso percibida por un consumidor determinado...”*(CARRANZA TORRES, L – ROSSI J., “Derecho del Consumidor ...” Ed. Alveroni, 2009, p. 125). Debe comunicarse fehacientemente al cliente toda cláusula que implique una modificación de la contratación original, y debe constar la aceptación expresa por parte del usuario. Por lo expuesto, no resulta ajustado a derecho ampararse en la falta de control de las facturas por parte del demandado ni en el pago de la mismas para rechazar el reclamo, pues no se condice con los principios ni la finalidad del derecho consumeril.-----

En este sentido hacemos propias las aseveraciones brindadas por el Sr. Fiscal de Cámaras Civiles, al evacuar el traslado corrido (fs. 390/425), en cuanto sostiene que: *“...consignar la leyenda referenciada, junto a una oración lacónica...dentro de las facturas glosadas en autos (fs. 32/41), carece de entidad suficiente para cumplir con el deber constitucional (art. 42 C.N.) y legal (art. 4 de la Ley de*

Defensa del Consumidor), de suministrar información “adecuada “veraz” “cierta” “clara” y “detallada” al consumidor, máxime atento tratarse de una modificación unilateral de la demandada...”.-----

Frente a lo expuesto, los argumentos en los que se ha amparado la Juzgadora para rechazar el rubro, se desvanecen, pues no se ha demostrado que se trate de una cláusula penal que opere automáticamente ante el incumplimiento, no se ha acompañado el contrato original, y frente a la sola mención en la factura del cobro, se descarta la falta de legitimación fundada en que el consumidor se encuentra informado y que ha consentido el cobro. Esta circunstancia nos exime de ingresar al análisis de la supuesta actividad concreta de la demandada por la gestión de cobranza, es que se trata de una modificación unilateral de la demandada no oponible al actor. -----

Por lo expuesto corresponde acoger el agravio en este sentido y en consecuencia condenar a la accionada a abonar a la actora el importe reclamado de cincuenta y ocho pesos con ochenta centavos (\$ 58,80). El monto ha sido determinado por la A-quo en la resolución recurrida (considerando V) y no ha sido objeto de impugnación por las partes. A lo que corresponde adicionar los intereses determinados en la Sentencia en la Tasa Pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A., con más un interés del dos por ciento nominal mensual, los que

comenzarán a correr desde la fecha de pago de cada una de las facturas referidas en el juicio, donde se ha percibido el rubro, hasta su efectivo pago. -----

VII- Análisis del agravio referido al rechazo del rubro “daño punitivo”.-----

La parte actora cuestiona el rechazo del daño punitivo por la A-quo.-----

VII-1) Precisiones conceptuales:-----

La cuestión no debe analizarse aisladamente, sino de manera integral y tomando especialmente en cuenta la actitud asumida por la empresa demandada, tanto de manera extrajudicial como en el proceso, bajo las directrices y principios sentados por la ley de defensa al consumidor aplicable al caso referidos supra.----

Los daños punitivos han sido definido como "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, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro" (Pizarro, Ramón Daniel, Daño Moral, p. 453, Hammurabi, Bs.As., 1996).-----

Ante determinadas situaciones lesivas, la mera reparación del perjuicio puede resultar insuficiente para dismantelar los efectos nocivos del ilícito, en particular, cuando quien daña a otro lo hace deliberadamente con el propósito de obtener un rédito o beneficio, tal sería el caso de los daños causados por productos elaborados, en los que al proveedor, fabricante o distribuidor le resulte más

barato pagar las indemnizaciones a los consumidores que afrontar controles de calidad y/o cumplir acabadamente con una adecuada prestación del servicio.-----

Frente a esto, la Ley de Defensa al Consumidor 24.240 (texto agregado por la ley 26.361) introdujo un sistema de multas.-----

El art. 52 de la mencionada ley establece: “ *Daño Punitivo. 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.*”.-----

Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares.-----

Se ha sostenido en doctrina que dichas indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad o en casos excepcionales (Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D., en Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor, publicado en L.L. 2009 – B – 949), como así también que su reclamo requiere:

“... a) La existencia de una víctima del daño; b) la finalidad de sancionar graves
inconductas; y c) la prevención de hechos similares para el futuro (cfr.: Cornet,
Manuel - Rubio, Gabriel Alejandro, "Daños Punitivos", en Anuario de Derecho
Civil, T. III, p.32, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba,
Ediciones Alveroni, Córdoba, 1997).-----

Dicho instituto de carácter excepcional, debe ser empleado con prudencia frente a
una plataforma fáctica que evidencie claramente, no sólo una prestación
defectuosa del servicio, sino también una intencionalidad de obtener provecho
económico del accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones.----

Resulta necesario que alguien haya experimentado un daño injusto y que exista
una grave conducta, o que se haya causado un daño obrando con malicia, mala
fe, grosera negligencia.-----

Su procedencia requiere un elemento subjetivo que se identifica con una
negligencia grosera, temeraria, con una conducta cercana a la malicia.-----

En esta línea, nuestro Alto Cuerpo en autos "TEIJEIRO (O) TEIGEIRO LUIS
MARIANO C/ CERVECERÍA Y MALTERÍA QUILMES S.A.I.C.A. Y G –
ABREVIADO – OTROS – RECURSO DE CASACIÓN (EXPTE. 1639507/36 -
T 14/12)" (Sentencia N° 63 del 15/04/12), resolvió confirmar la sentencia de
Cámara haciéndose eco de la doctrina mayoritaria, que ha propugnado una
interpretación sistemática de la norma contenida en el art. 52 bis, LDC,
requiriendo en su mérito un plus para la procedencia de la multa civil, cual es una

conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo. Esta postura cuenta con el aval de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, que critica la redacción del art. 52 bis, LDC, y postula recurrir a la prudencia de nuestros magistrados para suplir y corregir las serias omisiones y defectos que el artículo en cuestión presenta. Esta doctrina sostiene que no basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor, sino que hace falta algo más: **el elemento subjetivo** que consistiría en un menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa grave (LORENZETTI, Ricardo A., “Consumidores”, edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 563 y ss; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 2011, pág. 376 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Desafortunadas innovaciones en punto a responsabilidad por daños en le ley 26.361”, LL 26/11/2009, 1; COSSARI, Maximiliano N. G., “Problemas a raíz de la incorporación de los daños punitivos al ordenamiento jurídico argentino”, LL 2010-F, 1111; MOISÁ, Benjamín, “Los llamados daños punitivos en la reforma a la ley 24.240”, en R. C. y S., 2008, p. 271; NAVAS, Sebastián, “¿Cuándo la aplicación de los daños punitivos resulta razonable?”, LL 2012-F, 80; SÁNCHEZ COSTA, Pablo F., “Los daños punitivos y su inclusión en la ley de defensa del consumidor”, LL 2009-D, 1113.-----

VII-2) Subsunción al caso: -----

VII-2) a) El abogado Raspanti demanda a AMX ARGENTINA S.A. a fin de que le reintegre las sumas de dinero por supuesto cobro indebido realizado en concepto de “cargo de gestión de cobranza” y solicita se abstenga de seguir efectuando su cobro; el reintegro de las sumas cobradas a números que eran gratuitos, las tarjetas cargadas en el período de suspensión de números gratuitos, lucro cesante y daño punitivo. Con relación al daño punitivo en particular, sostiene “que entre los rubros que se reclaman en esta demanda el de mayor importancia a los fines de fundar el daño punitivo reclamado es el correspondiente al ilícito que significa el cobro en concepto de gestión de cobro no realizada...” (fs. 05). Manifestó que previó a iniciar la acción realizó tres reclamos ante la empresa y dos audiencias en la Dirección de Defensa al Consumidor. Entiende que se ha configurado el dolo porque pese a los reclamos se continuó con la conducta ilegal de cobro indebido, y que incluso en la Audiencia ante Defensa del Consumidor la apoderada de la demandada manifestó “que seguirá siendo cobrada la gestión de cobranzas cada vez que se pague fuera de término”, sin justificar legalmente la actitud. Si bien en la demanda cuantificó el monto en la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), al alegar cuantifica el reclamo por daño punitivo en la suma de doscientos ochenta mil pesos (\$ 280.000, fs. 287).-----

Corrido traslado de la demanda, AMX afirma que el “cargo por gestión de cobranza” está previsto en la solicitud de servicio que el actor suscribió y aceptó expresamente, sin embargo como ha sido valorado en el punto precedente no acompañó dicha documental, ni acreditó la legalidad de su cobro.-----

La A-quo, pese a considerar que la demandada ha incurrido en incumplimientos intolerables para el derecho consumeril, rechaza la procedencia del reclamo por cuanto entiende que el rubro se asienta exclusivamente en el “cobro por gestión de mora” que la proveedora demandada incorpora a las facturaciones de los usuarios cuando incurren en mora, y como ha sido desestimando su reclamo, no es susceptible de prosperar, pues implicaría una violación al principio de congruencia resolver en otro sentido.-----

VII-2) b) Cabe efectuar las presentes consideraciones, en primer lugar sobre lo que recae en parte el reclamo se denomina “cargo por gestión de cobranza”, no “cobro por Gestión de Mora” (ver fs. 32/41); en segundo lugar, el reclamo del daño punitivo no se asienta “exclusivamente” en dicho rubro, sino que se lo ha determinado como “el de mayor importancia”. Ello surge del tenor literal de la demanda a fs. 05 donde se manifiesta: “...*que entre los rubros que se reclaman en esta demanda el de mayor importancia a los fines de fundar el daño punitivo reclamado es el correspondiente al ilícito que significa el cobro en concepto de gestión de cobro no realizada...*”. (el subrayado me pertenece). Por último, al

haberse dejado sin efecto la resolución en ese punto, pues en esta instancia se declara la procedencia del mismo, los argumentos de la A-quo devienen inaplicables. Resulta así improcedente la alegada violación al principio de congruencia esgrimida por la A-quo para no ingresar al tratamiento del daño punitivo. Sólo subsistiría en su caso la valoración efectuada respecto a los incumplimientos por parte de la demandada intolerables para el derecho consumeril. -----

VII-2)c) Efectuada esta disquisición, a fin de analizar la conducta de la demandada, hemos de comenzar por el cobro en concepto de gestión de cobranza no realizada. En el punto anterior a partir de las valoraciones efectuadas de la prueba rendida se ha determinado su improcedencia por trata de una modificación unilateral de la demandada no oponible al actor, y por resultar dicha conducta violatoria del deber de información previsto en la L.D.C.. Frente a ello tenemos la existencia de una víctima y de un hecho concreto y *a un proveedor que no cumple sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor (art. 52 L.D.C)*. Se encuentra configurado así el **requisito de procedencia objetivo** establecido en la norma referida. -----

A los fines de determinar la existencia del **elemento subjetivo** establecido por la doctrina mayoritaria receptada por la jurisprudencia local como se ha señalado ut-supra, corresponde tener presente que conforme surge de la prueba incorporada en autos, la demandada en ningún momento, reconoció la ilegalidad de su

proceder, lo que motivó los reclamos ante la empresa (fs. 124, 04/08/2009), ante la Dirección de Defensa al Consumidor y en sede judicial.-----

Resulta relevante la conducta de la demandada frente a dichos reclamos. Con respecto a los realizados en la empresa, llama la atención la leyenda consignada en las impresiones de pantalla del sistema informático de los reclamos realizados por el actor, que fueron proporcionados para efectuar la pericia contable a fs. 126 donde se consigna: “...*estos reclamos explícitos se dejan registrado en la cuenta del cliente no iniciando ningún circuito interno para brindar respuesta a los mismos, ya que son a los fines estadísticos.*”. Lo que pone de relieve un total desinterés de la empresa frente a los reclamos de los clientes, y la falta de intención de solucionarlos. Por otro lado, en la audiencia realizada en la Dirección de Defensa al Consumidor con fecha 22/09/09 (fs. 42), la representante de la demandada, Sra. Chaves Noelia, manifiesta que “...*seguirá siendo cobrada la gestión de cobranza cada vez que se pague fuera de término sin justificar legalmente tal actitud*”. En sede judicial al contestar la demanda (fs. 70/79), alegar (fs. 298/302) e incluso en la alzada (fs. 372/378), no revierten su conducta por el contrario, siguen insistiendo en la legalidad del rubro. Todo esto evidencia el desinterés por el derecho que le asiste al consumidor que no se condice con el trato digno previsto en el art. 8° de la L.D.C.-----

Lo expuesto evidencia un accionar reprochable por parte de la demandada, pues denota la falta de colaboración a los fines de procurar la rápida solución del conflicto sumado a la ausencia de información que la demandada debió brindar a la actora, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 4 y 25 LDC.-----

Así se advierte una notoria desatención a los reclamos y gestiones realizadas por la actora lo cual configura un incumplimiento contractual que debe ser sancionado a los fines de evitar este tipo de conductas desaprensivas e indiferentes frente a los derechos de los consumidores.-----

De acuerdo con la jurisprudencia precursora en la materia, constituye un hecho grave susceptible de multa civil por trasgresión del art. 8 bis, LDEC, que exige un trato digno al consumidor, colocarlo en un derrotero de reclamos en el que se haga caso omiso a la petición.-----

En el sub iudice, la conducta de la demandada justifica sobradamente la imposición de la aludida sanción ejemplificadora, ante la gravedad de la falta.-----

El Sr. Fiscal de Cámaras al emitir su dictamen sostiene: “...*Se advierte un “flagrante” y “ostensible” incumplimiento al deber de información y de trato digno al consumidor, así también como una conducta “reprochable” y “deliberada” de la demandada, todo lo cual permite la configuración del factor subjetivo de atribución de responsabilidad, conforme la doctrina judicial sentada por el Alto Cuerpo Provincial (punto VI.3 del presente dictamen), y en*

consecuentemente concluir, sin lugar a dudas, por la procedencia del rubro por daño punitivo reclamado.”-----

Por otro lado cabe resaltar que, tampoco se condice con el trato equitativo que deben recibir los consumidores de conformidad a la norma contenida en el art. 8 bis de la L.D.C., y muestra la desidia de la demandada en desistir de su conducta, la circunstancia de que el cargo gestión de cobranza sea cobrada a todos los usuarios, salvo a todos aquellos clientes con dirección a facturar en Capital Federal con código postal menor a 1500 por una definición del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, como da cuenta la pericia contable oficial a fs. 136 a partir del 08/02/05. -----

En virtud de todo lo expuesto, se considera que procede el rubro daño punitivo reclamado.-----

Cabe señalar que en el presente caso, se aplican las normas legales vigentes que regulan y tienden a proteger los derechos del consumidor, pero teniendo especialmente en cuenta el fin disuasorio que representa la pena frente a la inconducta del proveedor, tal como se analizará a continuación.-----

En atención a las particulares circunstancias que reviste el presente caso, tal como se detalla a lo largo de la resolución, no pueden obviarse las nuevas tendencias imperantes en el ordenamiento legal próximo a entrar en vigencia, en las que se propugna un mayor activismo judicial y se regula la función preventiva del daño.-

En función de ello, y teniendo presente lo dispuesto en el art. 1713 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma que próximamente entrará en vigor (agosto/15), entendemos que, amén de la sanción pecuniaria impuesta, corresponde hacer saber a la demandada que deberá cesar en el futuro de persistir en la conducta cuestionada -“Cargos por gestión de cobro”-.....

VII-2) d) Cuantificación del Daño Punitivo.....

La sanción debe cuantificarse teniendo en cuenta “la gravedad del hecho” y “las circunstancias del caso” (art. 52 L.D.C.), lo que podría complementarse a partir de una interpretación armónica de la ley con las pautas contenidas en el art. 49 L.D.C. (cfr. CHAMATROPULOS D., “ Los Daños Punitivos en la Argentina...”, Ed. Errepar, Bs. As. 2009, p. 203), a saber: “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.”.....

También hemos de tener presente que la sanción civil impetrada tiende a prevenir, por parte de dicha empresa, hechos similares para el futuro. Vale destacar que el instituto bajo examen –daño punitivo- no sólo cumple una función sancionatoria y reparadora, sino también “preventiva”. La finalidad que persigue no es sólo castigar aquel grave proceder, sino también prevenir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro. Contribuye al

desmantelamiento de los efectos de ciertos ilícitos, pero sin acudir a principios o normativas del derecho penal. La idea es, básicamente, que frente al riesgo de sufrir la sanción, deje de ser económicamente atractivo enriquecerse a costa de vulnerar derechos ajenos.-----

Se busca que las empresas no calculen sus beneficios económicos con incumplimientos contractuales, sino que respeten los derechos del consumidor y usuario, y cumplan sus obligaciones contractuales y legales.-----

También hemos de tener presente a estos efectos el principio de congruencia y el principio de defensa en juicio de la contraria.-----

La accionante al alegar, peticiona la suma de pesos doscientos ochenta mil por este concepto.-----

Cabe agregar a las consideraciones precedentes que resulta claro que la accionada obtuvo beneficios con el cobro injustificado de este ítem, sin acreditar razón justificada alguna, en detrimento del propio accionante, perjuicio que se extendió al resto de los usuarios que se encontraban en la misma situación. De la ampliación de la pericia contable oficial (215/221) sobre el punto 1) del cuestionario propuesto por la actora sobre el importe de la recaudación total desde el mes de julio de 2008 a la fecha de la pericia (28/10/11) en concepto de cargo de gestión de cobranza”, la perito contesta que totaliza la suma de pesos doscientos setenta y nueve millones setecientos noventa y nueve mil trescientos

sesenta y ocho, con veintiún centavos (\$ 279.799.368,21), y agrega que dicha información ha sido proporcionada por la demandada a través de manifestaciones verbales y escritas a la vez que también se aportaron “print” de pantalla de las tablas de información del sistema, que después, por interfase se vuelcan en asientos globales y de gran cantidad de partidas en sistema contable. El informe disidente del perito de control de la demandada (fs. 232/232 vta.), no se pronuncia al respecto, y la demandada a fs. 227 vta./228 y 300 vta- /302 vta. no acredita circunstancias relevantes que permitan apartarse de lo expuesto.-----

En función del elevado monto informado por el perito y de las ganancias que ello insumió a la demandada por el cargo de gestión de cobranza que no había sido concertado entre las partes ni denunciado al usuario en forma documentada y teniendo en cuenta la conducta renuente de la empresa AMX- CLARO evidenciada en la sede de Defensa al Consumidor y luego en esta causa judicial, se considera justo ordenar estimar el monto del daño punitivo en la suma peticionada por el actor de doscientos ochenta mil pesos (\$ 280.000).-----

A esta elevada suma se llega por haber tenido en cuenta este Tribunal las circunstancias apuntadas que lesionan los derechos de los consumidores de la telefonía celular móvil del interior del país. -----

En virtud de ello, y en coincidencia con el Sr. Fiscal de Cámaras se cuantifica el daño punitivo en la suma de pesos doscientos ochenta mil.-----

VII-3)- En definitiva se acoge el agravio, declarando en consecuencia procedente

el reclamo por daño punitivo, el que se cuantifica en la suma de doscientos ochenta mil pesos (\$ 280.000) a favor del actor (art. 52 L.D.C.).-----

VIII- Análisis de los agravios referidos a la imposición de costas (actora y demandada) y regulación de honorarios.-----

La suerte corrida por los recursos de apelación modifican la plataforma fáctica tenida en miras por la A-quo al tiempo de disponer su imposición.-----

Nuestro Código de Procedimientos establece en su art. 130, como principio general, el sistema automático, que funda la carga de las costas en el hecho objetivo del vencimiento, en virtud de haber prosperado la demanda, salvo respecto al lucro cesante el cual prospera por la suma de pesos trescientos setenta y dos con sesenta centavos, siendo que lo reclamado fue por \$ 1.117,80.-----

Ahora bien, teniendo en cuenta las particularidades del caso y los resultados aritméticos considero que existe mérito suficiente a los fines de no distribuir aritméticamente las costas del juicio, las que deberán ser impuestas a la demandada atento resultar vencida.-----

Ello así, las costas de primera instancia se imponen a la demandada vencida, debiéndose dejar sin efecto la regulación de honorarios de los letrados practicada en la instancia anterior y adecuarse al nuevo resultado del juicio.-----

Conforme a las razones brindadas, corresponde; 1) Acoger el recurso de apelación de la parte actora, y en consecuencia imponerlas costas a la demandada

atento haber resultado vencida (art. 130 del C.P.C.C). Estimar los honorarios de acuerdo a las leyes arancelarias vigentes (arts. 36, 39 y 40 Ley 9459). 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, con costas. Estimar los honorarios de acuerdo a las leyes arancelarias vigentes (arts. 36, 39 y 40 Ley 9459).-----

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO A

LA PRIMERA CUESTIÓN DIJO: -----

Que adhería a lo expuesto por el Sr. Vocal preopinante, y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta por compartir los fundamentos.-----

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR WALTER ADRIAN SIMES A LA

PRIMERA CUESTIÓN DIJO: -----

Que adhería a lo expuesto por el Sr. Vocal de primer voto, y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta por compartir los fundamentos.-----

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR ALBERTO F. ZARZA A LA SEGUNDA

CUESTIÓN DIJO: -----

Conforme a las razones brindadas, corresponde; 1) Acoger el recurso de apelación de la parte actora, y en consecuencia hacer lugar al reclamo por los rubros cargo por gestión de cobranza por la suma de pesos cincuenta y ocho con ocho centavos (\$ 58,08) y daño punitivo por la suma de pesos doscientos ochenta mil (\$ 280.000). Se deja sin efecto la imposición de costas de primera instancia las cuales se imponen a la demandada vencida, debiendo procederse a efectuar

una nueva regulación de honorarios de los letrados intervinientes adecuada al resultado de la presente resolución. Imponer las costas de la Alzada a la demandada atento haber resultado vencida (art. 130 del C.P.C.C). Estimar los honorarios de acuerdo a las leyes arancelarias vigentes (arts. 36, 39 y 40 Ley 9459). 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, con costas. Estimar los honorarios de acuerdo a las leyes arancelarias vigentes (arts. 36, 39 y 40 Ley 9459). 3) Hacer saber a la demandada AMX ARGENTINA S.A. que deberá cesar en la conducta cuestionada –Cargos por gestión de cobro-, conforme lo expresado en los considerandos.-----

LA SEÑORA VOCAL DOCTORA SILVIA B. PALACIO DE CAEIRO A

LA SEGUNDA CUESTIÓN DIJO: -----

Que adhería a lo expuesto por el Sr. Vocal preopinante, y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta por compartir los fundamentos.-----

EL SEÑOR VOCAL DOCTOR WALTER ADRIAN SIMES A LA

SEGUNDA CUESTIÓN DIJO: -----

Que adhería a lo expuesto por el Sr. Vocal de primer voto, y vota en igual sentido a esta cuestión propuesta por compartir los fundamentos.-----

Por lo expuesto y el resultado de la votación que antecede,-----

SE RESUELVE: 1) Acoger el recurso de apelación de la parte actora, y en consecuencia hacer lugar el reclamo por el rubro “cargo por gestión de

cobranza” por la suma de pesos cincuenta y ocho con ocho centavos (\$ 58,08) con más los intereses determinados en el considerando respectivo, y daño punitivo por la suma de pesos doscientos ochenta mil (\$ 280.000). Se deja sin efecto la imposición de costas de primera instancia, las cuales se imponen a la demandada vencida, debiendo procederse a efectuar una nueva regulación de honorarios de los letrados adecuada al resultado de la presente resolución. Imponer las costas de la Alzada a la demandada atento haber resultado vencida (art. 130 del C.P.C.C). Estimar los honorarios del Dr. Sebastián Raspanti en el 35% de lo que oportunamente se regule en Primera Instancia (arts. 36, 39 y 40 Ley 9459). 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, con costas. Estimar los honorarios del Dr. Sebastián Raspanti en el 35% del punto medio sobre lo que ha sido motivo de discusión en la Alzada. 3) Hacer saber a la demandada AMX ARGENTINA S.A. que deberá cesar en la conducta cuestionada –Cargos por gestión de cobro-, conforme lo expresado en los considerandos.-----

Protocolícese y hágase saber. Con lo que terminó el acto que firman los Señores Vocales.-