



204

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-121614-1

“Aparicio, Leandro c/
Telefónica de Argentina S.A.
s/ Daños y Perjuicios”
C. 121.614

Suprema Corte de Justicia:

I.- Llegan en vista las presentes actuaciones, en virtud de lo dispuesto por V.E. a fs. 1052, para que esta Procuración General que represento asuma la participación que le compete en el carácter de fiscal de la ley que le atribuye el artículo 52 de la ley Defensa del Consumidor, marco normativo en el que se sustentó el reclamo indemnizatorio formulado en autos.

Y advertido sobre la falta de intervención en las instancias ordinarias de quienes integran el cuerpo a mi cargo, reitero aquí el criterio expuesto en anteriores ocasiones, análogas a la presente, en las que invocando razones de economía procesal se procedió derechamente a dictaminar en los términos del art. 283 del C.P.C.C.B.A., para evitar a la parte que el Derecho tutela, mayores dilaciones e inconvenientes procesales.

Ello, sin perjuicio de poner de manifiesto que tal inobservancia por los órganos jurisdiccionales de grado debería corregirse en el futuro, para prevenir con ello eventuales nulidades y especialmente para poder cumplir con la finalidad de control y resguardo del interés público involucrado en esta materia (dictámenes P.G. emitidos en las causas C. 119.060, sent. del 21-X-2014; C. 119.253, sent. del 24-X-2014; C. 119.304, sent. del 28-X-2014; C. 120.989, sent. del 20-IV-2017; C. 121.062, sent. del 10-V-2017; C. 120.789, sent. del 10-V-2017; entre otras).

II.- En cuanto aquí resulta relevante destacar, la Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca resolvió a fs. 983/1001 -primera cuestión sometida al Acuerdo del tribunal-, confirmar la

resolución dictada a fs. 865, punto I, en cuanto tuvo por desistida a la sociedad demandada del recurso ordinario de apelación por ella deducido contra la sentencia definitiva de primera instancia que acogiera la pretensión indemnizatoria incoada en su contra, en orden a lo dispuesto por el art. 29 de la Ley 13.133, en cuanto impone el depósito de la condena dispuesta en la instancia de origen como recaudo de admisibilidad recursiva, cuya inconstitucionalidad también se encargó de desestimar por lo vacuo del planteo y la circunstancia de que la apelante, lejos de alegar imposibilidad material en tal sentido, pretendió tener por satisfecho dicho extremo formal con el embargo compulsivamente ordenado en su contra en el punto II de la resolución interlocutoria apelada (fs. 865).

Por otra parte, en ese mismo pronunciamiento (fs. 983/1001, segunda y tercera cuestión del Acuerdo), el órgano de Alzada interviniente confirmó la sentencia de primera instancia de fs. 772/783, que a su turno había hecho lugar a la pretensión incoada por Leandro Aparicio contra Telefónica de Argentina S.A., condenando a la demanda a pagar al actor la suma de \$1.200.163,68 en concepto de daño material y punitivo, con más los intereses y costas del proceso. Ello, sin perjuicio de la revocación parcial de la misma, en cuanto admitió el incremento del daño patrimonial reclamado en una suma de doscientos cinco pesos con veintitrés centavos (205.23\$).

III.- Contra dicha resolución, se alzan ambas partes en litigio e interponen sendos recursos extraordinarios. El letrado apoderado de la parte demandada lo hace a través del recurso de inaplicabilidad de ley que obra agregado a fs. 1004/1016 vta. y el representante convencional del actor, mediante los remedios de inaplicabilidad de ley de fs. 1017/1032 vta. y de nulidad de fs. 1033/1035 vta.

Por razones de orden lógico, habré de iniciar este dictamen con el análisis del remedio de inaplicabilidad de ley interpuesto por la demandada en la medida que, de su progreso pende la suerte del resto de la totalidad del decisorio impugnado. Ello así, para luego -en caso de corresponder-, expedirme con relación a las vías de nulidad y de inaplicabilidad de ley



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-121614-1

intentadas por la accionante.

IV.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la parte demandada (fs. 1004/1016 vta.).

1.- Tal como ya fuera reseñado, la sociedad demandada se agravió de la decisión de la Alzada en cuanto dispuso confirmar la deserción recursiva que fuera ordenada por el sentenciante de origen a fs. 865 punto I.

Denuncia en su impugnación la configuración del vicio de absurdo y apartamientos legales, así como notorias discordancias interpretativas en la apreciación de las constancias de la causa.

En concreto, sostiene los agravios relativos a la inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 13.133 que fuera invocado por la magistrada de primera instancia en respaldo de su decisión, alegando además que el pronunciamiento aludido resultaría lesivo de garantías convencionales. Deja planteada también la cuestión constitucional federal.

A los fines de expedirme sobre la procedencia de la queja incoada, cabe reseñar que la Alzada sostuvo en primer lugar que el depósito requerido en autos era procedente por cuanto se derivaba del efecto devolutivo del recurso de apelación oportunamente concedido, sin perjuicio de lo cual, abocada al análisis de la tacha de inconstitucionalidad, sostuvo que dicha alegación no podía ser efectuada en abstracto sino que requería la demostración de la configuración de un interés concreto, el que en el caso, se vería reflejado, por ejemplo, en el levantamiento de un obstáculo insalvable para acceder a la jurisdicción. Y sostuvo dicho criterio con respaldo en la doctrina elaborada en torno del requisito del *solve et repete* en materia tributaria, tanto por el Máximo Tribunal Nacional cuanto por V.E.

Estimó que el apelante no había demostrado la existencia de dicho valladar, circunstancia que hubiera resultado igualmente inverosímil en atención a las constancias de la causa que ilustran acerca del embargo de activos efectivizado en autos hasta cubrir el monto de lo requerido en depósito. Por el contrario -afirma-, la sociedad accionada alegó que los fondos embargados podían sustituir el depósito requerido, dando por

cumplido un acto anterior que voluntariamente declinó efectivizar. Entonces, concluyó el magistrado ponente -en parecer que concitó la adhesión de los restantes miembros del tribunal- que más allá de la constitucionalidad del artículo que sustenta la exigencia del depósito aludido, el desistimiento del recurso debía confirmarse ante la caprichosa actitud de rehusar su oportuno cumplimiento, pretendiendo luego evitar la consecuencia de su obrar con el vacuo planteo de inconstitucionalidad formulado.

2.- El intento revisor incoado contra dicho aspecto del pronunciamiento no puede prosperar.

En primer lugar, corresponde reiterar que la deserción del recurso es una consecuencia que se sigue de las normas procesales respectivas y que deviene irrevisable en esta sede extraordinaria, salvo la demostración del vicio de absurdo, circunstancia invalidante que no advierto configurada en el presente, más allá de su reiterada invocación.

En lo que atañe a la tacha de inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 13.133, cabe decir que tampoco dicho planteo merece acogida. Al respecto se ha sostenido que: *“La declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados.”*(Dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa “González Castillo, Cristian Maximiliano y ot. s/ Robo con arma de fuego-aptitud disparo no acreditada”, fecha 11-V-2017).

En tal sentido, resulta fundamental para la procedencia de semejante declaración que quien invoca la referida contrariedad entre una norma y la Constitución acredite un perjuicio concreto sufrido con la aplicación de la manda legal referida, pues de lo contrario sus agravios serían meramente conjeturales, requiriendo un pronunciamiento meramente hipotético y sin sujeción a una efectiva colisión de derechos (en este sentido, véanse los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-121614-1

precedentes de la C.S.J.N.: Fallos: 266:313; 273:63; 289:238; 316:479; 331:2799; entre otros).

En autos, el embargo y consecuente disponibilidad de los fondos, privan de actualidad al agravio relativo a la inconstitucionalidad del artículo 29 de la ley 13.133, toda vez que el mismo sólo se podría haber sustentado en la demostración de que no se disponía de dichos fondos y que condicionar la apelación a su obtención hubiera lesionado garantías constitucional y convencionalmente tuteladas, lo que como adecuadamente señala el tribunal *a quo*, no ha sucedido en la especie.

Dicha circunstancia se erige como obstáculo insalvable para la procedencia del planteo de inconstitucionalidad enarbolado, imponiéndose -tal como fuera anticipado- la desestimación del recurso de inaplicabilidad de ley incoado por la parte demandada.

V.- Recurso extraordinario de nulidad interpuesto por la parte actora (fs. 1033/1035 vta.).

1. En el marco de este remedio extraordinario, argumenta la accionante que la sentencia de Alzada aquí puesta en crisis ha incurrido en una incongruencia por omisión, toda vez que pretirió expedirse acerca de una de las cuestiones formuladas como materia de agravios por la que se denunciaba el error del pronunciamiento de origen que habría omitido aplicar al capital de condena la tasa de interés que la propia empresa demandada percibe por el pago fuera de término, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26 de la ley 24.240.

En esa inteligencia, sostiene que correspondía se aplicara a la indemnización por el daño patrimonial reconocido una tasa de interés igual a una vez y media la tasa de interés promedio mensual que percibe el Banco de la Nación Argentina para operaciones en descubierto, tópico que había integrado su reclamo originario planteado en el escrito de demanda, y cuya omisa consideración por parte de la jueza de origen, la condujo a denunciar tal déficit en su expresión de agravios. Expone que en la sentencia de la Cámara de Apelaciones, solamente el Dr. Ribichini se expidió al respecto,

guardando silencio el resto de los magistrados integrantes del Tribunal -Dres. Pilotti y Moiola- quienes nada manifestaron con relación a este agravio.

Señala que la omisión aparece confirmada a través de la lectura de la parte resolutive, toda vez que en ella nada se dice sobre el tópico. Alega que tal preterición justifica la anulación pretendida desde que la sentencia carece de la mayoría de opiniones necesaria, configurando una lesión al derecho de defensa y, en su apreciación, un supuesto de absurdo.

2.- El recurso es de recibo, con el alcance que habré de señalar.

De la lectura detenida de la sentencia impugnada surge con patencia que la misma viola el artículo 168 de la Constitución local en tanto requiere que los tribunales colegiados tomen sus decisiones por mayoría de opiniones. Y resulta evidente que en el caso, dos de los magistrados integrantes del tribunal de Alzada han omitido tratar la cuestión que el impugnante reputa omitida, relativa a la fijación de los accesorios, tal como refiere en su prédica. En efecto, el único de los magistrados que se expidió al respecto fue el Sr. Juez preopinante -Dr. Ribichini-, cuando trató la segunda cuestión propuesta en el Acuerdo, en el primer párrafo de fs. 989, mientras que el resto de los integrantes del tribunal, al tratar dicha cuestión, abordó derechamente el tópico relativo a la mensura del daño punitivo y sus métodos de cálculo, guardando absoluto silencio en torno a los intereses a aplicar sobre el daño patrimonial reconocido (v. fs. 991 vta., ptos. II y ss. y fs. 998, ptos. II y ss.).

Esta omisión resulta relevante por cuanto recae sobre una cuestión esencial y se evidencia como resultado del descuido o la inadvertencia sin que sea posible presumir su tratamiento implícito (conf. doctr. S.C.B.A., causas Rc. 119.459, sent. int. del 1-VII-2015; Rc. 120.937, sent. int. del 21-IX-2016; Rc. 120.944, sent. int. del 26-X-2016; Rc. 121.044, sent. del 14-XII-2016; Rc 121.118, sent. int. del 21-XII-2016; entre tantas otras).

Esta sola circunstancia resulta *per se* suficiente para anular el pronunciamiento impugnado, pues tal como lo ha afirmado V.E.: "*corresponde declarar la nulidad del fallo que carece de la mayoría de fundamentos exigida por el art. 156 (hoy 168) de la Constitución provincial,*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-121614-1

no quedando satisfecha dicha exigencia únicamente con la mayoría de resultado.” (conf. doct. S.C.B.A., causas Ac. 47.283, sent. del 3-XII-1991; Ac. 63.444, sent. del 10-VI-1997; C. 101.298, sent. del 9-XII-2009; C. 107.459, sent. del 4-V-2011; entre otros).

Sin perjuicio de lo dicho, en punto al alcance de la invalidez que estimo debe decretarse en el caso, atendiendo al carácter escindible de la cuestión no tratada por la mayoría necesaria, deberá disponerse una anulación parcial de dicho pronunciamiento, ordenando el reenvío de las actuaciones para que la Cámara de apelación, debidamente integrada, complemente ese aspecto del pronunciamiento originariamente omitido (en sentido concordante a lo dispuesto por V.E. en causas Ac. 38.534, sent. del 3-V-1988 y C. 118.307, sent. del 23-V-2017).

En razón de lo hasta aquí expuesto, y dado que lo antecedentemente propuesto dejaría incólume la decisión de la Alzada en las porciones no atacadas por la señalada tacha de nulidad, corresponde abocarme al tratamiento del restante recurso interpuesto.

VI.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la parte actora (fs. 1017/1032 vta.).

1. A través de este remedio extraordinario la accionante cuestiona por un lado, el rechazo del resarcimiento requerido en concepto de daño moral, al tiempo que también objeta el monto fijado en concepto de daño punitivo -que estima exiguo-, así como la determinación de los intereses y las costas del proceso. Alega la violación y aplicación errónea de la ley y doctrina legal y la configuración en la especie del vicio de absurdo en la apreciación de la prueba. Invoca la infracción a los artículos 42 de la CN, 4, 7, 8, 10bis, 37, 52 bis y 53 de la ley 24.240, 522, 931 y cctes. del Código Civil, 9 de la ley 22.802, 2 y 8 de la Resolución 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del consumidor, 68, 71 y cctes. del C.P.C.C.

En el desarrollo de su prédica reitera los argumentos vertidos en las instancias ordinarias, vinculados con los padecimientos que referencia sufridos por su mandante en relación al reclamo de autos. Y partiendo de

dicha plataforma fáctica concluye que el daño moral se encuentra justificado en el caso por vía indiciaria (art. 163 inc. 5° del C.P.C.C.). Se queja de la consideración de la condición profesional del actor como Abogado, como un estándar para la valoración de la procedencia del daño moral o su intrascendencia. También objeta la consideración de circunstancias de hecho tales como la contratación de nuevos servicios con la empresa, como elemento excluyente del daño moral, alegando que la demandada es la única prestadora de esa clase de servicios en la ciudad de Bahía Blanca.

2.- En cuanto al daño punitivo, cuestiona el rechazo del agravio que planteaba su reconsideración y elevación del monto de condena. Alega que la decisión impugnada ha incurrido en el vicio de absurdo al no haber valorado el material probatorio agregado a la causa, cuya adecuada ponderación -según arguye- habría conducido al incremento de su importe.

Expone que la decisión se ha ceñido al carácter reparador o sancionatorio del instituto del daño punitivo, dejando de lado su carácter preventivo o disuasorio. Argumenta que el *quid* de la cuantificación del daño punitivo radica en la fijación de un *quantum* en concepto de sanción con función preventiva que no sea inferior ni superior a la suma necesaria para lograr incentivos económicos suficientes en el infractor como para disuadirlo de reiterar conductas semejantes en el futuro. Anudado a ello, sostiene que las exageradas ganancias obtenidas por la demandada, muestran que el monto fijado por las instancias anteriores en concepto de daño punitivo resulta bajo y debe ser modificado.

Por último, agrega que al haberse elevado el monto del resarcimiento por daño material, debió haberse introducido dicha modificación en la fórmula aplicada por la instancia de origen para el cálculo de este otro rubro indemnizatorio, lo que habría impactado en definitiva sobre el resultado final de dicha cuantificación. Arguye que la fórmula aplicada por la instancia de origen había quedado consentida por su parte, por lo que correspondía resolver en el sentido señalado.

3.- Con relación a los intereses moratorios que debían aplicarse al



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-121614-1

capital de condena fijado en concepto de daño material, reitera los argumentos vertidos en el recurso de nulidad ya analizado, cuya procedencia parcial fuera propiciada, relevándose dicha circunstancia de su tratamiento en el marco del presente recurso.

4.- Por último, y en lo que respecta a las costas del proceso, entiende que se han violado los artículos 68 y 71 del código adjetivo, toda vez que se ha considerado vencida a su parte, cuando en verdad sus agravios habían merecido parcial acogida. Estima que tal aspecto del pronunciamiento merece ser revisado en esta instancia por configurarse el vicio de absurdo. En párrafo aparte hace una expresa mención a la conducta de la demandada, la que según lo expone, debe ser valorada al momento de dictar sentencia.

5.- El recurso no puede prosperar.

Más allá de algunas vagas referencias a la violación de la ley o doctrina legal e incluso la invocación del vicio de absurdo, los reproches traídos por el impugnante importan una revisión de la sentencia de Alzada en aspectos que se vinculan con cuestiones de hecho que resultan por ello, en principio, ajenas a esta instancia extraordinaria. Además, no se halla en la lectura de los antecedentes sintetizados argumento alguno que logre la demostración de los referidos motivos que habilitan la apertura de la instancia casatoria. En concreto, no se ha puesto de manifiesto cuál ha sido la ley o doctrinal legal que fueran violadas por la decisión en crisis. En cambio, los cuestionamientos se reducen a la reiteración de los argumentos que se sostuvieron ante las instancias anteriores, sin la debida distinción que esta sede extraordinaria impone.

Por lo demás, todos los embates traídos: procedencia del daño moral, *quantum* del daño punitivo y costas, se resumen en una impugnación de los criterios prudenciales observados por los sentenciantes de grado que resultan irrevisables por la vía intentada, salvo la hipótesis de absurdo. Y si bien se ha alegado en varios párrafos la configuración en la especie de dicho error invalidante, no se advierte en el análisis del intento revisor incoado la demostración de su configuración que, como carga específica, debe satisfacer

el recurrente.

En este sentido, tal como lo ha resuelto reiteradamente V.E.: *“Es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que omite indicar cuáles son las normas o doctrina legal que reputa erróneamente aplicadas o violadas y cómo ellas se relacionan con los agravios que formula, como así tampoco alega la existencia de absurdo (art. 279 del C.P.C.C.)”* (conf. doctrina causas C. 104.674, sent. del 15-IV-2009; C. 104.201, sent. del 25-XI-2009; C. 104.862, sent. del 13-VII-2011; y en sentido concordante, también C. 114.995, sent. del 3-X-2012 y C. 113.047, sent. del 30-X-2013; entre otras).

Adunando a ello que: *“Ha sostenido esta Suprema Corte, a los fines de la revisión de cuestiones de hecho y prueba mediante el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley o doctrina legal, que no constituye agravio idóneo la simple discrepancia con las motivaciones brindadas por los jueces en el fallo que se cuestiona ya que es necesario algo más: la denuncia y acabada demostración del vicio de absurdo entendido como error palmario y fundamental en el discurrir del magistrado (arts. 279 y 289, C.P.C.C. y 31 bis, ley 5827, texto según ley 13.812).”* (conf. causa Rc. 119.452, sent. int. del 17-XII-2014).

Todo ello, pone de resalto la insuficiencia del remedio extraordinario en el que el impugnante se limita a proponer una indebida pretensión de sustituir el criterio de los judicantes por el propio, lo que no resulta suficiente para acreditar el error grave, palmario y fundamental, configurativo de absurdo y susceptible de invalidar el pronunciamiento (conf. doctrina causas C. 107.923, sent. del 30-VI-2010; C. 116.881, sent. del 7-VIII-2013; C. 116.881, sent. del 7-VIII-2013; C. 120.045, sent. del 23-XI-2016; C. 118.307, sent. del 23-V-2017; entre otras).

VII.- Con los argumentos hasta aquí expuestos, tengo entonces por contestada la vista conferida, reiterando que corresponde desestimar los recursos de inaplicabilidad de ley incoados por la sociedad accionada y por la parte actora y hacer lugar, con el alcance parcial indicado, al recurso



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-121614-1

extraordinario de nulidad interpuesto por esta última, disponiendo el reenvío de las actuaciones a la instancia de origen para que, con una nueva integración, se dicte un pronunciamiento integrador del anteriormente emitido (art. 298 del C.P.C.C.B.A.).

La Plata, 21 de agosto de 2017.



Julio M. Corte-Grand
Procurador General

