



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

107

C-122220-1

“Frisicale, M. Laura
c/ Telecom Personal S.A.
s/ Daños y Perjuicios.
Incump. Contractual
(Exc. Estado)
C. 122.220

Suprema Corte de Justicia:

I.- La Sala Segunda de la Cámara de Primera de Apelación en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca resolvió a fs. 515/529 vta., confirmar la sentencia de primera instancia apelada (fs. 441/454), por la que se había hecho lugar a la acción preventiva iniciada con fundamento en el artículo 1171 del Código Civil y Comercial de la Nación, solicitando el cese del envío por parte de la demandada de mensajes de texto (sms) *premium*, con costo para la receptora. Dispuso, en consecuencia, el fin de dicha operatoria y condenó a reparar el daño directo o emergente, el lucro cesante y el daño moral derivados del obrar de la demandada. A partir del uso de una fórmula matemática, fijó además, el monto del daño punitivo que igualmente condenó a pagar a la compañía accionada.

En respuesta a los agravios llevados ante sí por esta última, como ya se anticipó, la Alzada confirmó dicho pronunciamiento aunque modificó algunos montos resarcitorios y rubros de la condena. Para así decidir, y en lo que aquí interesa destacar, hizo lugar al agravio de la demandada por el que sostenía la improcedencia del resarcimiento del lucro cesante, en la inteligencia que la alegada pérdida (imposibilidad de invertir las sumas indebidamente pagadas a la demandada en un plazo fijo) ya se veía reparada con la adición de intereses que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires sobre el capital de condena. Concluyó así que reiterarla en un rubro adicional e independiente, importaba duplicar indebidamente el resarcimiento

pretendido.

Por otra parte, desestimó el agravio de la empresa accionada en punto a la cuantificación del daño moral establecido en primera instancia. Para ello se apoyó en doctrina plenaria de dicho tribunal según la cual es posible fijar una indemnización por daño moral por un monto nominal superior al requerido en la demanda. Sin perjuicio de ello, añadió que para poder cuestionar la cuantía en definitiva fijada, no era suficiente con la manifestación subjetiva de su carácter excesivo, pues resultaba una carga que pesa sobre el recurrente el deber de demostrar a través de un razonamiento fundado el porqué de aquella calificación, carga que encontró no abastecida en la especie y que lo condujo a la desestimación del agravio formulado, por vía de la deserción recursiva que decretó, con cita del art. 260 del C.P.C.C.B.A.

Confirmó la procedencia del daño punitivo, rechazo mediante del agravio de la demandada en este punto, abocándose luego a la revisión de su cuantificación. En punto a ella, se manifestó a favor del empleo de fórmulas matemáticas porque las mismas representan una herramienta adecuada para objetivar los elementos que el juzgador toma en consideración a los fines de determinar el monto de condena. En línea con ello, argumentó en punto a los extremos de procedencia de la sanción y el *quid* de su cuantificación, dedicando extensos párrafos para la presentación de la fórmula y sus fundamentos. Procedió luego a actualizar los valores tenidos en cuenta en la instancia de origen, introduciendo las modificaciones resultantes de su propia decisión, lo que derivó, en definitiva, en la elevación del monto originariamente determinado para dicho rubro.

II.- Contra dicha resolución se alzan ambas partes en litigio interponiendo recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley, la parte actora (fs. 536/542vta.), por un lado, y de inaplicabilidad de ley solamente, la parte demandada, por el otro (fs. 549/555 vta.).

A fs. 578 se confiere vista a este Ministerio Público, en los términos de los artículos 38 inc.1ºb y 283 del C.P.C.C.B.A., por lo que asumiendo la



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

C-122220-1

intervención de ley, procederé a emitir mi opinión junto con el análisis de cada uno de dichos remedios extraordinarios.

III.- Recurso de nulidad de la parte actora.

1. Por razones de orden lógico comenzaré por expedirme acerca del remedio de nulidad deducido por la accionante. A través de dicho intento revisor, la actora alega la falta de fundamentación legal de la sentencia de Alzada, en los términos del artículo 171 de la Constitución bonaerense. Su queja gira en torno de una de las variables que integran la fórmula de fijación del daño punitivo. Así, sostiene que la probabilidad de ser condenada en juicio no ha sido adecuadamente considerada por el Tribunal de alzada. Y sus críticas se orientan a demostrar que el órgano revisor no habría ponderado los agravios dirigidos contra ese aspecto del pronunciamiento de origen. Pretende demostrar autocontradicción en el razonamiento del tribunal, lo que según alega, fundaría la anulación del decisorio cuestionado.

2. El repaso de los términos en los que se funda el remedio nulitivo bajo análisis pone en evidencia su palmaria insuficiencia. En efecto, la causal de anulación invocada por el quejoso en orden a la ausencia de fundamentación legal, tiene alcances muy precisos. Y tal como resulta de una reiterada y consistente doctrina legal de V.E., sólo la absoluta falta de fundamentación normativa o de argumentación suficiente, que eventualmente impidiera controlar el fallo por la vía del recurso de inaplicabilidad de ley, es la que constituye causal de nulidad de la decisión (conf. S.C.B.A., doctrina causas C. 95.375, sent. del 17-III-2010; C. 95.370, sent. del 17-III-2010; C. 76.472, sent. del 6-XI-2013; C. 110.726, sent. del 16-IV-2014; entre otras).

3. Como fuera señalado párrafos arriba, en el caso, el impugnante funda su recurso en la autocontradicción y en la falta de fundamento (*lato sensu*), pero en particular, porque el brindado por la Alzada, en sustancia, no lo conforma. Ambos motivos, como se expuso, exceden el marco del presente remedio extraordinario. De manera que, como lógico corolario de ello, se sigue que las alegaciones de la parte resultan meros desacuerdos con el juicio de valor efectuado por las instancias anteriores y por ello, deben ser

desestimadas, por resultar extrañas al ámbito de actuación del recurso de nulidad deducido.

IV.- Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley de la parte actora.

1. El intento revisor bajo análisis se desarrolla en torno de tres ejes. En primer término, se agravia del rechazo del lucro cesante efectuado en la instancia anterior. Argumenta que la tasa de interés que se hubiera percibido en caso de haber podido invertir en un plazo fijo resulta superior a la actual tasa de interés determinada por el Banco de la Provincia de Buenos Aires. Sostiene que de este modo, la sentencia vulnera los artículos 1740 del CC. y C., 14, 16, 17, 19 y 42 de la Constitución Nacional, en cuanto se le priva de la reparación integral que le es debida.

Argumenta luego en segundo orden, que se viola también el artículo 3 de la ley 24.240, en cuanto establece el principio *in dubio pro consumidor*. Expone que frente a dos interpretaciones posibles -si la inversión de dinero en un plazo fijo debía ser considerada como lucro cesante o como el interés accesorio de la condena-, en la resolución impugnada, se eligió la más perjudicial para su parte.

En tercer lugar, cuestiona la cuantificación de la variable probabilística de la fórmula, relativa a la eventual condena de la empresa demanda. Su cuestionamiento se centra, en definitiva en que, a su entender, debió estarse a la cuantificación que ella misma hiciera en la demanda, expresando su discordancia con la ponderación de dicha variable por las instancias anteriores.

Deja además, planteada la cuestión constitucional federal.

2. Este recurso extraordinario tampoco puede prosperar.

Los dos primeros agravios reseñados, relacionados entre sí, giran en torno del rechazo del rubro reclamado en concepto de lucro cesante. La recurrente sostiene que dicha parcela de la decisión le agravia por cuanto el interés actual del banco es inferior al histórico, es decir al que hubiera percibido de haber invertido dichas sumas en un plazo fijo, en aquél



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

C-122220-1

momento.

En respuesta al reproche ha de señalarse que los intereses moratorios son, justamente, una suerte de reparación por no haber dispuesto del dinero en tiempo oportuno y sirven para colocar al actor en la misma situación que hubiera estado si el deudor hubiera cumplido con sus obligaciones en tiempo y forma. Actualmente, para la fijación de intereses judiciales se recurre a las tasas que paga el Banco Provincia por sus depósitos a plazo fijo. Esta es una medida de reparación basada en la especulación de que cualquier persona puede optar por esta posibilidad para el caso de contar con un dinero sobrante. Por ello, no se advierte en lo decidido por la Alzada la configuración de los errores endilgados, asumiendo inatendible el criterio de la recurrente.

Es que no resulta un adecuado fundamento para la procedencia del lucro cesante el haberse visto impedido de invertir en un plazo fijo el dinero propio, si tal reparación se reclama a la vez, cuando se solicita la adición de intereses moratorios al capital de condena. Además, el aparente perjuicio invocado por la recurrente no es tal, porque la base de la comparación que realiza es incorrecta. Los intereses se deberán liquidar conforme los valores publicados por el Banco de la Provincia de Buenos Aires para los distintos períodos devengados desde que la obligación principal es debida, registrando todas sus variantes. Ello, disipa además todo perjuicio para la parte, evidenciando que no es tal la invocada lesión de las normas que protegen de modo prevalente al consumidor, así como las que obligan a la reparación integral del daño.

En cuanto al último de los reproches reseñados, es evidente que la técnica recursiva se muestra insuficiente para el fin perseguido. Efectivamente, la determinación de la variable en cuestión es claramente una cuestión de hecho, cuya determinación es privativa de las instancias de grado. Entonces, su revisión en esta sede sólo puede ser realizada en supuestos de invocación y adecuada demostración del vicio de absurdo.

Cabe recordar al respecto que, tal como lo ha sostenido V.E. en

numerosos precedentes, la fijación de los hechos y la valoración de la prueba son cuestiones propias de los jueces de mérito y, por regla, se hallan exentas de control por vía de recurso extraordinario salvo que se invoque y se demuestre el vicio de absurdo (doctrina causas A. 69.592, sent. del 6-V-2009; A. 70.673, sent. del 31-VIII-2011; A. 71.359, sent. del 23-XII-2014; A. 70.932, sent. del 4-V-2016; A. 73.329, sent. del 21-XII-2016; entre muchas otras).

Y esto último no ha sucedido en la especie. De hecho, la crítica de la impugnante se reduce a sostener un criterio propio de cuantificación probabilística sin demostrar en el juicio del decisor un apartamiento de las reglas lógicas o de las constancias de autos, que habilite su revisión extraordinaria por esta vía excepcional.

V.- Recurso de inaplicabilidad de ley de la parte demandada.

1. La empresa accionada, a su turno, se agravia del tratamiento del daño moral por parte del órgano de Alzada, cuando -según aduce- el mismo no había sido llevado a conocimiento de dicho tribunal en el recurso ordinario de apelación interpuesto por la parte actora. Argumenta que con dicho proceder se ha vulnerado el artículo 272 del código procesal, que determina el marco de conocimiento del órgano revisor.

De modo subsidiario, cuestiona el monto fijado por este rubro (daño moral) en una suma superior a la requerida por la parte actora en el escrito de inicio.

En tercer lugar, cuestiona la determinación del daño punitivo. Objeta la procedencia de la condena, alegando que la conducta reprochada no es propia de su representada sino de empresas prestatarias de tales servicios, ajenas a Telecom Personal S.A. Señala que por lo demás, esta actividad de servicios adicionales con valor agregado es lícita y no puede generar responsabilidad directa de la empresa demandada. Se explaya sobre los recaudos de procedencia de esta sanción, así como acerca de su finalidad. Entiende que la sentencia debe ser revocada por cuanto la aplicación del daño punitivo al caso excede los fines previstos por la norma referida, sin perjuicio



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

C-122220-1

de destacar además que, a su entender, el monto resulta desproporcionado.

Objeta la fórmula empleada porque estima que la misma importa reconocer en los jueces una actividad reglamentaria, lo que contraría el artículo 98 inc. 2º de la Constitución Nacional (sic). Sostiene que dicha fórmula contempla situaciones “extra expediente”, dogmáticas y conjeturales, sustituyendo la voluntad del legislador. Cuestiona asimismo las variables empleadas en aquella, en particular, la probabilística antes analizada. Entiende que no se encuentra adecuadamente fundado por las instancias anteriores la determinación de tales probabilidades. Reitera los argumentos, anteriormente llevados ante la Alzada, sustentados en el voto en disidencia del Dr. Ribichini en la causa “Castaño”, cuestión que mereció oportuna réplica de parte del órgano revisor.

Deja además plantada la cuestión federal.

2. Este recurso tampoco puede prosperar.

Los dos primeros agravios esbozados y sintetizados en las líneas precedentes, contrastados con las constancias de la causa ponen al descubierto la sinrazón de los reproches vertidos por el impugnante. Resulta evidente que se ha incurrido en un palmario error por cuanto la Alzada, al resolver como lo hiciera, no hizo otra cosa que abordar la revisión del *quantum* indemnizatorio del rubro daño moral reconocido por el sentenciante de origen, en respuesta a uno de los expresos agravios formulados por la empresa demandada al fundar su recurso ordinario de apelación contra el decisorio de primera instancia (ver fs. 487 y vta., fs 519 *in fine* y fs. 522 y vta.). Y al desestimarlo, confirmó lo resuelto por el magistrado de grado, en cuanto hubo determinado un monto superior al nominal requerido por la actora al demandar, con cita de la doctrina elaborada por el tribunal en el fallo plenario que identificó. Por ello, no advirtiendo en la réplica nuevos argumentos tendientes a indicar cuál habría sido el error del tribunal revisor para resolver como lo hiciera, el recurso resulta ineficaz, por insuficiente, para el fin que se propone.

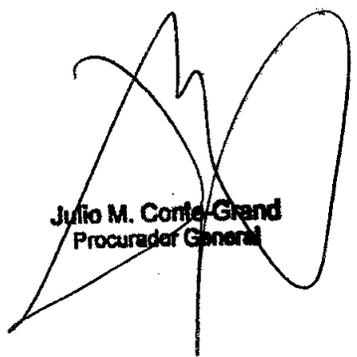
Con relación al restante agravio individualizado en la síntesis precedente, cabe señalar que el mismo resulta una réplica, casi textual de los

C-122220-1

reproches llevados a conocimiento del órgano de alzada y debidamente tratados por ésta. En este sentido, tampoco advierto en su lectura señalamiento de error de juzgamiento alguno que emerja de la decisión en crisis y que pueda ser objeto de casación en los términos del recurso intentado. Esta insuficiencia técnica de la vía de impugnación intentada, impide ingresar en el conocimiento de los agravios allí portados, pues es doctrina legal de V.E. aquella según la cual corresponde desestimar por insuficiente el recurso intentado, en tanto omite efectuar una réplica idónea a las conclusiones que fundamentan el pronunciamiento, limitándose a reiterar los agravios llevados ante la instancia anterior y a trasuntar una discrepancia de criterio, no demostrando de qué manera se habría producido la infracción legal (conf. causas Ac. 90.860, sent. del 29-VI-2005; Ac. 90.372, sent. del 14-II-2007; C. 101.401, sent. del 4-V-2011; C. 99.429, sent. del 22-II-2012; C. 118.443, sent. del 12-VII-2017; entre muchas otras).

VI.- Por todo cuanto hasta aquí he expuesto, considero justificado el rechazo de los recursos en vista (art. 289 y 298 del C.P.C.C.B.A.).

La Plata, 10 de abril de 2018.-


Julio M. Cortés Grand
Procurador General