

_____ Salta, 20 de diciembre de 2016. _____

_____ **Y VISTOS:** estos autos caratulados “**TOLABA, Cristian Ivan c/ DISCELNOA y/o TOLABA, Domingo; AMX ARGENTINA CLARO - SUMARÍSIMO O VERBAL - DEFENSA DEL CONSUMIDOR**”, Expte N° **2-493.241/14** del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 9ª Nominación y de esta Sala Primera, y _____

_____ **CONSIDERANDO:** _____

_____ *La Dra. Adriana Rodríguez de López Mirau dijo:* _____

_____ **I.** Que vienen estos autos a raíz del recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 125 en contra de la sentencia de fs. 115/122 que hace lugar parcialmente a la demanda y condena solidariamente al Sr. Domingo Tolaba (nombre de fantasía Discelnoa) y AMX Argentina S.A. a pagar al Sr. Cristian Iván Tolaba la suma de pesos dos mil trescientos noventa y ocho con noventa y nueve centavos (\$2.398.90) más intereses y costas. El recurso es concedido a fs. 127 en relación y con efecto suspensivo. _____

_____ En el memorial de fs. 128/130 el recurrente expone que lo agravia lo resuelto por la *A quo* por cuanto -según refiere- no se aplicó correctamente el derecho ni la jurisprudencia vinculada al caso, ni se tuvieron en cuenta las probanzas obrantes en autos. Aduce que lo agravia que la *A quo* no haya contemplado la circunstancia de que el demandado se encontraba rebelde, como así también la calificación efectuada respecto al daño alegado, en virtud del principio *iura novit curia* determinándolo como daño material y no como daño directo. En tercer lugar lo agravia el rechazo de la pretensión de indemnización de daño moral con fundamento en que las vicisitudes derivadas del incumpliendo de la demandada no tienen entidad jurídica suficiente para fundamentar su procedencia; dice que no se tuvo en cuenta los artículos 8 bis de la Ley de Defensa del Consumidor y 1097 del Código Civil y Comercial. Por todo ello solicita se haga lugar al recurso y se reconozcan los rubros reclamados, con costas. _____

_____ Corrido el pertinente traslado del memorial, a fs. 136 y vta. contesta el codemandado AMX Argentina SA. Considera que la resolución de grado

resulta ajustada a derecho toda vez que le asiste razón a la *A quo* al considerar que la rebeldía de su parte no implica indefensión y sostiene que lo resuelto devino como consecuencia de la orfandad probatoria señalada por la sentenciante, por lo que solicita se rechace el recurso deducido, con costas. _____

_____ A fs. 143 obra dictamen del Sr. Fiscal de Cámara Civil Comercial y Laboral, quien considera que corresponde declarar mal concedido el recurso con fundamento en el artículo 253 Código Procesal Civil y Comercial. _____

_____ A fs. 144 se llaman Autos para Sentencia. Luego a fs. 146 se hace conocer la integración con el Dr. Ricardo Casali Rey en el carácter de Juez Titular de esta Sala Primera, la que es consentida por las partes, conforme surge de fs. 147 y vta. y 148 y vta. _____

_____ **II.** Que el recurso de apelación se encuentra deducido en término según constancias de fs. 125. _____

_____ **III.** Que en los presentes al demandar el actor reclamó la suma de dieciocho mil quinientos pesos (\$ 18.500) comprensiva de daño directo, daño moral y daño punitivo derivados de las fallas en el funcionamiento de un equipo celular adquirido el 15 de octubre de 2013. La Sra. Juez *a quo* al resolver, luego de efectuar un análisis de la conducta asumida por el demandado en el proceso (rebeldía) y de las probanzas acompañadas por el accionante, reconoció lo reclamado en concepto de daño material (\$ 2.398,99), rechazando los rubros daño moral y daño punitivo por entender que respecto al primero, las vicisitudes sufridas con motivo del incumplimiento de la demandada no tienen la entidad suficiente como para fundar una condena por ese concepto y respecto al segundo, que el mero incumplimiento no trae como consecuencia la aplicación de la multa, toda vez que no se advierte una falta grave que la tornen viable. _____

_____ Los agravios se centran fundamentalmente en la omisión de la sentenciante de meritar la conducta asumida por el demandado en el proceso (rebeldía), en el encuadre jurídico efectuado y en el rechazo de los rubros daño moral y material. _____

_____ **IV.** Que en relación al primer agravio referente a la omisión de la *a quo* de merituar la situación -rebeldía- del demandado en el proceso, debe

señalarse que el decisorio resulta ajustado a derecho ya que, tal como acertadamente lo expone la Sra. Juez de grado, ello no implica acoger automáticamente la pretensión del accionante ni lo exime de la carga probatoria que pesa sobre su parte (art. 377 C. P. C. C.). Así, la declaración de rebeldía no importa una sanción contra el incompareciente, porque las partes no están obligadas, sino que les asiste el derecho de actuar en el proceso para la defensa de sus intereses; por eso, su inactividad no conlleva que se les prive del amparo de la justicia, ni que se le atribuyan al actor otros derechos de los que pruebe tener (Alsina, Hugo; “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, 2da. Ed., t. V, pág. 579). _____

_____ Al respecto este Tribunal ha dicho que la declaración de rebeldía no altera la secuela regular del proceso, debiendo pronunciarse el fallo según el mérito de la causa, lo que supone la verificación de los hechos. Sólo produce una presunción favorable a la pretensión del accionante que debe ser ratificada o robustecida mediante la correspondiente prueba (R.E.D. T. 15 – pág. 790/791; C.A.C.C. Salta, Fallos Sala I, Tomos 2000:294; 2007:256; 2008: 948; 2010:31; CJSalta, 171: 611). _____

_____ En consecuencia, la impugnación expresada a este respecto debe ser desestimada. _____

_____ **V.** Que respecto al agravio por el rechazo del daño moral reclamado, es conveniente recordar que dicho rubro ha sido definido certeramente como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (cfr. Bustamante Alsina, “Teoría General de la Responsabilidad Civil”, p. 203). Este particular daño tiene naturaleza resarcitoria y por lo tanto no supone la existencia de un propósito determinado o malicia en su autor, resultando indiferente que provenga de dolo o culpa ya que es la relación de causalidad y no la culpabilidad la que determina el resarcimiento (cfr. C.A.C.C. Salta, Sala IV Causa 364.778, Actuación 97023, 28/06/13). _____

_____ Menos exigible es el dolo si se analiza la cuestión desde la óptica consumeril; la doctrina es hoy conteste en que ése es el marco abstracto para

todo el derecho y luego deben efectuarse adaptaciones propias de cada estamento normativo; en el caso, del derecho del consumidor. El artículo 522 del Código de Vélez que aludía a un sistema contractual, fue superado por la regulación de la Ley de Defensa del Consumidor, determinándose así que en este ámbito existe una presunción que la empresa demandada puede desvirtuar (art. 53 L.D.C.). A la fecha de la sentencia, por lo demás, ya se encontraban vigente los artículos 1100 a 1122 y 1738 del Código Civil y Comercial. Ello implica que, por una parte, el consumidor puede sufrir un daño moral (afectación en los sentimientos) por causas derivadas de la relación de consumo, específicamente por omisión de información, trato indigno, mera inclusión de cláusulas abusivas, entre otros supuestos. Pero también estas situaciones pueden constituir meramente una afectación de los sentimientos en los términos del daño moral autónomo (Gherzi, Carlos Alberto; “Los nuevos daños en el derecho del consumo”, La Ley 2011-D, 160; C.A.C.C. Salta, Sala I, Tomo SD-2014:271; SD-2015:81). _____

_____ En el caso bajo análisis, luego de tener por verificado incumplimiento por parte de los demandados, la Sra. Juez en grado hizo remisión a las normas generales que regulan la materia según las cuales la indemnización del agravio moral por incumplimiento de obligaciones contractuales –en los casos en que es admisible- requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos y afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los negocios o de los pleitos ni con las simples molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueden llegar a producir un incumplimiento contractual, y que debe ser probado en los términos del artículo 522 del Código Civil, salvo supuestos excepcionales en que se aceptan presunciones. Consideró actualizadas tales exigencias a la luz del artículo 1738 del Código Civil y Comercial. _____

_____ A la luz de tales parámetros estimó insuficientes –para justificar que la condena a la demandada por daño moral contractual- las vicisitudes relatadas en la demanda y derivadas del incumplimiento pues, en todo caso -dijo la sentenciante- son las propias de todo incumplimiento. _____

_____ Al demandar el actor solicitó que se fije en ocho mil pesos (\$8.000,-) la indemnización por daño moral alegando haberse visto burlado en sus derechos y engañado por los demandados, en cuya seriedad había confiado. Especificó que realizó la compra del teléfono celular y que ante su desperfecto realizó (a partir de pocos días de su compra, según se encuentra acreditado en autos con copias obrantes a fs. 4/5, fs. 18 y fs. 88/89) numerosos reclamos ante los demandados y ante la Secretaría de Defensa del Consumidor, habiendo soportado un trato indigno y vergonzante, como también la pérdida de tiempo y dinero y el haber tenido que recurrir a la Justicia para obtener una solución a su problema, yendo y viniendo tanto al servicio técnico de la agencia como de la empresa Claro. _____

_____ Lo alegado encuentra debida prueba en las constancias de fs. 79/96 del expediente administrativo N° 231-277.156/13 ya mencionadas, como también en las de fs. 18, lo que se ponderó en la sentencia de fs. 115/122. _____

_____ La situación descripta da sustento suficiente a la posibilidad de acoger el reclamo por daño moral dado que el usuario efectuó la compra del equipo Samsung GTY 8190 S3 mini el 15 de octubre de 2013 y contrató la línea telefónica correspondiente a la empresa Claro; que a los tres días, por distintos desperfectos, comenzó a realizar reclamos a través del Servicio de Atención al cliente de Claro como también ante el Agente Oficial donde adquirió el equipo, que se le efectuó una actualización del software pero al no haber obtenido resultados favorables finalmente debió dejar el aparato en el Servicio Técnico de Claro a partir de Diciembre de 2013; que, como había adquirido una línea de abono fijo, debió comprar otro equipo para poder utilizarla; que finalmente, ante la falta de solución, realiza una denuncia ante la Secretaría de Defensa del Consumidor tanto en relación a la agencia como a la empresa, presentándose únicamente el representante de esta última pero sin llegar a un acuerdo según surge del acta del 18 de enero de 2014 ya que sólo reconocía el abono de la línea y no el equipo celular. _____

_____ Sostiene haber realizado numerosos reclamos sin que nunca le ofrecieran solución alguna, soportando largas esperas o realizando reclamos telefónicos, de acuerdo a los números de gestión acompañados, obteniendo

sólo respuesta evasivas. _____

_____ El relato de tales padecimientos no ha sido desvirtuado en autos. Sólo cabe determinar si ellos son las molestias propias de la ejecución o inejecución de un contrato o si, a la luz de la legislación consumeril, justifican la pretendida indemnización por daño moral. _____

_____ Como ya se mencionó, el consumidor quedó colocado en una situación que puede considerarse vejatoria, ante la indiferencia demostrada frente a sus reclamos y ante la dilación innecesaria en brindar respuesta a su pedido de solución, lo cual configura una falta a las pautas de conducta que propugna la norma contenida en el artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor dictada en el año 1993 y reformada en el año 1994, además de haber tenido que afrontar el pago por otro equipo para poder utilizar la línea contratada. _____

_____ La ley establece que “quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenido”. Es decir que el proveedor debe ajustar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales a su cargo conforme a lo ofrecido y en plazos estipulados o razonables, lo cual no se patentizó en el *sub lite*. Ninguna circunstancia que justifique ese proceder acreditaron -o invocaron- las demandadas, conforme la obligación que surge del artículo 53, tercer párrafo de la ley 24.240 y que plasma la teoría de las cargas probatorias dinámicas haciendo recaer en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas -que aquí lógicamente, no era el actor- para producirlas la obligación de hacerlo (cfr. Ondatchu, José Ignacio; “Aspectos procesales relevantes de la nueva ley de defensa del consumidor (ley 26.361) y su implicancia en el proceso judicial de daños”, Revista de Derecho Comercial del Consumidor y de la Empresa, año II, N° 2 , Abril 2011; Peyrano, “Fuerza expansiva de la doctrina de las cargas probatorias”, La Ley 1996-B, 1027). _____

_____ Según dicho principio el proveedor tiene la obligación legal de colaborar con el esclarecimiento de la situación litigiosa; en consecuencia todo silencio, reticencia o actitud omisiva se constituirá en una pauta que afectará

dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor (cfr. Junyent Bas - Del Cerro, “Aspectos procesales de la ley de defensa del consumidor”, La Ley 14/06/2010, 1, p. 16). _____

_____ A lo dicho debe sumarse la circunstancia de que el reclamo objeto de esta litis versa sobre la provisión del servicio de telefonía celular, ámbito en el que mayor relevancia tiene el principio sentado por el artículo 902 del Código Civil en vigencia durante la discusión de las partes y según el cual “cuando mayor deba ser el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”. En el nuevo Código Civil y Comercial -que tiene marcado vigor como doctrina interpretativa o argumento de autoridad de las disposiciones aplicables en el caso pues receptó argumentos doctrinarios y jurisprudenciales ya vigentes con anterioridad- se encuentra plasmado el deber general de actuar para impedir el daño (arts. 1710, 1711 y cc.), en consonancia con el artículo 19 de la Constitución Nacional. Si bien dicho principio no puede llevarse al extremo de pretender la evitación de conductas imprevisibles, que se apartan de lo que sucede de ordinario y del curso natural de las cosas (arts. 901 y 906 del Código Civil), impone tener en cuenta que existe un derecho general a que aquél de quién dependa la posibilidad de causar un daño no justificado adopte de buena fe y conforme a las circunstancias las medidas razonables para evitar su producción, o evitar o disminuir aquél del que un tercero sería responsable, incluso con la posibilidad de solicitar el reembolso del dinero. _____

_____ Dichos conceptos son aquí plenamente aplicables. Es que el hecho resulta más grave al encontrarse en juego el derecho a acceder al indispensable servicio comunicacional a cargo de las demandadas, lo que sin dudas evidencia la magnitud del agravio causado al usuario por su conducta, dada su necesidad de contar con tal servicio y la confianza que los usuarios en general tienen y deben tener en las empresas que brinda, que en el caso se vio vulnerada. _____

_____ Por las razones apuntadas se considera que corresponde acoger el recurso bajo análisis y que la negativa a reconocer el rubro “daño moral” debe

ser revocada, ampliándose la condena dispuesta en el punto I de fs. 122 vta. en la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.-) a la que deberá aplicarse el interés allí precisado (30 % anual) y computado desde la fecha de mora también fijada en la sentencia (15/10/2013). _____

_____ **VI.** Que corresponde que las costas de esta instancia solamente se impongan a la parte codemandada AMX Argentina (Claro) vencida y no al codemandado Domingo Tolaba, nombre de fantasía Discelnoa por no haber mediado sustanciación (artículo 67 del Código Procesal Civil y Comercial).__

_____ *El Dr. Ricardo N. Casali Rey dijo:* _____

_____ Que, por sus fundamentos, adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello, _____

_____ **LA SALA PRIMERA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL,** _____

_____ **FALLA:** _____

_____ **I. HACIENDO LUGAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 125 y, en su mérito, **AMPLIAR** el punto I del fallo de fs. 122 vta. **CONDENANDO** solidariamente a Domingo Tolaba (nombre de fantasía Discelnoa) y AMX Argentina SA (Claro) a pagar al Sr. Cristian Iván Tolaba la suma de cinco mil pesos (\$ 5.000.-) en concepto de daño moral, con más los intereses conforme se indica en los considerandos. Con Costas a AMX ARGENTINA (Claro). _____

_____ **II. MANDANDO** se registre, notifique y oportunamente bajen los autos al Juzgado de origen. _____