

En la ciudad de San Juan, a 25 días del mes de Junio de dos mil veinte, reunidos los Señores Miembros de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, Dr. Juan Carlos Noguera Ramos y Dr. Oscar Roberto Otiñano, a los fines de conocer en estos autos N° 12464, Caratulados: "URETA CARLOS JESUS C/ AMX ARGENTINA S.A. -Ordinario", originarios del séptimo juzgado civil, el recurso de apelación interpuesto a fs. 648 por la parte demandada y concedido a fs. 649 contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2019, obrante a fs. 620/644.

EL SEÑOR JUEZ DE CÁMARA DOCTOR JUAN CARLOS NOGUERA RAMOS, dijo:

El Señor Juez Provisorio del Séptimo Juzgado Civil, RESOLVIO: "1) Hacer lugar parcialmente a la demanda de daños y perjuicios entablada por el Sr. CARLOS JESUS URETA, DNI: 12.579.785 contra la firma "AMX ARGENTINA S.A." -CLARO-, conforme a lo ut supra expuesto.2) Anular de manera parcial las facturas por los servicios respecto de la línea N° 264-5747569, a saber: Factura N° 0682-28014873 del 15/02/2014 solamente por el monto de \$4.234,18 y los impuestos y cargos sobre ese monto, con fecha de vencimiento el 10/03/2014 emitida por "AMX Argentina S.A.", y en consecuencia las sumas que se repiten bajo el mismo concepto en las facturas subsiguiente referidas a este ítem y por la línea N° 264-5747569 Factura N° 0682-32121489 del 15/03/2014, con fecha de vencimiento el 04/04/2014 emitida por "AMX Argentina S.A."; Factura N° 0682-36893302 del 15/04/2014, con fecha de vencimiento el 07/05/2014 emitida por "AMX Argentina S.A."; Factura N° 0682-40996612 del 15/05/2014, con fecha de vencimiento el 04/06/2014 emitida por "AMX Argentina S.A."; y Factura N° 0682-45870033 del 15/06/2014, con fecha de vencimiento el 07/07/2014 emitida por "AMX Argentina S.A.", de acuerdo a los considerando que anteceden. 3) Condenar a la firma "AMX ARGENTINA S.A." -CLARO- para que en el término de 10 días, desde que quede firme la presente sentencia, abone al Sr. CARLOS JESUS URETA, DNI:12.579.785, la suma de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA y UN MIL NOVECIENTOS CINCUENTA (\$441.950) comprensiva de los rubros que han resultado procedentes conforme lo expuesto en los considerandos, con más los intereses calculados a la tasa activa que aplica el Banco Nación Argentina para las operaciones de descuento (según Ley 4119), desde la fecha que prospera cada rubro hasta el momento del efectivo pago. 4) Imponer las costas del presente proceso a la demandada vencida.5) Regular los honorarios profesionales por la labor desarrollada en autos, a los Dres. ALBERTO EDUARDO BLOISE y SERGIO ALBERTO BLOISE, en forma conjunta en simple carácter por el actor, ganancioso, parte de la primera etapa del proceso (demanda) en el 3%; Dres. ALBERTO EDUARDO BLOISE y SERGIO ALBERTO BLOISE, en forma conjunta, doble carácter por el actor, por la Bonificación de Demanda en un 3,5%; a los Dres. ALBERTO EDUARDO BLOISE y SERGIO ALBERTO BLOISE, en forma conjunta en doble carácter por el actor, ganancioso, por dos etapas (pruebas- alegatos) en un 14%; al Dr. MARCELO NAVAS por la demandada vencida, en doble carácter doble, por tres etapas (contestación de demanda - prueba - alegatos), en un 12,6%; y a la Perito Psicóloga Lic. MARÍA VICTORIA YAÑEZ COLL, por su labor desarrollada y trascendencia de la misma, en un 2%; todos de la liquidación que se practique oportunamente."

AGRAVIOS DE LA DEMANDADA "AMX ARGENTINA S.A." -CLARO-:

PRIMER AGRAVIO: Alega la quejosa que la sentencia es arbitraria, ya que la empresa no incurrió en violación del art 4 de la ley de Defensa al Consumidor. Expresa que existió un uso distinto al contratado por parte del actor, y que nunca este anotició a Claro que haría un uso indebido a través de un dispositivo distinto al que le proveyeron, en tanto que el actor debía introducir el dispositivo USB en una PC, instalar el dispositivo en el sistema operativo y, una vez configurado, podía hacer uno del servicio de internet en el orden local.

Sin embargo, el actor modificó el uso del servicio contratado en forma unilateral, esto es sin dar aviso a la empresa, y extrajo la tarjeta SIM del dispositivo USB y lo introdujo en otro aparato electrónico (no suministrado por CLARO) a fin de usar el servicio de internet en ese equipo.

Resalta que si el actor hubiera dejado la tarjeta SIM inserta en el dispositivo USB suministrado por Claro, y en el caso que fuera cierto que jamás quiso utilizar el servicio, el consumo no se hubiera producido, porque el equipo USB no funciona sin energía y sin la debida instalación. Ello demuestra que sólo en la hipótesis de cambio de modalidad de uso realizada por el actor, fue factible que se active el roaming internacional y, consecuentemem se generaran los consumos facturados.

Que en esa inteligencia, existe un acto propio realizado por el accionante, quien se apartó de las condiciones de contratación del servicio, ocasionando la activación del raoming internacional por su propia culpa.

SEGUNDO AGRAVIO: La demandada se siente agraviada, porque el a quo sostiene que como prestadora del servicio, estaba en una mejor posición frente al consumidor, e invierte la carga probatoria, atribuyéndole el deber de acreditar la contratación del servicio de roaming internacional.

TERCER AGRAVIO: Se agravia por que el a-quo cuestiona la suspensión del servicio efectuada por su mandante, toda vez que ello se encuentra previsto en las bases y condiciones de contratación, concretamente en el punto 9, ya que la suspensión del servicio opera cuando los consumos alcanzaron un límite del crédito que se otorga normalmente a los clientes y todo ello estaría dentro de las condiciones de contratación .

CUARTO AGRAVIO: Se agravia también en cuanto el juez a quo admitió el rubro daño moral, sin tener en cuenta que no existió daño para el actor, dado que las facturas cuya nulidad se pretende, jamás fueron abonadas por el accionante, siendo absolutamente irrisorio los términos del dictamen pericial de fs. 515/516, que dan cuenta de supuestos padecimiento del actor totalmente absurdos en función de los hechos que se ventilan.

En este punto, sostiene que resulta razonable el rechazo del daño moral, si tenemos en cuenta que estamos en presencia de un consumo de internet contratado por el actor, cuyo uso fue tergiversado por éste al cambiar el dispositivo que se valía para gozar del servicio, la recepción de una factura que jamás pagó y que no se vio afectado de ninguna manera, ya que por su omisión de pago, ni fue ejecutado ni inscripto en ningún registro de morosos.

QUINTO AGRAVIO: asimismo, se agravia la demandada en relación a la admisión del rubro daños punitivo y a la cuantía establecida por el juez a quo, por cuanto no existió incumplimiento contractual alguno por parte de la empresa, sino un uso impropio del servicio por parte del actor, que provocó los consumos que se le facturaron. Cita doctrina al respecto, donde trata de demostrar, que la misma es minoritaria en su aplicación en el país.

SEXTO AGRAVIO: se agravia en cuanto el magistrado admite como daño emergente la suma de \$1950, más intereses legales, dado que los costos generados por roaming internacional se debieron exclusivamente a la culpa de propio actor, quien cambió la modalidad de uso del servicio de interent, a través de la extracción de la tarjeta SIM del dispositivo USB y su inserción en un equipo propio (no entregado por CLARO), que se conectó a la red en Chile, por permitir el accionante su conexión automática.

SEPTIMO AGRAVIO: se agravia la quejosa en cuanto a la imposición de costas efectuadas en primera instancia, las que solicita que sean revisadas e impuestas a la contraria.

OCTAVO AGRAVIO: se refiere la demandada sobre la nulidad de las facturas dispuesta por el tribunal, resaltando que ello es injusto dado que los consumos consignados en la factura N° 0682-28014873 (mediante Roaming GPRS) fueron acreditados y detallados a fs. 106, ocurridos por

exclusiva responsabilidad del actor al introducir la tarjeta SIM en un dispositivo no suministrado por "AMX Argentina S.A."

CONTESTACION DE LA EXPRESIÓN DE AGRAVIOS (FS 667)

En este sentido, sostiene que los agravios desarrollados, deben desestimarse, ya que el recurrente no refuta adecuadamente, como así tampoco, no refuta correctamente de las partes de fallo, que considera erróneas. Asimismo, expresa que la sentencia está ajustada a derecho, y no es arbitraria, está correctamente fundada, con tratamiento correcto de los argumentos planteados.

Entrando en el tratamiento de los agravios, la parte actora, expresa, en relación al primer agravio expresando, que introduce cuestiones no planteadas en la primera instancia, cambiando los argumentos, y solicita se lo desestime. En definitiva, la demandada no se queja por el uso de la tarjeta sim en el i-pad , solamente alego culpa de la víctima en el uso. Y centra su reclamo en se debe pronunciar sobre capítulos propuestos en la instancia de grado, no en situaciones ajenas traídas a la instancia de agravio. Sin perjuicio de ello, contesta el agravio, expresando que la demandada carga con las culpas de utilizar la tarjeta sim, en el ipad. Esto en nada modifica la situación si el actor usa el usb en un dispositivo o en el ipad , ya que de igual modo hubiera recibido roaming , pues se activa automáticamente, sin consentimiento del consumidor. Esta es la mecánica de activación de este servicio, y aclara, que el mismo se activa sin consentimiento del consumidor.

Esta situación expresa, es culpa del proveedor, que no informo adecuadamente o más bien, desinformó, y reitera que no hay información sobre esta situación que sirva para alertar al consumidor de la utilización del servicio en otros países, y da ejemplos al respecto.

A fs 672 contesta el segundo agravio, y la resiste, expresando que el derecho al consumidor a ser informado es explícita, la trata dentro del encuadre de "la obligación de hacer", como así también, una obligación de resultado, ya que se trata de comunicar de manera adecuada la información, y denuncia de forma clara la falta de información del proveedor.

En lo relacionado al TERCER AGRAVIO, lo considera insustancial, toda vez que nada mejora la situación de la empresa, por lo que no lo responde.

Por su parte el CUARTO AGRAVIO, en este agravio manifiesta que el daño moral está más que demostrado, ya que el actor se sintió amenazado, estuvo angustiado, con diferentes situaciones que vivió por parte de la empresa, los cuales le generaron un malestar, ya que disminuyó su paz y tranquilidad de espíritu, alterándole su equilibrio espiritual, por un comportamiento malicioso de la empresa. Y finalmente pone de manifiesto cómo informe esencial, el del perito Yañez Coll .

QUINTO AGRAVIO: En este sentido, expresa que no efectúa una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que considera erróneas. Luego da fundamentos al respecto, expresa que la demandada no da pruebas, no colabora, no tiene intención de dar solución al conflicto, y finaliza expresando que no es el único caso que tiene la empresa, detallando las denuncias que tiene, y la importancia de la empresa hoy en el Mercado, y cita Jurisprudencia avalando su posición.

SEXTO AGRAVIO: Da detalles sobre el costo de las cartas documentos, asistencia a las audiencias (costo) y solicita se desestime también este agravio. Hace reservas.

TRATAMIENTO DEL RECURSO

Con el fin de clarificar los principios sobre los cuales he de basar mi decisión del presente caso, inicio mi voto por la negativa de la procedencia del recurso. Ello basado en las siguientes premisas, atinente a los agravios expresados.

La quejosa en el primer agravio aduce que no infringió el art. 4 de la Ley de Defensa al Consumidor, explicando detalladamente como el actor no utilizó correctamente el servicio, toda vez que se le suministró un dispositivo de interface USB y una tarjeta SIM, la que debía incorporar al soporte USB para su utilización; y para hacer uso del servicio debía introducir ese dispositivo USB

en una PC, instalar el dispositivo en el sistema operativo y una vez configurado podía recién hacer uso del servicio de internet en el orden local; procedimiento que no realiza y la introduce en su iPad.

Ahora bien, es dable destacar que dichos fundamentos y explicación en cuanto al manejo del servicio no fueron expuestos en su contestación de demandada, por ende no fue sometida al juez de la causa, sino que los introduce recién en la Alzada, lo que impide al Tribunal entrar en su consideración, conforme los límites expresamente fijados por el art. 262 del C.P.C., a los tribunales de alzada, lo cual está vedado.

Así lo tiene dicho reiteradamente el Tribunal, siguiendo pacífica doctrina y jurisprudencia sobre el punto: "De acuerdo a la norma establecida en el art. 277 del C.P.C., el Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del A-quo. Queda vedado a la Cámara tratar argumentos no introducidos en la demanda, contestación o reconvencción en su caso, precisamente como destaca Chioventa, porque a la demanda nueva propuesta en apelación le faltaría el primer grado de jurisdicción (ver Fenochietto-Arazi, Cód. Proc. Civ. y Com., T° 1, Pág. 852)". (Prot. de Autos, T° I, F° 104/106, Año 1999 y otros).

De esta manera, "AMX Argentina S.A." en dicho agravio viola el principio dispositivo que impera en el proceso civil, toda vez la jurisdicción se ve limitada por el "thema decidendum" plasmado en el escrito de demanda y su contestación; de ahí que los hechos invocados por las partes configura uno de los ejes principales del proceso, a los cuales el órgano judicial queda sujeto al momento de fallar.

Por ello, al introducir esos hechos -omitidos en la contestación de demanda- propicio la desestimación del agravio.

Sin perjuicio de lo apuntado, debo señalar en relación al "deber de información" (art 42 C.N. y art 4 ley 24240), que este configura sin lugar a dudas una importante herramienta de tutela del conocimiento, y da la posibilidad de analizar sucintamente al momento de la celebración del contrato.

La necesidad de informar, para el caso de una empresa que presta servicios, como es el caso de la telefonía celular, es fundamental, toda vez, que esta advertencia constituye un elemento "formador de la decisión", sobre la continuidad o no, del usuario como cliente de la empresa, como así también sobre la utilización o no del servicio, en otro país.

Esto es no solamente una obligación, sino una necesidad, y no se limita solamente a las cualidades y modo de utilización del producto, sino también los riesgos que puede provocar en la salud. (CNFed C Adm Fed. Sala 5 1/3/2006 Cemic Disp 920/04 el Dial AA 3686 comentado en Rev. Derecho Rivado y Comunitario Mosset de Iturraspe , Jorge Alegria, Hector Rubinzal Culzoni , Buenos Aires 2009 p 474).

Ahora bien, la pregunta que cabe, es saber ¿desde cuando se extiende el deber de información, a fin de saber en forma acabada y completa sobre las modalidades del servicio que paga?. Esto tiene un sentido fundamental, y es saber si podemos utilizar o no el servicio, y en caso afirmativo, el costo de su utilización.

La ausencia de información, que genera un actuar ausente de discernimiento por parte del consumidor, conlleva de ordinario un uso desmedido del servicio que redundará en una mayor facturación para el proveedor. Ello, sin lugar a dudas se contrapone contra los principios comerciales de las empresas, donde muchas veces se juega con la ignorancia o despreocupación, a fin de incrementar los costos. Es tal el punto de desconfianza que hoy padecen estas empresas de servicios, que gente elige al momento de salir del país, para mayor resguardo apagar sus teléfonos,

o los ponen en "modo avión", a fin que solamente se usen en la medida que tenga conectividad wi fi y de esta manera evitar sorpresas económicas.

La publicidad o información hoy, es de características persuasivas, que sin lugar a dudas sirve para seducir al cliente, pero ello debe ir acompañado durante una clara información no solo de las condiciones, sino de los cambios que puedan producirse. Pero nadie puede negar, que "el avance incesante de la actualización tecnológica acelera la vetustez de los conocimientos del profano, implicando esto que para comprender las calidades de un producto o servicio complejo se necesite un nivel de conocimiento superior al genérico".

El derecho a la seguridad, previsto en el art 42 de la C.N., en lo relacionado al consumo, abarca no solo a los contratos, sino a los actos unilaterales, como la oferta a sujetos indeterminados.

Claro está que los usuarios y consumidores, entre otras cosas de telefonía celular son sujetos vulnerables, y por ende el constituyente decidió proteger de manera especial. Definitivamente, el actor no se anotició de que, cambiando de dispositivo, se activaría otro servicio, el cual le generaría un gastos y consumos, que, de haberlo sabido, no lo hubiera usado. Por lo que este primer agravio queda totalmente desvirtuado.

La información debe cubrir la etapa genética y funcional, ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes.

La información que el prestador del servicio debe brindar al consumidor de acuerdo al art. 4° de la Ley 24.240 es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato; es más, en los agravios brinda la información de como debía usarse la tarjeta SIM en una PC, quedando en evidencia que omitió dar esa información al momento de adquirir el servicio por parte del Sr. Carlos Jesús Ureta y no a la hora de contestar los agravios.

En cuanto al segundo agravio, debemos establecer cual es el espíritu de la Ley de Protección al Consumidor con relación a la carga probatoria en procesos derivados de prestación de servicios. El Tribunal Supremo de la Nación tiene dicho que "Para resolver la colisión de los derechos de usuarios y consumidores con otras normas que regulan diversas situaciones específicas, corresponde tener en cuenta un doble orden de consideraciones. Por un lado, que en los casos que presentan colisión de normas no es la ley sino la Constitución Nacional la fuente principal de los derechos de los consumidores. Por otro lado, en el derecho argentino rige la interpretación más favorable al consumidor, la precedencia normativa constitucional y la integración con otras normas en el supuesto de ausencia de regulación específica. (Del Voto del Dr. Lorenzetti.) Banco Provincia vs. Dirección Nacional de Comercio Interior – CSJN – 19-03-2014" .

De ahí que la Ley de Defensa al Consumidor, en su art. 53, incorpora al proceso de consumo de manera expresa las reglas del solidarismo probatorio o sistema de la carga probatoria dinámica. Cabe destacar, que el legislador no releva el compromiso del consumidor con la prueba de los extremos de su pretensión, sin embargo en el caso que nos ocupa la empresa "AMX ARGENTINA S.A." es quien está en mejores condiciones para acreditar la utilización del servicio y de las recomendaciones de su uso.

En este caso resulta ser la demandada quién debió aportar esta prueba concluyente para liberarse de responsabilidad, por cuanto pesa sobre ella la carga de la prueba que informó adecuadamente sobre la utilización del servicio en relación al roaming internacional, o los hechos que invoca -ahora en este recurso que nos ocupa- referidos a la correcta utilización de la tarjeta SIM, la cual debería haberla dejado en el modem para introducirla a una PC. En este caso la parte que se encuentra en una posición más ventajosa para ofrecer y acompañar los medios probatorios, por lo que cabe el rechazo de este segundo agravio.

Relacionado al tercer agravio, concretamente al punto referido a la suspensión del servicio, y sin perjuicio de que consta en las condiciones de contratación, es una situación que se desprende del tratamiento de lo principal, y es la pérdida del servicio, la cual atribuyen al actor. Y por los argumentos aquí expresados, y basado en el principio "non requiritum probando" entiendo no hace falta explayarse demasiado, simplemente argüir, que no es necesario demasiados elementos de convicción para determinar un criterio, toda vez que se desprende lógicamente, del deber de información, que omitió brindar la demandada.

Ahora bien, vamos a detenernos un poco, en lo relacionado a este agravio (el cuarto) y concretamente al "daño moral" que cuestiona la demandada quejosa, recordemos que el art. 522 del Código Velezano admite en el ámbito contractual el daño moral, pero su procedencia queda librada en cada caso a la apreciación judicial de acuerdo a la índole del hecho generador de la responsabilidad y a las demás circunstancias que ofrece la causa, facultando al juez a condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado.

Carlos A. Hernández piensa que "en las relaciones de consumo la cuestión probatoria se encuentra favorecida para el consumidor, dado que habitualmente la lesión que éste sufre ataca a su dignidad o a sus derechos de la personalidad, lo que hace que no requiera su acreditación por inferirse de la mera conducta lesiva. Tal entendimiento resulta coherente con la flexibilización de la carga probatoria consagrada en el artículo 53, párrafo tercero de la LDC, y encuentra correlato en la jurisprudencia" ("Daño extramatrimonial en las relaciones de consumo" Revista de Daños, Responsabilidad por dolo no patrimonial, año 2018-3, pág. 483, editorial Rubinzal Culzoni). Al respecto, el autor cita una causa en donde se ventilaba el incumplimiento de un contrato de ahorro previo, se afirmó que "La doctrina apunta como presupuestos del daño moral que sea cierto, personal del accionante, y derivar de la lesión a un interés suyo no ilegítimo y que el reclamante se vea legitimado sustancialmente.

En lo que atañe a lo primero, el daño moral debe ser cierto y no meramente conjetural, el que no es indemnizable; lo cual significa que debe mediar certidumbre en cuanto a su existencia misma. Sin embargo, esta exigencia de certeza del daño debe ser adaptada al supuesto del daño moral posible en el sector del Derecho del Consumidor, dado que no se trata de un daño que pueda ser probado en base a pautas objetivas y materialmente verificables de acuerdo a las circunstancias del caso", CNCom., sala F, 27-4-2017, "Martínez Aranda, Jorge R. c/Plan Óvalo SA de Ahorro p/f. determinados y otros s/Ordinario", L. L., AR/JUR/26582/2017.

Carlos Ghersi sostuvo que: "En el Derecho del consumo y usuarios de servicios el incumplimiento siempre genera daño moral porque es un hecho notorio en cuanto a que lesiona los sentimientos y afectos del consumidor o usuario que ha aportado sus horas de trabajo (como unidad productiva) para alcanzar la tasa de satisfacción por el acceso a bienes y servicios y la confianza depositada en las empresas proveedoras, generando la frustración del fin de consumo o ser usuario, por lo cual el daño moral no necesita prueba de su existencia, sí de su intensidad"; Las relaciones en el Derecho del Consumo especialmente la responsabilidad y el daño moral, en L. L. C. 2013-134. Ver también GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, El contrato de asistencia médica al viajero. El alcance de la cobertura frente al reclamo del paciente, en L. L., AR/DOC/791/2018.

Cierto es que el daño moral en materia contractual sólo se configura excepcionalmente, dado que lo ordinariamente afectado suelen ser intereses patrimoniales. Al respecto esta sala ha dicho que: "Se exige una prueba categórica del perjuicio, no resultando suficiente la existencia de molestias menores derivadas del incumplimiento, o en situaciones más extremas, que medie dolo en la conducta del incumplimiento obligacional. El incumplimiento contractual por sí mismo no engendra daño moral y que, por lo general las molestias o inconvenientes que produce no alcanzan a

configurar un perjuicio de esta naturaleza, por falta de certidumbre. Para que el incumplimiento del contrato de compraventa genere daño moral, es menester que se pruebe la presencia de una turbación espiritual de razonable envergadura, no bastando las meras molestias que genera una conducta apartada de lo pactado. Por lo tanto, el mero estado de incertidumbre o la mera invocación de molestias, o frustraciones no justifican la reparación del agravio moral por frustración de compraventa". El criterio para su valoración es limitativo, debiendo probar acabadamente el estado de alteración espiritual, o las molestias agravadas ante el incumplimiento contractual". PROT. DE SENT. T° I F° 179/184 AÑO 2004 23-04-04 -CONT34 y PROT. DE SENT. T° I F° 176/187 AÑO 2018.

En la especie, como ut infra lo dejaré demostrado, ha sido acabadamente demostrado en autos los padecimientos de la accionante como lo expone la perito psicóloga en su dictamen, ya que sin lugar a dudas, como consecuencia, padeció disminución de su paz y tranquilidad de espíritu, esto sumado a los reclamos extrajudiciales y pedidos a la Dirección de Defensa al Consumidor; viéndose sometido por ende a un proceso administrativo y obligada a contratar un abogado para su defensa por más de 6 años.

Ahora bien, es sin lugar a dudas en donde más encuentro padecimiento, y pérdida de su tranquilidad, angustia, etc. es sin lugar a dudas en los hostigamientos constantes de la empresa para obtener su cobro, toda vez, que es donde más hacen hincapié las empresas a fin de obtener el cobro, no respetando horarios ni feriados. Esto, claramente genera una angustia, siempre sumado a la situación de no tener la culpa de haber generado la deuda. Entonces se suma, la angustia, a la impotencia real de una injusticia, máxime, cuando la actora no está acostumbrado a semejantes presiones virtuales.

Y para finalizar, encuentro en el mismo un accionar antijurídico de la demandada, que dio lugar a la facturación del servicio de roaming cuya exclusión pretende el accionante, deviene ineludible que la demandada se abstenga de perseguir su cobro, puesto que de efectivizarse el mismo se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte la demandada, que en modo alguno puede convalidarse.

Por lo que considero oportuno y justo, la determinación de la suma de Pesos Cuarenta Mil (\$40.000), con más los intereses legales, determinado por el a-quo en concepto de daño moral.

Entrando en el análisis del quinto agravio expuesto por "AMX ARGENTINA S.A.", advierto que en los fundamentos para echar por tierra la procedencia del daño punitivo, la queja vuelve sobre la mala utilización del servicio por parte del actor, por lo que me remito a lo ut supra expuesto en los considerandos del segundo agravio, por lo cual propongo su total rechazo.

Amén de ello, en cuanto cuestiona la procedencia del daño punitivo y su cuantía, al respecto se ha señalado que: "La finalidad de la multa contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240 trasciende el mero caso individual sancionatorio, sino que el instituto tiene, también, una función social que abarca roles preventivos, ejemplificadores y disuasorios. Sin prescindir del expreso texto del art. 52 bis de la ley 24.240, que dispone el destino de la multa a favor del consumidor, si su dimensión generara un enriquecimiento indebido, a los efectos de no desvirtuar la señalada función social, cuando la estimación de aquélla incluya su componente por el perjuicio social causado, debe llevar a distribuir su producido de forma tal que puedan ser cumplidos todos los objetivos y fines del instituto" (Cfr. SCBA LP C 119562 S 17/10/2018, voto del Juez PETTIGIANI, "Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico", B4204604 JUBA).

Los "daños punitivos" tienen un propósito netamente sancionador, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en los que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños.

Pero la aplicación del instituto requiere un prudente estudio del caso concreto. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha señalado que: "Los jueces deben ser en extremo prudentes y cuidadosos al momento de establecer la sanción por daño punitivo, en tanto la norma del art. 52 bis de la ley 24.240 (texto agregado por ley 26.361), que refiere a la gravedad del hecho y demás elementos de la causa, resulta vaga, laxa e imprecisa. Es menester entonces que esta labor responda a pautas orientadoras y mecanismos que dejen translucir la valoración de las concretas circunstancias del caso, y evitar acudir a criterios subjetivos no explicitados, infundados, irreproducibles o inverificables. De este modo se contribuye al mejor cumplimiento de los objetivos y fines del instituto." (Cfr. SCBA LP C 119562 S 17/10/2018 "Castelli, María Cecilia contra Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. Nulidad de acto jurídico", B4204602 JUBA).

Se ha sostenido que: "Por otro lado, cabe recordar que el art. 52 bis de la Ley 24240 otorga plena discrecionalidad al juez, quien al momento de decidir la imposición de esta sanción debe tener en consideración las características y fines del instituto y, en este orden, si se presentan en el supuesto del que se trate hechos graves o circunstancias que ameriten recurrir a ella. De tal manera, debe ser la prudente apreciación judicial la que defina en cada caso los parámetros objetivos a tener en cuenta al aplicar la figura bajo análisis (arg. cfr. Picasso, Sebastián, "Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor", en Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, dir. por Roberto Vázquez Ferreyra, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 363; Junyent Bas, Francisco y Garzino, María Constanza, "Daño punitivo. Presupuestos de aplicación, cuantificación y destino", La Ley, 19/12/2011)".

Si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada la multa civil, en cuanto se alude a cualquier incumplimiento legal o contractual, existe consenso dominante en el derecho comparado en el sentido de que las indemnizaciones o daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (Cfr. Stiglitz, Rubén S. y Pizarro, Ramón D.; "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL, 2009-B, 949).

En definitiva, entiendo que ha habido una correcta valoración de la prueba rendida en autos, y por ello resulta ajustada a derecho la decisión del a-quo en cuanto resuelve la procedencia del daño punitivo, resultando a su vez adecuado el monto aplicado, más intereses por la suma de Pesos Cuatrocientos Mil (\$400.000).

También propongo el rechazo del sexto agravio, toda vez que el eje del mismo es referido al supuesto actuar culposo del Sr. Ureta quien cambió la modalidad de uso del servicio de internet, a través de la extracción de la tarjeta SIM del dispositivo USB y su inserción en un equipo propio (no entregado por CLARO), que se conectó a la red en Chile, por permitir el accionante su conexión automática.

Asimismo, de acuerdo a todo lo expuesto, considero correcta la imposición de costas a la firma "AMX ARGENTINA S.A." vencida, en virtud del principio de derrota enunciado en el art. 66 del C.P.C, por lo que propongo rechazar el séptimo.

Por último, en relación al octavo agravio expuesto por la quejosa, referido al pedido de nulidad de las facturas, la demandada vuelve sobre lo mismo que plantea en los otros agravios, en base al mal uso del servicio; sin embargo, estimo procedente realizar la siguiente observación en vías a su estudio.

El escrito de expresión de agravios consiste en la fundamentación del recurso, para lo cual se deben precisar los errores, omisiones y deficiencias que se adjudiquen a la resolución apelada, especificándose las razones de las objeciones opuestas en forma clara, precisa y concreta.

De tal forma, los fundamentos que constituyen los presupuestos de la decisión jurisdiccional que no sean refutados quedan excluidos de la potestad revisora de la Alzada. (Podetti, Ramiro, Tratado de los Recursos, pág. 163, Ediar Editores, Bs.As. 1955; Hitters, Técnica de los Recursos Ordinarios, pág.443, Librería Editora Platense, 1988; Palacio, L.E Tratado de Derecho Procesal Civil, T V, pág.266, Abeledo Perrot, Bs. As. 1990).

Es que como sostiene Loutayf Ranea, a los efectos de fundar la apelación ante la alzada el recurrente debe realizar una crítica razonada y concreta de las cuestiones resueltas por el a quo, a fin de que el tribunal tome conocimiento de los pretendidos errores del fallo (El Recurso Ordinario de Apelación en el Proceso Civil, T 2 pág.169, nota No.192; Astrea 1989).

En el caso, el apelante no ha dado fundamento en razones jurídicas que demuestre el error de la decisión y, de esta forma, no alcanza a satisfacer los requisitos mínimos de admisibilidad del recurso.

Reiteradamente, he sostenido que la expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido y, para que cumpla su finalidad, debe precisarse, punto por punto, las deficiencias que se le atribuyen al fallo. Las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación. No constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que solo contiene simples afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso, máxime si se tiene en cuenta que criticar es muy distinto a disentir, pues la crítica debe significar un ataque directo y pertinente a la fundamentación, tratando de demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pudiere contener, en cambio, disentir es meramente exponer que no se esta de acuerdo con la sentencia. Conforme a lo expuesto propongo rechazar el agravio al respecto.

Costas: Las costas de la presente instancia se imponen a la demandada vencida conforme el principio objetivo de la derrota (art. 66 C.P.C.).

Corresponde regular los honorarios por la actuación en la Alzada, a los Dres. Alberto Eduardo Bloise y Sergio Alberto Bloise, en doble carácter y en forma conjunta, en el 30% de lo regulado en primera instancia y al Dr. Marcelo Navas, por su actuación en doble carácter en un 30% de lo regulado en primera instancia, todo ello de acuerdo a lo dispuesto por el art. 21 inc. a) de la Ley 56-O.

Así voto.

EL SR. JUEZ DE CÁMARA DR. OSCAR ROBERTO OTIÑANO , dijo: Por sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Juan Carlos Noguera Ramos.

Por todo ello, SE RESUELVE:

I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por "AMX ARGENTINA S.A." - CLARO-, conforme a los considerandos que anteceden.

II) Imponer las costas del recurso a la parte demandada vencida.

III) Regular los honorarios profesionales por la actuación en la Alzada, a los Dres. Alberto Eduardo Bloise y Sergio Alberto Bloise, en doble carácter y en forma conjunta, en el 30% de lo regulado en primera instancia y al Dr. Marcelo Navas, por su actuación en doble carácter en un 30% de lo regulado en primera instancia.

Protocolícese, hágase saber, dése copia autorizada y bajen los autos. Déjase constancia que el presente fallo se expide con dos (2) firmas en virtud de lo dispuesto en el art. 257 del C.P.C.FDO:

DR. JUAN CARLOS NOGUERA RAMOS; DR. OSCAR ROBERTO OTIÑANO. ANTE MI DRA.
PATRICIA ROLDAN DE VARGAS- SECRETARIA-
PROT. SENT. T° II F° 81/93 AÑO 2020