

Voces: REPARACIÓN DEL DAÑO - PROTECCION DEL CONSUMIDOR - DAÑO MORAL - DAÑO PUNITIVO - CONTRATO DE AGENCIA - RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL - EXISTENCIA DEL AGRAVIO - RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

Partes: Barberis Hector Edgardo y otro c/ Telecom Personal S.A. y otros | sumarísimo

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

Sala/Juzgado: A

Fecha: 11-oct-2012

Cita: MJ-JU-M-76415-AR | MJJ76415

Producto: SOC,MJ

El cargo en la tarjeta de crédito de los actores por una operación inexistente y que, frente al reclamo, fue corregida en el mismo periodo en que iba a ser liquidado, no configura una intención deliberada de perjudicar, ni negligencia o desprocuración, que permite calificar a la conducta como dolosa o culpa grave, necesarios para habilitar la procedencia del daño punitivo pretendido.

Sumario:

- 1.-El contrato de agencia se inscribe dentro de la categoría de las figuras jurídicas por medio de las cuales se instrumentan los modernos sistemas de distribución comercial, que connotan un conjunto de relaciones, usuales en la actualidad, que encuentran su común denominador en la constitución de canales o vías de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia, puesto que sus actividades son desarrolladas sin subordinación.
- 2.-Trátase, el contrato de agencia, de formas de colaboración empresaria que tienden a la comercialización de bienes y servicios mediante variadas técnicas de colocación de productos y penetración en los mercados.
- 3.- El contrato de agencia es aquél en que una parte, denominada agente , asume de manera estable, actuando con autonomía, la tarea de promover negocios por cuenta y en orden de otra parte, denominada comitente , principal o proponente , sobre la base de una retribución, dentro de una zona asignada.
- 4.- Son notas distintivas del contrato de agencia que: a) es un contrato de duración, pues la vinculación entre las partes está dotada de una estabilidad que refiere, no a negocios determinados, sino a todos los posibles contratos que se concierten respecto a lo que constituye el objeto de la agencia; b) tiene por objeto la promoción profesional o la conclusión de negocios encomendados por el comitente a la agencia, quien actúa en su nombre ya, sin representarlo o, con poder de representación, es decir,

promueve negocios, unilateralmente, en beneficio del comitente, aunque también, eventualmente, puede concluirlos en nombre del principal; c) se celebra entre empresarios mercantiles autónomos o independientes; d) el agente debe cooperar en la ejecución de los contratos con terceros pero no queda personalmente obligado frente a éstos, ya que no es parte en el contrato celebrado entre el principal y su cliente; e) el agente tiene obligación de seguir las instrucciones del proponente; f) el agente debe informar al principal el resultado de sus gestiones, defendiendo sus intereses; y g) finalmente, entre las partes -principal y agente- no hay transmisión de la propiedad de las cosas a comercializar. Ocasionalmente pueden aparecer también como elementos característicos: la exclusividad, el poder de representación ya referido e, incluso, puede pactarse una indemnización en caso de terminación del contrato.

5.-El contrato de agencia constituye una relación contractual entre dos (2) empresas jurídicamente independientes, o sea entre dos (2) organizaciones autónomas, que se distinguen claramente: una produce bienes o servicios y la otra se ocupa de comercializarlos asumiendo los riesgos propios de su actividad, sin que medie un vínculo societario o laboral, aunque esto último no quite que pueda haber una sujeción técnica o económica del agente hacia el principal.

6.-El agente de comercio es un empresario independiente -financiera y operativamente- que monta una organización compleja y riesgosa al servicio de la difusión y colocación de productos del principal en una zona determinada.

7.- Para que resulte procedente la reparación del daño moral, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen daño moral : para que así sea, es menester alegar y probar -razonablemente- la modificación disvaliosa del espíritu, del querer o sentir del supuesto damnificado para, así, admitir tal rubro indemnizatorio.

8.-El agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas: entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo.

9.-No existe necesaria vinculación proporcional entre el daño moral y el perjuicio que afecte la persona de la víctima, pudiendo la indemnización variar en razón de las circunstancias de cada caso.

10.-El daño moral existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto lo que se trata de lograr a través de la indemnización, es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido.

11.-La reparación del agravio moral, derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Sin embargo, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta.

12.-Además de probar la existencia del agravio moral, debe probarse, de alguna manera, su cuantía o, cuanto menos, las pautas de valoración que permitan al juzgador proceder a la determinación de conformidad con lo que establecen los arts. 1522 Cód. Civ. y 165 CPCC, de otra manera la indemnización podría configurar una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante

13.-El daño punitivo es un instituto de sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa bajo la denominación de punitive damages (también, exemplary damages , non compensatory

damages , penal damages , aggravated damages ; additional damages , etc.) y que ha comenzado a proyectarse gradualmente, también dentro del sistema continental europeo, en Canadá y recientemente, entre nosotros, traducido literalmente al español como daños punitivos -aunque tal denominación resultaría objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no, el daño en sí mismo.

14.-Los daños punitivos , hasta hace no mucho tiempo extraños a nuestro derecho, se han convertido en ley positiva en el país a partir de la sanción, en el año 2008, de la Ley 26.361 (modificatoria de la Ley 24.240), mediante dicha normativa se ha incorporado el citado instituto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, que expresamente prevé que frente al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, que 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 , disponiendo también que 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 (conf. Ley 24.240, artículo 52 bis).

15.-Si bien, para la procedencia del daño punitivo la literalidad de la norma del artículo 52 bis de la ley 24240 solo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo único que se requiere es la existencia de dicho incumplimiento, lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma.

16.-Existe consenso en la materia, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, acerca de que las indemnizaciones o daños punitivos únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o la culpa grave del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva.

17.- Cuando los precedentes judiciales se refieren, en materia de daño punitivo, a la existencia de culpa grave , se trata de aquella que constituye una falta grosera, esto es, la que consiste en el hecho de no haber tomado una precaución que todo el mundo habría juzgado necesaria. Este tipo de culpa únicamente se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación, identificándose con la voluntad conciente más que con el simple descuido.

18.-El instituto del daño punitivo cumple una tríada de funciones, a saber: a.) sancionar al causante de un daño inadmisibles; b.) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; y c.) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera la punición.

19.- La finalidad de los daños punitivos es: a.) punir graves inconductas; b.) prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción; c.) reestablecer el equilibrio emocional de la víctima; d.) reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; e.) proteger el equilibrio del mercado.

20.-La finalidad perseguida con el instituto del daño punitivo debe apuntar a sancionar al causante de un daño inadmisibles con eventual proyección social y hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa, con una finalidad ejemplificadora y disuasoria respecto de su reiteración.

21.-La mención que realiza el artículo 52 bis de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del incumplimiento de una obligación legal o contractual debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable del daño, debiendo verificarse que el agente dañador ha actuado con dolo o culpa grave, o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los clientes o agentes gravemente perjudicados.

22.-No puede obviarse que la aplicación de la sanción debe presuponer los extremos exigibles de responsabilidad que apuntan a la clara finalidad de sancionar graves inconductas y a prevenir su repetición, a reflejar la desaprobación social frente a esas graves inconductas y proteger al equilibrio del mercado- 23.El daño punitivo traído a nuestra legislación no puede pues, ser desligado de la necesaria consideración de la naturaleza misma del instituto, dado que es independiente y funcional a la gravedad del hecho, ya que agrava, con todo rigor, la indemnización que ya se haya estimado procedente. Así pues, cabe solo en el debido contexto que justifique concederlo. N.R.: Sumarios elaborados por Ricardo A. Nissen.

Buenos Aires, 11 de octubre de 2012.

Y VISTOS:

1.) Apelaron los actores la sentencia dictada a fs. 412/21 en cuanto rechazó la demanda incoada contra Telecom Personal SA, Banco Itaú Buen Ayre SA y First Data Cono Sur SA, e hizo parcialmente lugar a la acción en relación a Got SRL a quien condenó a pagar la suma de \$ 3000 a los accionantes en concepto de daño moral.

El memorial se encuentra desarrollado a fs. 442/51, los que fueron contestados a fs. 453/6 por First Data Cono Sur SA, a fs. 460/2 por Telecom Personal SA, y a fs. 465/7 por Banco Itaú Buen Ayre SA.

2.) La acción incoada:

En autos se presentaron Héctor Edgardo Barberis y Diego Edgardo Barberis promoviendo demanda por daños y perjuicios contra Telecom Personal SA, Banco Itaú Buen Ayre SA, Got SRL y First Data Cono Sur SA, los que calcularon en la suma de \$ 36.000.-

Relataron que Diego E. Barberis, titular de una extensión de la tarjeta Mastecard del restante coactor, el día 29/5/09 adquirió un aparato celular para su novia en el local del representante que Telecom Personal SA tiene en el Shopping Caballito de esta Ciudad -Got SRL-. Manifestaron que en ese lugar los atendió un empleado llamado "Mariano" con quien se contrató la compra de un equipo Samsung F27SL por la suma de \$ 600, el cual sería abonado en tres (3) cuotas mediante la tarjeta Mastercard. Indicaron que el empleado referido realizó la operación por vía telefónica, proporcionándole el número de la transacción, mas no un recibo o factura por alegar que se le habían acabado. Ante esta omisión, luego de la operación el actor se comunicó con Mastercard, para verificar la corrección de la operación. Añadieron que como dicho empleado les había dado un teléfono para comunicarse para la entrega de la factura, el día 3/6/09, se intentó comunicar con dicha persona y al no lograrlo, el actor llamó nuevamente a Mastercard quien le informó que Telecom Personal SA había ingresado una operación de \$ 2.604,48 que nunca realizó.

Señalaron que, por un pacto previo con Mastercard, las operaciones que superan los \$ 500 son

verificadas en forma previa al otorgamiento de la autorización por personal de First Data mediante un cuestionario que se realiza en forma personal con el cliente.

Apuntaron que, en el caso, Telecom Personal SA trabó el crédito del titular de la tarjeta, aceptándolo Mastercard sin pedir confirmación, lo que motivó el desconocimiento del cargo de su parte y la queja ante Telecom Personal SA, y el banco demandado. Señalaron que la inclusión del cargo objetado por la suma de \$ 2.604,48 habría motivado que se rechazaran débitos automáticos como lo fueron Lexis Nexis y OSDE. Añadieron que, en relación a esta última entidad, dado que las cuotas que vencen a mediados de cada mes se debitan en el resumen siguiente, debieron abonar en el mes de Julio las cuotas correspondiente a ese mes y al de Junio, por lo que debieron adelantar pagos que normalmente deberían haber sido realizados después a los fines de contar con la cobertura de dicha prepaga.

Reclamaron por estas circunstancias, además, el pago de la suma de \$ 9000 para cada actor por daño moral, el cual se fundó en los convenientes que trajo el hecho de que se incluyera un cargo por una operación inexistente, y el rechazo del débito de la prepaga OSDE, que cubre al titular de la tarjeta -Héctor E. Barberis-, quien en abril de ese año -2009- fue sometido a una operación traumatológica que lo mantuvo bajo tratamiento y convalecencia a la fecha en que ocurrieron los hechos. Señalaron que todo esto determinó que, a la imposibilidad de deambulación libre que presentaba el coactor, se le sumara una sensación de inseguridad y angustia ante la desprotección que podría ocasionarle el hecho de que la prepaga no estuviera abonada, además de la impotencia ante la falta de respuesta de los involucrados. Consideraron que también debían tenerse en cuenta el desprestigio personal y las múltiples acciones y misivas que se tuvo que enviar para lograr solucionar el problema, mas el tiempo perdido en ello.

En cuanto a los daños punitivos manifestaron que pese a los innumerables reclamos el crédito de los coactores se vio afectado ya que se rechazaron operaciones que obligaron a alterar el normal desenvolvimiento económico financiero de la familia con un importante pago extra por el rechazo del débito de OSDE que cubría al titular de la tarjeta.

Invocaron como derecho aplicable los rts. 1109, 1113 y conss del Código Civil, arts. 40, 42bis y 52bis de la ley 24240.-

3.) La sentencia recurrida:

El magistrado de grado, rechazó la demanda contra First Data Cono Sur SA y Banco Itau Buen Ayre SA, con base en que, de lo expresamente manifestado por los actores y de las evidencias colectadas en la causa surgiría que dichas sociedades no eran titulares de la relación jurídica sustancial planteada en autos. Ello, pues los actores habían denunciado que el error provino del uso de la tarjeta por parte de un empleado de Got SRL. Añadió que los accionantes no acreditaron el supuesto pacto que tenían con Mastercard para que se verificara una compra superior a los \$ 500, y que, en relación a First Data Cono Sur SA se comprobó que procedió a corregir el error incurrido. Por otro lado, apuntó que el rechazo de los débitos aludidos en el escrito de demanda en relación a Lexis Nexis y OSDE, por parte del banco accionado se debió a una consecuencia lógica de haberse excedido el saldo disponible en la cuenta por los débitos ingresados de más, y que luego se procedió a efectuar el reajuste correspondiente en el lapso de un mes.

El magistrado de grado también rechazó la demanda incoada contra Telecom Personal SA, con base en el contrato de agencia que la unió con Got SRL y las cláusulas insertas en dicho instrumento que la exoneraban de cualquier responsabilidad en relación a actos de la agente y/o de los empleados de esta última.

En cuanto al daño moral reclamado, sólo lo acogió por la suma de \$ 3000 en forma conjunta para

ambos actores, pues estimó que ese daño solo se hallaba configurado por una reducción del crédito de ambos accionantes durante el período en que se le imputó un cargo que no existía, aproximadamente un mes.

Respecto del daño punitivo, desestimó la petición con base en que no concurrían los requisitos de la responsabilidad civil -conducta ilícita, factor de atribución, daño y relación de causalidad-.

4.) Los agravios:

Se quejaron los actores porque el juez de grado habría considerado que el reclamo tenía como fundamento la imputación de un gasto en su tarjeta de crédito que no habrían realizado, cuando la razón del reclamo se basa en el ingreso de una operación inexistente, en el bloqueo del crédito que los actores tenían autorizado, sin causa aparente y en el rechazo incausado de débitos bancarios. Indicó que el resarcimiento se solicitó no por un gasto mal imputado sino por el bloqueo incausado del crédito y consecuente uso de las tarjetas que motivó luego el rechazo de los débitos, cuando el monto ingresado no consumía el autorizado mensual del que gozaban. Señaló que la anomalía alegada en la demanda no fue imputada a Got SRL, sino a Telecom Personal SA, quien a su vez resultaría responsable de las actividades de su agente comercial -Got SRL-, de conformidad con la teoría de la apariencia jurídica. Invocó la solidaridad que nace del segundo párrafo del art. 40 de la ley 24240. Añadió que tanto First Data como el Banco Iatú Argentina SA tuvieron relación con el daño cuyo resarcimiento se reclama, y que esta última entidad habría violado el art. 19 de la ley 24240 pues no habría prestado el servicio contratado en la forma convenida. Se quejaron también del monto otorgado en concepto de daño moral, habida cuenta que no existiría constancia alguna emanada del banco demandado que indique que se superó algún límite y que ello motivara el rechazo de los débitos automáticos. Apuntaron que no se produjo una reducción del crédito sino una inhabilitación de éste. Se agravieron del rechazo del daño punitivo cuando se había admitido el daño moral, y los hechos invocados en la demanda habrían sido posibles por la articulación de las conductas de todos los intervinientes. Finalmente, se agravieron también de la imposición de costas a su cargo.

5.) Legitimación del Banco Itau Buen Ayre SA y First Data Cono Sur SA

No puede dejar de observarse que los actores, en su memorial, intentan modificar aunque parcialmente, los hechos alegados y los fundamentos de su demanda, introduciendo cuestiones que no fueron incorporadas al plantear la acción.

En efecto, aluden a que el banco accionado habría bloqueado indebidamente el crédito, no solo por el cargo cuestionado sino porque, aún incluyendo a dicho cargo, no se habría consumido el monto autorizado mensualmente para operaciones con esa tarjeta de crédito. También se le endilga no haber cumplido con el servicio prestado, violando las disposiciones del art.19 de la ley 24240.-

Ahora bien, de la lectura del escrito de inicio surge que, como lo entendió el magistrado de grado en su sentencia, el reclamo de resarcimiento de daños tuvo como fundamento la inclusión de un cargo de \$ 2.604,48 por una operación que no fue realizada, lo que habría devenido, como los propios actores señalaron, en el posterior rechazo de los débitos automáticos de Lexis Nexis y OSDE que se mencionan en la demanda. Este cargo, según se extrae de la documentación acompañada fue, sin embargo, corregido en el mismo período en que se liquidó (v. fs. 13).-

Así, siendo que al tiempo de demandar no se hizo alusión a que el banco demandado habría incumplido con sus obligaciones, particularmente en relación al indebido rechazo de débitos automáticos, cuando no se habría superado el límite pactado de crédito, no se advierte pertinente analizar tal cuestión en esta instancia, pues ello importa una modificación de la demanda improcedente a esta altura del trámite del juicio, además de que conculcaría el derecho de defensa en juicio de dicha entidad, encontrándose

impedido este Tribunal de expedirse al respecto (art. 277 CPCC).

De otro lado, tampoco se aprecia de los agravios esbozados una concreta crítica a la sentencia dictada en la anterior instancia, en cuanto a la falta de vinculación del banco y de Fist Data Cono Sur SA en los hechos en los que se fundó el reclamo de autos, incumpliendo de este modo con el art. 265 CPCC. Véase que ambas entidades, por lo que surge de autos, habrían cumplido con su rol dentro de los contratos que unieron a las distintas partes y con la operatoria que involucra el uso de una tarjeta de crédito, habiendo, a su vez, receptado la queja de los actores y corregido el error invocado en un período breve -aproximadamente un mes-.

Además, no se acreditó de modo alguno, el supuesto acuerdo para que se verificara toda compra superior a los \$ 500, como se alegó al demandar.

Por tal razón, no cabe más que rechazar el recurso deducido sobre este punto.

6.) Legitimación de Telecom Personal SA

Aquí, nuevamente, se advierte que la actora pretende modificar sus alegaciones invocando que la legitimación de Telecom Personal SA estaría dada por la teoría de la apariencia, cuestión que no fue debidamente introducida al demandar, por lo que no cabe que esta Sala se expida al respecto (arg. 277 CPCC).

6.1. En cuanto a la relación habida entre Got SRL y Telecom Personal SA, no se encuentra discutido que se trató de un contrato de agencia.

Cabe recordar que se ha dicho que el contrato de agencia se inscribe dentro de la categoría de las figuras jurídicas por medio de las cuales se instrumentan los modernos sistemas de distribución comercial, que connotan un conjunto de relaciones, usuales en la actualidad, que encuentran su común denominador en la constitución de canales o vías de comercialización por medio de terceros que actúan sin relación de dependencia, puesto que sus actividades son desarrolladas sin subordinación (esta CNCom., Sala A, 09/06/2010, in re: "Nores Novillo Corvalán & Asoc. S.R.L. c. Zurich International Life Limited (Suc. Arg.)"; véase, Marzorati, Osvaldo, "Sistemas de distribución comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, ps. 1/12; conf. Farina, Juan M., "Contratos comerciales modernos", Astrea, Buenos Aires, 1999, N° 274, págs.412/413). Trátase, pues, de formas de colaboración empresaria que tienden a la comercialización de bienes y servicios mediante variadas técnicas de colocación de productos y penetración en los mercados (conf. CNCom., Sala C, 30/12/2003, in re: "Marcolín, Carlos A. y otros c/ Resero Sociedad Anónima Industrial Agropecuaria, Comercial y Financiera s/ ordinario").

Ahora bien, el "contrato de agencia" ha sido definido como aquél en que una parte, denominada "agente", asume de manera estable, actuando con autonomía, la tarea de promover negocios por cuenta y en orden de otra parte, denominada "comitente", "principal" o "proponente", sobre la base de una retribución, dentro de una zona asignada (conf. Marzorati, Osvaldo, ob. cit., p. 13; Etcheverry, Raúl Aníbal; en "Derecho Comercial Económico. Contratos. Parte Especial", Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 365).

Se ha dicho que son notas distintivas de este tipo contractual que: a) es un contrato de duración, pues la vinculación entre las partes está dotada de una estabilidad que refiere, no a negocios determinados, sino a todos los posibles contratos que se concierten respecto a lo que constituye el objeto de la agencia; b) tiene por objeto la promoción profesional o la conclusión de negocios encomendados por el comitente a la agencia, quien actúa en su nombre ya, sin representarlo o, con poder de representación, es decir, promueve negocios, unilateralmente, en beneficio del comitente, aunque también, eventualmente, puede concluirlos en nombre del principal; c) se celebra entre empresarios mercantiles autónomos o

independientes; d) el agente debe cooperar en la ejecución de los contratos con terceros pero no queda personalmente obligado frente a éstos, ya que no es parte en el contrato celebrado entre el principal y su cliente; e) el agente tiene obligación de seguir las instrucciones del proponente; f) el agente debe informar al principal el resultado de sus gestiones, defendiendo sus intereses; y g) finalmente, entre las partes -principal y agente- no hay transmisión de la propiedad de las cosas a comercializar. Ocasionalmente pueden aparecer también como elementos característicos: la exclusividad, el poder de representación ya referido e, incluso, puede pactarse una indemnización en caso de terminación del contrato (conf. Marzorati, ob. cit., ps. 16/19; Farina, Juan M.; "Resolución del contrato en los sistemas de distribución"; Ed. Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 14/5; Lorenzetti, Ricardo Luis, "Tratado de los contratos", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, t. I, p. 629/630).

Se trata, entonces, de una relación contractual entre dos (2) empresas jurídicamente independientes, o sea entre dos (2) organizaciones autónomas, que se distinguen claramente: una produce bienes o servicios y la otra se ocupa de comercializarlos asumiendo los riesgos propios de su actividad, sin que medie un vínculo societario o laboral, aunque esto último no quite que pueda haber una sujeción técnica o económica del agente hacia el principal (cfr. Argeri, Saúl, "Contrato de distribución", pág. 1042).

En esa inteligencia, se ha remarcado que el agente de comercio es un empresario independiente -financiera y operativamente- que monta una organización compleja y riesgosa al servicio de la difusión y colocación de productos del principal en una zona determinada (cfr. Marzorati, ob. cit., p. 15; esta CNCom esta Sala A, 16/4/12, voto de la Dra Uzal in re: "Star TV SA c/ Directv Argentina SA s/ ordinario").

6.2. Así, de la propia definición de la relación jurídica que unía a Got SRL y a Telecom Personal SA a la época de los hechos denunciados, surge que se trata de dos empresas autónomas, debiendo cada uno responder por las propias obligaciones asumidas.

A ello deben añadirse las propias cláusulas del contrato suscripto entre ambas entidades, que fueran referidas por el a quo en su sentencia, en virtud de las cuales Got SRL responde como único responsable de los daños y perjuicios que su personal y/o terceros contratados puedan ocasionar a Personal y/o a sus clientes y/o terceros (fs.83, cláusula 5.11.1.f), así como mantener indemne a Personal en caso de reclamo por acción u omisión de Got SRL o de su personal (fs. 83, cláusula 5.11.1.g).-

Todas estas cuestiones que no fueron rebatidas debidamente por los actores, quienes se han limitado a manifestar que dicha empresa debería responder en función de la teoría de la apariencia, fundamento que, conforme se señalara precedentemente, no fue argüido oportunamente al demandar y no encuentra sustento dogmático en la conformación de la relación jurídica que nos ocupa, imponen que deban rechazarse las quejas introducidas sobre este punto.

6.3. En cuanto a la solidaridad invocada en los términos el art. 40 de la ley 24240, cabe señalar que dicha norma dispone que si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. Añadiendo que la responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan y que sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena.

Ahora bien, en el caso de autos no se ha demostrado que el daño acogido haya resultado del vicio o riesgo de la prestación del servicio por parte de Telecom Personal SA. Además, el magistrado de grado consideró que la causa del daño cuyo resarcimiento se ha dispuesto es ajena a dicha entidad, lo que, en todo caso, la libera de la responsabilidad alegada.

En ese contexto, y no habiéndose demostrado que el daño le sea imputable a Telecom Personal SA, debe desestimarse la solidaridad pretendida con base en la norma invocada.7.) El daño moral.

Corresponde recordar que los accionantes solicitaron por dicho concepto el importe de nueve mil (\$ 9.000.-) cada uno y que el magistrado de grado otorgó la suma de pesos tres mil (\$ 3000) en forma conjunta.

Pues bien, se ha dicho que, para que resulte procedente la reparación moral, es necesario considerar la repercusión que la acción dañosa provoca en la persona afectada. Las molestias, así como los reclamos extrajudiciales o la necesidad de accionar judicialmente para obtener el reconocimiento de su derecho indemnizatorio, no constituyen "daño moral": para que así sea, es menester alegar y probar -razonablemente- la modificación disvaliosa del espíritu, del querer o sentir del supuesto damnificado para, así, admitir tal rubro indemnizatorio (conf. CNCom., esta Sala A, 16.11.2006, in re: "Bus Domingo Gabriel c/ Transportes Metropolitano General Roca S.A."; id. id. 06.12.2007, "Valiña, Carlos c/ Mercantil Andina Cía de Seguros S.A."; íd, Sala D, 26.05.1987, in re: "Sodano de Sacchi c/ Francisco Díaz S.A. s/ sumario", entre muchos otros). Es que el agravio moral importa una lesión a las afecciones legítimas: entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física, los afectos familiares, aunque no cualquier inquietud o perturbación del ánimo derivados de la privación de bienes materiales son suficientes para justificarlo (conf. CNCom. Sala B, 12.08.1986, in re: "Katsikaris, A. c/ La Inmobiliaria Cía. de Seguros s/ ordinario").

En esta línea de ideas pues, no existe necesaria vinculación proporcional entre el "daño moral" y el perjuicio que afecte la persona de la víctima, pudiendo la indemnización variar en razón de las circunstancias de cada caso (conf. CNCom., esta Sala A, 30.06.2011, "Perman Osvaldo Rubén y otro c/ American Express Argentina S.A. s/ ordinario"; id. id. 16.11.2006, in re: "Bus Domingo..."; citado supra; en igual sentido, CNCom., Sala D, 28.08.1987, in re: "Saigg de Piccione, Betty c/ Rodríguez, Enrique").

El "daño moral" existe cuando se lesionan derechos de las personas que son extraños a valores económicos y su reparación tiene un carácter resarcitorio y no meramente sancionatorio o ejemplar, en tanto lo que se trata de lograr a través de la indemnización, es una compensación que, en alguna medida, morigere los efectos del agravio moral sufrido (conf. CNCom., esta Sala A, 16.11.2006, in re: "Bus.", citado supra; id. id., 06.12.2007, "Valiña...", citado supra; id. Sala C, 25.06.1987, in re: "Flehner, Eduardo c/ Optar S.A.").

Como consecuencia de lo expresado, la reparación del agravio moral, derivado de la responsabilidad contractual queda librada al arbitrio del juez, quien libremente apreciará su procedencia. Sin embargo, se debe conceder con cierta estrictez y es a cargo de quien lo reclama su prueba concreta.

Así las cosas, además de probar la existencia del agravio, debe probarse, de alguna manera, su cuantía o, cuanto menos, las pautas de valoración que permitan al juzgador proceder a la determinación de conformidad con lo que establecen los arts. 1522 Cód. Civ. y 165 CPCC, de otra manera la indemnización podría configurar una confiscación o enriquecimiento sin causa a favor del reclamante (conf. CNCom., esta Sala A, 24.02.2009, "Suez Luis Moisés y otro c/ Cencosud S.A. s/ ordinario"; id. 30.12.2010, "Flores Plata de Cisneros Elida c/ Transportes Metropolitanos General Roca S.A. s/ ordinario"; íd. 20/12/11, voto de la Dra. Uzal in re: "Razzini Diego c/ Ford Argentina SA s/ ordinario"; id. Sala E, 06.09.1988, in re: "Piquero, Hugo c/ Banco del Interior y Buenos Aires").

Ahora bien, estudiadas las constancias de la causa, la realidad es que los accionantes no han aportado elemento de convicción alguno que autorice a considerar que la indemnización otorgada en concepto del "daño moral" que alegaron haber padecido debiera ser mayor a la reconocida, no obstante corresponder a dicha parte la carga de la prueba referida a dicho extremo por ser quien tenía a su cargo

el onus probandi (arg. art. 377 CPCC; CNCom. esta Sala A, 14.11.2006, in re: "B.V.R. S.A. c/ Banco Itaú Buen Ayre S.A.").

Nótese que solamente se acompañó la historia clínica de uno de los actores a los fines de demostrar que se encontraba en tratamiento por una operación quirúrgica a la fecha de los acontecimientos, oportunidad en la cual fue rechazado el débito automático de la prepaga que lo asistía -OSDE-. Mas ello sólo no resulta suficiente para demostrar alguna modificación disvaliosa de su espíritu o la existencia de una afectación de índole moral de entidad tal que permita elevar la suma ya reconocida en autos.

En efecto, las molestias derivadas de haber tenido que impugnar el cargo imputado erróneamente en su tarjeta de crédito y la circunstancia de haber efectuado numerosos reclamos por carta documento, no implican de por sí, la existencia de un "daño moral" como el pretendido.

Sobre la base de lo expresado, no cabe sino concluir en que los accionantes no lograron probar en forma suficiente la existencia de un perjuicio de índole extrapatrimonial mayor al reconocido por el magistrado de grado, debiendo rechazarse -en consecuencia- los reclamos en lo que a la cuestión tratada se refiere.

8.) El reclamo en concepto de "daño punitivo".

8.1. Debe recordarse que los accionantes solicitaron por dicho concepto el importe de pesos nueve mil (\$ 9.000.-) cada uno y que el juez a quo juzgó que no se encontraban acreditados los extremos fácticos que habilitarían la imposición de ese tipo de sanción.

Ahora bien, a los fines de ingresar en el tratamiento de la procedencia de la pretensión indemnizatoria de marras, corresponde efectuar ciertas precisiones en cuanto al instituto del "daño punitivo", así como en los presupuestos necesarios para la procedencia de tal sanción en el derecho argentino.

Se trata de un instituto de sólido predicamento en el derecho anglosajón, donde se lo designa bajo la denominación de "punitive damages" (también, "exemplary damages", "non compensatory damages", "penal damages", "aggravated damages"; "additional damages", etc.) y que ha comenzado a proyectarse gradualmente, también dentro del sistema continental europeo, en Canadá y recientemente, entre nosotros, traducido literalmente al español como "daños punitivos" -aunque tal denominación resultaría objetable, pues lo que se pune o sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no, el daño en sí mismo, lo que ha sido materia de tratamiento en esta Alzada, in re: "Razzini Diego c/ Ford Argentina SA s/ ordinario", voto de la Dra. Uzal, del 20/12/11.-

No obstante, los "daños punitivos", hasta hace no mucho tiempo extraños a nuestro derecho, se han convertido en ley positiva en el país a partir de la sanción, en el año 2008, de la Ley 26.361 (modificatoria de la Ley 24.240), mediante dicha normativa se ha incorporado el citado instituto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor. La referida norma prevé frente, "al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, que 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". Se dispone también que "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" (conf. Ley 24.240, artículo 52 bis).

Pues bien, cabe determinar cuáles son los presupuestos que deben requerirse como necesarios para autorizar a conceder una indemnización adicional por dicho concepto.

En ese cometido, debe aclararse, en primer lugar, que si bien, para la procedencia del "daño punitivo" la literalidad de la norma solo parecería exigir el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales y así ha sido entendido en algunos precedentes que estiman que lo único que se requiere es la existencia de dicho incumplimiento (conf. CACiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, in re: "Machinandiaarena..." supra citado), lo cierto es que tal postura no puede ser compartida, a poco que se repare en que tan ligera apreciación resulta contraria a la propia esencia del instituto que se recoge y debe entenderse que deviene contraria al espíritu de la norma (conf. in re: "Razzini." ya citado).

Asimismo, cabe señalar que existe consenso en la materia, tanto en el derecho comparado como en nuestra doctrina, acerca de que las indemnizaciones o daños punitivos únicamente proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el "dolo o la culpa grave" del sancionado, o por la obtención de enriquecimientos derivados del ilícito, o en ciertos casos, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia un menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva (véase: Trigo Represas, Felix; "La responsabilidad civil en la nueva ley de defensa del consumidor", La Ley On Line; Stiglitz Rubén - Pizarro Ramón; "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL, 2009-B, 949).

De otro lado, debe destacarse que, en términos generales, cuando los precedentes se refieren a la existencia de "culpa grave", se trata de aquella que constituye una falta grosera, esto es, la que consiste en el hecho de no haber tomado una precaución que todo el mundo habría juzgado necesaria. Este tipo de culpa únicamente se configura cuando media una manifiesta y grave despreocupación, identificándose con la voluntad conciente más que con el simple descuido (conf. CNCom., esta Sala A 06.12.2007, "Valiña Carlos c/ Mercantil Andina Cía de Seguros S.A. s/ ordinario").

Así, se ha sostenido que el instituto cumple una tríada de funciones, a saber: a.) sancionar al causante de un daño inadmisibles; b.) hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de la actividad dañosa; y c.) prevenir o evitar el acaecimiento de hechos lesivos similares, al que mereciera la punición (conf. Trigo Represas, Felix; "La responsabilidad ...", supra citado).

En el mismo sentido, ha sido dicho que la finalidad de los daños punitivos es: a.) punir graves inconductas; b.) prevenir futuras inconductas semejantes, ante el temor de la sanción; c.) reestablecer el equilibrio emocional de la víctima; d.) reflejar la desaprobación social frente a graves inconductas; e.) proteger el equilibrio del mercado (conf. Pizarro Ramón R. "Derecho de Daños". Ed. La Rocca. Bs.As. 1993, pág. 302/6).-

En conclusión, la finalidad perseguida con este tipo de instituto debe apuntar a sancionar al causante de un daño inadmisibles con eventual proyección social y hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos a través de esa actividad dañosa, con una finalidad ejemplificadora y disuasoria respecto de su reiteración (conf. voto de la Dra Uzal in re: "Razzini." ya citado).

8.2. Procedencia del "daño punitivo" pedido en el sub lite.

Sobre la base de todo lo hasta aquí expresado, debe concluirse pues, en que la mención que realiza el artículo 52 bis de la Ley 24.240 (reforma introducida por el art. 25 de la Ley 26.361) relativa a la exigencia del "incumplimiento de una obligación legal o contractual" debe ser entendida como una condición necesaria pero no suficiente para imponer la condena punitiva, debiendo considerarse que la misma es de interpretación restrictiva, resultando procedente, únicamente, frente a la existencia de un grave reproche en el accionar del responsable del daño, debiendo verificarse que el agente dañador ha actuado con "dolo" o "culpa grave", o con un deliberado designio de anteponer los propios intereses y/o el propio beneficio, manteniéndose indiferente, de modo consciente, frente a los derechos de los

clientes o agentes gravemente perjudicados.

Es que, no puede obviarse que la aplicación de la sanción debe presuponer los extremos exigibles de responsabilidad que apuntan a la clara finalidad de sancionar graves inconductas y a prevenir su repetición, a reflejar la desaprobación social frente a esas graves inconductas y proteger al equilibrio del mercado.

El "daño punitivo" traído a nuestra legislación no puede pues, ser desligado de la necesaria consideración de la naturaleza misma del instituto, dado que es independiente y funcional a la gravedad del hecho, ya que agrava, con todo rigor, la indemnización que ya se haya estimado procedente. Así pues, cabe solo en el debido contexto que justifique concederlo (conf."Razzini." ya citado).

Efectuada la conclusión precedente, cabe pasar a analizar si, en la especie, se han verificado las circunstancias excepcionales que autorizan a la fijación del "daño punitivo" pretendido, esto es, si se ha acreditado la existencia del tipo de conducta que resulta exigible.

En ese marco, debe señalarse, que en la especie se ha verificado que ingresó un cargo en la tarjeta de crédito Mastercard de titularidad de los actores, supuestamente efectuado por un empleado de Got SRL, por una operación inexistente y que, frente al reclamo efectuado por los accionantes, tal imputación fue corregida en el mismo periodo en que iba a ser liquidado el cargo (véase fs. 13). Ello, no permite desprender de la conducta que generó el daño reconocido, supuestamente seguida por un empleado de la sociedad referida, el designio "doloso" de perjudicar o la "culpa grave" en ese sentido, que son necesarios para habilitar la procedencia del "daño punitivo" pretendido.

En efecto, la obligación indemnizatoria a la que se condenó a Got SRL, derivó de su carácter de empleadora del sujeto que habría realizado la acción antijurídica. Hasta aquí, el resarcimiento es proporcionado al incumplimiento en que se incurriera, con la extensión necesaria para reparar el perjuicio moral, sin embargo, no se aprecia cabalmente demostrado, con el rigor que es de menester, que haya existido una intención deliberada de provocar un perjuicio al accionante o una grosera y grave negligencia o despreocupación de parte de la demandada Got SRL con la entidad propia de la "culpa grave", circunstancia que obsta a la procedencia de la condena adicional que aquí se pretende.

Con base en todo lo hasta aquí expresado, habrá de rechazarse el reproche de los recurrentes, también en lo que a la cuestión tratada se refiere, debiendo confirmarse -en consecuencia- la sentencia recurrida en todas sus partes.

9.) Costas:

Los recurrentes se quejaron de que se les impusieran las costas por la acción seguida contra Telecom Personal SA, Banco Itau Buen Ayre SA y First Data Cono Sur SA. Señalaron que tuvieron razones para accionar como lo hicieron por lo que deberían verse eximidos de abonar las costas por el rechazo de la demanda en relación a dichas sociedades.

9.1. En nuestro sistema procesal, los gastos del juicio deben ser satisfechos -como regla- por la parte que ha resultado vencida en aquél .-

Ello así en la medida que las costas son en nuestro régimen procesal corolario del vencimiento (arts. 68, 69 y 558 CPCC) y se imponen no como una sanción sino como resarcimiento de los gastos provocados por el litigio, gastos que deben ser reembolsados por el vencido.

Si bien esa es la regla general, la ley también faculta al Juez a eximirla, en todo o en parte, siempre que encuentre mérito para ello (arts. 68 y ss). Síguese de lo expuesto que la imposición de las costas en el

orden causado o su eximición -en su caso- procede en los casos en que por la naturaleza de la acción deducida, la forma como se trabó la litis, su resultado o en atención a la conducta de las partes su regulación requiere un apartamiento de la regla general (cfr. Colombo, Carlos - Kiper, Claudio, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T° I, p. 491).

9.2. Ahora bien, en autos se consideró que no existía legitimación pasiva para accionar contra Telecom Personal SA, Banco Itau Buen Ayre SA y First Data Cono Sur SA, por lo que se rechazó la demanda incoada contra dichas entidades, lo que fue confirmado por el presente pronunciamiento.

Así, más allá de las creencias que pudieran haber tenido los actores, no se advierten razones que justifiquen apartarse del principio general antes aludido para eximirlos de las costas devengadas por la acción iniciada contra esas sociedades. Por ello, deben desestimarse los agravios esbozados al respecto. 10.) Por todo lo aquí expuesto, esta Sala RESUELVE:

a) Rechazar el recurso deducido por los actores y, por ende, confirmar la sentencia apelada en lo que decide y fue materia de agravio.

b) Imponer las costas de Alzada a cargo de los recurrentes, quienes han resultado vencidos en esta instancia (art. 68 CPCC).

Devuélvase a primera instancia, encomendándose al Sr. Juez a quo disponer las notificaciones del caso con copia de la presente resolución. La Señora Juez de Cámara Dra. Isabel Míguez no interviene en la presente resolución por encontrarse en uso de licencia (art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

ALFREDO ARTURO KÖLLIKER FRERS - MARÍA ELSA UZAL.

Ante mí: María Verónica Balbi. Es copia del original que corre a fs. 482/490 de los autos de la materia.

MARÍA VERÓNICA BALBI