

General Roca, 21 de febrero de 2.017.-

AUTOS y VISTOS: para dictar Sentencia Definitiva en estos autos caratulados "JANAVEL ANDRES ORLANDO Y OTRO C/ TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. (MOVISTAR) S/ SUMARISIMO" Expte. 34834-12, de los que RESULTA:

A FS. 104/119 se presenta el Dr. Diego Janavel Tejada, por derecho propio, y en representación del Sr. Andrés Orlando Janavel, acompañando documentación a fs. 1/103, a interponer demanda contra TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. (MOVISTAR), en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor, en carácter de contratantes y usuarios, por incumplimiento contractual y legal, cobro sin causa, falta del deber de información, y deficiencia en el servicio.

Relata que aproximadamente en el año 2005, uno de los actores en autos, el Sr. ANDRES JANAVEL. contrata con la demandada la activación y uso de la línea N° 299 154043001, siéndole entregado el teléfono celular con la línea activada en modalidad prepaga.

Menciona que la finalidad de dicho contrato fue de usar la línea de teléfono celular por ambos actores, y en especial para mantenernos ambos (ANDRES JANAVEL y DIEGO JANAVEL) comunicados entre sí.

Dice que pasado un tiempo prolongado, en el año 2007 decidieron cambiar la modalidad de pago a abono anticipado de línea control.

Refiere que en el mes de julio del año 2010, decidieron nuevamente retornar a modalidad prepago la línea N° 299 154043001 realizando el pedido a la Empresa través de la página web dispuesta. Su intención fue dejar registrada la solicitud y poder ser constatada.

Manifiesta que desde la Empresa, más precisamente la operadora informó que "esperara hasta octubre de 2010, ya que tenía puntos en mi cuenta y saldo a favor, que me recomendaba continuar con la línea hasta octubre para utilizar dichos créditos, y que recién en octubre, automáticamente, me pasarían a prepago".

Dice que en octubre de 2010 lo informado no ocurrió y se configuró por primera vez un incumplimiento a lo pactado.

Menciona que en el año 2011 decidieron prescindir de dicha modalidad y optamos por retornar a la modalidad prepago, que era la modalidad original del contrato, procedieron

a abonar el último período de servicio usado y solicitaron nuevamente a LA EMPRESA vía internet cambiar a modalidad prepago, con el objeto de pagar una última factura de la modalidad abono que vencía los primeros días del mes de mayo de 2011.

Relata que el día 29 de abril de 2011 recibieron un llamado telefónico de parte de la demandada confirmando los cambios solicitados indicándoles que la factura correspondiente al mes de abril de 2011 sería la última factura que debían pagar.

Aclara también que vía web al consultar por su trámite figuraba la leyenda "la solicitud ya fue gestionada".

Menciona que en el mes de mayo de 2011, estando abonada la última factura antes del pedido de cambio de servicio corroboraron vía web que la cuenta continuaba bajo la modalidad abono, incumpléndose por parte de la demandada lo manifestado oportunamente, configurándose el segundo incumplimiento contractual.

Refiere que la realizan una denuncia vía web de la situación de incumplimiento, recibiendo días posteriores un contacto vía telefónica, en la cual la operadora se excusaba de errores por los que no se había podido dar marcha al trámite. Al final de la comunicación informa que procederán a cumplir con lo solicitado.

Dice que luego corroboraron por internet un mensaje por parte de la demandada en los siguientes términos "Buenos días Andrés: Mediante nuestro contacto telefónico hemos gestionado el pase a tarjeta de tu línea para el 21-06. Dado que el día de hoy se ha activado el abono nuevamente, hemos quitado el crédito del mismo y bonificado tu factura ...".

Manifiesta que constataron por tercera vez la configuración de un incumplimiento contractual de la demandada cuando no modificó el servicio a pre-pago, ni bonificó la factura contradiciendo su mensaje.

Continúa el relato, diciendo que posteriormente a ello, comenzaron a recibir llamadas de identificadas como "desconocido" con mensajes intimidatorios de parte de la demandada, y misivas intímándonos al pago de parte de los estudios ANA MAYA y MARTINEZ DE ALZAGA.

Dice que en fecha 9 de agosto de 2011 acudió ante la Secretaría de Defensa del Consumidor, con el objeto de solucionar esta situación, fijándose audiencia de conciliación para el día 7 de octubre de 2011.

Menciona que la demandada de manera unilateral procedió a dar de baja la línea 299 154043001, por la cual se había pedido formalmente que funcione bajo la modalidad prepago, causándoles innumerables perjuicios provocados por la imposibilidad de

comunicación, debiendo recurrir a alternativas de comunicación que implicaron un perjuicio no solo desde lo económico.

Refiere que otra cuestión similar sucedió con la línea N° 2941 404829 correspondiente a un modem prepago de internet, contratada directamente por DIEGO JANAVEL, en fecha 27/05/2009.

Menciona que con el objeto de dar de baja el servicio en fecha 28 de abril de 2011 procedieron a abonar el último periodo facturado y que vencía en mayo de 2011, y ese mismo día solicitaron por la página web la baja directamente de esa línea de modem con abono.

Al día siguiente, mencionan que se contactaron en representación de la demandada confirmándole que el trámite solicitado habría sido realizado con éxito.

Dice que en fecha 20 de mayo de 2011 debieron reiterar el pedido de baja vía web.

Relata que en septiembre de 2011, esta parte comenzó a recibir todo tipo de intimaciones similares a las ya recibidas cuando procedieron a la baja de la línea telefónica, configurándose nuevamente un nuevo incumplimiento del contrato y de lo aseverado telefónicamente en relación al estado del trámite.

Nuevamente menciona que recurrió a la instancia de conciliación ante la Subsecretaría de Defensa del Consumidor dependiente de la Dirección de Comercio e Industria de la Provincia de Río Negro, trámite cursado mediante expediente administrativo W 026702-DCI-11 caratulado "JANAVEL DIEGO ANDRES C/ TELEFONICA MOVILES DE ARGENTINA SA".

Refiere que en dicha ocasión no hubo acuerdo, toda vez que la propuesta conciliatoria nada decía respecto de los incumplimientos para con el contrato perteneciente a la línea 2941 404829.

Menciona que ambos actores ANDRES y DIEGO JANAVEL, sufrieron una serie de intimaciones telefónicas y vía mensaje de texto a la línea 299 154043001 hasta el día de su baja unilateral por la demandada recibieron las intimaciones de fechas 18/07/11, 26/08/11, 13/10/11, 07/11/11, 15/12/11 Y 20/01/12.

Asevera que todas, menos la primera, se efectuaron mientras se encontraba vigente el proceso conciliatorio ante la Subsecretaría de Defensa del Consumidor.

Relata que a fines del mes de enero de 2012, su compañera de trabajo MARIA DEL ROCIO CANEPA, encontrándose en horario laboral, recibió un llamado de parte de la demandada al teléfono de la empresa donde trabaja, reclamando por una supuesta deuda e intimando a pagar la misma.

Dice que también respecto de la línea 2941 404829 comenzaron a recibir intimaciones vía epistolar en fechas 15/09/11, 20/10/11, 23/11/11, 12/12/11, 20/01/12, Y 24/02/12.

Menciona que en la audiencia de conciliación amplió su reclamo respecto de la cesación de las intimaciones correspondientes a esta línea.

Refiere que en fecha 03/02/12 esta parte solicitó el cierre del proceso iniciado ante la Subsecretaría de Defensa del Consumidor al no haber podido arribar a un acuerdo por falta de interés de la demandada.

Expone que por todo ello se vio obligado a instar la conciliación del asunto, iniciando la mediación prejudicial obligatoria ante el Centro Judicial de Mediación de esta ciudad, mediante expediente W00077-12-CGR, y habiéndose previsto audiencia para fecha 24 de febrero del corriente, demandada no compareció a la misma.

Realiza encuadre jurídico del caso.

Cuantifica los daños y perjuicios, reclamando para ambas partes: 1. Daño moral: por la suma de \$ 50.000,00. 2. Daño Material: la suma de \$ 5.000. Reclama también Daño Punitivo, solicitando por este concepto la suma de \$ 50.000,00

Todos los reclamos fundamentados con doctrina y jurisprudencia concordante.

Funda en derecho, ofrece prueba, hace reserva del caso federal, solicita gratuidad del proceso, y trámite por las normas procesales del proceso sumarísimo.

A fs. 201 se imprime al proceso el trámite del proceso sumarísimo y se ordena el traslado de demanda y a fs. 213/226 se presenta TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A., por apoderado, acompañando poder a fs. 227/231, contestando demanda.

En la contestación de demanda la entidad Bancaria en general niega y desconoce la totalidad de los hechos vertidos, los supuestos daños irrogados, y la documental acompañada por la actora.-

Refiere que los actores no son claros al momento de exponer los daños que han sufrido a causa del supuesto accionar de la demandada.

Relata que los actores resultaron ser cliente de mi mandante, y que al momento de contestar la demanda ambos servicios se encuentran dados de bajas.

Dice que en relación a la línea telefónica, si bien el actor aduce una serie de circunstancias que en nada concuerdan con la realidad, específicamente respecto al servicio contratado manifiesta, que siempre opero con abono, el día 25/05/11 paso a prepago claro por uso y petición de la contratante.

Manifiesta que línea se encontraba a nombre de Janavel Andres pero bajo otro número

de DNI (14074019).

Indica que en relación al servicio de MODEM prepago si bien el actor aduce la existencia de incumplimientos por parte de la demandada, niega que hayan existido de la forma en que la relata y menos aun que los mismos hayan tenido el alcance y envergadura de generar los daños que por estos autos se reclaman.

Niega que la demandada haya intimidado a los actores, refiere que tal palabra reviste una denotación que roza lo ajeno a derechos.

Menciona que es política de la empresa demandada siempre dar un correcto trato a sus usuarios y que nunca se han empleado políticas intimatorias hacia los mismos.

Realiza impugnación de los montos reclamados y de su liquidación.

Dice que en relacion al DAÑO MATERIAL, los actores solo se limitan a relatar repitiendo parte de los hechos que ya fueren descriptos, pero de de forma alguna detallan porque causa, o bien la razón suficiente por la cual se le hubiera ocasionado un daño material que llegue a la cuantía de cinco mil pesos (5000).

Solicita que se rechace el rubro con imposición de costas al actor.

Manifiesta en relación al DAÑO MORAL, niega la procedencia y cuantía del reclamo par daño extrapatrimonial que se pretende atribuirle a mi representada.-

Manifiesta que no se encuentra acreditado en autos el daño aludido, limitándose el actor a relatar cuestiones en abstracto sin entonces detenerse a detallar que cuestiones precisar fueron las que le han ocasionado tal graves perjuicios.

Funda en derecho su rechazo y cita jurisprudencia.

En cuanto al DAÑO PUNITIVO el demandado rechaza la procedencia del rubro, cita jurisprudencia y doctrina concordante con su postura.

Realiza planteo de inconstitucionalidad del articulo 52 bis de la ley defensa del consumidor atento su eventual aplicación afectaría gravemente los derechos constitucionales de la parte demandada.-

Posteriormente realiza desconocimiento particular de la prueba ofrecida por la parte actora en cuanto a las impresiones de la página web acompañadas.

Ofrece prueba, y peticiona.

A fs. 234 se tiene por contestada la demandada, se ordena correr traslado del petido de inconstitucionalidad planteado. A fs. 235/237 se presenta el actor a contestar traslado.-

A fs. 237 se tiene por contestado el traslado conferido, y se fija audiencia, la que es celebrada a fs. 244/245, se abre juicio a prueba, habiéndose producido la siguiente: Por la parte actora: 1. Documental: se tuvo presente, 2. Documental en poder de la

Demandada: a fs.255/262; 3. Confesional: desistida a fs. 295; 4. Testimonial: ANAHI MUÑOZ (desistida), MARIA DEL ROSARIO CANEPA a fs. 295 registrada por medio audiovisual; 5. Informativa: DIRECCION DE COMERCIO E INDUSTRIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO (SUBSECRETARIA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR), expediente agregado por cuerda, COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES y/o SECRETARIA DE COMUNICACIONES DE LA NACION a fs. 305/306 y a fs. 312/323; 6. Pericial Informática y Electrónica: producida a fs. vb 273/277; a fs. 310 y a fs. 346/348; 7. Pericial Caligrafica: no ha lugar; 8. Pericial Contable: no ha lugar.- Por la parte demandada: 1. Documental: se tuvo presente. 2. Confesional: desistida a fs. 295; 3. Informativa: DIRECCION DE COMERCIO E INDUSTRIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO (SUBSECRETARIA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR) expediente agregado por cuerda, COMISION NACIONAL DE COMUNICACIONES y SECRETARIA DE COMUNICACIONES DE LA NACION a fs. 305/306 y a fs. 312/323.

A fs. 352 se clausura el término probatorio y a fs. 355 se ponen los autos a alegar, agregándose los alegatos de la parte actora a fs. .-\nA fs. 377 se avoca la suscripta y a fs. se ordena el autos para sentencia.-\n CONSIDERANDO:

I. Antes de entrar en el tratamiento de las cuestiones sometidas a la decisión judicial, cabe precisar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 aprobado por la ley 26.994, en su art. 7 ha traído una expresa disposición respecto a la temporalidad de la ley. Específicamente dispone que "las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

La Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci explica respecto de esta norma que "parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida (refiriéndose en relación a los contratos en curso de ejecución donde deben regirse por la vieja ley supletoria que forma parte de ellos) en el sentido de que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente por fidelidad aun principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor. O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación inmediata".

Pero luego aclara "en mi opinión, la norma no dispone la aplicación retroactiva de la nueva ley, sino su aplicación inmediata. Fundo mi posición no solo en las palabras de la ley que en el párrafo tercero se refiere a la aplicabilidad inmediata, sino en el párrafo

segundo que impide la aplicación retroactiva, sean o no de orden público". Explicando para concluir que "la relación de consumo, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la nueva ley; si es más favorable al consumidor". (La aplicación del Código Civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 60/61 y 63).

Cabe aclarar que la situación de autos no aplica como contrato de consumo en vía de ejecución ya que las dos servicios involucrados a la fecha se encuentran dados de baja, por lo que la situación ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior; por ende corresponde analizar la cuestión a la luz de la legislación anterior, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable.

II. Me encuentro ante un reclamo planteado por los actores DIEGO ANDRES JANAVEL y ANDRES ORLANDO JANAVEL contra TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA SA, de indemnización por daño material, daño moral y daño punitivo, por incumplimientos contractuales en relación a la línea de telefonía móvil 299-154043001 y la línea de servicio de internet por MODEM identificada con el número 2941-404829.

Por otro lado encuentro la postura planteada por la demandada, la cual desconoce los argumentos vertidos por los actores, afirmando que el accionar de su parte en todo momento ha sido ajustado a derecho en el desarrollo del iter contractual que los unía.

Así como han quedado planteadas las cosas es que debo esclarecer si se ha configurado o no los incumplimientos contractuales que mencionan los actores, para luego poder analizar si es procedente el reclamo de indemnización realizado en autos.

La relación contractual entre las partes ha sido reconocida aunque al momento de contestar demanda las líneas mencionadas con sus respectivos servicios se encontraban dados de baja. \nHe de adelantar que visualizadas las actuaciones y los elementos aportados a la causa, no me quedan dudas que el presente caso encuadra dentro de las disposiciones de la Ley 24.240 de defensa del consumidor y que bajo esas premisas he de analizar y resolver el conflicto.-

Comenzaré a examinar si ha quedado probado en autos los incumplimientos contractuales mencionados por los actores, en primera instancia en relación al número de telefonía móvil 299-154043001, servicio que estaba a nombre del actor JANAVEL ANDRES ORLANDO.

En relación a la documentación acompañada por la parte actora se descata con especial importancia las impresiones de la página web dominio "<https://online.movistar.com.ar>"

que constan a fs. 83; 85; 89; 90; 91/93, las cuales contienen los trámites de reclamo dirigidos hacia la demandada respecto de la línea N° 299154043001.

Del análisis de estas impresiones acompañadas se distingue información de interés tal como el pedido de cambio de servicio de abono a pre-pago realizado por el titular de la línea.

Se confirma que en fecha 28/04/2011 el actor solicita el cambio de servicio, así como también consta la respuesta por parte de un operador de la demandada quien replica el mensaje de la siguiente manera: "Mensaje del asesor de movistar. 29/04/2011. BUENAS TARDES ANDRÉS, NOS CONTACTAMOS CON VOS PARA INFORMARTE QUE TU SOLICITUD YA FUE GESTIONADA A TRAVÉS DE NUESTRO CONTACTO TELEFÓNICO EN EL CUAL SE CONFIRMÓ QUE LA SOLICITUD GENERADA A TRAVÉS DE MOVISTAR ON LINE YA FUE RESUELTA. GRACIAS POR ELEGIR MOVISTAR PARA TUS COMUNICACIONES DIARIAS. FLORENCIA B. MOVISTAR."

Es más, a fs. 90 queda constancia que en fecha 20/05/2011 el actor tuvo que realizar nuevamente el reclamo del cambio de servicio solicitado anteriormente con fecha 28/04/2011. Que puede observarse que en la impresión de pantalla no consta en el historial de mensajes los anteriormente detallados, lo que brinda apoyatura al argumento del actor en relación a que la demandada suprimió esta información de su cuenta virtual ante la página web oficial.

Que como respuesta a este nuevo pedido otro operador de la demandada responde por medio de un mensaje a la cuenta del actor en fecha 21/05/2011 en los siguientes términos: "BUENOS DÍAS ANDRÉS: MEDIANTE NUESTRO CONTACTO TELEFÓNICO HEMOS GESTIONADO EL PASE A TARJETA DE TU LÍNEA PARA EL 21-06. DADO QUE EN EL DÍA DE HOY SE HA ACTIVADO EL ABONO NUEVAMENTE HEMOS QUITADO EL CRÉDITO DEL MISMO Y BONIFICADO TU FACTURA. ..."

Por medio de este intercambio de mensajes por medio de la página oficial de la demandada se ha encauzado los pedidos de cambio de plan del servicio. Que se debe dilucidar si el contenido de los mismos es veraz.

Si bien dichas impresiones fueron desconocidas por la demandada, la prueba pericial informática reveló en autos que la demandada deshabilitó las cuentas de los actores, por lo que la perito no pudo responder a lo requerido en cuanto a la correspondencia de las capturas de pantalla de las cuentas con el contenido de las mismas, pero si confirmó que

el link "<https://online.movistar.com.ar>" es la página oficial de la demandada.

Ahora bien en cuanto al compromiso de bonificación asumido por la demandada y denunciado por el actor como otro incumplimiento contractual, obran constancias acompañadas por los actores, en relación a los insistentes reclamos de cobros realizados por los estudios ANA MAYA y MARTINEZ DE ALZAGA que constan incorporados a fs. 68/80, lo cual demuestra que la demandada no ha cumplido con lo comprometido ante el actor.

Que como surge de los comprobantes de pago de fs. 67 los actores abonaron los gastos mensuales al momento de solicitar la baja, por lo que hay que presumir que cuando se solicitó el cambio de servicio la línea no contaba con deuda por lo que ello no fue reclamado por el operador de la demandada. Ahora bien, el operador si informa que se ha generado una nueva deuda de un abono mensual a no proceder a realizar el cambio al momento que lo solicitó el actor, tal como se transcribió precedentemente.

Que esta deuda ha sido generada por el retraso de la demandada en cumplir con el pedido de cambio de servicio de abono a pre-pago en tiempo y forma, por lo que ha generado que el sistema vuelva acreditar en la línea de telefono móvil del actor un crédito que no deseaba como a su vez debió soportar por parte de la demandada el constante reclamo de una deuda generada por negligencia de la demandada.

En cuanto a estas cartas de intimación de pago hay que recalcar que no fueron desconocidas por la demandada por lo que su validez en autos a quedado confirmada.

Además es de destacar que la demandada ha incumplido con el Reglamento de Calidad de los Servicios de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución SC N° 05/2013, en su artículo 8, no habiendo conservado la información pertinente a este cliente en archivos electrónicos por el plazo de tres años, obligación que pesa sobre ella tal como informa COMISIÓN NACIONAL DE COMUNICACIONES a fs. 305/306.

Ello obliga a que deba interpretarse esta falta en contra de los intereses de la demandada, ya que deberá tomarse por cierto los contenidos de las capturas de pantalla de la cuenta de los actores.

En relación a la baja unilateral de la línea de telefonía móvil, la demandada ha negado que se haya realizado de manera unilateral, pero en modo alguno ha explicado por qué se ha procedido a la baja sin solicitud expresa del titular de la línea o si ha habido algún apercibimiento contra el co-contratante para rescindir de manera unilateral el contrato de servicio.

Que si bien puede considerarse que la línea tenía un saldo deudor que estaba siendo

constantemente reclamado por la demandada por medio de los estudios de cobranzas anteriormente mencionados, y cuyas cartas se adjuntaron al expediente, no obra ninguna notificación fehaciente al titular de la línea que la misma informándole el apercibimiento de la baja del servicio, por lo que debe interpretarse esta actitud como un abuso de su posición dominante de la relación contractual, así como un accionar violatorio del deber de información, por lo que lo hace responsable de sus consecuencias.

En cuanto a la generación de la deuda, vuelvo a remarcar que la misma se ha generado por el incumplimiento de parte de la demandada en proceder a lo solicitado en tiempo oportuno por el titular de la línea, así como el haber incumplido a su compromiso asumido de bonificación de la factura emitida.

Asimismo no ha quedado demostrado por la demandada ninguna causal que justifique estos incumplimientos probados en autos, y que ante las probanzas encuentro a la demandada responsable de los incumplimientos indilgados por los actores debiendo interpretar las pruebas producidas en contra de su defensa en cuanto a la línea N ° 299154043001.

Sustento mi criterio teniendo en cuenta que el usuario consumidor resulta ser la parte más débil de la relación, pues en los hechos no existe la mentada igualdad económica y social que permita la paridad de condiciones para negociar; hay un marcado desnivel que el derecho del consumidor pretende igualar, protegiendo a la parte más débil del negocio.

Teniendo en cuenta ello, los actores se encuentran ante esta desigualdad anteriormente descrita, que como bien han probado no han podido siquiera con comunicación por los medios habilitados por la demandada, hacer que esta cumpla con sus pedidos en cuanto al desarrollo de la relación contractual.

Nos encontramos ante un microsistema legal de protección con base en el Derecho Constitucional, que gira dentro del sistema de Derecho Privado, y brinda garantías al consumidor para tratar de equiparar la desigualdad a la que se ve sometido por intermedio de los contratos de consumo.

De ello deriva el principio "indubio pro consumidor", el cual encuentra su acogida en el artículo 3 de la Ley 24.240, y el cual he de aplicar al presente caso para interpretar la prueba producida en autos.

Que ha quedado constancia de incumplimientos de la demandada, no solo de almacenamiento de datos relacionados a las cuentas de los actores en franca violación a

sus obligaciones, sino la falta de cumplimiento de forma acabada de la obligación de acompañar al proceso los documentos que obran en su poder, es por ello que debo interpretar esta falta de cooperación con el proceso en contra de sus intereses y hacer efectiva la sanción establecida en el artículo 388 del CPCC.

Seguidamente procedo a analizar los incumplimientos denunciados en relación a la línea de servicio de internet por MODEM identificada con el número 2941-404829.

Que dicho servicio figuraba a nombre del actor DIEGO ANDRES JANAVEL TEJADA, y consistía en un servicio pre-pago de internet tal como lo describen los actores.

En relación a este servicio los actores informan que solicitaron la baja con fecha 28/04/2011 por medio de pedido por la página web con número de trámite 43369566, lo que queda demostrado por la impresión de pantalla de fs. 36. Que a fs. 38 figura la respuesta del operador de la demandada quien informa lo siguiente: "BUENOS DÍAS DIEGO: QUEREMOS CONFIRMARTE QUE TU TRÁMITE HA SIDO GESTIONADO A TRAVÉS DE NUESTRO CONTACTO TELEFÓNICO Y TE HEMOS DERIVADO AL ÁREA ESPECIALISTA. ..."

Nuevamente debieron solicitar a la demandada la baja del servicio insistiendo con su pedido en fecha 20/05/2011 bajo el número de trámite 44737787, lo queda demostrado por intermedio de la impresión de pantalla de fs. 42.

Que tal como el anterior caso, se vuelve a repetir el accionar de la demandada haciendo caso omiso a lo solicitado por los actores por intermedio de su cuenta como cliente ante la página web oficial.

Considero que se ha configurado el incumplimiento contractual denunciado por los actores por la misma valoración de la prueba ya analizada, que se aplica por similitud a este caso.

Como puede apreciarse, no consta en autos respuesta de un operador informando al titular del servicio que el mismo contara con deuda, sin embargo el actor Diego Janavel menciona en su demanda que recibió varias intimaciones de pago de saldo deudor por el servicio, no solo por cartas de reclamo, sino por mensajes de texto y también en su lugar de trabajo, este último no solo por intermedio de carta de reclamo sino también por teléfono.-

Analizando los incumplimientos denunciados, en relación a la baja del servicio se tendrá por veraces las impresiones y su contenido por los argumentos ya vertidos anteriormente tomándose por ciertos los hechos relatados por los actores.

En relación a los reclamos, en cuanto a las cartas las mismas no han sido desconocidas por el demandado en forma expresa como documentación, por lo que se tendrán por ciertas.

En cuanto a los reclamos de deuda por intermedio de llamadas y mensajes de texto a la línea N ° 299154043001, no se ha podido determinar por pericial electrónica realizada sobre el Chip porque tal como concluye el experto que el chip se encuentra sin activación por lo que no era operable para responder los puntos solicitados.

Se debe tener en cuenta que esta información a su vez fue solicitada a la demandada por ser documentación en su poder, la cual no cumplió debiéndose aplicar el apercibimiento del artículo 388 CPCC teniendo por ciertos los dichos de los actores en cuanto a estos persistentes reclamos por este medio.

Asimismo ha quedado probado por medio de la prueba testimonial tomada a la Srta. María Rocio Cánepa, que como recepcionista del lugar de trabajo del actor Diego Janavel, ella recibió un llamado de reclamo por parte de la demandada quien no solo reveló que el actor tenía una deuda sino que solicitó datos de contactos a una persona que no forma parte de la relación contractual, así como días posteriores recepcionó una carta de reclamo de deuda dirigida a éste, la cual debió abrir por política de la Empresa para la que laboraban.

Es más considero prudente reproducir fragmento pertinente del testimonio mencionado: "La primera llamada que recibí desde Movistar consultando si Diego se encontraba o no en la oficina, yo cuando dije que no en reiteradas ocasiones, porque llamaron dos o tres veces, me consultaron datos personales de Diego, como domicilio, o un teléfono alternativo o el teléfono de su casa, yo les dije que no podía dar esa información porque era privada y pregunté si querían dejar un mensaje, me dijeron que el mensaje que querían dejar era que él tenía una deuda con Movistar y que si no la cancelaba lo antes posible que se iba a legalizar. Yo el mensaje se lo di a Diego".

Posteriormente la testigo no solo reconoce el formato de carta de reclamo que recepcionó sino que también reconoció el mail que mandó al actor Diego Janavel comunicando que había recepcionado un llamado de Movistar, lo que consta a fs. 81.

Además, no quiero dejar de mencionar que ante esta situación de negligencia del demandado en su accionar ante los pedidos de los actores, se vieron en la necesidad de iniciar denuncia ante la DIRECCION DE COMERCIO E INDUSTRIA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO (SUBSECRETARIA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR) con resultados infructuosos ya que solo la demandada ofreció como

acuerdo conciliatorio otorgar un libre deuda en relación a DIEGO ANDRES JANAVEL TEJADA, dejando excluido al Sr. ANDRES ORLANDO JANAVEL, quién siguió figurando como deudor ante la demandada por la suma de \$ 65.95, conforme del propio registro adjuntado por la demandada a 261.

Por lo que debe tenerse por configurado y probado los incumplimientos contractuales mencionados por los actores siendo responsable la demandada de las consecuencias que los mismos hayan producido a los actores.

III. A continuación procederé a tratar los distintos rubros que integran el reclamo, en el orden propuesto en el escrito de demanda, a los fines de evaluar la existencia de daño indemnizable, y la cuantía que en cada caso pudieran corresponder.\nIII.a.- En primer lugar trataré el reclamo de Daño Material: justifican este reclamo expresando que la baja intespestiva de la línea le ha producido daños debido a que ellos querían continuar teniendo el servicio pero como la modalidad pre-paga.

Estiman los actores el reclamo por este rubro en la suma de \$ 5.000,00.

Analizadas las constancias de autos, estimo que no ha de prosperar el rubro por las consideraciones que seguidamente expondré.

Es de destacar que en la actividad jurisdiccional de la actora hay una ausencia de prueba positiva y precisa de la entidad de tales daños en la conducta antijurídica de la demandada; como tampoco se ha desplegado la mínima actividad que permita inferir un monto de la configuración del menoscabo patrimonial aducido.

Que ante esta ausencia de prueba del daño emergente aducido no es posible considerar la configuración del daño alegado por lo que se rechaza la procedencia del presente rubro.

III.b.- En segundo lugar reclama Daño moral, que adelanto ha de prosperar.-

Corresponde destacar, liminarmente, 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 psíquica, los afectos familiares, etc. (conf. CNCom., Sala B, in re: \\\"Katsikaris A. c. La Inmobiliaria Cía. de Seguros s. ordinario\\\", del 12.08.86). No se reduce al pretium doloris, pues involucra todo daño a intereses jurídicos extrapatrimoniales (conf. CNCom., Sala B, in re: \\\"Galán, Teresa c. Transportes Automotores Riachuelo S.A. s. sumario\\\", del 16.03.99). Se trata de una lesión susceptible de causar lo que una aguda fórmula ha llamado \\\"modificaciones disvaliosas del espíritu\\\" (v. Pizzarro Daniel, \\\"Reflexiones en torno al daño moral y su reparación\\\", JA del 17.09.86, especialmente pág. 6 y doctrina allí citada). \nSentado

ello, diré que encontrándose decidida su procedencia, en el caso concreto la determinación del quantum puede quedar librada al prudente arbitrio judicial (conf., entre otros, CNCom., Sala B, in re: \\ "Albrecht c. Estímulo\\", del 06.07.90; \\ "Muzaber c. Automotores y Servicios\\", del 23.11.90; ídem. \\ "Kofler c. David Escandarami\\", del 26.02.91; ídem, \\ "Villacorta de Varela c. Plan Rombo S.A. de Ahorro\\", del 15.11.91; ídem, \\ "Greco c. Círculo de Inversores S.A.\\", del 10.02.92). \nEs perceptible, a poco que me coloco en la situación de los accionantes, que padecieron alguna afección anímica con significación jurídica a raíz de la conducta asumida por la demandada. Pues, de las constancias de la causa se desprende que se vieron obligados a realizar numerosos reclamos -varios mensajes por la página oficial de la demandada, tolerar reclamos de saldo de deuda por parte de la demandada así como de estudios externos de recupero de deuda, tolerar que sean expuestos como morosos sin motivo alguno ante terceras personas reclamando una deuda ante quien no correspondía lo que quedó probado por la testimonial, iniciar reclamo administrativo, tolerar la baja unilateral de la línea de telefonía móvil, hasta finalmente realizar el reclamo judicial, donde también el demandado rechaza su reclamo-.

La incomunicación, en sí misma, causa angustia e impotencia, sobre todo en una época en que el desarrollo tecnológico la hace injustificable. \nDe tal reseña fáctica puede inferirse sin dificultad que el episodio de autos excedió una mera inquietud o incomodidad, para tornarse en una situación en la cual se causó a los actores un disgusto que trasciende las molestias que han de tolerarse en el cotidiano plano contractual para los usuarios de este tipo de servicios. \nDe modo que, dentro de los parámetros de prudente discrecionalidad y teniendo como premisa que la obligación de indemnizar el daño moral es de aquellas denominadas de "valor", más aún teniendo en cuenta que se trata de un daño configurado en los dos actores, lo determino en la suma de pesos ochenta mil (\$ 80.000,00) en conjunto, con mas el interes del 8% anual desde la fecha del incumplimiento con la solicitud de baja del servicio y cambio de plan (01/05/2011) hasta la fecha de la presente sentencia -según el criterio reiterado de esta Cámara con sustento en el precedente del Superior Tribunal de Justicia "Loza Longo"- y el interés moratorio deberá calcularse de conformidad a la tasa establecida por nuestro Superior Tribunal de Justicia en : "GUICHAQUEO, EDUARDO ARIEL C/ PROVINCIA DE RÍO NEGRO (POLICÍA DE RÍO NEGRO) S/ ACCIDENTE DE TRABAJO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte N° 27.980/15-STJ.)\nIII.c.- Reclama también el actor Daño punitivo, solicitando a la fecha de demanda la suma de \$ 50.000,00.

En cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la demandada, he de rechazar el mismo; siguiendo para ello los fundamentos del Superior Tribunal de Justicia en su composición anterior quien ya desde el año 2010 admitía su aplicación y constitucionalidad. Entre los argumentos exponía que "-Por otra parte, en cuanto a ciertas violaciones constitucionales que se plantean respecto a la aplicación del daño punitivo, en particular en lo que respecta a la violación del non bis in idem; es preciso aclarar que dicho principio no se viola en tanto y en cuanto la misma conducta no sea objeto de una sanción penal. Nadie pretende que se viola el non bis in idem cuando el condenado en sede penal por un ilícito es obligado a reparar las consecuencias dañosas del hecho. Aquí ocurre algo similar. El plus que constituye el daño punitivo tiene una finalidad -entre otras- disuasoria, lo que permite su asimilación parcial con la pena. El hecho de que deban pagarse dos sumas dinerarias, una en concepto de indemnización y otra como "daño punitivo", no implica una doble sanción por la misma conducta. Tampoco constituiría violación al principio en cuestión que el condenado con pena de multa en fuero penal deba reparar -también pecuniariamente- los efectos de su acto dañoso. Nadie discute ya la constitucionalidad de las astreintes incorporadas a nuestro Código Civil por Ley 17.711, las cuales guardan -como veremos- importantes similitudes con el instituto jurídico en análisis. La Corte Suprema de los EE.UU. ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este tópico en el caso Halper. En el caso comentado el demandado había sido condenado penalmente -dos años de prisión- y más tarde condenado en sede civil a un pago -con carácter de multa- de U\$S 5000. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la medida, atendiendo a la télesis de la sanción civil, aclarando que si hubiera tenido finalidad meramente compensatoria y no punitiva, habría sido constitucional. De cualquier forma, la decisión de la Corte deja un resquicio peligroso por cuanto aclaró que el tema del non bis in idem no se ve involucrado cuando el litigio civil se limita a sujetos privados con exclusión del Estado (conf. Díaz, Juan C. - Elías, José S. - Guevara, Augusto M. (h), ob. Cit).- --Otro planteo que generalmente también se hace en el marco de la inconstitucionalidad de los daños punitivos, es el de la falta de tipicidad de las conductas a sancionar con esta medida. En un nuevo paralelismo con el sistema penal es posible que se piense que al tratarse de sanciones del derecho argentino debería exigir una detallada descripción de los tipos de conducta que darían lugar a estas condenas, para garantizar la esfera de libertad de que todos los habitantes de la Nación gozan. Sin embargo, para resolver ello es útil volver al argumento comparatista, y, así, se puede observar que en los intereses sancionatorios

por ejemplo- el Código Civil en el art. 622 sólo habla de "inconducta procesal maliciosa del deudor tendiente a dilatar el cumplimiento de la obligación de sumas de dinero o que deba resolverse en el pago de dinero..."; no dice la norma qué se entiende por conducta procesal maliciosa, sino que tal determinación queda librada a la prudencia del juez, y en definitiva va consolidándose jurisprudencialmente un repertorio de casos que brindan seguridad jurídica a las partes (conf. Edgardo López Herrera, "Los Daños punitivos" págs. 357/358).- -Como corolario de lo aquí expresado, se puede llegar a decir que la indemnización concebida y calculada tan sólo desde el daño efectivamente padecido por la víctima, en la mayoría de los casos muy inferior a los beneficios obtenidos por el dañador, no invita a éste a cesar en las violaciones a los derechos de otros. Por el contrario, la figura de los daños punitivos genera un efecto inmediato, al sancionar al dañador; y uno mediato, como elemento disuasivo, al prevenir la reiteración de acontecimientos similares, ya que frente al riesgo de la sanción dejaría de ser atractivo económicamente enriquecerse vulnerando derechos ajenos. Por ello la medida de la punición debe estar dada por el cálculo costo-beneficio, de modo que el potencial dañador concluya la inconveniencia de violar derechos de terceros. Se trata de diluir el beneficio adicional, injusto, destruyéndolo para satisfacer el sentimiento de justicia que subyace en la razón de ser del sistema jurídico.."(17/5/2010, STJ autos " Acuña Carlos y otros C/ YPF S.A s/ ordinario s/ casación" (Expte nro. 23.340/08).

Postura que es seguida en igual sentido por la Cámara de Apelaciones local, en los autos \\ "URRA, BALDEMAR PEDRO ALEJANDRO C/ RED AGROMOVILES S.A. S/ SUMARISIMO\\ " -Expte. N° B-2RO-97-C1-15.

Seguidamente y pasando a tratar el rubro, puedo decir que teniendo en consideración las circunstancias especiales del presente caso, he de destacar que la relación de consumo abarca no solo los sucesos en el devenir del contrato de consumo propiamente dicho sino, también, los acaecidos durante la etapa precontractual y postcontractual. \n Sobre este reclamo expresamente, la Ley de defensa del consumidor, (art. 52 bis) dispone: \\ "Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, 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.\n Que a los efectos de analizar la procedencia de este rubro, cabe tener presente también que los daños punitivos han merecido distintas definiciones, pero que la mayoría de ellas incluyen los siguientes elementos: 1. Suma de dinero otorgada a

favor del damnificado por sobre el daño efectivamente sufrido; 2. Se los aplica con la finalidad de castigar al incumplidor y para disuadir al sancionado de continuar con esa conducta o conductas similares y 3. Son aplicados con la finalidad de prevención general; es decir, para disuadir a otros proveedores que practiquen conductas análogas a la sancionada.

Si bien la ley no prevé que deba alegarse ni demostrarse un enriquecimiento de la demandada, la doctrina mayoritaria entiende que tampoco basta el mero incumplimiento, siendo requisito que se configure una conducta grave, la presencia de dolo directo o eventual o una grosera negligencia.

Al respecto cabe citar a Nuestra Exma. Cámara de apelaciones, en el fallo de fecha 18/4/2016 en autos: "GAJARDO HUGO ESTEBAN C/LA PERSEVERANCIA SEGUROS S.A. S/SUMARISIMO" (Expte.n° B-2RO-45-C2014), cuando en el voto del Dr. Gustavo Martinez, dice: "Pero más allá de esta interpretación, expuse que en mi opinión, creo que no puede receptarse el daño punitivo por la sola verificación del incumplimiento, sino que de algún modo, como lo exponen Tinti y Roitman en la publicación referida, es necesario verificar la convergencia de un nexo subjetivo –culpa, dolo- y cierta gravedad en la falta (ver al respecto particularmente lo que expresan los nombrados en el punto 6 de la publicación señalada, bajo el título “La gravedad del hecho”). Resulta por otra parte fundamental, que como lo expone también Graciela Isabel Lovece en el artículo referenciado, el instituto atiende no solo a la protección de consumidores y usuarios, “sino también, a la protección de la estructura del mercado en sí misma y a la garantía de libre concurrencia ya que debemos recordar que la Ley de defensa del consumidor se integra con las demás normas regulatorias del mercado y en especial de acuerdo a las disposiciones establecidas en el art. 3° con la Ley de defensa de la Competencia (25.156 —Adla, LIX-D, 3942—) y la de Lealtad Comercial (22.802 —Adla, XLIII-B, 1346—)".

Que de las constancias en autos puede observarse que el accionar de la demandada no ha quedado configurado solo como incumplimientos contractuales sin consecuencias, sino que los mismos han generado daños en los actores de consideración por lo cual se ha hecho procedente su indemnización tal como precedentemente se ha tratado.

Ha quedado probado la grosera negligencia en el accionar de la demandada, por lo que hace procedente la multa por daño punitivo, teniendo en cuenta que no ha brindado una justificación a su proceder contrario a derecho.

Asimismo, no solo su grosera negligencia ha quedado probada sino también su actitud reticente ha querer dar una respuesta positiva ante el reclamo de los actores

Subsecretaria de Defensa del Consumidor dependiente de la Dirección de Comercio e Industria de la Provincia de Río Negro, no podemos desconocer que los actores han tenido que iniciar reclamo administrativo ante la Subsecretaria de Defensa del Consumidor, sin respuesta alguna, viéndose obligados a iniciar las presentes acciones.

Que habiendo tenido la demandada varias instancias, tanto administrativa como judicial, para arribar a un acuerdo ello no ha sucedido, demostrando su actitud desinteresada ante los pedidos insistente de los actores de reconocimiento de sus derechos. \nQue a los efectos de determinar el monto de este rubro he de valorar, el monto requerido en la demanda, el tiempo transcurrido desde el inicio del reclamo y el criterio de nuestra Exma. Cámara de apelaciones en el citado fallo, en cuanto dice: \\\n"En esa misma línea es también de estricta aplicación al caso lo dicho en nuestro reciente pronunciamiento de fecha 6/04/2016 correspondiente al Expte. CA.21595 en el que expusimos: “en lo que concierne al cuestionamiento por el monto de la multa impuesta; resulta oportuno recordar que las penalizaciones tienen una eminente naturaleza tuitiva del mercado y sus buenas prácticas, constituyendo señales del Estado para que se cambie una práctica o conducta que se considera impropia o inconveniente a los efectos de la política que el mismo persigue en tal materia. Debe por consiguiente tener una entidad tal que conmueva al prestador cuya actuación se cuestiona y para ello el patrimonio del mismo, como su giro comercial y utilidades guardan especial significación, más allá de la reiteración o reincidencia que obviamente también resultan relevantes. Y, en ese orden de ideas, es la empresa la que debe alegar elementos que permitan valorar si la sanción guarda relación con aquellos extremos o puede considerarse excesiva. Ella es la que está en mejores condiciones de probar su patrimonio, giro comercial y utilidades, pero nada de esto ha hecho”.

Es más, me parece oportuno agregar lo que se ha dicho nuestra Exma. Cámara de apelaciones en "ROMERO HECTOR ROGELIO C/ BBVA BANCO FRANCES S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumarísimo) (DOS CUERPOS -P/C B-2RO-3- C9-13INC Y 41447-J3-11)", fecha 02/02/2016: "No se trata estrictamente de una multa, sino de una reparación aunque necesariamente va más allá del límite de daño concreto, con la finalidad de que la ejemplaridad sirva de escarmiento para todos los operadores. De allí que en Common Law donde se acuñó el instituto que nos ocupa, se suele referir a “exemplary damages””. \nPor ello, entiendo prudente imponer la multa civil prevista en el artículo 52 bis de la ley 24.240, a favor de los actores en conjunto, que determino a la fecha de sentencia en la suma de pesos cincuenta mil (\$ 50.000,00), importe al que se le

adicionarán los intereses conforme la doctrina del Superior Tribunal de Justicia en autos "GUICHAQUEO...Expte N° 27.980/15-STJ", a partir de los diez días de notificado de la presente.-

IV.- En consecuencia la demanda prospera por la suma de \$ 130.000, más los intereses determinados en los considerandos. \nV. Las costas de este proceso deberán ser soportadas por el demandado vencido y por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.).\nPor ello, \nFALLO:

1.- Haciendo lugar en su mayor extensión a la demanda interpuesta por ANDRES ORLANDO JANAVEL y DIEGO ANDRES JANAVEL TEJADA contra TELEFONIA MOVILES ARGENTINA S.A., condenando a este último a abonar a los primeros en el plazo de DIEZ días la suma de \$ 130.000,00 con mas los intereses mencionados en los considerandos.-

2.- Las costas se imponen al demandado en su calidad de vencido.\n3.- Regulo los honorarios del Dr. Diego Andrés Janavel Tejada por el doble caracter en la suma de \$ 28.000,00, los de los Dres. Noelia Alonso en la suma de \$ 2.500,00 Facundo Garcia en la suma de \$ 3.000,00, Alejandro David Cataldi en la suma de \$ 6.000,00, Federico Raffo Benegas en la suma de \$ 6.000,00 Juan Ignacio Santángelo en la suma de \$ 2.500,00.- (M.B. \$ 130.000,00) \nRegulo los honorarios del perito Ingeniero Alberto Julio Delord, en la suma de \$ 4.160,00 quedando como definitivos los honorarios provisorios regulados con anterioridad.-\n5.- De conformidad a lo dispuesto por la Exma. Cámara de Apelaciones en la resolución de fs. 152/162 se imponen las costas por su orden, teniendo en consideración a tal efecto, la materia de recurso, los organismos que intervinieran en su sustanciación, la falta de criterio uniforme hasta ese momento que diera lugar a los intervinientes a creerse con derecho respecto a sus posiciones. Asimismo regulo los honorarios del Dr. Diego Andrés Janavel Tejada en la suma de \$ 4.500.-

6.- Se deja constancia que en la merituación de la totalidad de los honorarios se ha tomado en cuenta la calidad profesional, la complejidad de la causa, las etapas cumplidas, el caracter de la intervención, así como el resultado obtenido en el proceso.- \nNotifíquese, regístrese, y cúmplase con la Ley 869.

VERONICA I.HERNANDEZ
JUEZ