

General Roca, 08 de mayo de 2023.

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en las presentes actuaciones caratuladas "**CRISTIANI MARCELO ENRIQUE C/ TELEFONICA MOVILES DE ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO**" (**RO-29857-C-0000**), de los que

RESULTA: Mediante escrito n° 207497 del SEON, de fecha 26/07/2021, se presenta Marcelo Enrique Cristiani, con patrocinio letrado y adjuntando la documental digitalizada, invocando el carácter de consumidor e iniciando demanda contra Telefónica Móviles de Argentina S.A., para que se la condene por daños y perjuicios ocasionados, por infracciones al sistema protectorio del consumidor, correspondientes a incumplimientos contractuales del deber de información adecuada y veraz, del trato digno, por imposición de servicios no contratados.

Solicita se condene a la demandada a pagar la suma de \$ 5.500.000 o el equivalente a 5.500 JUS al momento de la sentencia, lo que resulte mayor, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producir, con más sus gastos, intereses y costas.

Peticiona que accesoriamente se condene a la demandada a realizar la publicación de la condena en un diario de mayor importancia y circulación en la región y en otro de iguales características del país, a exclusiva costa de misma, los días domingo de cada mes, durante dos meses, que contengan la resolución condenatoria y una síntesis de los hechos que la originaron.

Relata que jamás contrató con la demandada ningún servicio y en el mes de diciembre del 2020 se vio sorprendido cuando comenzó a recibir intimaciones por una supuesta línea telefónica n° 1160818085, registrado como cliente n° 397560963.

Afirma que el 16/12/2020 comenzó a efectuar reclamos a través del

servicio de Messenger de la demandada, donde se le requirió enviar sus datos, DNI, formulario de desconocimiento de deuda y pese haber completado todos los pasos, la demandada continuó reclamándole la deuda mediante correos electrónicos enviados en fecha 25/12/2020 a las 05:10 hs., desde la casilla de correos tasa@bmlcollection.com, a su casilla de correos marcelocristiani@hotmail.com, en cuyo encabezado figura el logo comercial "Movistar" de la firma demandada, por una supuesta deuda de \$ 1.159,66, intimándolo al pago. Dicho correo electrónico, idéntico, le fue nuevamente enviado en fecha 28/12/2020 a las 16:08 hs.

Sostiene que se comunicó con la demandada en fecha 28/12/2020 nuevamente por Messenger desconociendo la deuda, y le respondieron que aún está en trámite, informándole que debía desconocer la línea, cuestión que ya había hecho el 16/12/2020. En fecha 29/12/2020 le informaron que el desconocimiento de la línea fue rechazado sin más información, por lo que debería volver a gestionarla.

Asegura que no le informaron el por qué del rechazo, por lo que el 29/12/2020 continuó con su reclamo por la plataforma Messenger y reenvió el formulario de desconocimiento de deuda, a lo cual le requirieron que vuelva a llenarlo con fecha actual, oponiéndose a tal pedido, aceptando la demandada el formulario anterior y solicitándole nuevamente el número de DNI, e informando que su pedido de desconocimiento de la cuenta se hizo bajo el n° 227725044 y sería resuelto en fecha 05/01/2021.

Relata que en fechas 01/01/2021 a las 05:08 hs., 04/01/2021 a las 05:07 hs., 06/01/2021 a las 05:06 hs., y luego en fecha 28/04/2021 a las 21:41 hs., continuó recibiendo correos electrónicos en su casilla, concluyendo que la demandada no sólo no ha informado adecuadamente, sino que además pretende cobrarle un crédito por un servicio no contratado, extorsionándolo con supuestos deudos con apariencia de intimaciones

judiciales.

Describe que finalmente el 13/05/2021 recibió una intimación escrita en su domicilio, lo que le ha causado un malestar por las angustias de ser tratado como un deudor cuando no lo es, recibiendo correos e intimaciones en horas inadecuadas e incluso en feriados, debiendo iniciar la presente acción a los efectos de que la demandada cese con su conducto extorsiva y le extienda un certificado de libre deuda.

Efectúa un encuadre jurídico, alegando que se encuentra acreditada la mala fe contractual de la demandada, al habersele proferido un perjuicio y privación del servicio de línea fija, falta de trato digno y faltas al adecuado deber de información.

Afirma que se trata de una cadena de actos repetidos, deliberados y totalmente voluntarios por parte de la demandada, cuyos efectos siempre han sido contrarios a los intereses, derechos y solicitudes de la parte actora, y han favorecido únicamente a la demandada.

Resalta su buena fe y paciencia, en busca de una salida conciliatoria.

Conceptualiza las prácticas abusivas, con cita legal, concluyendo que las inconductas provocan por un lado la responsabilidad civil de la demandada y aplicarle una sanción razonable y ejemplar, dado que la demandada no cumplió con sus obligaciones y violó los deberes de trato digno y de informar.

Reclama el daño moral, argumentando que la angustia sufrida, como consecuencia de los hechos descriptos, la penosa recurrencia incumplidora de parte de la demandada, el padecimiento que durante la tramitación del reclamo, en el marco de una relación de consumo, debiéndose valorar el grave e ilegítimo desorden que trajo a su vida todas las actividades tendientes a finalizar con una situación ilícita.

Solicita la suma de \$ 500.000 o el equivalente a 500 JUS, lo que resulte mayor.

Peticiona el daño punitivo, definiendo el rubro, con citas doctrinarias, y describiendo sus característica y requisitos.

A los fines de la graduación del daño punitivo, solicita la aplicación de la fórmula "Testa", efectuando una explicación de la misma.

Solicita la aplicación del máximo establecido en la LDC, liquidando el rubro en \$ 5.000.000 y subsidiariamente, como piso mínimo, se requiere se sancione a la demandada a la suma de 600 JUS o lo que resulte mayor, en virtud que la demandada ya cuenta con antecedentes judiciales.

Por último, solicita la condena a la obligación de hacer, consistente en la publicación de la condena en un diario de mayor circulación de la región y del país, los días domingos de cada mes, durante dos meses.

Funda en derecho, ofrece prueba, efectúa reservas recursivas y peticiona.

En fecha 15/09/2021, mediante escrito del SEON n° 281134, se presenta Telefónica Móviles Argentina S.A., mediante apoderada y adjuntando la documental digitalizada, contestando demanda.

Niega expresa y categóricamente todas las circunstancias de hecho y de derecho que no sean objeto de expreso reconocimiento, efectuando una negativa particular de cada uno de ellos.

Niega la autenticidad y oponibilidad de la documentación adjuntada por la actora.

Solicita el rechazo de la demanda, dado que el actor señala que nunca contrató un servicio con Telefónica Móviles Argentina S.A. y que se vio sorprendido en el mes de diciembre de 2020 por intimaciones de pago por

una supuesta línea telefónica n° 1160818085, registrado como cliente n° 397560963, que realizó los reclamos, firmó una planilla de desconocimiento de línea y que no tuvo respuesta alguna.

Refiere que el actor alega que siguió recibiendo intimaciones de pago, que le ocasionaron el daño moral y que funda la sanción punitiva.

Por su lado, niega que le haya provisto al actor la línea n° 1160818085, que el actor haya efectuado reclamo alguno, haber recibido del actor el desconocimiento de línea, articulando la defensa de falta de legitimación pasiva.

Afirma que de la documental adjuntada por la actora, se observa que la factura que se le reclama, habría sido emitida por Telefónica de Argentina S.A. y no por Telefónica Móviles de Argentina S.A. a quien demanda de acuerdo al objeto de escrito inicial.

Sostiene que constatados los registros contables de Telefónica Móviles Argentina S.A., surge que el actor no registra a su nombre la línea 1160818085, por lo que siendo que se demanda a Telefónica Móviles de Argentina S.A., por conceptos reclamados por la línea n° 1160818085, que no corresponde a dicha demandada, solicitando se haga lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva por no mediar identidad entre el sujeto demandado y la persona a quien, en su caso, debió dirigirse la acción, sin que medie error excusable ni responsabilidad por obrar de grupo económico.

Concluye que no siendo proveedora de la línea n° 1160818285, ni habiendo realizado intimaciones de pago, o recibido los reclamos del actor o desconocimiento de línea, por lo que solicita se haga lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva como defensa de fondo.

Subsidiariamente impugna la existencia, cuantía y procedencia del

reclamo de daños y perjuicios.

Define el daño resarcible, alegando que es a cargo del actor acreditar los que reclama.

Afirma que el reclamo de los daños y perjuicios que se incluyen en la presente demanda, no cumplen con los recaudos, por cuanto no surge del relato de los hechos, que se configuren los requisitos esenciales de cada rubro.

Niega la existencia y configuración de los presupuestos fácticos para la procedencia del daño moral, fundado en que no media relación con el actor relacionada a una línea de teléfono n° 1160818085, no ha recibido reclamos y desconocimiento de la línea y tampoco se le realizó reclamo de pago al actor, ni de manera directa ni por medio de intermediarios.

Aclara que BML Collections no resulta apoderada, representante, ni gestor de cobros de la demandada, por lo que las molestias que reseña la actora, de resultar acreditadas, no fueron causadas por su obrar, solicitando el rechazo.

Se opone a la imposición de la condena por el rubro daño punitivo, dado que no basta para ello el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales y la solicitud del consumidor, sino que requiere demostrar una conducta jurídicamente disvaliosa, debiendo interpretarse el instituto de manera restrictiva.

Considera que la condena por daños punitivos resulta inconstitucional por violar los principios del debido proceso y legalidad, al recurrirse a un tipo penal abierto que no describe con anterioridad al hecho del proceso de las cargas probatorias dinámicas, viola el debido proceso, la legalidad y la propiedad, por cuanto jamás se advirtió en el derrotero procesal que el caso se resolverá por aplicación de tal regla probatoria, lo que además configuraría la denominada sorpresa procesal al momento de la sentencia.

Argumenta que la imposición de una condena por daños punitivos está sujeta a la acreditación con grado de certeza de una conducta groseramente negligente, dolosa, desinteresada de los derechos del consumidor y generadora de un enriquecimiento sin causa del proveedor.

Sostiene que a partir de dichas premisas y teniendo en consideración la falta de legitimación alegada, concluyendo que no ha obrado en modo alguno en el sentido

expuesto en la demanda.

Cita jurisprudencia local que se ha pronunciado en contra de la aplicación de la fórmula Testa invocada por el actor.

Concluye que no media conducta susceptible del reproche punitivo a la luz de la doctrina jurisprudencial vigente, solicitando el rechazo del rubro.

Solicita el rechazo de la pretensión de publicación de la condena en un diario de mayor circulación de la región y del país.

Por último, se impugna el encuadre jurídico, considerando que la misma debe regirse de igual modo por las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones n° 19798, Ley Argentina Digital n° 27078, Resolución Secretaría de Comunicaciones de la Nación n° 490/97 y Resolución Ministerio de Modernización n° 733/2017, entre otras.

Ofrece prueba, efectúa reservas recursivas y peticiona.

La actora contesta la excepción de falta de legitimación pasiva (escrito del SEON n° 289244 del 22/09/2021) con adjunción de links de publicaciones periodísticas, argumentando que desde el año 2018 las empresas Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica Móviles de Argentina S.A. se unieron en una sola, siendo la última mencionada la demandada y quien ofrece todos sus servicios.

El 11/11/2021 se celebra audiencia preliminar, donde se fijan los hechos objeto de prueba: hechos en los que se funda la falta de legitimación invocada por la demandada, los daños y su cuantificación.

Se produjo la siguiente prueba: a) Documental: de la actor presentada digitalmente en el SEON en los escritos 207497 del 26/07/2021 y 289244 del 22/09/2021; b) Documental en poder de la parte actora: respuesta de la parte en el escrito del SEON n° 22887 del 11/02/2022; c) Documental en poder de la demandada: el 18/04/2022 se dictó la siguiente providencia: *"Atento lo peticionado por la actora y encontrándose vencido el término para la adjunción de la documental oportunamente requerida a la demandada TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A., conforme cédula notificada en 10/02/22, hágase efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 388 del CPC y téngase presente para el momento de dictar sentencia."*; d) Pericial informática: presentada el 06/03/2022 en el SEON, escrito n° 50595; e) Testimonial: en fecha 13/04/2022 se celebró audiencia donde declararon Luis Evaristo Sepúlveda y

Ramiro Tomás Hernández; f) Informativa: AFIP: documento digital del SEON del 22/04/2022 y archivo adjunto del PUMA de fecha 09/11/2022; Subsecretaría de Defensa del Consumidor, 3 documentos digitales agregados al SEON el 20/04/2022.

En fecha 26/08/2022 se clausura el término probatorios, y tras su firmeza se ponen los autos para alegar, presentándolo el actor el 12/09/2022.

El 03/10/2022 pasan autos para sentencia, advirtiéndose el 09/11/2022 que en fecha 16/08/2022 a las 12:48 hs ingresó al correo electrónico de la Unidad Jurisdiccional N° 5 un informe de AFIP que no fue advertido por el personal y por ende no fue incorporado al expediente oportunamente, por lo que, mediante decreto de esa misma fecha (09/11/2022) se deja sin efecto el autos para sentencia y se agrega el informe de la AFIP, poniéndose a disposición de las partes a los fines que aleguen sobre esa prueba en particular.

El 15/11/2022 la parte actora presenta ampliación de alegatos la parte actora y el 13/12/2022 vuelve a dictarse el autos para sentencia.

El 06/12/2023 obra resolución de excusación del Juez titular de la Unidad Jurisdiccional n° 5, quien asumiera en el cargo el 01 de febrero de 2023, quien se encontraba incurso en dos causales de excusación, una de ellas contemplada por el art. 30 del C.P.C. C. razones de decoro y delicadeza; y la segunda, contemplada en el art. 17 inc. 7 del mismo cuerpo normativo; en relación a la parte demandada Telefónica de Argentina S.A., de quien era apoderada.

En dicho decreto se deja sin efecto el autos para sentencia dictado el 13/12/2022 y el 07/02/2023 se avoca la suscripta al conocimiento de la causa, dictándose providencia de llamamiento a autos para sentencia el 10/04/2023.

CONSIDERANDO: I) Inicia la actora el presente reclamo, fundado en el marco legal de protección al consumidor, demandando daños y perjuicios, atribuyendo a la demandada infracciones al sistema protectorio del consumidor, correspondientes a incumplimientos contractuales del deber de información adecuada y veraz, del deber de trato digno, por imposición de servicios no contratados.

En tal sentido sostiene que jamás contrató con la demandada ningún servicio y sin embargo comenzó a recibir intimaciones de pago por una línea telefónica, realizando diferentes reclamos y presentando formularios de desconocimiento de línea, sin obtener

respuesta de la demandada.

Por su lado, la demandada funda su defensa en la falta de legitimación pasiva, negando que haya provisto al actor de la línea n° 1160818085, haber recibido desconocimiento de línea y/o reclamo por parte del actor, y argumentando que de la documental adjuntada por el mismo, surge que recibió una factura con vencimiento previsto para el día 11/12/2020, por la suma de \$ 1.159,66, correspondiente a la línea 1160818085, cliente n° 397560963, observando que habría sido emitida por Telefónica de Argentina S.A. y no por Telefónica Móviles Argentina S.A..

Afirma que constatados los registros contables de Telefónica Móviles Argentina S.A., surge que el actor no registra a su nombre la línea en cuestión, por lo que solicita se haga lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva.

La parte actora contestó dicha defensa invocando noticias de fechas 09/04/2018 del Diario Clarín, del 10/04/2018 del Diario El Cronista y del 11/04/2018 del Diario La Nación, donde se informa que en el año 2018, ambas empresas, Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica Móviles de Argentina S.A. se unieron en una sola.

II) Partiendo entonces de la plataforma fáctica planteada en la demanda, nos encontramos ante un reclamo efectuado por un particular, contra una empresa prestadora de servicio de telefonía, por la supuesta relación de consumo que desconoce el actor y que originara el conflicto ventilado en autos.

En razón del carácter de "proveedor" de la parte demandada, prestador de bienes y servicios destinados a consumidores y usuarios, se encuentra obligado por el art 2 de la Ley 24.240 al cumplimiento de dicha ley. Por ello resulta de aplicación al presente caso el plexo normativo de defensa del consumidor (Título III del Libro Tercero del CCCN que regula las relaciones de consumo, junto con la ley 24.240).

En la obra Código Civil y Comercial de la Nación Comentado de Lorenzetti, citando a Vazquez Ferreira, se sostiene *"Las relaciones de consumo se rigen por la Ley de Defensa del Consumidor y sus reglamentaciones, sin perjuicio de otras disposiciones legales que resulten de aplicación atendiendo a la actividad que el proveedor desarrolle"* (Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo VI pg. 243 - Ed. Rubinzal -Culzoni Editores).

Esta normativa busca lograr un equilibrio entre quienes son partes de una relación

de consumo, a través de un sistema de protección jurídica in favor debilis, diciendo la Corte Suprema de Justicia al sostener que *"la finalidad de la ley 24.240 consiste en la debida tutela y protección del consumidor o el usuario, que a modo de purificador legal integra sus normas con las de todo el orden jurídico, de manera que se impone una interpretación que no produzca un conflicto inter normativo, ni malogre o controvierta los derechos y garantías que, en tal sentido, consagra el art. 42 de la Constitución nacional"*. (C.S.J.N., causa C.745.XXXVII., in re Caja de Seguros S.A. c/ Caminos del Atlántico S.A.C.V., sent. del 21-III-2006, Fallos: 329:695, voto del doctor Zaffaroni; causa F.331.XLII; REX, "Federación Médica Gremial de la Cap. Fed. -Femedita- c DNCI - DISP 1270/03", sent. del 18-XI-2008, Fallos: 331:2614, disidencia del doctor Maqueda).

Asimismo, el art. 25 de la LDC establece en el párrafo tercero que *"Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor"*.

Por lo tanto, si bien la actividad desarrollada por la demandada se encuentra reguladas por normas específicas, al encontrarnos ante una relación de consumo, el análisis jurídico siempre deberá ser armonizado con los preceptos establecidos en la regulación de tales relaciones y bajo sus principios.

III) Comenzaré entonces a analizar la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada, por lo que deberé analizar si la demandada Telefónica Móviles de Argentina S.A. y Telefónica de Argentina S.A. pueden ser consideradas una misma persona jurídica, como pretende el actor; o a contrario de ello, cada una mantiene su propia personalidad jurídica, como alega la demandada.

De acuerdo al argumento de la demandada, se tratarían de dos personas jurídicas diferentes, sustentando su argumento en el registro de la AFIP, donde, de acuerdo al informe acompañado en autos, consta que Telefónica Móviles Argentina S.A. posee un inscripción diferenciada una de otra, en relación a su contrato social, actividades nacionales registradas y fecha de alta y diferente número de Cuit, lo que refuerza la postura de la demandada.

Sin embargo a poco que se lee la constancia de inscripción acompañada por la

AFIP, pueden observarse que ambas firmas poseen el mismo domicilio fiscal, así como comparten algunas de las actividades declaradas.

Ahora bien, puede observarse en tales formularios que Telefónica Móviles de Argentina S.A. (cuit n° 30-67881435-7) tiene declarada como actividad principal el servicio de telefonía móvil y Telefónica de Argentina S.A. (cuit n° 30-63945397-5) desarrolla como actividad principal los servicios de telefonía fija, excepto locutorios.

Analizando por otro lado la documental acompañada por la actora, acompañó capturas de pantalla de una conversación desarrollada en Messenger, con Movistar Argentina.

De acuerdo a la pericial informática realizada en autos, el perito accedió a la aplicación Messenger a través de la cuenta de la red social Facebook de Marcelo Enrique Cristiani, corroborando que todos los mensajes ofrecidos en la documental, concuerdan con lo visto en la cuenta mencionada.

Al respecto, la demandada no ha negado la existencia de dicha cuenta de Messenger donde los usuarios puedan hacer sus reclamos, ni que dicha cuenta sea el canal adecuado para recepcionar los reclamos por parte de los clientes, sino que niega en forma genérica que el actor haya efectuado los reclamos que menciona.

En ese contexto, habiéndose realizado una pericial informática, que no fue cuestionada por la demandada, que confirma los reclamos del actor, tengo por reconocido que dicho canal era el correcto para comunicarse con la demandada. Obsérvese que la demandada al negar la autenticidad y oponibilidad de la documentación acompañada por la actor, manifiesta "*...Capturas de pantallas del reclamo del actor efectuado por Messenger de la demandada...*", es decir, sólo desconoce las capturas de pantalla, no así que el canal de comunicación no sea el correcto.

Continuando con el análisis del intercambio de mensajes entre el actor y Movistar Argentina, puede observarse que ante el reclamo del actor, el interlocutor le solicitó sus datos personales y le recomendó al actor realizar el desconocimiento de línea, adjuntándole un archivo PDF con el formulario correspondiente para realizar dicho desconocimiento.

Surge de la conversación, que le solicitaron al actor que imprimiera dicho PDF, lo

completara a mano y luego le saque una foto y se la reenvíe por el mismo medio, con una foto del DNI, lo cual fue cumplido.

De dicho documento surge que se trata de un "Descargo por desconocimiento de línea - FF-06", el cual se destaca por ser un formulario predispuerto, que requiere sea completado por el reclamante, de puño y letra y firmado por triplicado, el cual fuera llenado por el actor, indicando los datos que le son requeridos en el propio formulario, tales como fecha (16/12/2020), su nombre y apellido, número de documento, domicilio, teléfono y el detalle de la titularidad del servicio que se desconoce. En este caso, el actor consignó que desconocía la línea 1160818085 con n° de cliente 397560963.

Luego consta una leyenda predispuerta, donde se consigna que el reclamante toma conocimiento y presta conformidad para que se someta la nota a una pericia caligráfica privada, incluyendo una declaración jurada sobre la realidad de los datos consignados por el reclamante, a lo que le sigue la firma ológrafa y la aclaración realizada por el actor en tres oportunidades, tal como lo requiere el formulario.

De la descripción realizada, debo destacar que el propio formulario predispuerto indica como destinatario del descargo Telefónica Móviles Argentina S.A.

Se le informó al actor que se había gestionado su pedido, bajo el número 000000227583816, con una fecha de resolución estimada del 23/12/2020.

En fecha 28 de diciembre, a las 16:12 hs. el actor remite nuevo mensaje con lo que pareciera una captura de pantalla de una intimación a regularizar una deuda, que reza "*Me dirijo a Usted en carácter de representante de Telefónica Móviles Argentina S.A. (MOVISTAR), al no constar en nuestros registros el pago de la suma adeudada de \$ 1.159,66*", la cual se informa que corresponde a la línea 1160818085, pudiendo leerse de la conversación que el actor desconoció la línea y le fue informado que se verificó que bajo su DNI hay una deuda de \$ 1.159,66, solicitándole que tramite nuevamente un desconocimiento de línea.

El 29 de diciembre se le informa al actor que se había verificado que tenía una solicitud de desconocimiento que fue rechazada y que debería volver a gestionarla. Vale aclarar que no se han explicado las razones del rechazo, ni tampoco le fue comunicado oportunamente.

Del seguimiento de la conversación surge que el actor volvió a presentar el

formulario predispuesto de desconocimiento de firma y el mismo fue recepcionado, bajo el número 227725044, con fecha estimada de resolución el 05/01/2021.

También adjuntó el actor una serie de correos electrónicos, donde se lo intimaba al pago de una deuda de \$ 1.159,66, correspondiente a la línea 1160818085, fechados el 25/12/2020, 28/12/2020, 01/01/2021, 04/01/2021 y 06/01/2021.

Tales correos electrónicos poseen membretes de Movistar y bml Collection Services. Asimismo, fueron enviados desde tasa@bmlcollection.com a la casilla del actor marcelocristiani@hotmail.com, teniendo como asunto *"TELEFÓNICA DE ARGENTINA S.A. - CUENTA 535196941 LÍNEA 1160818085 - DNI 18253680 - TELEFÓNICAS ALTAS NUEVAS"*.

El cuerpo del correo electrónico reza: *"Estimada/o CRISTIANI MARCELO ENRIQUE. Cuenta: 535196941. Me dirijo a Usted en carácter de representante de TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. (MOVISTAR), al no constar en nuestros registros el pago de la suma adeudada de \$ 1.159,66 correspondiente al CLIENTE 535196941, línea 1160818085, lo intimo para que en el plazo de 48hs. hábiles abone dicho importe"*.

Luego de ello, se le da información de como abonar la suma reclamada.

También existe un correo electrónico, de fecha 28/04/2021, remitido desde Movistar Cobranzas noreplay@movistar.com.ar a mmarcelocristiani@hotmail.com, cuyo asunto dice *"CRISTIANI MARCELO ENRIQUE Último AVISO DEUDA MOVISTAR - PAGA ONLINE"*

En el cuerpo del correo se pone en conocimiento que Movistar le encomendó a la firma Tandem Technology S.A. la gestión de su cuenta, notificándolo que al día de la fecha registran un saldo pendiente, indicándose un link para realizar el pago.

Si bien la parte actora ha negado que la firma BMLCollection sea su representante y/o apoderada y/o facultada para obrar en su nombre, nada ha dicho acerca de Tandem Technology S.A. Por otro lado, la pericial informática ha confirmado que los correos electrónicos acompañados, fueron remitidos a la cuenta del actor, desde las casillas que figura.

Sin perjuicio del desconocimiento que realizó la demandada respecto a la firma BMLCOLLECTION, puede observarse que al realizarse los reclamos mediante el

Messenger de la demandada, el actor acompañó a dicho chat una foto de la intimación recibida en su mail el 28/12/2020 y sin embargo en ese momento no efectuó ninguna manifestación al respecto, no negó el documento ni su contenido, e incluso confirma la existencia del mismo al informar al actor que "...verificamos que bajo el DNI brindado hay una deuda de \$ 1.159,66..." monto que coincide con las intimaciones remitidas por correo.

En ese sentido, considero que la demandada no puede negar su vinculación con BMLCOLLECTION, si previamente no lo negó, y esperó recién a la contestación de demanda para hacerlo y de manera genérica.

Por último, al contestar el traslado de la excepción, el actor acompañó 3 notas periodísticas, la cuales no fueron observadas por la demandada.

En tales notas periodísticas puede leerse "*Cambio en la atención a clientes. Telefónica unifica sus negocios bajo la marca Movistar*", "*Los servicios de telefonía fija e internet en la Argentina tendrán el mismo nombre que los de la telefonía celular*", "*los usuarios de la empresa Telefónica en la Argentina tendrán que realizar sus consultas exclusivamente a través de canales de información de Movistar...*", "*Telefónica unifica a todos sus productos bajo marca Movistar*", "*Telefónica unifica a todos sus productos bajo la marca Movistar*", "*Telefónica ya unificó en la marca Movistar a todos sus productos*", entre otros.

En base a todo el análisis efectuado, si bien la demandada ha acreditado que Telefónica de Argentina S.A. y Telefónica Móviles Argentina S.A. resultan personas jurídicas distintas, el desarrollo de su actividad es conjunta y claramente lleva a la confusión de los consumidores, quienes en todo momento creen estar frente a una misma firma. Todo ello en virtud de la propia conducta de la demandada que en ningún momento del reclamo efectuado mediante el canal que tiene a disposición, en ningún momento le informó a la actora que tendría que reclamar ante otra firma e incluso toma los reclamos, los rechaza y tiene conocimiento de la deuda del actor.

Sin dudas debió explicar y profundizar, con un respaldo probatorio, tales circunstancias, sobre todo teniendo en cuenta que al contestar demanda afirmó que luego de constatados sus registros contables, surge que el actor no registra a su nombre la línea en cuestión. Cabe aclarar que la demandada optó por no producir la prueba contable en extraña jurisdicción, que hubiera ayudado a poner en claro su postura, dado

que no la instó y se decretó su caducidad.

Es obligación del proveedor, brindar información clara y precisa, mostrarse en su publicidad de forma tal que no lleve a confusión al consumidor. Sin duda alguna no ha sido así en este caso, donde se intenta deslindar responsabilidad mediante una excepción de falta de legitimación, cuando la propia actitud de la demandada ha llevado a que el planteo se efectúe de esa manera.

Que desde esta óptica, el demandado como proveedor, persona jurídica que ha de respetar la normativa de la ley de Defensa del Consumidor, no cumplimentó las disposiciones de la ley, afectando al actor su incumplimiento, obteniendo de esta manera la legitimación pasiva que detenta para estar en juicio.

Por lo dicho corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada.

IV) Resuelto ello, cabe analizar los hechos planteados por la actora.

La parte demandada fundó su defensa en la falta de legitimación pasiva, negando haber provisto al actor de la línea. Sin embargo, ninguna prueba realiza a los fines de acreditar tal circunstancia.

Al respecto debo tener en cuenta que en la audiencia preliminar se intimó a la demandada a adjuntar documental en su poder, tal como el registro de reclamos de vía Messenger de desconocimiento de la línea y de la deuda y, fundamentalmente, el contrato que origina la imputación de la deuda y en fecha 18/04/2022 se dictó la siguiente providencia: *"Atento lo peticionado por la actora y encontrándose vencido el término para la adjunción de la documental oportunamente requerida a la demandada TELEFÓNICA MOVILES ARGENTINA S.A., conforme cédula notificada en 10/02/22, hágase efectivo el apercibimiento dispuesto por el art. 388 del CPC y téngase presente para el momento de dictar sentencia.*

Tal como he analizado en el considerando anterior, en los reclamos efectuados mediante la plataforma Messenger, el demandado no ha desconocido la existencia de la línea a nombre del actor y no brindó ninguna respuesta al reclamo del actor. Se limitó solamente a informar que la solicitud de desconocimiento había sido rechazada.

No haber acompañado el contrato celebrado con el actor, crea una fuerte presunción en contra de la demandada.

Asimismo, la LDC establece en su art. 53, tercer párrafo, que *"Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio"*, dejando aclarado que la demandada no ha acompañado ningún tipo de documentación referida a su relación contractual con el actor.

Considero que no resulta creíble que no exista en poder de la demandada ningún tipo de documentación y/o información respecto del actor y de la línea telefónica contratada y ello dado que ha reconocido la demandada en las respuestas a los reclamos del actor, efectuados por los canales que ella misma pone a disposición, la existencia de una deuda a nombre del actor, coincidente con el monto que se le reclama por la línea n° 1160818085.

Por lo tanto, si existiera una contratación de una línea con el actor, claramente debería constar de alguna manera la relación contractual.

Tal conducta debo entonces tomarla como una presunción en su contra, además de tener que considerar la circunstancia más favorable para el consumidor.

Tiene dicho la Cámara de Apelaciones local, en un caso en el que se refiere a los registros que posee un proveer, *"La omisión de aportar prueba objetiva al respecto no hace más que exhibir una conducta negadora, incompatible con la buena fe debida y la obligación que impone el régimen tuitivo del consumidor; en particular el art. 53 de la ley 24.240 en cuanto dispone que 'Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio'"* (CALAMARA BUDIÑO JORGE C/ SA IMP. Y EXP. DE LA PATAGONIA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - RO-29811-C-0000, se. n° 452 del 01/12/2022).

Acompañado ello con lo establecido en el art. 388, que impone una

presunción en contra del que omite presentar la documentación existente en su poder al proceso, como es el caso.

"Hemos dicho el 18 de octubre de 2022, en autos 'CAMPOS JONATHAN DAVID C/ CORVALAN JULIO TRISTAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (ORDINARIO)' (Expte.n RO-70491-C-0000) ... Es de aplicación el régimen tuitivo de los consumidores, más allá que en el caso en oportunidad de la audiencia cuya acta se incorporara a fs. 107 se intimara a la aseguradora a acompañar la póliza vigente bajo apercibimiento de lo previsto por el art. 388 del CPCyC. Como hemos dicho en otras oportunidades, siendo de aplicación el sistema de protección de los consumidores que encuentra su base en el art. 42 de la Constitución Nacional y se estructura fundamentalmente en las nuevas disposiciones que sobre la materia contiene el Código Civil y Comercial (arts. 1092, 1093, 1094 y 1095 y cctes.), así como la ley 24.240 y sus modificatorias, ante la duda debemos estar en favor del consumidor. Repárese en tal sentido especialmente en el art. 1094 del CCyC que reafirma y perfecciona el principio que ya había reconocido el art. 3 de la ley 24.240 al disponer que 'Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor'. Y repárese también en el art 1095 del referido código en cuanto respecto de la interpretación de los contratos de consumo, dispone que 'se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor', agregando que 'Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa'. Refiero al nuevo código unificado porque más allá que el contrato se celebró con mucha anterioridad a su sanción, las normas parcialmente transcriptas no son sino la expresión de lo que se conoce como el principio

protectorio que emerge del citado art. 42 de la Constitución Nacional y en general se ha sostenido que se vertebra en tres reglas: a) la regla 'in dubio pro consumidor', la duda favorece al consumidor; b) la regla de la norma más favorable al consumidor; y c) la regla de la condición más beneficiosa o ventajosa, especialmente en la interpretación de los contratos. La regla 'in dubio pro consumidor' se extiende también fundamentalmente al ámbito de los hechos y la prueba. Esa ha sido la práctica judicial más extendida de la que participa esta cámara, contando con apoyo doctrinario muy calificado, que luego se plasma en la Ley de Defensa del Consumidor con la modificaciones introducidas por la ley 26.361 al disponer la obligación de los proveedores de 'aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio'. (art. 53, tercer párrafo). (Ver 'Manual de Derecho del Consumidor' por Jorge M. Bru, Inés D'Argenio, Belén Japaze, Roberto Pagés Lloveras, Diego H. Zentner, dirigida por Dante D. Rusconi, segunda edición, págs. 147 y sgtes.)...". (Cámara de Apelacione General Roca, "DEL HIERRO MARIA SOLEDAD C/ BANCO PATAGONIA S.A. Y OTRA S/ SUMARISIMORO" RO-19302-C-0000, se. n° 151 del 22/11/2022).

Es de destacar que no se han podido conocer que existiera una contratación con el actor, dadas las omisiones de la demandada referidas anteriormente, y por ello se torna ilegítima cualquier pretensión económica que la demandada quiera atribuir al actor.

De ello surge un grave incumplimiento de la normativa del consumidor, dado que se le ha impuesto al actor un servicio que no ha sido solicitado ni contratado por este último, realizando hostigamientos a los fines de cobrar una deuda inexistente e ilegítima.

Puede observarse por parte de la demandada, una total desatención a los derechos del consumidor y a las obligaciones a su cargo, al no brindar ninguna respuesta a la

solicitud del actor e incluso pretendiendo en el presente proceso desligarse de responsabilidad, valiéndose de la confusión que ha generado a los consumidores en general, y al actor en particular, el no brindar información clara en la plataforma de reclamos, obligando al actor a iniciar el presente juicio.

Es decir, se han acreditado incumplimientos legales de la demandada respecto del actor a los arts. 4, 8 bis, 25, imponiendo al actor un servicio que no fue solicitado ni contratado por éste. Y es en este sentido en que encuentro responsabilidad en la demandada, por tales incumplimientos.

V) En cuanto a los daños reclamados por actor, analizaré cada uno de ellos, en el orden propuesto, teniendo en cuenta si dicho incumplimiento de la demandada tiene relación causal con los daños y si tales daños resultan ciertos y fueron acreditados.

V.a) Daño moral.

Reclama el actor la suma de \$ 500.000 o el equivalente a 500 JUS, lo que resulte mayor, alegando que la afrenta moral configurada por la falta de trato digno y falta al deber de información, le ha provocado un malestar profundo, caracterizado por angustia e impotencia al no resolverse su problema.

Por su lado, la demandada niega la existencia y configuración de los presupuestos fácticos para la procedencia del rubro, negando la existencia de relación con el actor relacionada con la línea telefónica, así como tampoco ha recibido reclamos y desconocimientos de dicha línea y menos aún realizó reclamos de pago al actor.

Tal como se analizara en los considerando anteriores, la postura de la demandada no puede sostenerse, habiéndose acreditado los incumplimientos graves alegados por la actora.

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).

Sentado 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).

Es perceptible, a poco que nos colocamos en la situación del accionante, que padeció alguna afección anímica con significación jurídica a raíz de la conducta asumida por la demandada. Pues, de las constancias de la causa se desprende la falta de cumplimiento de los preceptos consumeriles por parte de la demandada.

De 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 al actor un serio disgusto que trasciende las molestias que han de tolerarse en lo cotidiano, debiendo transitar distintas etapas de reclamos, no contando aún respuestas al respecto, y teniendo que acceder al sistema judicial en búsqueda de una respuesta.

Y ya en esta instancia, tampoco se intentó solucionar el inconveniente planteado, y mas allá de ello se realizó un planteo de falta de legitimación pasiva, alargando la angustia e incertidumbre del actor.

Como puede observarse la situación a la que se ha visto expuesta la actora ha generado un daño que corresponde sea resarcido.

Los testigos Ramiro Tomás Hernández y Luis Evaristo Sepúlveda, que declararon en autos, si bien han tenido conocimiento de las circunstancias de autos por los comentarios que le hiciera el actor, ambos coinciden en que notaron cierta molestia y enojo en el actor generados por la situación vivida.

Con lo cual considero que la demandada no ha tratado de manera digna a la actora, repercutiendo de manera directa en su moral, ya que ha dispensado un trato por fuera de los parámetros establecidos en el estatuto de defensa del consumidor.

Así se ha dicho al respecto del trato digno que: *"VI. Trato digno. El derecho a la dignidad y por extensión al trato digno, es un derecho fundamental (art. 42 CN) y ha sido consagrado como derecho humano en diferentes tratados internacionales que forman parte de nuestro derecho positivo (5) . El trato digno implica dirigirse hacia una persona con el respeto que se merece por su condición de ser humano, otorgándole la debida atención y consideración para que no vea afectada su dignidad ni su honor. Cualquier conducta que esté por fuera de él, que lesione o afecte sus derechos más íntimos o su esfera íntima o moral, atentará contra su dignidad. La exigencia de condiciones de atención y trato digno apunta al respeto del consumidor como persona que no puede ser sometida a menosprecio o desconsideraciones ni mortificaciones (6) . Incluso, por ser el trato digno un derecho fundamental de los consumidores (art. 42 CN), los jueces podrán limitar la autonomía de la voluntad en pos de garantizarlo (7) . El incumplimiento al trato digno merece reproche, no solo por la inobservancia de la norma en cuestión, sino también por el deber general de no dañar al otro (art. 1710 Cód. Civ. y Com.). La LDC establece qué es lo que no se podrá hacer en orden de garantizarle a la persona un trato digno (art. 8° bis, LDC). De esta manera, menciona que los proveedores, para no violar el derecho al trato digno, '[d]eberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias [...]'. Una conducta vergonzante será aquella que resulte deshonrosa o humillante. Una conducta vejatoria será la que lleve al consumidor a sufrir molestias, padecimientos o incluso algún perjuicio. Por su parte, una intimidatoria será la que lleve ínsita algún tipo de amenaza o infunda temor (8) . En el Cód. Civ. y Com. recepta el derecho a la dignidad y la posibilidad de reclamar su prevención y reparación (arts. 51 y 52). A su vez, también establece entre los objetos prohibidos de los contratos aquellos que sean contrarios a la dignidad de la persona humana (art. 1004, Cód. Civ. y Com.). El trato digno también está receptado en el Cód. Civ. y Com., que establece que el respeto a la dignidad debe ser conforme a los tratados de derechos humanos (art. 1097), lo cual es consistente con la primacía del diálogo de fuentes como herramienta interpretativa del Cód. Civ. y Com. (arts. 1° y 2°). A su vez, el Cód. Civ. y Com. trata específicamente al trato equitativo (art. 1098, Cód.*

Civ. y Com.). *En el fallo, de acuerdo a lo dicho por el juzgador, el proveedor llevó a cabo una conducta que atentó contra la dignidad del consumidor, al someter a un servicio que se ofrece como gratuito a condiciones contractuales que no fueron adecuadamente informadas. El trato digno atraviesa toda la relación de consumo. Es por esto que en ocasiones encontraremos que el incumplimiento del deber de información, conllevará una violación al trato digno del consumidor. No obstante, será algo que deberá evaluarse en cada situación en particular.* (Autores: Beltramo, Andrés N. Guillem, Sheila L. *EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL DE SUS PRINCIPIOS*. Publicado en: JA 2018-I, 458 ? SJA 14/03/2018, 20 Cita Online: AP/DOC/26/2018)" (Cámara de Apelaciones Civil General Roca en autos: "IDÁÑEZ ANDREA FABIANA C/ TELEFÓNICA MÓVILES DE ARGENTINA S/ SUMARÍSIMO", B-2RO-219-C9-17, de fecha 25/09/2018 - se. 77).

"... la norma impone a los proveedores el deber de garantizar a los consumidores condiciones de atención y trato digno y equitativo. La amplitud de la caracterización abarca múltiples comportamientos que se observan en el mercado y otros que en el futuro serán adoptados por los proveedores. Se trata de un estándar o modelo de comportamiento que el proveedor está obligado a observar en la relación de consumo (91). Tiende a resguardar la moral y salud psíquica y física de las personas, porque la ausencia un trato digno y equitativo genera lesión en los derechos constitucionales del usuario, agraviándolos en su honor. Asimismo atiende también a la preservación de la igualdad y proporcionalidad respecto del contenido de la relación de consumo. (Autor: COLAZO, IVANA INES. 'El trato digno y equitativo al consumidor a la luz de los principios constitucionales Publicación: www.saij.jus.gov.ar, 1 DE MARZO DE 2011)".

"Por ese motivo si la empresa proveedora incurrió en incumplimiento imputable ejecutando deficientemente las prestaciones que tenía a su cargo, no adecuó su obrar al estándar de profesionalidad que le era requerido, quebrando con tal proceder las legítimas expectativas del usuario de sus servicios (arg. cciv 902 que se corresponde con el actual y más completo art. 1725 Cód. Civil y Comercial), debe responder por los perjuicios a éste irrogados. Y en esa dirección parece notorio que no se puede ponderar la conducta del proveedor de servicios con los mismos parámetros aplicables a un neófito, pues su actividad profesional debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada. En tal sentido cabe precisar que el art. 954 del Cód. Civ. y su doctrina, previsión legal incorporada actualmente al art. 332 del Cód. Civil y Comercial, admite

una nueva lectura, en clave de consumidor; la inexperiencia es la ineptitud negocial, la falta de habitualidad en el intercambio y, la ligereza -antes contemplada como misteriosa o inadecuada- surge nítida en la sociedad actual. Es la fuente principal de los desequilibrios que la legislación que protege a los consumidores y usuarios se ordena a precaver.´ (Barreiro, Rafael F. LA PACIENCIA DEL CONSUMIDOR, LA DIGNIDAD HUMANA Y LAS PRÁCTICAS ABUSIVAS. Publicado en: RCCyC 2016 (octubre), 151 LA LEY 23/11/2016, 5 LA LEY 2016-F, 335. Cita Online: AR/DOC/2942/2016)". (cita del fallo "IDÁÑEZ" referido).

Considero que esas circunstancias son suficientes para sostener que se colocó a la actora en una disyuntiva insuperable y frustrante de sus afecciones íntimas, imponiéndole un servicio que no solicitó y luego no brindando respuesta alguna a los reclamos, lo cual pudo ser evitado con un mínimo de diligencia por parte de la demandada.

Teniendo en cuenta que los daños extrapatrimoniales son literalmente irreparables con dinero, su indemnización es en verdad una compensación o recompensa patrimonial ("compensación" en sentido vulgar) por el menoscabo extrapatrimonial, en vez de un resarcimiento en sentido técnico.

A los fines de evaluar la procedencia de esta pretensión, y aunque resulte concepto bien conocido, encuentro de toda utilidad recordar que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual el daño moral siempre procede frente a la comisión del ilícito - daño "in re ipsa", es decir que la víctima se encuentra relevada de toda prueba destinada a acreditar los padecimientos en sus afecciones legítimas.

Tampoco resulta discutible que la indemnización del daño moral, de naturaleza esencialmente resarcitoria (conf. C.S.J.N., a partir del precedente "Santa Coloma"), comprende aquellos supuestos en que se ha afectado la integridad psico-física de la persona, en cuanto ello incide sobre su esfera extrapatrimonial (conf. Trigo Represas-Compagnucci de Caso, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, op. cit., T. 2-b, pág. 560).

Entiendo al daño moral como el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso. Comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de los accionantes.

A fin de dar concreción plena a este principio de la reparación integral - o justa -,

la teoría del derecho de daños ha evolucionado desde la idea tradicional de indemnizar el dolor o sufrimiento de los damnificados, hasta alcanzar concepto de mucha mayor abarcación, tales como el de "daño a la persona" o "daño al proyecto de vida", procurando así dar respuesta indemnizatoria a toda "alteración del bienestar psicofísico", que se integra con la capacidad para proyectar, para relacionarse, para gozar de las aptitudes o virtualidades del ser humano, entre las cuales se encuentra una mente sana, una armonía estética, etc. (Mosset Iturraspe, Jorge, Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño Extrapatrimonial. Daño a la persona.; Fernández Sessarego, Carlos, Daño moral y daño al proyecto de vida; ambos en Revista de Derecho de Daños, T.6, Daño Moral, págs. 7 y 25).

Cabe citar a continuación la siguiente jurisprudencia que comparto:

"Con respecto al daño moral debo decir que la indemnización por daño moral no se reduce al precio del dolor o a la pérdida de afecciones, sino que se apunta a toda modificación disvaliosa del espíritu, sea en la capacidad de sentir, de querer, y de entender. A partir del carácter resarcitorio de tal rubro, éste desempeña la función de satisfacer perjuicios que no sean mensurables con exactitud, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima y la gravedad objetiva del perjuicio, como así también el resto de las circunstancias del caso". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 1197/02/27, ?Giménez, Pablo M. y otros c/ Schuartz, Eduardo?, L. L., 1997-C, 262 ? DJ, 1997-2-656).

"El principio de individualización del daño requiere que la valoración de la indemnización del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva -la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones-, como las personales o subjetivas de la propia víctima." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 2000/03/07, ?De Agostino, Nélide I y otros c/ Transportes 9 de Julio?, L. L., 2000-D, 882- DJ, 2001-2-72).

"La fijación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas: su reconocimiento y cuantía depende del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. (art. 90 inc. 7° del CPC). Sobre esta cuestión, se ha advertido que: en la fijación del monto por resarcimiento del daño moral debe actuarse con suma prudencia, toda vez que son obvias las dificultades que existen para mensurar en dinero un detrimento de naturaleza no patrimonial, razón por la cual ha de tratarse de una suma que atienda

apropiadamente a la magnitud del menoscabo espiritual y procure mitigar el dolor causado por la conducta antijurídica". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 1984/11/21, "Díaz de Paratian, Inocencia y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", L. L., 1985-A, 408 ? DJ, 1985-1-799).

"El daño a la persona, en lo que hace a su aspecto moral, tiene alcances mucho más profundos y amplios que un sentimiento, un dolor o sufrimiento; significa el agravio o lesión a un derecho a un bien o un interés de la persona en cuanto a tal, comprendiéndose dentro de él hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana". (Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Expte 36941 CHAVES PAULA BEATRIZ C/ DIAZ PALMERO SERGIO HERNAN OTROS P/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Fecha: 03/09/2013).

Que desde el punto de vista de la mensuración económica del daño moral, en concreto, y habida cuenta de las dificultades insolubles que implica traducir el sufrimiento a una suma de dinero ("pretium doloris"), se ha dicho también que el árido tránsito desde la extrapatrimonialidad del daño a la patrimonialidad de la indemnización debe efectuarse a través del precio del consuelo ("pretium consolationis") o de los placeres compensatorios. Es decir, otorgando a los damnificados un importe indemnizatorio que les permita procurarse bienes - materiales e inmateriales - cuyo goce permita a su vez considerar que sus penurias han sido razonablemente resarcidas o mitigadas (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, Diez reglas sobre cuantificación del daño moral, L.L. 1994-A, 728; Zavala de Gonzalez, Matilde, op. cit., L.L. 1998-E, 1063; Iribarne, Héctor Pedro, La cuantificación del daño moral, en Revista de Derecho de Daños, T.6, Daño Moral, pág. 185).

Es por todo ello que estimo que rubro debe prosperar determinado el monto de Daño Moral en la suma de \$ 200.000 (PESOS DOSCIENTOS MIL).

A dicho importe se deberá aplicar el intereses del 8% anual desde que la actora decidió rescindir el contrato (30/06/2016) hasta la fecha de la presente sentencia, y partir de la sentencia, -en caso de incurrir en mora en el pago de la misma- la suma resultante con la aplicación del 8% anual, llevará intereses hasta su efectivo pago conforme los lineamientos fijados por nuestro Superior Tribunal de Justicia en: ?Guichaqueo? y "Fleitas" o la que en el futuro establezca el STJ como doctrina legal.

Dejo aclarado que si bien el actor solicito la suma otorgada o el equivalente a 500

Jus, lo que resulte mayor, considero que el monto otorgado resulta prudente de acuerdo a las constancias de autos y las pruebas realizadas a los fines de acreditar el rubro.

V.b) Solicita la actora la aplicación del art. 52 bis de la LDC, y se imponga una sanción civil a la demandada a su favor, liquidando el rubro en la suma de \$ 5.000.000, con aplicación de la fórmula Testa.

Por su lado, la demandada se opone a la imposición de la condena por el rubro, dado que no basta el mero incumplimiento de obligaciones legales o contractuales y la solicitud del consumidor, sino que requiere demostrar una conducta jurídicamente disvaliosa, debiendo interpretarse el instituto de manera restrictiva.

Refiere a la inconstitucionalidad del daño punitivo, por violar los principios del debido proceso y de legalidad, al recurrirse a un tipo penal abierto, que no describe la conducta punible con anterioridad y argumenta que la eventual imposición de las cargas probatorias dinámicas, viola el debido proceso, la legalidad y la propiedad, por cuanto no se advirtió en el proceso que el caso se resolvería por aplicación de tal regla probatoria.

Cuestiona que el rubro pueda ser cuantificado en unidades Jus, por no estar previsto en la norma.

Si bien el argumento de la demandada no resulta suficiente como para considerarlo como un planteo de inconstitucionalidad del art. 52 bis de la LDC, cabe aclarar que el mismo resulta un tema superado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, sosteniéndose su constitucionalidad.

Atendiendo a los argumentos apuntados la demandada, no resulta correcto asimilar la previsión del art. 52 bis a los delitos y hacer aplicación de las garantías del derecho penal, porque si bien los daños punitivos tienen carácter sancionatorio, no comparten la misma naturaleza que una sanción del derecho penal. Se trata de un instituto diferente (sanción civil), siendo marginales de las garantías propias del derecho penal.

Ello ahondado por la existencia del principio protectorio con rango constitucional, que resguarda los derechos de los consumidores y usuarios, dándole fundamento a todo el sistema del Derecho del Consumidor y por ende al instituto en cuestión (Constitución Nacional art. 42).

Por otro lado, respecto del cuestionamiento acerca de las cargas dinámicas de la prueba, que nada tienen que ver con el daño punitivo, sólo cabe aclarar que al demandado sólo se le han exigido las previsiones legales contempladas tanto en el Código Procesal, como en al Ley de Defensa del Consumidor, en el sentido del art. 53 tercer párrafo, según el cual debió aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio, omitiendo acompañar en autos la prueba que se le solicitara, así como tampoco ha producido prueba pericial contable a los fines de sustentar sus postura.

Sentado ello, cabe decir que existiendo una relación de consumo entre el actor y la demandada, corresponde analizar si ésta última es pasible de la sanción civil regulada por el art. 52 bis de la LDC.

Dispone el art. 52 bis de la LDC: *"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. 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"*.

Debo tener en cuenta las precisiones dadas por el STJ en los autos "COFRE NICOLAS SEBASTIAN C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/ SUMARÍSIMO CASACIÓN, expte. B-4CI-204-C2015 (se. n° 9 del 04/03/2021), en donde se dijo como doctrina legal obligatoria que *"En síntesis, se trata de una herramienta de prevención del daño que se aplica como sanción a quien ha actuado con grave indiferencia hacia los derechos del consumidor. Solo procede, entonces, ante la intención o suficiente negligencia que, como tal, amerite sanciones con el fin de desanimar la ocurrencia futura de acciones similares...Y si bien es cierto que ha sido criticado el alcance amplio con el que ha sido legislada dicha multa civil, en cuanto refiere a cualquier incumplimiento legal o contractual, en la actualidad existe consenso dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia en el sentido de que los daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad, calificados por el dolo o*

culpa grave del sancionado o por la obtención de enriquecimientos indebidos derivados del ilícito o, en casos excepcionales, por un abuso de posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva....La aplicación de la multa civil tiene carácter verdaderamente excepcional y está reservada para casos de gravedad, en los que el sujeto hubiera actuado, precisamente, con dolo -directo o eventual- o culpa grave -grosera negligencia-, no siendo suficiente el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales con el consumidor mencionadas por el precepto, sino una particular subjetividad, representada por serias transgresiones o grave indiferencia respecto de los derechos ajenos. (cf. CNCom., Sala D, "Hernández Montilla, Jesús Alejandro c. Garbarino S.A.I.C.E.I. y otro s/Sumarísimo" del 03.03.2020)".

Y en tal sentido, se encuentra acreditado en autos que la demandada, impuso al actor una línea telefónica que no solicitó, que generó una deuda que luego reclamaba e ignoró los reclamos del actor, denotando ello una grave indiferencia hacia los derechos del consumidor.

Considero que la imposición de un servicio no solicitado a una persona resulta una conducta que conlleva una gravedad que no puede tolerarse y que tiene la entidad suficiente para la aplicación de la sanción en los términos de la doctrina legal.

Tengo presente además, que la demandada nunca brindó una respuesta al consumidor ante los reclamos, manteniendo su postura en el presente proceso y omitiendo aportar en autos la prueba que pudiera ayudar a esclarecer los hechos discutidos en autos.

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, como en el caso de autos.

En cuanto a la aplicación de la fórmula Testa solicitada por la actora, a los fines de cuantificar el rubro, corresponde decir que la aplicación de dicha fórmula no se encuentra establecida en la ley, y que más allá de ello, en virtud que, la finalidad de la aplicación de fórmulas para el cálculo de éste tipo de indemnización resulta la búsqueda de objetividad, ello no implica su utilización sin más valoraciones jurídicas.

De hecho, para que su resultado sea objetivo, deben brindarse en primer lugar, también parámetros objetivos para su cálculo.

Asimismo, las fórmulas se presentan como un auxilio para el juzgador, al momento de cuantificar la indemnización, pero de ningún modo implican una sustitución de la sana crítica otorgada al juzgador para determinar las condenas judiciales (art. 163 inc. 5 CPCC).

A los fines de establecer el monto del rubro, tengo en cuenta un reciente fallo de la Cámara de Apelaciones local, que confirmó la sanción punitiva impuesta en primera instancia de \$ 500.000 (fallo "HAKIM DIANA BADIA C/ TELEFONICA DE ARGENTINA S.A. y SPEEDY S/ DAÑOS Y PERJUICIOS Sumarísimo", B-2RO-284-C2018 - se. n° 55 - 11/04/2022).

Si bien el caso citado se refería a la facturación de un servicio no prestado por un tiempo prolongado de tiempo, en el presente caso existe una inconducta grave de la demandada al imponer al actor un servicio no solicitado.

Es por ello considero que se encuentran cumplidos los requisitos establecidos por el art. 52 bis LDC, traduciéndose en violaciones a los derechos del consumidor, entendiéndose prudente imponer a favor del actor la suma de \$ 500.000 (PESOS QUINIENTOS MIL), que equivale a 2,48 CBT (art. 47 LDC reformado por Ley 27701).

En caso de incurrir en mora en el cumplimiento de la sentencia, a dicho importe deberá aplicarse intereses hasta su efectivo pago y según los lineamientos establecidos por nuestro Superior Tribunal de Justicia en los autos "FLEITAS" o la que en el futuro establezca el STJ como doctrina legal.

V.c) Solicita el actor se condene a la demandada a realizar una publicación de la

condena en un diario de mayor importancia y circulación de la región y en otro de iguales características del país, a costa de la demandada, los días domingos de cada mes durante dos meses, que contengan la resolución condenatoria y una síntesis de los hechos que la originaron.

En cuanto a la publicación de la condena de conformidad a lo dispuesto por el art. 47 de la LDC corresponde hacer lugar a lo peticionado.

Por ello, la demandada una vez firme la sentencia, deberá a su costa, publicar una gacetilla (virtual o impresa), consignando, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en el Diario Río Negro o en el Diario Clarín o La Nación, a elección de las demandadas.

La propuesta del texto deberá acompañarse en el mismo plazo que el fijado para el cumplimiento de la presente sentencia, y publicarse dentro de los 5 días de su aprobación, bajo apercibimiento de aplicar astreintes o sanciones conminatorias en caso de incumplimiento de tal obligación, por el monto de \$ 1.000 diarios.

VI) Las costas de este proceso deberán ser soportadas por la demandada vencida y por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.) y por el beneficio de gratuidad que le asiste a los procesos que tramitan bajo la normativa de defensa del consumidor.

VII) Por los fundamentos expuestos y lo dispuesto por el art. 42 de la Constitución Nacional, por la Ley Nacional N° 24.240 y 26.631; título III del Código Civil y Comercial de la Nación, Constitución Nacional y Provincial, y artículos pertinentes del CPCCRN,

SENTENCIO:

1) Haciendo lugar a la demanda interpuesta por Marcelo Enrique Cristiani contra Telefónica Móviles Argentina S.A., condenando a ésta a abonar a la primera en el plazo de DIEZ días la suma \$ 700.000,00 (PESOS SETECIENTOS MIL), en concepto de daño moral y daño punitivo con más sus intereses determinados en los considerandos.

2) Ordenando a la demandada Telefónica Móviles Argentina S.A, publicar a su

costa, una gacetilla (virtual o impresa), consignando el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en el Diario Río Negro o en el Diario Clarín o La Nación, a elección de las demandadas.

3) Las costas se imponen a la demandada en virtud de la naturaleza del trámite y en su calidad de vencida (art. 68 CPCCRN).

4) Difiriendo la regulación de honorarios hasta tanto se cuente en autos con planilla de liquidación a tal efecto, acorde los considerandos, a fin de realizar una regulación íntegra que incluya los honorarios complementarios (art. 19 L.A. - ver Bonacchi R. y Otro c/ Embotelladora Comahue S.A. y Otra s/Ejec. Hon. \\\"con cita de fallo S.T.J. in re \\\"Paparatto A, c/López G.y Otros\\\", publicado en J.C. de Cámara, T. 13, págs. 23/24).

5) Regístrese. Se hace saber que de conformidad a la Acordada 36/2022-STJ, Anexo I. art. 9.a) *"...todas las providencias y decisiones judiciales, incluyendo la sentencia definitiva, quedan notificadas el martes o viernes posterior al día que se publican en el Sistema "PUMA", o el siguiente día de nota si alguno de aquellos resulta feriado o inhábil. Los plazos comienzan a correr al día siguiente de la notificación"*.

VERÓNICA I. HERNANDEZ
JUEZ