

General Roca, 23 de febrero de 2018.-

AUTOS y VISTOS: para dictar Sentencia Definitiva en los autos caratulados " VETTULO LAUTARO EDUARDO C/ AMX ARGENTINA S.A s/ SUMARISIMO" (EXPTE B-25RO-155-C5-16) de los que:

RESULTA: \n Que a fs. 143/150 se presenta el Sr. LAUTARO EDUARDO VETTULO, por su propio derecho y patrocinio promoviendo demanda contra AMX Argentina S.A solicitando se declare a la demandada en infracción conforme lo prescripto por el art. 42 de la CN, 4,8,10,37 y 38 CCS y ley 24.240 y resolución nro. 09/04 anexo II cláusulas abusivas contrato de telefonía, declare la nulidad del aumento y/o cargo ilegal en la prestación del servicio que no cumplan con las previsiones contractuales y legales contratadas, se imponga daño punitivo. Asimismo accesoriamente se condene a realizar una publicación de la sentencia en un diario de mayor circulación durante dos meses.-

Relata que AMX Argentina S.A (Claro) presta el servicio de telefonía celular en el país y limítrofes, siendo una empresa multinacional. Conforme publica en su página web posee la red más amplia y extensa de tecnología 3g en todo el territorio nacional, junto con otros operadores (Movistar y personal).

Sostiene que Claro no tiene oficinas comerciales que atiendan reclamos de usuarios, para lo cual deben canalizar los mismo ante el \*611 o ante las oficinas que posee en la ciudad de Neuquén o Bariloche. Que sus reclamos fueron mediante medios telefónicos y ante la falta de repuesta ante los organismos de defensa del consumo y control (DCI y ENACOM).

Afirma que Claro ha aumentado su abono exponencialmente, pese a que ofrece el servicio pobre y deficiente en la ciudad, que el mismo está colapsado y el servicio de internet es deficiente ya que no realizan las inversiones correspondientes, remitiéndose al proceso sumarísimo que inicio ante el Juzgado Civil nro. 3.-

Manifiesta que abonaba el plan originalde \$ 141 en el año 2013 y hoy abona la suma de \$ 275,49 con un servicio deficiente, y que en los dos años aumento un 190%, y en junio abono \$ 290 por lo que el porcentual asciende a 205%.-

Sostiene que Claro no lo ha notificado debidamente de los sucesivos aumentos producidos y a producirse, y tampoco lo ha hecho con la antelación correspondiente a los 60 días conforme resolución 09/04 de la Secretaria de coordinación técnica, anexo II de las cláusulas abusivas en los contratos de telefonía.-

Que la notificación no ha hecho correctamente tanto en su forma como en la antelación

debida. Que ha reclamado la falta de recepción de las facturas mensuales, y que le comunicaron que supuestamente estaba suscripto para ver la factura por internet, que no ha autorizado esa metodología, y que el solo hecho de suscribirse a dicha opción no lo deja automáticamente notificado.

Que se ha opuesto a la suba del abono, pero Claro le informaron que seguirán cobrando de esa forma.

Que originariamente contrato un plan o abono que consistía en un plan control 009, que no abonaba más de \$ 141, y que ha solicitado que le exhiban el contrato para ver si he autorizado a esas subas o modificaciones y no lo han exhibido, violando su derecho a la información.

Que de las facturas que ha podido bajar desde la página web de Claro, se nota debajo de la misma una leyenda en letra chica que a partir del mes 01 hay una variación en el abono y el plan, que no cumple con los 60 días, ya que la facturación rara vez cierra un primero de cada mes. Que en su caso el primer aumento fue de noviembre de 2014 (menos de 30 días) y el segundo de febrero al 01 de abril, siendo que la factura es emitida el 09/2 sin respetar los 60 días. Que recién en enero de 2016 comenzaron a informar con 60 días de antelación, pero nuevamente en la última factura del 06/6/2016 aplica un aumento desde el 22/6/2016 sin respetar el plazo de ley.-

Que por internet solo muestra las últimas 7 facturas, ya que las borran automáticamente el propio sistema de autogestión.-

En cuanto al reclamo efecto en ENACOM, el expediente entiende presenta inconsistencias pues informan que tienen que avisar con 30 o 60 días de antelación. Y en ese mismo expediente se intenta cerrar el reclamo sin dar derecho de defensa.

Que en Defensa del consumidor pese a la intimación a que acompañe copia certificada del contrato de prestación del servicio para ver si esta previsto contractualmente los aumentos, no lo ha realizado. Que el sistema que usa Claro no es suficiente para notificar un aumento, y tampoco lo sería si la factura llegara a su casa, lo cual tampoco sucede. Que notificar no es avisar, que ello es informar de un modo fehaciente cuando varía el precio y el plan. Que introduce un aumento en forma solapada y engañosa y cuando uno se entera ya es tarde, y retrotraer el aumento es imposible ya que los planes varían.-

Que le han ofrecido pagar dos meses de abono básico como compensación, no reconocen volver al plan que estaba suscripto y los daños causados

Que entiende que la metodología de aumentar sin respetar los plazos legales, sin

notificar, y sin estar previsto contractualmente implica una conducta errónea, engañosa, tramposa, ilegítima e ilegal. Que pretende compensar con 100 o 150 pesos, y en defensa del consumidor le aplicarían una multa a favor del Estado, y nada se le reconoce al usuario por el daño efectuado. -

Dice que si claro no notifica el aumento es un aumento invalido e ilegal, y si no lo hace con la debida antelación, tampoco lo puede hacer sino esta previsto contractualmente, que introduce el aumento en las propias factuales, lo cual entiende no puede considerarse como un medio fehaciente de notificación y mucho menos si las mismas no son enviadas al domicilio constituido, violando de esa manera el derecho a la información. Asimismo expone que en cuanto a la rescisión sin cargo, el mismo resulta de cumplimiento imposible, ya que la propia empresa incumple el plazo de 60 días, por lo cual el cliente no pudo hacer uso de tal facultad con una antelación de 30 días

Que entiende que la demanda debe integrar como mínimo a la parte el monto abonado en exceso de los \$ 191,54 (nov. 2014) pactados originariamente hasta la fecha en que el Tribunal considere que se notifico correctamente los mismo, y los que se devenguen hasta enero de 2016, y de allí en adelante los intereses correspondientes. También reclama el aumento del 22/6/20165 que entiende inválido. Reclama asimismo los gastos por la suma de \$ 147 por carta documento y la suma de \$ 1.000 a su patrocinante en la mediación.-

Por daño moral solicita la suma de \$ 30.000 manifestando que ha soportado audiencias, reclamos sin solución, no han informado lo solicitado, ha perdido tiempo reclamando, pidiendo explicaciones del por qué de los aumentos, que ha sido bombardeado con llamadas ofreciéndole sumas irrisorias, y que nunca le ha sido dado el contrato de prestaciones de servicios; que todo ello ha sido en detrimento de sus labores profesionales y personales ocasionándole un perjuicio económico.-

Solicita se aplique daño punitivo en los términos del art. 52 bis LDC, a fin de disuadir comportamientos y desalentar la obtención de beneficios indebidos. Que Claro no notifica a sus usuarios, y no lo hace con la antelación debida, que evita mandar una carta documento o notificación valido y aumenta los abonos. Lo hace sin respetar lo que dice la ley y los plazos de la resolución de comunicación, y que prefiere afrontar los reclamos y en su caso negociarlos o negarlos, que desistir de la práctica lesiva y prevenir el daño, lo que implica un desinterés en el trato e incumple una práctica abusiva. Ofrece prueba y funda en derecho.-

A fs. 152 se requiere al actor manifieste concretamente que tipo de pretensión esgrime,

y si la misma se dirige a la defensa de derechos colectivos o individuales homogéneos. Aclarando el mismo a fs. 153 que es una demanda individual.-

A fs. 156 se otorga el beneficio de litigar gratuito en los términos del art. 55 de la ley 24.240, Se ordena correr traslado de la demanda.-

A fs. 201/231 se presenta AMX, por intermedio de apoderado, contestando demanda y solicitando el rechazo con expresa imposición de costas.-

Efectúa una negativa en general y particular de los hechos. Manifiesta que el actor es titular de la cuenta nro. 171189491 a la cual se encuentra asociada su línea telefónica, activa desde el 10/6/2005 con abono fijo mensual asociada al equipo Nokia Lumia 620 WH, que el actor tuvo varios planes vigentes: hasta el mes de octubre de 2013 contrató con un plan que incluía \$ 110 de saldo para todo consumo, Pack Blackberry Full sin cargo, 4 números free, tres números free para envío de SMS y un número fijo que podía pertenecer a otra empresa. A partir del mes de octubre de 2013, el plan se actualiza a través de otra oferta comercial el cual comenzó a tener llamadas ilimitadas y contaba con las siguientes características: Pack de llamadas ilimitadas a \$ 30 bonificado hasta el 12/2/2014 al 100%, pack de datos ilimitados a \$53,17, Pack de 200 SMS a \$ 19.32, \$ 62,84 de abono adelantado disponible en otras compañías.-

Sostiene que el cambio de plan fue debidamente informado al actor mediante diversas facturas que describe desde el periodo de agosto de 2013 hasta el 12/1/16, describiendo los diversos planes que ha poseído.-

Aclara que la información fue volcada en avisos publicitarios del Diario La Nación, Clarín y Río Negro cuya copia adjunta. También dio aviso mediante SMS los días 2,3,4 de diciembre de 2015 y en la página Web de su mandante en la sección "comunicados de prensa" se publicó el aviso titulado " condiciones comerciales enero de 2016", así mismo publicada en otros diarios de circulación como el Cronista Comercial.-

Dice que conforme surge de las notificadas llevadas a cabo mediante las facturas que refiere se llevaron a cabo con una antelación de 60 días, además de las notificaciones y avisos cursados mediante SMS. Que los clientes tienen ciclos de facturación en distintos días dependiendo de cuál es la fecha de activación del servicio, y que introduce cambios en determinado plan y precio a partir de una única fecha, pues de otro modo se estaría dando trato preferencial a ciertos clientes respecto de otros en el mismo plan, y que en todos los casos notifica con antelación de dos periodos de facturación, siendo el día de implementación del cambio (ya sea en el plan o en el precio) el mismo para todos los clientes del mismo plan.-

Manifiesta que el actor no puede exigir despachar una carta documento a todos y cada uno de los usuarios a lo largo y ancho del país para que los reciban con 60 días de antelación, y además implementar el cambio en diferentes días de acuerdo a la fecha de corte de la facturación de cada cliente, y que además de no ser exigía por ley es una práctica de imposible cumplimiento. -

Que la esencia de la antelación es conocer de antemano el servicio y que pueda o continuar la relación en los mismos términos, acercarse a su prestador para un cambio de plan o rescindir el contrato, si es de su interés hacer uso de la portabilidad numérica.-

Que no se entiende cual es el daño cierto y concreto que habría experimentado, ya que no ha alegado que no pudo cambiar el plan o rescindir el contrato, que se ha notificado del contenido de las facturas, pues pago en tiempo y forma.-

Que los planes no pueden mantenerse estáticos en el tiempo por las necesidades de los clientes, la incorporación de nuevas tecnológicas, las redes y aplicaciones, por ejemplo ha ido decreciendo el mensaje de texto y aumentado vía whatsapp y otras aplicaciones, lo cual requiere adaptaciones de los planes lo cual se encuentra previsto contractualmente, así como previsto en la clausula 3 de solicitud de servicio fijar los precios de los mismos.-

Que el actor pretende que los cambios se mantengan incólumes en cuanto a los precios, pretende exigir un servicio óptimo pero pretende el mantenimiento del precio del abono del año 2013.-

Que le ha efectuado múltiples ofrecimientos, que incluso le ha ofrecido al cliente hacer uso de la portabilidad numérica sin costo, pero entiende que el mismo se encuentra ensañando imponiéndole obligaciones que no se encuentran previstas legalmente y se apliquen sanciones en forma incausada en su beneficio económico.-

Niega que el abono hubiera aumentado del 190%, ya que conforme sus cálculo el incremento desde el año 2013 al 2016 ha sido el 96% en tres años ( \$ 141 a \$ 275), lo cual entiende no es descabellado considerando la situación económica y de inflación , el incremento de los costos y las nuevas prestaciones.-

Asimismo afirma que conforme sus registros el actor viene utilizando el sistema de factura electrónica desde enero de 2.010, lo cual es una metodología consentida por largos años, y que jamás recibido una notificación solicitando el envío de las facturas a su domicilio, dejando constancia que además de consentirlas las ha pagado, lo cual es atentar contra sus propios actos.-

Con respecto al método de factura electrónica es notificado al celular y adicionalmente

cuenta con el correo electrónica, y además puede verificar su factura ingresando a la página web de claro, cumplimiento la factura electrónica todos los requisitos legales .Que además de pagar las facturas, el actor no tiene la facultad de oponerse al aumento del abono, sino que en todo caso tiene la prerrogativa de cambiar de plan o prestador.-

Señala inconsistencias que entiende incurre el actor y afirma que no solo se anoticia, sino que además tampoco aceptó las propuestas conciliatorias, lo cual entiende es con el fin de hacerse de una indemnización, no alegando un daño concreto y cierto.-

En cuanto a los reclamos en sede administrativa el realizado en el ENACOM por supuesta sobrefacturación, formulo el descargo y el organismo resolvió que no habiéndose constatado ninguna de las violaciones dio por concluida la actuación, existiendo cosa juzgada administrativa, ya que no ha interpuesto recurso alguno.-

El otro reclamo fue interpuesto en Defensa del consumidor, allí reclamo que AMX no notifico el aumento de la facturación desde julio de 2014 y que la forma de notificar no era la correcta porque no recibe la factura papel. Que allí explicó y acompañó la documentación que acredita la notificación. Que con el solo objeto de satisfacer al actor ofreció bonificar su abono mensual por tres meses y cancelar la factura, lo cual fue rechazado en la propuesta. Describiendo además las propuestas conciliatorias efectuadas en forma telefónica, rechazando las mismas y manifestando que seguiría el caso judicialmente. Que el autor se queja del servicio que presta, habiéndole ofrecido en múltiples ocasiones la posibilidad de que haga uso de la portabilidad, abonando las facturas y consintiendo las variaciones de los planes y precios.-

Efectúa consideraciones respecto de la conducta del actor, entendiendo que en función del beneficio de justicia gratuita incurre en un abuso de su derecho.-

Que el servicio de comunicaciones móviles se presta en el marco de una licencia que habilitó a la demandada a la prestación del servicio, y en ese marcos debe efecuar el análisis sobre el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones. Que la autoridad de control, la Comisión nacional en comunicaciones es quien realiza las verificaciones para determinar si cumple el marco regulatorio del servicio, y que la normativa es el reglamento General de Clientes para servicios de Comunicaciones móviles, resolución 490/97 de la Secretaría de Comunicaciones.-

Que en el título VI referido a precios y facturación se explica que serán libre y de exclusiva responsabilidad del prestador. Por su parte en el art. 35 se expone que los precios deben ser "razonables y no discriminatorios dentro de cada una de las categorías de abonos y condiciones comerciales".-

Que acogerse al reclamo del actor implicaría otorgar un trato preferencial en perjuicio del resto de los usuarios de su mismo plan. Que no existe facturación en exceso, sino que los planes y precios van cambiando de acuerdo a las condiciones de la económica y nuevas necesidades.-

Que el actor no solicita la nulidad de las cláusulas del contrato por abusivas, que la facultad de introducir cambio de planes y precios se encuentra prevista, y se introducen en forma genérica. Que los parámetros objetivos a los que se refiere la resolución 09/4 de la Secretaria de coordinación técnica anexo II sobre cláusulas abusivas se refiere a que no pueden contemplarse cuestiones subjetivas para un cambio de plan, pues se estaría actuando de modo discriminatorio, incurriendo el actor en un error grosero de interpretación.-

En cuanto a la antelación con la que deben ser notificados los cambios de planes, AMX cumplió con la exigencia de la norma, y se encuentra además prevista contractualmente la facultad rescisoria del usuario que no aceptare los cambios.-

Dice que las condiciones de contratación del servicio surgen de la solicitud de servicio cuyas cláusulas son informadas al momento de contratación, y los usuarios conservan un duplicado. Las mismas son presentadas ante la autoridad de contralor conforme lo establecido en la resolución 490/97 (art. 26), y transcribe el art. 3 referido a la notificación y facultades de modificación de los planes.-

Concluye que la relación contractual con los usuarios se rige por las solicitudes de servicio, y en forma complementaria por la resolución de la Secretaría de Comunicaciones 490/97 encontrándose facultada a modificar el precio de acuerdo a los parámetros allí expuestos. Que ello debe ser informado a los clientes por cualquier medio fehaciente, incluyendo la publicación en un medio de amplia circulación o su inclusión en la factura que se envía al cliente con una anticipación no inferior a 60 días corridos a su puesta en vigencia. Y el cliente tiene la facultad de rescindir el contrato notificándolo por escrito con una antelación de 30 días.-

Que el contrato no prescribe que deba notificarse por carta documento, como lo pretende el actor, ni que la factura deba ser enviada en soporte papel, lo importante es que el cliente se anoticie.-

Que en el caso el Sr. Vetullo se notificó con la antelación pactada del contenido de todas las facturas, ya que las abono en forma puntual y consumió las prestaciones de los nuevos planes.-

Que para el hipotético caso de que se pruebe que no fue notificado con la anticipación

debida, jamás puede retrotraerse e invalidarse los aumentos y cambios de planes, solo podría otorgarse el plazo faltante, ya que puede aceptarlos, solicitar el cambio de plan o solicitar la baja del servicio, y en la demanda no alega haberse visto probado de ninguna de estas opciones.-

En cuanto a los rubros por daño material señala que el actor ni siquiera hace la sumatoria de lo que a su errado criterio es sobrefacturado, no alude a periodos concretos ni a los montos facturados en exceso.-

Que ha consentido las facturas recibidas, las ha pagado y no ha hecho ningún tipo de reserva, lo que entiende no puede ser desconocido por el actor en su calidad de abogado. Rechaza la procedencia de los gastos.-

En cuanto al daño punitivo, en subsidio plantea la inconstitucionalidad del mismo, ya que afirma es de naturaleza penal, oponiéndose a las garantías y principios exclusivos del derecho penal.-

Asimismo niega la improcedencia del mismo, que no se da el presupuesto básico, cual es incumplimiento de las obligaciones como prestataria del servicio de comunicaciones, tampoco se da la existencia de un daño grave, no se configura daños, ni la demandada ha obtenido un beneficio económico, entendiéndose que el actor persigue solo obtener una ventaja económica al amparo del beneficio de litigar gratuito. Cita jurisprudencia y doctrina.-

Rechaza la procedencia del daño moral, señala que no cualquier afección puede dar lugar a la indemnización, que resulta necesario acreditar concretamente el perjuicio sufrido, cita jurisprudencia. Ofrece prueba.-

Corrido traslado de la documental acompañada a fs. 237 se presenta el actor reconociendo las facturas presentadas por la demandada y que coinciden con las por él presentadas. Niega la copia de la solicitud de servicio tipo, la que dice no se encuentra firmada y es posterior a la contratación con Claro, que no ha sido informada.-

A fs. 238 se fija audiencia preliminar, ordenándose la apertura a prueba.-

Habiéndose producido la siguiente prueba: documental en poder de la demanda (fs. 316/406), informativa ENACOM (fs. 407/409); instrumental expedientes de la Dirección e Comercio nro. 090162-2015 y 089356-DCI-15; informativa Diario Río Negro (fs. 415/18), informativa DCI (fs. 424); informativa Diario Clarín (fs. 427), copia de actuaciones reclamo TRECNC DERIONEGR nro. 628/15 de la Delegación Río Negro del Ente Nacional e Comunicaciones., ENACOM Buenos Aires. 483/484; Audiencia de prueba fs. 510: testimonial de Horacio Yapur, confesional el actor;

informativa ENACOM (fs. 513); informativa ENACOM fs. 526; informativa Diario La Nación (sf. 550); copias de expediente "VLE C/AMX Argentina S.A s/ sumarísimo "(expte B-2RO-78C3-14) de fes. 558/560.-

A fs. 571 se clausura el término probatorio, y a fs. 573 obra alegado de la demandada. A fs. 599 se llama autos para dictar sentencia y;

CONSIDERO:

Como cuestión preliminar debo resaltar que resulta dificultoso extraer el objeto de la pretensión conforme surge de la lectura de la demanda, ya que el actor efectúa diversas apreciaciones de forma genérica, trayendo diversos hechos y conductas de la demandada que no se vinculan estrictamente a los perjuicios y/o pretensiones que involucran al actor.-

En tal tarea, en la demanda se indican como incumplimientos que se atribuyen a la demandada hechos que se sustentan en un eje central: la forma en que Claro notifica los aumentos y cambio de planes y la antelación con la que la efectúa. Asimismo alega falta de información al no haberle exhibido el contrato que autoriza las subas o modificaciones. En función de ello pretende se declare la nulidad del aumento o los cargos que entiende ilegales por no cumplir con las previsiones contractuales y legales; y solicita la indemnización de los daños y perjuicios ; así como la imposición del daño punitivo.-

Lo expuesto, condice con los hechos controvertidos fijados en la audiencia preliminar que las partes consintieron, los cuales fueron: hechos en los que se funda el incumplimiento alegado por el actor en orden a la notificación y modalidades de los aumentos y condiciones de la tarifa, el incumplimiento del deber de información alegado, los presupuestos del daño y su cuantificación.-

Asimismo, debe señalarse que previo a dar traslado de la demanda y fin de circunscribir la pretensión se requirió al actor se expida sobre si la misma se dirige a la defensa de derechos colectivos o individuales homogéneos, aclarando el mismo a fs. 153 que se trataba de una demanda individual.-

Estando en condiciones de dictar sentencia, advierto la imposibilidad de resolver sobre el primer grupo de pretensiones descriptas, ya que ello implica interpretar y aplicar normas federales, para lo cual resulto incompetente.-

El art. 352 del CPCyC establece como excepción a la declaración de incompetencia a la "improrrogable por razones de orden publico la que podrá ser declarada en cualquier estado del proceso" .-

En función de los hechos traídos por las partes y la prueba producida, que se detallara adelante que se advierte que en el caso resulto incompetente en razón de la materia, por competer a la Justicia Federal entender en la presente cuestión.-

Y para ello traigo a colación fallos de la Corte Suprema de Justicia que ha dicho que: "Más allá de que el reclamo por daños derivados del sistema de facturación telefónicas funde en normas que, como la ley 24.240, integran el derecho común, corresponde asignar a la justicia federal -y no a la ordinaria- el conocimiento de las actuaciones en tanto la cuestión planteada exige -esencial e ineludiblemente- interpretar el sentido y los alcances de normas de tal naturaleza que regulan lo atinente al servicio de telefonía móvil y están vinculadas con la cuestión discutida en la causa (ley 19.798, 25.891 y 27.078 y resolución 490/97) referida a las modalidades autorizadas para la formalización del contrato de prestación del servicio (art. 10 ter de la ley 24.240)."-Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite Competencia CSJ 1505/2015/CS1 "Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios General Roca ADECU c/ AMX de Argentina S.A. Claro s/ sumarísimo" resuelta el 8 de septiembre de 2015.

En igual sentido el máximo Tribunal ha dicho que " Más allá de que el reclamo por daños derivados del sistema de facturación telefónica se funde en normas que, como la ley 24.240, integran el derecho común, debe intervenir la justicia federal -y no la ordinaria- toda vez que la cuestión planteada exige -esencial e ineludiblemente- interpretar el sentido y los alcances de las normas de tal naturaleza que regulan lo atinente al servicio básico telefónico y al servicio de telefonía móvil, vinculadas con la cuestión discutida en la causa (ley 19.798, decretos 92/97 y 764/2000, 490/97 y 10.059/99 y sus modificaciones) para determinar si las demandadas incurrieron en las conductas ilícitas que se les endilgan en la demanda y que justificarían la pretensión resarcitoria. -Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remiteFCB 7499/2014/CS1 "Jiménez Villada, Tomás Eduardo c/ Nextel Dr. Capdevila, Tomás y otros s/ civil y comercial - varios", 23 de junio de 2015.-

Que si bien al interponer la demanda, de los hechos de la demanda he advertido tal posibilidad ;en función de la invocación de normativa de fondo (ley 24.240) y la imprecisión de los hechos señalada, entendí que no se daban claramente los presupuestos para la declaración de la incompetencia. Lo que en este estadio procesal, en función de los hechos traídos por el demandado y la prueba producida, entiendo que para resolver el caso debo ineludiblemente interpretar el sentido y alcances de normas

federales.-

En efecto, el actor en el objeto de su pretensión (punto 1 de fs. 143) solicita se declare a la demandada en infracción al artículo 42 CN, artículos 4,8,10,37,38, ley 24.240 y la resolución 09/04 anexo II de Clausulas abusivas del contrato de telefonía y Res CNA, declare la nulidad del aumento y cargo ilegal por no cumplir las previsiones contractuales y legales.-

Que si bien sostiene se viola el derecho de información dispuesto en el art. 4 y 19 de la ley 24240 (fs. 146), cuestiona la forma en que Claro notifica los aumentos tanto al actor como a todos los usuario, que entiende que la manera en que la realiza no es en forma fehaciente como lo indica la reglamentación, así como la variación de los abonos, y en función de ello sostiene el derecho al reintegro del monto abonado en exceso.-

La demandada remitiéndose también a normativa federal, en particular al Reglamento General de Clientes para el Servicios aclara que "acogerse al reclamo del Sr. Vetullo implicaría otorgar un trato preferencial en perjuicio del resto de los usuarios " citando para ello dispuesto por el art. 34 y 35 de la Resolución nro. 490/97 de la Secretará de Comunicaciones- Reglamento General de Clientes para los Servicios de Comunicaciones móviles. Así como también remitiéndose a normas federales sostiene que se encuentra facultada por el contrato suscripto y normas vigentes a modificar los precios, los planes; y el anexo II sobre clausulas abusivas en los contratos de telefonía (resolución09/04).-

Si bien la ley de telecomunicaciones digitales excluye de la competencia contenciosos administrativa federal en las relaciones de consumo (art. 4 ley 27.078), el caso no puede resolverse exclusivamente aplicando la ley 24.240.-

Aquí se pone en tela de juicio la forma o sistema en que Claro notifica los aumentos o cambios de planes, lo que no incluye un caso de una factura puntual y/o al actor en particular, sino en definitiva la forma en que lo hace con todos sus usuarios y habitualmente.-.

Resolver el caso puntual, sería como lo indica el demandado otorgar una solución diferencial y discriminatoria, pues en definitiva conforme los argumentos traídos por el demandado es la forma en la que se efectúa a la totalidad de los usuarios. Determinar si resulta correcta, abusiva, implica analizar la normativa y resoluciones de índole federal, en especial la resolución de la secretaria de comunicaciones nro. 490/97 y resolución 09/2004 de la Secretaria de coordinación.-

Con la prueba producida en autos, en particular las actuaciones remitidas por la

Comisión Nacional en Comunicaciones, el actor ha iniciado en la vía administrativa el reclamo que es objeto de estas actuaciones, que resolvió de acuerdo a los datos aportados por la prestadora de fecha 28/5/2015 donde informa que los aumentos en su abono fueron notificados en tiempo y forma, y que ha ofrecido a modo conciliatorio una propuesta económica, dar por concluida las actuaciones, por entender que la cuestión que dio origen a la presentación se encuentra resuelta.-

A fs. 527 el Ente Nacional de Comunicaciones informa que se ha dado lugar al pedido de recurso de reconsideración interpuesto por el Sr. Vetullo por los reclamos nro. 1208/145 y 628/15, lo que evidencia que la vía administrativa no se encuentra aún concluida; y de cuestionarse las resoluciones que allí se dicten deberá ineludiblemente al fuero federal luego de agotado la instancia administrativa, lo que demuestra y corrobora la decisión de incompetencia.-

Es por ello, que respecto de las pretensiones referidas a la forma de notificación, aumentos y/o cambios de planes, petición de nulidad y/o declaración de cláusulas contractuales que considera abusivas, y por ende los daños vinculados a los mismos corresponde declarar la incompetencia en razón de la materia y ordenar el archivo de las actuaciones.-

Que en función de lo resuelto, y al no haberme expedido respecto de los presupuestos de responsabilidad, me veo impedida de expedirme respecto de los daños alegados.-

En cuanto al cuestionamiento del actor referido a la violación del derecho a la información por el que afirma que no le ha brindado el contrato de prestación de servicio para determinar si se encuentra previsto contractualmente dichos aumentos e informe los parámetros objetivos del aumento, entiendo resulta una pretensión que puede resolverse en el marco de la ley 24.240, en el art. 4.-

Dicha norma establece que el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee y las condiciones de su comercialización, teniendo en nuestro país rango constitucional (art. 42).-

Ahora bien, la información que se requiere es proporcionar el contrato que el actor habría suscripto con la demandada a fin de conocer la posibilidad de aumentar los abonos. En este punto, de una lectura de la demanda no surge que el actor hubiera manifestado que el mismo no hubiera sido entregado al momento del inicio de la relación contractual.-

En el caso del servicio telefónico " La comisión Nacional de Comunicaciones mediante

resolución 1423/98 aprobó el texto de lo que este organismo denomina "contrato tipo" cuyo contenido resulta obligatorio para usuarios y prestadores del servicio. Ocurre del texto referido de ningún modo puede denominarse de "contrato" pues se trata de una solicitud que sólo firma el interesado en ese servicios. Este reglamento tiene que figurar completo en las primeras páginas de toda guía telefónica (Defensa del consumidor y usuario, Juan M. Farina, Ed. Astrea 2008, pag. 327).-

Por su parte el art. 25 de la ley 24.240 establece que las "empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes. Sin perjuicio de ello, deben mantener tal información a disposición de los usuarios en todas las oficinas de atención al públicos. Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidas por esas normas y la presente ley... "-

Al respecto se explica que " este requisito tienen como premisa la base incuestionable de que estamos ante un contrato de adhesión a condiciones generales, cuya prueba así como la determinación de los derechos y obligaciones de las partes surge del documento que el prestador del servicio debe entregar al usuario, con la debida información exigida por el art. 4 y 6. La ley no exige que esta constancia escrita lleve alguna firma, quizá partiendo de la base de que el usuario no tiene modo de conocer su autenticidad ni la legitimación de quien aparezca firmando. Pero va de suyo que el documento cuya apariencia permita suponer que procede del prestador deberá ser tenido por autentico mientras este no prueba, mediante un recibo firmado por el usuario, haber entregado otro" (Farina, o citada pag. 320).-

En el caso, la solicitud de contrato con la información requerida por el actor fue acompañada a fs. 187 y ss. al contestar la demanda. El usuario debió transitar la vía administrativa y extrajudicial sin lograr resultados que le permita acceder a la información referida a las condiciones de contratación; lo que evidencia el incumplimiento alegado.-

Como lo ha citado la Cámara de Apelaciones local "Ahora bien Opina Javier H. Wajtraub -\\"Régimen Jurídico del Consumidor Comentado\\", ed. Rubinzal Culzoni, pág. 42 y sgtes., Santa Fe, 15 de febrero de 2.017- que \\"... El deber de información reconoce ciertas características de amplio consenso doctrinario, como ser los hechos susceptibles de influir sobre la decisión del consumidor por configurarse como un instrumento de tutela del consentimiento, pues otorga a los consumidores la posibilidad

de reflexionar adecuadamente al momento de la celebración del contrato; ... los relativos a la funcionalidad de la cosa o servicio; la información que el prestador debe brindar es fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato; el profano no tiene un derecho adquirido a la pasividad ni a un compromiso que sólo traduzca expectativas con relación al activismo del otro, y no se requiere intención; ya que el incumplimiento del deber de información es de carácter objetivo ... El fundamento del deber de información está dado por la desigualdad que presupone que sólo una de las partes se encuentra informada sobre un hecho que puede gravitar o ejercer influencia sobre el consentimiento de la otra, de tal modo que el contrato no hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones más favorables. La protección en favor del consumidor o profano, se sustenta en una suerte de presunción de ignorancia legítima, lo que justifica la minuciosa regulación legal del deber de informar a cargo del proveedor ...\\\".-\" (\"LASTRETO MARIA GABRIELA C/ AMX ARGENTINA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Sumarísimo)\\\" (Expte B-2RO-143-C5-16) 26/06/2017. En dicho fallo el Tribunal expuesto que \" a la luz de estas obligaciones de carácter objetivo; debe el proveedor del servicio extremar su diligencia en brindar la información más clara y minuciosa posible acerca de la implicancias del servicio que ofrece y las ventajas o desventajas de la posible sustitución.\".-

El derecho a acceder a la información requerida, ha obligado al actor a transitar la instancia administrativa, de mediación y la judicial; lo que ha generado y justifica la procedencia del daño moral en lo que refiere a este punto.-

También es cierto que el actor ha mostrado ante los diversos ofrecimientos conciliatorios, e incluso de desvinculación de la empresa una actitud reticente, aún cuando los mismos superaban el importe que pretendía de reintegro por los conceptos que entendía procedentes.-

El argumento de que el contrato suscripto por el actor se encontraba en un Archivo que habría contratado la demandada, no justifica la omisión de acompañar la solicitud tipo que no resulta necesaria requerir a tal oficina o dependencia- que adjuntara al contestar la demanda a fin de dar certeza y conocimiento de las condiciones contractuales.-

Si bien se advierte que contar con el contrato no habría modificado sustancialmente el objeto de la pretensión que fuera objeto de declaración de incompetencia, y que el actor en su calidad de abogado habría contado con la posibilidad de acceso a otras fuentes normativas y reglamentarias, ello no es óbice para el incumplimiento del deber de

información que corresponde brindar a todo usuario del servicio en cumplimiento de la manda constitucional. -

El reclamante ha sido colocado en una posición disvaliosa en lo moral, ha debido destinar en lo que este punto atañe- a tiempo, costos y energías para lograr el reconocimiento y acceso a la información, lo que torna procedente el rubro por daño moral.-

En el caso resulta aplicable lo expuesto por la jurisprudencia ya que el "daño moral también debe considerarse acreditado cuando inconvenientes múltiples, y particularmente fatigosos implican en mayor o menor medida una perturbación o hasta un quiebre temporario de la normalidad existente. De tal modo sucede en quien debe procurar un desgaste e insistencia, soluciones casi inalcanzables en la práctica o enfrentar inusitados laberintos en trámites burocráticos o conflictos litigios que generan pérdidas inusitadas de tiempo, privación de tranquilidad y afectación de libertad por desperdicio vital para entregarse a otros asuntos (Matilde Zavala de González., Tratado de Daño a las personas, Resarcimiento de daño moral, Ed. Astrea, pago. 254)".-

Es por ello, que por este concepto, estimo razonable reconocer la suma de \$ 20.000 en concepto de daño moral, que se fija a la fecha de la presente sentencia, con lo cual corresponde adicionar intereses desde que el actor iniciara el primer reclamo en la Dirección de Comercio interior e Industria a una tasa fija del 8% hasta la sentencia y a partir de allí hasta su efectivo pago a la tasa activa fijada en los fallos del STJ "Guichaqueo.." como doctrina obligatoria.-.

En cuanto a la multa civil o daño punitivo reclamado en la demanda y vinculada estrictamente al deber de información- he de rechazar en primer término el planteo de inconstitucionalidad de la demandada, 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 ídem; 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 ídem 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///.- ///23.-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 ídem 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 inconducta 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///.- ///24.-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.-

Sentanda la constitucionalidad, respecto del daño punitivo se explica que los daños punitivos son "las sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a las víctimas de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnización por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del damnificado y a prevenir hechos similares en el futuro".(. Peyrano Jorge citando al Dr. Pizarro en " La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación", pag. 332/33, Editorial Ateneo).

Y siguiendo tal posición la jurisprudencia ,que comparto, se explica que " las notas distintivas de los daños punitivos, las siguientes: 1) Resultan condenas extraordinarias, ya que son otorgadas en forma independiente de la indemnización, y asimismo, accesorias, ya que siempre se determinan en un proceso principal. Dicho en otras palabras, no existe acción autónoma para reclamar daños punitivos. 2) Su finalidad, justamente, no es mantener la indemnidad de la víctima ni restablecer las cosas al estado anterior. Por el contrario, tienden a prevenir y desalentar la reiteración de conductas dañosas similares. 3) Son verdaderas penas privadas con características propias que delimitan sus contornos de especialidad. Siguiendo a Siglita y Bru, podemos definir a los daños punitivos en nuestro sistema, como una institución jurídica vigente en el marco del derecho del consumidor, destinada a sancionar graves inconductas en que incurren los proveedores de servicios o cosas en la relación de consumo, a través de la imposición de una sanción pecuniaria adicional, a favor del damnificado, y que excede la cuantificación de la indemnización compensatoria correspondiente (Jorge Bru y Gabriel Stiglitz, en "Manual de Derecho del Consumidor", pág. 389 y sgtes. Abeledo Perrot, 2009).-

Considerando que la responsabilidad de la demandada en estos autos se ha resuelto y ceñido a la violación del deber de información; entiendo que la conducta que la misma ha asumido al respecto en las diversas instancias implica al menos grave negligencia o desinterés con desprecio hacia los derechos del consumidor, incumpliendo además con sus obligaciones legales y constitucionales.-

Es por ello, que estimo razonable en función de la desaprensión del proveedor, la calidad de abogado del actor, y la incidencia de tal información sobre la pretensión del actor, otorgar a favor del actor en concepto de daño punitivo la suma de \$ 50.000 que se fija a valores actuales de la presente sentencia. Correspondiendo aplicar intereses de la misma manera que lo establecido en el rubro por daño moral.-

En cuanto al accesorio que peticiona en la demanda respecto de la publicación en medios de comunicación, entiendo que tal condena se muestra excesiva en el caso. Ya que el demandado ha cumplido, aún tardíamente con el acompañamiento de la solicitud tipo de contrato; que el actor pudo acceder a la información en su calidad de abogado y que con el monto otorgado por daño moral se considera indemnizado el daño ocasionado.-

En cuanto a los gastos reclamados con motivo de los reclamos y honorarios de la mediación, siendo los mismos parte de las costas del juicio a cargo del demandado- oportunamente deberán incluirse en la liquidación correspondiente.

Por ello;

FALLO:

I.- Declarar la incompetencia de este Juzgado en razón de la materia por ser de índole federal- respecto de la pretensiones traídas por el actor LAUTARO EDUARDO VETTULO referidas a la forma de notificación, aumentos y/o cambios de planes, petición de nulidad y/o declaración de cláusulas contractuales abusivas.

II.- Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el actor LAUTARO EDUARDO VETTULLO y en consecuencia condenando a AMX ARGENTINA S.A a abonar al mismo la suma de \$ 70.000 respecto de la pretensión vinculada al incumplimiento del deber de información referente al acompañamiento del contrato y/o solicitud tipo que vinculara a las partes. Ello, en el término de 10 días de notificados con más sus respectivos intereses, bajo apercibimiento de ejecución.-

Con costas a la demandada.(Art. 68 CPCyC)

Regular honorarios por la totalidad de las labores desarrolladas en el presente proceso, de los Des LAUTARO E VETTULLO, JORGE S. AUDISIO y EDUARDO SAINT

MARTIN ( patrocinantes) en la suma de \$ 6000 , \$ 2.500 y \$ 2.500.- respectivamente; los del Dr. MANUEL ANDRADA (doble carácter de la demandada) en la suma de \$ 5.800 .- y los del Dr. MARIANO BARALDI ( apoderado de la demandada) en la suma de \$ 3.000.-

Dejo constancia que para las mensuraciones arancelarias he tenido en cuenta la tarea efectivamente desarrollada, complejidad, tiempo, etapas cumplidas, mérito, éxito de la misma y demás pautas dosificadoras del arancel (arts. 6, 7, 8, 10, 11, 14, 20, y 39 L.A. G 2212).MB- \$ 70.000.-

REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE CON LA LEY 869.

LAURA FONTANA

JUEZ