



PODER JUDICIAL DE CÓRDOBA

**CAMARA APEL CIV. Y COM 7a**

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 96

Año: 2023 Tomo: 4 Folio: 1080-1089

EXPEDIENTE SAC: 8265437 - VILLECCO, JAVIER AGUSTIN C/ AMX ARGENTINA S.A. (CLARO) - ORDINARIO -

CUMPLIMIENTO / RESOLUCION DE CONTRATO

PROTOCOLO DE SENTENCIAS. NÚMERO: 96 DEL 16/08/2023

SENTENCIA NUMERO: 96.

En la Ciudad de Córdoba, a los dieciséis días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, de conformidad a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba mediante los Acuerdos números un mil seiscientos veinte (1620), un mil seiscientos veintiuno (1621), un mil seiscientos veintidós (1622), un mil seiscientos veintitrés (1623) y un mil seiscientos veintinueve (1629), todos Serie A del 16/03/2020, 31/03/2020, 12/04/2020, 26/04/2020 y 06/06/2020 respectivamente y art. 1 inciso “d”, 2.4, 2.5 y 2.6 del Anexo II correspondiente a la Resolución de Presidencia n.º 45 de fecha 17/04/2020, se dicta sentencia en autos **“VILLECCO, JAVIER AGUSTÍN C/AMX ARGENTINA SA (CLARO) - ORDINARIO-CUMPLIMIENTO/RESOLUCIÓN DE CONTRATO- EXPTE. 8265437”** venidos en apelación del Juzgado Civil y Comercial de 1º Instancia y 42 Nominación de la Ciudad de Córdoba, en los que por sentencia número noventa y cuatro del nueve de junio de dos mil veintidós se resolvió: ***“I. Rechazar la demanda deducida en autos en contra de la sociedad denominada Amx Argentina S.A. por el Sr. Javier Agustín Villecco, con costas por el orden causado, de conformidad a lo especificado en el***

*considerando respectivo; II. Regular en forma provisoria los honorarios profesionales del Dr. Sebastián José Cancio la suma de pesos ochenta y seis mil ciento uno con sesenta centavos (\$ 86.101,60), y en forma definitiva los de los peritos oficiales Lic. Cristian Gabriel Assum y Cra. Silvana Marcela Solís, en la suma de pesos cuarenta y tres mil cincuenta con ochenta centavos (\$ 43.050,80) para cada uno, en tanto que en la suma de pesos veintiún mil quinientos veinticinco con cuarenta centavos (\$ 21.525,40) para la Cra. Alejandra Giacaglia, con más el aporte previsional y el 21 % en concepto de IVA, en ambos al tiempo del pago, según pudiera corresponder, de conformidad a lo explicitado en el considerando pertinente. Protocolícese y hágase saber”.*

Previa espera de ley, el Tribunal se planteó las siguientes cuestiones a resolver: 1) *¿Procede el recurso de apelación impetrado?*; 2) *En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?* De acuerdo al sorteo de ley practicado el orden de emisión de los votos es el siguiente: *Dres. Jorge Miguel Flores y Joaquín Fernando Ferrer.*

***A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL, DR. JORGE MIGUEL FLORES, DIJO:***

La Sentencia recurrida, contiene una relación de causa, que satisface los recaudos del art. 329, C.P.C., por lo que, en homenaje a la brevedad, a ella me remito. Contra dicha resolución impetran apelación ambas partes con fecha 21/06/2022, evacuándose, por ante esta Alzada.

Los libelos recursivos admiten el siguiente compendio:

I.- Recurso de Apelación del actor Sr. Javier Agustín Villecco:

1.- Con fecha **el 19/10/2022 el actor** expresa los siguientes agravios: En el **primero**, señala que no hubo controversia entre las partes respecto a su condición de consumidor ni a la naturaleza consumeril de la relación contractual conforme se demandó, pues ello no formó parte del pleito, y que el *Iudex* alteró la base fáctica,

cuya postulación es una potestad exclusiva de las partes (art. 330 del CPCC). Manifiesta que la accionada jamás controvertió su carácter de consumidor, ni tampoco opuso defensa o insinuó un “uso exclusivamente empresarial, comercial o profesional” de la línea móvil por parte del actor. Agrega que el *a quo*, justificó ingresar al análisis de su calidad de consumidor, basándose en los antecedentes de sede administrativa, y en lo sostenido por la Fiscalía de Primera Instancia, olvidando que la configuración de la base fáctica es facultad exclusiva de las partes y que debe cumplirse en los actos procesales oportunos. En definitiva, dice que no puede el *a quo* apartarse de los límites de la *litis* sin vulnerar el principio de congruencia, por lo que la sentencia debe ser declarada nula y revocada.

**En el segundo agravio**, señala que la resolución adolece del vicio de razón suficiente, ya que después de declarar un “uso mixto” de la línea, se le privó de su condición de consumidor, cuando en dicho supuesto se la debe presumir y hacer prevalecer. Indica que el *Iudex* fundó su decisión en tres elementos, a los que no considera prueba, sino presunciones; por ello, concluye que no se demostró un concreto y efectivo uso comercial o profesional. Luego enumera los hechos que utilizó el sentenciante, tales como: la naturaleza de su profesión de abogado en ejercicio y la esencialidad del servicio, la supuesta confesión de consulta del SAC desde el celular, y la contratación del servicio mediante un plan cooperativo o de empresa. En contra de esos argumentos, el actor sostiene que el uso de un celular, o de los datos de internet, no es esencial o inherente al ejercicio de la profesión de abogado, ya que se puede ejercer sin este aparato, además resalta que contrató el servicio en el año 2011 cuando ni siquiera se podía acceder a los expedientes por internet, y destaca que el objeto del conflicto fue el paquete de datos contratado. Afirma que ser abogado no prueba un uso profesional de la línea del teléfono móvil, de lo contrario se podría concluir que el servicio de internet sería “inherente” a todas las profesiones, oficios, empleos o

actividades. Respecto al uso del celular para consultas del SAC, manifiesta que en ninguna instancia confesó o mencionó hacer un uso exclusivo o comercial o profesional de su línea y en el peor de los casos, se podría inferir un uso mixto o de integración parcial del servicio de datos del celular, ya que siempre dijo que el teléfono móvil es su único medio de comunicación particular. Sostiene que la sentencia le atribuyó, sin sustento, la contratación de un “plan corporativo o de empresa”, y lo que en definitiva interesa a fin de una eventual exclusión del régimen tuitivo es la efectiva y concreta integración del bien o servicio a un proceso productivo o empresarial en forma exclusiva y total. Destaca que el tipo de plan contratado no formó parte de la discusión, y que pese al compromiso asumido, la empresa demandada no acompañó la solicitud del servicio, por lo que no pudo conocerse cuál fue el plan contratado ni sus características. Así, ante la falta de esta documentación, el apelante no comprende en qué prueba basó el *a quo* su afirmación de haber contratado un plan empresarial. Dice que desconoce qué nombre le dio Claro al servicio, pero asegura que nunca contrató esas líneas para una empresa, porque no la tiene. Manifiesta que la prueba testimonial e informativa dan cuenta del uso privado de su línea de celular.

En el **tercer agravio**, se **queja porque** se le atribuyó haber afectado el servicio a un circuito económico, cuando no es un empresario ni un comerciante, y que los actos en el ejercicio de la profesión no son mercantiles (art. 2 de la LDC). Menciona que es un abogado independiente de más de 20 años, monotributista y que jamás tuvo personal a su cargo. Afirma que cuando un profesional o artesano utiliza un bien en su trabajo no lo está integrando a un circuito económico, sino que lo hace como un medio de vida.

En el **cuarto agravio**, señala que el *a quo* constató que Claro modificó el contrato unilateralmente en su contra cambiando las condiciones esenciales contratadas, empero, declaró que ello no constituyó un incumplimiento. Es decir, que a partir de

noviembre de 2017, la empresa mutó de un plan ilimitado de datos a uno medido, y que ello, le generó un mayor costo. Sostiene que la empresa, al modificar unilateralmente las condiciones, incumplió el contrato, ya que la variación sólo tiene lugar por acuerdo de partes o cuando la ley lo prevé, lo que no sucedió en el caso de autos. Manifiesta que, si bien no se adjuntó el instrumento contractual original, es evidente que se trata de un contrato por adhesión, pues este servicio público no admite otra forma de contratación; por lo que, al haber un cambio unilateral de las condiciones contratadas, queda encuadrado dentro de las cláusulas abusivas (art. 988 del CCCN).

En forma subsidiaria, pide que para el supuesto de no ser tenido como consumidor se le aplique la normativa general, y particularmente la específica de los contratos por adhesión.

## **II. Recurso de Apelación de AMX Argentina SA (Claro)**

Con fecha 30/11/2022, el Dr. Sebastián José Cancio apoderado de la parte demandada expresa agravios, y se queja porque ante el rechazo de la acción se debió imponer los gastos causídicos en su totalidad a la vencida, por no darse el supuesto de excepción del art. 130 del Código de rito, ni expresar los motivos que tuvo para imponerlos como lo hizo.

**III.-** En el *sublite* ante el rechazo de la demanda los agravios vertidos por el actor Sr. Javier Agustín Villecco se concentran en: A.- 1) el planteo de la violación del principio de congruencia; 2) la exclusión de su condición de consumidor, en su caso, invoca un uso mixto, no profesional del servicio contratado; 3) en subsidio solicita la aplicación del régimen de los contratos por adhesión. B.- Respecto a los agravios de la empresa Amx Argentina SA -Claro ésta se queja por la imposición de las costas.

A.- Por una cuestión metodológica se aborda en primer orden el recurso de la parte actora, en atención a que si ésta prospera deviene abstracto el recurso de la parte

demandada. Así, el Sr. Javier Agustín Villecco solicitó la supresión del cobro en sus facturas del rubro “renovación 500MB internet”, el reintegro de los montos abonados, los honorarios por trámites administrativos, y la indemnización en concepto de daños moral y punitivo, esta pretensión fue rechazada.

1.- En atención a que se encuentra controvertida la calidad de consumidor del actor, corresponde analizar el caso en concreto y realizar algunas precisiones. El Sr. Villecco en su demanda (fs. 1/13) invocó la aplicación de la LDC, y manifestó ser titular de cuatro líneas de telefonía móvil, precisando que el litigio se centra en la línea de su uso particular (351 5937106), extremo que no fue cuestionado por la contraria. Se recepta prueba testimonial de Javier Rubén Genesio (fs. 279), Vanessa Alejandra Aznar (fs. 281) que describen tal condición, es decir uso particular del celular; empero el magistrado *a quo* rechaza la condición de consumidor porque consideró que existía suficiente prueba *dada la profesión de abogado del actor, motivo por el cual concluye que el uso del servicio de telefonía móvil con datos para navegación en internet, constituye un bien esencial e inherente al ejercicio profesional, y actualmente necesario, por lo que el bien contratado -servicio y dispositivo- está incorporado a la actividad profesional y lucrativa del actor.*

**Estamos en presencia de un letrado que en el año 2011 adquirió bienes (cuatro líneas de teléfono) y contrató un servicio de telefonía para su grupo familiar. De** la prueba arrimada a la causa surge claro que, el accionante, no es una persona jurídica, sino un profesional liberal, y que por un lado, utiliza su línea de teléfono móvil (351-5937106) para comunicarse con su familia, situación que en sí misma engasta en las relaciones privadas por lo que se trata de un servicio que tiene como destinatario final un beneficio propio, lo cual ubica este vínculo dentro del rol de consumidor (art. 1 apartado tercero, LDC); y por otro lado, también utilizaba el servicio de telefónica móvil para algunas cuestiones de orden laboral, por lo que se

corroborar una mixtura en el empleo del servicio móvil. En atención a que por lo general la ley protectoria se aplica cuando existe una relación de consumo, es decir, cuando existe un vínculo jurídico entre un consumidor o usuario y un proveedor de bienes o servicios y dado que la utilización de la telefonía móvil es el medio habitual para todo tipo de comunicación, y no necesariamente profesional, el caso de marras engasta en la prevención dispuesta en el art. 1094 segundo párrafo del CCC, que establece que ante un caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor. En concreto, el profesional liberal es un “proveedor calificado” y por ende excluido de la ley de defensa del consumidor, pero esa exclusión no es absoluta, y las excepciones surgen con claridad de la propia letra de la ley o bien de una interpretación razonable que se haga de la misma. Por ello, estimo que la aplicación e interpretación literal del art. 2 de la LDC, no resuelve el problema, pues no debe olvidarse que los casos que este Código Civil y Comercial resuelve deben serlo en armonía con todo el ordenamiento jurídico (arts. 1 y 2 CCC); por las razones expresadas y en coincidencia con lo sostenido por la Sra. Fiscal de Cámara el actor, Javier Agustín Villecco, es consumidor en los términos de la LDC. A mayor abundamiento y en respuesta al cuarto agravio, desde el momento en que la relación se conformó en base a un contrato de adhesión, el vínculo que une a las partes coloca al actor en una posición si se quiere más débil frente a la empresa de telefonía móvil, porque el adquirente del servicio no tenía capacidad de negociación frente al proveedor. Lo destacado permite aplicar el axioma del *favor debilis* (en caso de duda debe estarse a favor de la parte más débil).

**2.- Se acusa violación al principio de congruencia en atención a que el *a quo* analizó la condición de consumidor del actor, lo cual no fue motivo de discusión en el proceso, acusándose en consecuencia violación del derecho de defensa y del debido proceso.** Al respecto, y más allá del resultado definitivo del recurso como se

verá seguidamente, no puede sostenerse la violación al principio de congruencia, desde que las partes introducen los hechos que creen hacen a su derecho, y por su lado al *Iudex* le cabe calificar esos hechos desde el punto de vista jurídico, enmarcándolos en el instituto jurídico que corresponda. En virtud de lo señalado este tramo del recurso del actor no es útil como argumento útil a su posición.

3.- No obstante, vemos que el actor desarrolla en el segundo y tercer agravio su queja por lo decisión que tomó el juez de grado, quien no le aplicó la normativa consumeril por considerar que el uso del bien contratado estaba incorporado a la actividad profesional y lucrativa que desempeñaba. Esto así, y en base a lo referenciado en los puntos anteriores, se analizará si procede la acción y, en su caso, los rubros que persigue. En esa dirección observamos que en el escrito inicial el actor manifiesta que las líneas fueron adquiridas en el año 2011 para uso familiar, es decir, para uso propio o particular, y que el año 2011 un plan que incluía “datos móviles ilimitados” a cambio de un abono fijo (fs. 444 vta.). Se queja porque desde el mes de noviembre del año 2017 el cobro por dicho servicio de internet cambió y se le incluyó un concepto nuevo no contratado denominado “renovación 500MB internet”. Por su lado, la demandada niega el incumplimiento atribuido, y manifiesta que el cambio contractual se encontraba previsto en el servicio contratado.

**De la prueba arrimada a la causa surge que, el contrato preveía la posibilidad de modificar unilateralmente los términos del mismo, dentro de ellos el cambio de plan, tal como acaeció en autos y sobre éste aspecto en la cláusula tercera se pactó que:** *“Se entienden comprendidas dentro de las facultades precedentemente indicadas, la de reemplazar el plan de servicio contratado, por otro de similares características. CLARO informará a los Clientes tales circunstancias, por cualquier medio fehaciente, incluyendo la publicación de las modificaciones en un medio de amplia circulación, o su inclusión en la factura que se envía al cliente, con una*



*anticipación no inferior a sesenta (60) días corridos a su puesta en vigencia.” (ver. 410 vta./411, respuesta a la pregunta 5 de la parte demandada). Sobre este punto la perito oficial la Contadora Silvana Marcela Solís (fs. 402/412) en la respuesta a la pregunta 6 de la parte actora dijo: “En función de lo registrado en el historial de planes de la línea 3515937106 del sistema Stealth podemos verificar los siguientes planes: a) 26-9-2011 PLAN PUBBI... .... b) Plan TCL11. En la factura emitida el 01-01-2014 bajo el N° 21333310 se informa el cambio en las condiciones comerciales del plan a partir del 19/3/2014. ... Según sistema Stealht, la línea continuó con Servicio BIS BLACK BLACKBERRY BUNDLE (paquete mencionado en inciso a. del presente punto pericial) activo hasta el día 01/08/2014. Este cargo puede verse en las facturas emitidas posteriores al 19/03/2014. c) 01/09/2004 Plan BLACKBERRY FULL POR MES PyMES. En la factura cuya fecha de emisión es 01/09/2014 se visualiza cargo denominado Pack Blackberry Full por mes PyMES. ...” (v. fs. 403/403 vta.) y en igual sentido informa el perito informático oficial Ingeniero en Sistema Cristian Gabriel Assum (v. fs. 429 vta.). Con lo cual se prueba que unilateralmente la empresa demandada, bajo el argumento de “política de uso justo” (v. fs. 441 vta.) reemplazó el plan de servicio contratado, incumpliendo con el deber de informar con la antelación lo pactado en la cláusula respectiva (comunicación fehaciente con sesenta (60) días corridos de anticipación a su puesta en vigencia) e igualmente no informó si el nuevo plan revestía similares características al reemplazado. Al respecto es importante remarcar que la leyenda introducida en la factura *on line* (fs. 448/448 vta del dictamen informático) bajo el título de “mensajes importantes”, donde se informa el cambio de plan, no cumple el cometido pautado en la cláusula tercera del contrato. En su mérito, todo ello configura una violación de las normas consumeriles y más específicamente el deber de información (art. 4 LDC y 1100*

**CCC.) que como menciona la Sra. Fiscal de Cámara tiene como norte restablecer el marco de equilibrio en las relaciones de consumo y la debilidad estructural en la que se encuentra el consumidor, porque se trata de la necesidad de suministrar al consumidor conocimientos de los cuales legítimamente carece, a efectos de permitirle efectuar una elección racional y fundada respecto de un determinado bien o servicio. El porqué de la necesidad de una información al consumidor o al usuario radica precisamente en la desigualdad evidente que tiene respecto del proveedor, en lo concerniente a los conocimientos sobre los productos y servicios, lo cual es razón suficiente para considerar incumplido lo pactado entre la empresa y el actor Sr. Javier Agustín Villecco, en virtud de lo dicho la acción debe prosperar, por lo que corresponde ingresar al tratamiento de los rubros reclamados.**

**Respecto al pedido de supresión del rubro “renovación 500 Mb Internet” y restitución de los montos abonados (fs. 8 vta.), en atención a que de las constancias de autos se corrobora el incumplimiento contractual de la demanda al no realizar la debida información con la antelación convenida, conforme se detalla *ut supra* debe hacerse lugar a lo peticionado en demanda, es decir, la supresión del nuevo rubro cobrado por la demandada, y la restitución que los montos abonados por el cobro indebido del ítem cuestionado “renovación 500MB internet”, a partir del mes de noviembre del año 2017 hasta la actualidad, en su mérito procede reconocer el monto de Dieciocho mil trescientos sesenta y siete con ochenta centavos (\$18.367,80), con los intereses moratorios desde el hecho motivo de la pretensión (noviembre del año 2017) hasta su efectivo pago, con más la tasa pasiva que publica el B.C.R.A. más el interés del tres por ciento (3 %) nominal mensual.**

**En cuanto al reclamo por honorarios extrajudiciales por trámites administrativos, es dable reconocer la procedencia del rubro en cuestión, pues del caso se deduce sin hesitación que el actor realizó gestiones extrajudiciales en aras**

**a resolver el problema producto de los incumplimientos de la demandada (vgr.: c** arta documento -fs. 66-, reclamos ante la Dirección de Defensa del Consumidor -fs. 513/562-, etc). Esta pretensión se engloba dentro de un daño emergente producto de las erogaciones que el consumidor tuvo que afrontar para lograr la satisfacción de su reclamo de modo extrajudicial, por lo que este tramo del agravio resulta procedente; las particularidades del caso hacen apropiado el monto solicitado en la demanda por lo que se reconoce el rubro por la suma de pesos Cinco mil novecientos noventa y cinco, con treinta centavos (\$5.995,30), con más los intereses moratorios, desde el hecho motivo de la pretensión (noviembre del año 2017) hasta su efectivo pago, con más el interés moratorio a calcularse conforme la tasa pasiva que publica el B.C.R.A. más el interés del tres por ciento (3 %) nominal mensual.

**En cuanto al daño moral, el actor manifiesta que la aplicación de un concepto no contratado en un servicio indispensable, aplicando un aumento de hasta 30 veces el precio del servicio pactado (v. alegato de fecha 28/10/2021) respecto a lo que se contrató le generó un daño moral evidente, agregando en su demanda que el daño se intensifica al evaluar que se encuentra cautivo del sistema; en virtud de ello reclama en su demanda la suma de pesos diez mil (\$10000), importe que incrementa a pesos cuarenta mil (\$40000) en oportunidad de alegar.**

**En relación a este rubro** es conveniente señalar que si bien es cierto que la víctima debe ser resarcida en forma plena, pues de esa manera se restablece el equilibrio preexistente alterado por el hecho dañoso, no es menos que simultáneamente se impone asegurar al responsable que su obligación no habrá de asumir un límite mayor del daño causado. De modo pacífico se ha sostenido, desde la perspectiva estrictamente resarcitoria, que el hecho dañoso no debe convertirse en una fuente de enriquecimiento para la víctima y de correlativa expoliación para el dañador. Esa es la finalidad de las reglas que regulan la extensión del resarcimiento cuya aplicación -para

el daño extrapatrimonial- resulta sumamente difícil para el juzgador: "...Evaluar el daño moral significa medir el sufrimiento humano. Esto no sólo es imposible de hacer en términos cuantitativamente exactos, sino que es una operación no susceptible de ser fijada en términos de validez general o explicada racionalmente. Cada juez pone en juego su personal sensibilidad para cuantificar la reparación, en la cantidad de dinero necesaria para servir de compensación al daño. Es la que sugiere caso por caso su particular apreciación y comprensión del dolor ajeno" (TSJ, Sala CC, Sent. N° 68 del 12/12/86; Sent. N° 37 del 04/06/97; Sent. N° 30 del 10/04/01; Sent. N° 44, del 20/06/06). De ahí, que la indemnización que procura compensar pecuniariamente esa afección espiritual (la lesión a los sentimientos), sea de difícil estimación al no estar sujeto a cánones objetivos, ni a procedimiento matemático alguno, por lo que corresponde atenerse a un criterio fluido de ponderación acorde la circunspección y discrecionalidad de cada juzgador, quien debe resolver transparentando -al menos sintéticamente- las razones de hecho y de derecho que dieron motivo a dicha conclusión (art. 18 CN y 155 C. Pcia. Cba.).

En el caso de marras ha quedado demostrado que el incumplimiento de la prestación a su cargo de la parte demandada significó la necesidad de impetrar demanda judicial para hacer valer su derecho y la consiguiente demora en la satisfacción de su interés. En esta inteligencia, es preciso señalar, que los hechos referidos en la demanda, acreditados en sede judicial, poseen virtualidad suficiente a los fines de producir en la actora un estado de desasosiego, preocupación y angustia, que excede las incomodidades que puede generar cualquier incumplimiento, así resulta evidente la configuración del padecer del actor ante la dilación en la solución del problema en su línea telefónica; en virtud de lo argumentado precedentemente, el agravio referido al daño moral merece acogida.

Un acápite aparte corresponde a la determinación de su **cuantificación**. En la

demanda se reclamó por este concepto la suma de \$10.000, pero sujeta a lo que en más o en menos resultare de la prueba a producirse. Luego, en la oportunidad de alegar el actor expuso que teniendo en cuenta que después de la demanda se mantuvieron e intensificaron los actos lesivos generadores del daño espiritual, y como también las condiciones económicas generales han variado sensiblemente en los últimos años, aplicando la teoría de las satisfacciones sustitutivas o compensatorias dispuestas por el CCC, solicitó la suma de \$40.000 con más sus intereses, no sólo por ser un monto que actualizado sería similar al valor de un teléfono de los que comercializa la demandada, sino por ser coherente con el aplicado por la jurisprudencia en casos análogos. Ahora bien, en atención a las características de la situación planteada estimo como razonable y prudente para el caso reconocer la suma de pesos veinticinco mil (\$ 25000). A este importe le cabe computar los intereses moratorios calculados desde la fecha del hecho generador del daño hasta su efectivo pago; aplicando así los intereses que ha establecido la jurisprudencia del T.S.J., esto es: tasa pasiva promedio mensual que publica el B.C.R.A. con más el 3% nominal mensual.

En cuanto a la procedencia y cuantificación del daño punitivo. En atención a lo valorado precedentemente resulta aplicable al caso de marras los principios del derecho consumeril, puesto que están dadas las condiciones de procedencia del daño punitivo. De conformidad a la prueba sustanciada, se aprecia que se ha incurrido en incumplimiento a las obligaciones constitucionales (art. 42, Constitución Nacional) y legales (arts. 4, 8 bis, ley 24.240 -texto según ley 26.361-), específicamente en lo concerniente al deber de información y al grosero proceder unilateral en la modificación de las condiciones contractuales, obligando al actor –luego- a desplegar un derrotero de reclamos en el plano extrajudicial acudiendo a la Dirección de Defensa del Consumidor y, ante la falta de respuesta a la promoción de la demanda judicial.

La legislación consumeril, en el artículo 52 bis establece: *"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. ...*” Del citado texto normativo se desprende que la procedencia de la multa civil requiere, en principio, como “único presupuesto” que el proveedor no cumpla las obligaciones legales o contractuales con el consumidor. No obstante esta primera lectura, el texto exige una integración normativa con los demás elementos que hacen a la gravedad del hecho y las circunstancias que lo rodean, como así también a las pautas establecidas en el art. 49 del plexo consumeril. Con lo cual, resulta claro que los recaudos enumerados deben armonizarse adecuadamente en cada caso en particular. No basta el mero incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales, sino que la institución de las penas privadas propende al establecimiento de un derecho más igualitario, justo y por ende, el reproche a la conducta del agente que causa el daño mediante transgresiones groseras o una conducta desaprensiva, se introduce en un carril subjetivo que tiñe la figura en forma particular. En este lineamiento resulta trascendente la presencia del elemento “subjetivo” que se traduce en dolo o culpa grave. Esta última exigencia, que se deriva de la doctrina del Alto Cuerpo, distingue a la figura del resto de los *ítems* de condena que, normalmente, importan el resarcimiento del perjuicio causado, erigiéndose esta multa civil, en una sanción ejemplificadora.

En el caso de marras, el actor conoció del aumento superlativo recién cuando llamó por teléfono a la denunciada y un empleado le informó que a partir de ese mes debía pagar el rubro “renovación 500MB Internet”, que representaba en la factura el importe de \$822,80, fue el primer conocimiento que tuvo sobre el asunto, y en esa comunicación se le informó que el motivo era porque ya no tenía más el celular

blackberry, a pesar que para ese entonces ya no tenía esa marca de celular desde el año 2016, luego al solicitar la factura se le indicó que la debía ver en forma *on line*, para lo cual debió realizar un proceso de validación y así recibirla en su mail, así unilateralmente Claro empieza a cobrar el excedente de consumo de datos, lo que antes estaba incluido en el abono ilimitado de datos. El accionante afirmó que lo tuvo que hacer porque de lo contrario le cortaban la línea. Luego de impugnar esa factura sostuvo la impugnación en Defensa del Consumidor, con la resistencia por parte de la demandada, pese al intento del actor de conciliar, la demandada resistió el reclamo bajo la afirmación que a la fecha no se encuentra vigente el plan y después porque no es un consumidor, todo lo cual obligo al actor a iniciar el presente juicio, con el objeto de obtener un resultado positivo, a una cuestión que le era ajena. Lo relatado por el reclamante sobre estas circunstancias se encuentran debidamente acreditados lo que munido a la prueba rendida en general provoca una seria presunción de todo lo que tuvo que afrontar el actor para que su derecho se vea restablecido. Por otra parte, de acuerdo al art. 53 LDC que dispone la inversión de la carga de la prueba, el proveedor tenía la obligación de aportar todos los elementos obrantes en su poder necesarios para el esclarecimiento de la causa; y dentro de esa línea de posibilidades tenía la de demostrar lo contrario para así desvirtuar los dichos de la parte demandante. Precisamente, el incumplimiento de esta carga no hace sino generar una presunción en contra de la firma, quien se encontraba en mejores condiciones de demostrar -en su caso- la eventual insinceridad de las afirmaciones del Sr. Villecco. Y si alguna duda pudiera quedar al respecto, la subsunción legal efectuada trae aparejadas una serie de proyecciones jurídicas relevantes. Entre ellas, la aplicación del principio de interpretación contenido en el art. 3 de la LDC, en virtud del cual, en caso de duda, se ha de estar siempre a la interpretación más favorable para el consumidor. En definitiva, este padecimiento al que se vio sometido el actor, en el plano extrajudicial,

asumen importancia a los fines de la aplicación del daño punitivo por violación al derecho al trato digno (art. 8 bis LDC). Es que el dispositivo contenido en el art. 8 bis, LDC, el que es concordante con el art. 1097, CCCN, resulta una alternativa para generar la aplicación del daño punitivo en cuanto impone a los proveedores el deber de dar a los consumidores un trato digno y equitativo. El último párrafo del art. 8 bis LDC prevé *“Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”*. De tal suerte, dicha conducta extrajudicial es altamente reprochable, desaprensiva, dilatoria y de menosprecio hacia el trato digno que merece todo consumidor, lo cual conduce a la aplicación de la multa civil.

Por otra parte, ha de observarse, como ya se destacó, el incumplimiento del deber de información que le era exigible a Claro, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4° de la ley defensa del consumidor, hoy receptado en el artículo 1100 del Código Civil y Comercial, tiene entidad suficiente para generar daño al actor ante el incumplimiento del ya mencionado deber. Es decir, que la omisión en el cumplimiento de dicho deber y obligación de informar, ante una situación que salía de la relación ordinaria de simple provisión de servicio telefónico, se traduce en el generador de la responsabilidad para Claro. Lo anteriormente expresado, y en coincidencia con lo mencionado por la Sra. Fiscal de Cámara revela la indiferencia y menosprecio hacia los derechos protegidos por el bloque consumeril, agudizando así el presupuesto subjetivo del daño punitivo, que se devela con el comportamiento posterior de la demandada una vez generado el hecho de marras, lo que permite establecer la existencia de los requisitos que habilitan la imposición de la sanción punitiva. Consecuentemente con todo lo hasta aquí analizado considero que debe hacerse lugar



a la aplicación de la multa a la empresa **AMX Argentina SA (Claro)** ya que se ha **podido corroborar la violación del deber de información y trato digno del Sr. Villecco.**

En orden a la cuantificación de la multa civil al promover la demanda el actor peticionó la aplicación del daño punitivo (fs. 9 vta./12 vta. -\$425.517-) y, en oportunidad de alegar ratificó dicha solicitud punitoria (**con fecha 28/10/2021**) reclamando el máximo de multa es decir, la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000), o lo que en más o en menos el Tribunal. Si bien resulta procedente el rubro, considerando el hecho motivo del reclamo, las particularidades del caso hacen apropiada la cuantificación de la sanción en un importe menor. Dada la envergadura de la empresa demandada, su posición dentro de la actividad comercial correspondiente al servicio de telefonía móvil; hacen apropiada la cuantificación de la sanción en la suma de pesos trescientos mil \$ 250.000, dicho importe cumple, en el presente caso, con la finalidad principal de este instituto, cual es disuadir conductas socialmente reprochables, con más los intereses que han de correr desde la fecha de la presente sentencia hasta su efectivo pago con la tasa pasiva que publica el B.C.R.A. más el interés del tres por ciento (3%) nominal mensual.

Costas. En atención a lo resuelto precedentemente las costas se imponen a la parte demandada (art. 130 CPC). Fijar los honorarios del Dr. Javier Agustín Villecco en el 36 % del punto medio de la escala del art. 36 CA.

b.- En cuanto a la apelación de la parte demandada **AMX Argentina SA (Claro)** en **atención a que ha prosperado el recurso de apelación de la parte actora, y por ende se ha hecho lugar a la demanda, deviene abstracto el recurso de la demandada en torno a la imposición de costas. Costas a su cargo.** Fijar los honorarios del Dr. Javier Agustín Villecco en el 36 % del punto medio de la escala del art. 36 CA.

**Así voto.**

***A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL, DR. JOAQUIN FERNANDO FERRER, DIJO:***

Adhiero al voto del Sr. Vocal preopinante, expidiéndome en idéntico sentido.

***A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL, DR. JORGE MIGUEL FLORES, DIJO:***

**Corresponde:**

- 1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor y en su mérito dejar sin efecto lo decidido en la Sentencia N° 94 de fecha nueve de junio de dos mil veintidós, dictada por el Juez de Primera Instancia y Cuadragésimo Segunda Nominación en lo Civil y Comercial.
- 2.- Hacer lugar a la demanda incoada por el actor Sr. Javier Agustín Villecco, D.N.I. N° 25.095.337, en contra de la empresa **AMX Argentina SA (Claro)**, y en consecuencia condenarla a abonar al actor, en el término de diez días, la suma de pesos veinticuatro mil trescientos sesenta y tres con diez centavos (\$24.363,10) por Daño material, con sus intereses moratorios desde el hecho (noviembre del año 2017) hasta su efectivo pago, aplicando los intereses fijados en el considerando respectivo; la suma de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) por daño moral, aplicando los intereses fijados en el considerando respectivo y más la suma de pesos trescientos mil (\$ 250.000) por daño punitivo, aplicando el interés fijado en el considerando respectivo para el caso de incumplimiento inmediato una vez firme la presente sentencia.
- 3.- Imponer las costas en ambas instancias a la demandada. Regular los honorarios del Dr. Javier Agustín Villecco, por sus trabajos en la alzada, en el 36 % del punto medio de la escala del art. 36 CA, sin perjuicio -en su caso- del mínimo legal de 8 *jus*, equivalente a la suma de pesos setenta y tres mil novecientos noventa y cinco con sesenta y ocho centavos (\$ 73995,68) en que se estiman provisoriamente, debiendo

adicionarse el I.V.A. en caso de corresponder conforme a la condición impositiva que revista el letrado al momento de su efectiva percepción.-

4.- Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, con costas a su cargo. Regular los honorarios del Dr. Javier Agustín Villecco en el 36 % del punto medio de la escala del art. 36 CA, sin perjuicio -en su caso- del mínimo legal de 8 *jus*, equivalente a la suma de pesos setenta y tres mil novecientos noventa y cinco con sesenta y ocho centavos (\$ 73995,68) en que se estiman provisoriamente, debiendo adicionarse el I.V.A. en caso de corresponder conforme a la condición impositiva que revista el letrado al momento de su efectiva percepción.

***A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, EL SR. VOCAL, DR. JOAQUIN FERNANDO FERRER, DIJO:***

Comparto la solución que propone el Sr. Vocal preopinante, votando en idéntico sentido.

Por el resultado de la votación que antecede y atento el certificado del 19/05/2023 y lo dispuesto por el art. 382 del CPCC ultima parte,

***SE RESUELVE:***

1.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor y en su mérito dejar sin efecto lo decidido en la Sentencia N° 94 de fecha nueve de junio de dos mil veintidós, dictada por el Juez de Primera Instancia y Cuadragésimo Segunda Nominación en lo Civil y Comercial.

2.- Hacer lugar a la demanda incoada por el actor Sr. Javier Agustín Villecco, D.N.I. N° 25.095.337, en contra de la empresa **AMX Argentina SA (Claro)**, y en consecuencia condenarla a abonar al actor, en el término de diez días, la suma de pesos veinticuatro mil trescientos sesenta y tres con diez centavos (\$24.363,10) por Daño material, con sus intereses moratorios desde el hecho (noviembre del año 2017) hasta su efectivo pago, aplicando los intereses fijados en el considerando respectivo; la suma

de pesos veinticinco mil (\$ 25.000) por daño moral, aplicando los intereses fijados en el considerando respectivo y más la suma de pesos trescientos mil (\$ 250.000) por daño punitivo, aplicando el interés fijado en el considerando respectivo para el caso de incumplimiento inmediato una vez firme la presente sentencia.

3.-Imponer las costas en ambas instancias a la demandada. Regular los honorarios del Dr. Javier Agustín Villecco, por sus trabajos en la alzada, en el 36 % del punto medio de la escala del art. 36 CA, sin perjuicio -en su caso- del mínimo legal de 8 *jus*, equivalente a la suma de pesos setenta y tres mil novecientos noventa y cinco con sesenta y ocho centavos (\$ 73995,68) en que se estiman provisoriamente, debiendo adicionarse el I.V.A. en caso de corresponder conforme a la condición impositiva que revista el letrado al momento de su efectiva percepción.-

4.- Rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, con costas a su cargo. Regular los honorarios del Dr. Javier Agustin Villecco en el 36 % del punto medio de la escala del art. 36 CA, sin perjuicio -en su caso- del mínimo legal de 8 *jus*, equivalente a la suma de pesos setenta y tres mil novecientos noventa y cinco con sesenta y ocho centavos (\$ 73995,68) en que se estiman provisoriamente, debiendo adicionarse el I.V.A. en caso de corresponder conforme a la condición impositiva que revista el letrado al momento de su efectiva percepción.

***Protocolícese, notifíquese de oficio y bajen.-***

Texto Firmado digitalmente por:

**FLORES Jorge Miguel**

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2023.08.16

**FERRER Joaquin Fernando**

VOCAL DE CAMARA

Fecha: 2023.08.16