

**SE PRESENTA. OPONE EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA PARCIAL
EN RAZÓN DEL TERRITORIO Y DE LITISPENDENCIA. EN SUBSIDIO,
CONTESTA DEMANDA:**

Señor Juez:

SEBASTIÁN J CANCIO en representación de **AMX ARGENTINA S.A.** (en adelante, “AMX”), acreditando personería en este acto, constituyendo domicilio procesal en 27 de abril 305 de la ciudad de Córdoba y electrónico en el usuario 20-26581170-2 en los autos caratulados “**ZIRALDO, LUCIANA Y OTRO c/ AMX ARGENTINA S.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS**” (Expte. Nº 50.075/2017), ante V.S. me presento y expongo:

I.- PERSONERÍA:

Conforme lo acredito con la copia simple del Poder General Judicial que adjunto al presente, de cuya vigencia y validez presto jurada declaración, soy apoderado de AMX Argentina S.A. (en adelante “AMX” y/o “mi mandante”, indistintamente), con domicilio legal en Av. De Mayo 878 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con facultades suficientes para intervenir en las presentes actuaciones.

II.- OBJETO:

En tal carácter, y en legal tiempo y forma, vengo a (i) interponer excepción de incompetencia parcial en razón del territorio; (ii) interponer excepción de litispendencia; y (iii) en subsidio, a contestar la demanda solicitando su rechazo, con costas.

**III.- EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA PARCIAL EN RAZÓN DEL
TERRITORIO:**

La pretensión de la Sra. LUCIANA ZIRALDO y de la UNIÓN DE CONSUMIDORES UNIDOS (en adelántate, Sra. "ZIRALDO" y "UCU", respectivamente, y/o las "Actoras", indistintamente) no se circunscribe expresamente a los usuarios domiciliados dentro del ámbito territorial respecto del cual V.S. resulta competente, sino que se extiende asimismo a clientes domiciliados en otras jurisdicciones. En efecto, la Sra. ZIRALDO y UCU expresan que inician la presente acción “*por derecho propio y plantea la presente demanda, en su carácter de*

afectada personal y en representación de toda la clase” y nuevamente reiteran que “*inicia esta acción por derecho propio como damnificada directa, y en representación de la clase, que se encuentra dispersa en todo el país siendo vecinos de distintas provincias, se incluye a todos los consumidores afectados por el incumplimiento contractual que referiré y la limitación a su derecho a las telecomunicaciones”.*

Más allá de que AMX no realizó conducta ilegal alguna al modificar el esquema de tarificación de los planes de Internet - cuestión que será explicada en detalle en otras secciones del presente -, es evidente que la Sra. ZIRALDO y UCU pretenden una sentencia cuyos efectos se proyecten más allá de la jurisdicción territorial de V.S.

En consecuencia, interponemos excepción de incompetencia con relación a los reclamos concernientes a todos aquellos clientes domiciliados fuera de la jurisdicción del Tribunal.

Al respecto, se recuerda que en nuestro derecho el domicilio es la sede natural de todo pleito, pues permite una sustanciación eficaz y económica del mismo, respetando los principios de inmediación y concentración de pruebas. Cabe notar entonces que AMX tiene domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En efecto, tal como surge del Estatuto Social de AMX (copia del cual se adjunta al presente como Anexo N° 1), mi mandante tiene domicilio legal en Av. de Mayo 878 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Entonces, la consecuencia necesaria de que las actoras hayan optado por demandar a AMX en la Ciudad de Córdoba es que su reclamo debe limitarse a los clientes de AMX domiciliados en esta ciudad, más allá de la improcedencia de la legitimación colectiva que pretende invocar.

Este argumento encuentra fundamento en el Art. 90 inciso 4 del Código Civil, receptado actualmente por el Art. 152 del Código Civil y Comercial (“CCC”) que establece:

*“La persona jurídica que posee muchos establecimientos o sucursales tiene su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas...”*¹.

De este principio surge que si se interpone una demanda colectiva en la Ciudad de Córdoba, contra una sociedad que tiene domicilio en la Ciudad de Buenos Aires, por

¹ La negrita es nuestra.

el principio del Art. 152 del CCC, el reclamo puede ser tratado por la justicia federal de la ciudad de Córdoba exclusivamente con relación a quienes hayan contratado el servicio en cuestión en la sucursal de AMX de esta ciudad. Extender dicha competencia a clientes que contrataron el servicio en la casa central u otras sucursales, como pretenden las actoras, resulta violatorio de la mencionada norma del CCC y torna incompetente a V.S. por razón del territorio.

Adicionalmente, este principio se corresponde con lo dispuesto por el Art. 41 de la Ley N° 24.240, el cual establece que la competencia de la justicia local debe limitarse a las presuntas infracciones cometidas en su respectiva jurisdicción. En este sentido, en nuestro caso, la pretensión de la actora se extiende a contratos cuya celebración, ejecución y cumplimiento se produce en otras jurisdicciones. Ello determina la incompetencia del Tribunal para expedirse sobre reclamos correspondientes a clientes que no contrataron el servicio en su jurisdicción.

En virtud de lo expuesto se demostró: (i) que la Sra. ZIRALDO y UCU alegan representar los intereses de usuarios domiciliados fuera de la jurisdicción del Tribunal; (ii) que AMX tiene domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y (iii) que la Sra. ZIRALDO y UCU pretenden que la sentencia a dictarse tenga efectos sobre contratos de clientes celebrados y ejecutados fuera del ámbito de la Ciudad de Córdoba. Por lo tanto, es evidente que la competencia sólo se extiende a los contratos celebrados en la Ciudad de Córdoba o en el ámbito geográfico de la jurisdicción de V.S.

Paralelamente, la incompetencia territorial denunciada encuentra fundamento adicional en las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Art. 5) que establece que cuando se ejerciten acciones personales, el Juez competente es el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación (inciso 3). Por su parte, el inciso 4 del mismo artículo establece que en las acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos, el Juez competente es el del lugar del hecho o el del domicilio del demandado, a elección del actor. Dicho principio también es receptado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Art. 6).

Conforme a dichas disposiciones, V.S. no es competente para conocer en los reclamos correspondientes a clientes de AMX no domiciliados en la jurisdicción del Tribunal porque la Ciudad de Córdoba: (i) no es el domicilio de AMX, como lo acreditamos con su Estatuto Social, mi mandante tiene domicilio en la Ciudad de

Buenos Aires; y (ii) no es el lugar del contrato porque los clientes que residen fuera de la jurisdicción del Tribunal no celebran ni ejecutan sus contratos en la jurisdicción del Tribunal.

En síntesis, de las normas procesales que regulan la competencia territorial para el conocimiento de esta causa, surge claro que V.S. es incompetente para conocer en los reclamos concernientes a usuarios y/o clientes de AMX que no residen en la Ciudad de Córdoba, o que no hayan contratado el servicio de AMX en dicha ciudad.

V.- EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA:

V.1.- Preliminares:

Para el hipotético supuesto de que V.S. no haga lugar a la excepción antes opuesta, interponemos en subsidio la excepción de litispendencia.

En efecto, con fecha 17 de julio de 2017 AMX fue notificada de la demanda interpuesta en los autos “KELLER REQUENA MARÍA CELESTE C/ AMX ARGENTINA S.A. – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. N° 595.227/36), de trámite ante el Tribunal de Primera Instancia, Cuadragésima octava Circunscripción, en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Se adjunta al presente como Anexo N° 2 copia de dicha demanda y de su cédula de notificación.

Con posterioridad, en fecha 16 de mayo de 2018 AMX fue notificada de la demanda interpuesta por la ASOCIACION CONSUMIDORES DEL NOA (en adelante "ACONOA"), en los autos “ASOCIACIÓN CONSUMIDORES DEL NOA VS. AMX ARGENTINA S.A. S/ SUMARÍSIMO (RESIDUAL)” (Expte. N° 112/16), de trámite ante el Juzgado Civil en Documentos y Locaciones, Sexta Nominación, de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán. Se adjunta al presente como Anexo N° 3 copia de la cédula de notificación mencionada.

Considerando lo anterior, en legal tiempo y forma mi parte opone la excepción previa de litispendencia.

V.2.- Fundamentos de la litispendencia:

En la demanda que se contesta, la Sra. ZIRALDO y UCU alegan que:

“... inicia esta acción por derecho propio y plantea la presente demanda, en su carácter de afectada personal y en representación de toda la clase.”²

² La negrita es nuestra.

Asimismo, la Sra. ZIRALDO y UCU luego expresan que:

"La clase que representamos está comprendida y alcanzada por todos los usuarios y consumidores de telefonía celular a quienes les hubiera sido modificado en su desmedro las condiciones de su abono... ".³

En cuanto al objeto de la demanda, la actora solicita que se ordene:

"1) el cese de la limitación en el servicio de internet que coarta la libre comunicación e impide el acceso del servicios a las telecomunicaciones, 2) el restablecimiento del servicios oportunamente contratado, 3) la restitución de los importes abonados por consumos extras... y que se abstenga en el futuro de cobrar dichos cargos, 4) el daño moral sufrido, 5) el daño punitivo..., 6) La correcta información de las facturas ...; y 7) las costas del presente y honorarios."

En cuanto a la conducta supuestamente ilegal imputada a AMX, las coautoras explican que ella habría consistido en:

"el cambio de las condiciones unilaterales del contrato, cobrando un cargo extra para el supuesto de requerir el servicio una vez agotados los 3GB"

Asimismo, cuando se refiere a la clase que alegan representar, las coautoras expresan que ella incluye:

"... a quienes les hubieran modificado en su desmedro las condiciones de su abono en el siguiente ítem: 'Pack Internet Ilimitado'... a 'Internet Incluido 800 MB', señalando que "resulta aplicable también cualquier modificación desde servicios "Pack Internet Ilimitado" ... a "Internet Incluido 3 Megas o cualquier otra cantidad que no sea el internet ilimitado originalmente contratado"".

Ahora bien, corresponde remarcar que con anterioridad a la interposición de la demanda que contestamos, AMX fue notificada de la demanda con el mismo objeto interpuesta por la Sra. KELLER. En efecto, el 16 de julio de 2015 AMX fue notificada de la demanda interpuesta en los autos “KELLER REQUENA MARÍA CELESTE C/ AMX ARGENTINA S.A. – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. N° 595.227/36), de trámite ante el Tribunal de Primera Instancia, Cuadragésima octava Circunscripción, en lo Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza (ver Anexo N° 2 antes referenciado). Nótese que el objeto de la demanda interpuesta por la Sra. KELLER es el siguiente:

"1) el cese de la conducta ilegal llevada a cabo por la demandada, 2) el restablecimiento del servicio oportunamente contratado; y 3) la restitución de los importes abonados por consumos extras ... y que se abstenga en el futuro de cobrar dichos cargos; 4) el daño moral sufrido y 5) el daño punitivo...".

³ La negrita es nuestra.

De las citas recién transcriptas surge claramente que la demanda interpuesta por la Sra. KELLER, resulta comprehensiva de todos los rubros solicitados en la demanda de la Sra. ZIRALDO y UCU. En efecto, el único rubro no comprendido es la pretensión de que se lleve a cabo la correcta información de las facturas.

Todo lo anterior demuestra que existe litispendencia. Esto es así porque hay identidad de objeto e identidad de sujetos. Nótese que si bien las actoras no son las mismas, ambas dicen representar a un mismo grupo de consumidores, a saber, los clientes de AMX de todo el país.

Paralelamente, V.S. debe tener presente que en el marco de los autos “ASOCIACIÓN CONSUMIDORES DEL NOA VS. AMX ARGENTINA S.A. S/ SUMARÍSIMO (RESIDUAL)” (Expte. N° 2968/15), de trámite ante el Juzgado Civil Común, Séptima Nominación, de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán, ACONOA - otra asociación de consumidores - demandó a AMX y solicitó: (i) que se deje sin efecto la modificación en la prestación del servicio de navegación en los planes de los usuarios tucumanos que gozaban del servicio de internet libre o ilimitado y se les restituyan las condiciones anteriores; (ii) que se restituya cualquier monto percibido por AMX por todo concepto vinculado con consumos de datos en exceso en relación con la modificación referida, con más los intereses que AMX percibe por mora (Art. 26 Ley N° 24.240), más el 25% del importe supuestamente cobrado en forma indebida (Art. 31 Ley N° 24.240); (iii) que se condene a AMX abonar en concepto de daño punitivo la suma de \$5.000.000 o la que V.S. determine, en más o en menos, teniendo en cuenta las constancias de autos; y (iv) que se establezca en la sentencia el procedimiento para que los consumidores afectados puedan ejercer los derechos que ésta les reconozca y se determinen pautas para que en la etapa de la ejecución de la sentencia cada uno pueda acreditar los supuestos daños individualmente sufridos.

Asimismo, se destaca también que la demanda de ACONOA se limita a los consumidores Tucumanos, por lo que la litispendencia entre el proceso que nos ocupa y el Tucumano es parcial y sólo abarca a los consumidores Tucumanos, al tiempo que la litispendencia entre el proceso que nos ocupa y el iniciado por la Sra. KELLER es total, pues ambas se refieren a los usuarios de todo el país.

Sobre la excepción, la doctrina ha explicado que:

“Mientras un proceso se encuentre en sustanciación, sin que exista sentencia irrecusable e imperativa, se dice que se halla en estado de litispendencia, al cual se define como la ‘situación jurídica en que se encuentra una causa al estar sometida al juicio y resolución de los tribunales’, circunstancia que origina el impedimento procesal de litispendencia, mediante el cual se impide se sustancie, simultáneamente

o separadamente, otro proceso que se identifique o se vincule con el anterior pendiente.”⁴

Recordamos que respecto de la excepción de litispendencia, nuestra Corte Suprema de Justicia ha expresado:

“La litispendencia procede cuando se configura la triple identidad de sujeto, objeto y causa, o bien cuando se evidencia la posibilidad de fallos contradictorios, caso en el cual la solución se logra, habida cuenta de razones de conexidad, por medio de la acumulación de procesos (arts. 188 y sgtes. del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).”⁵

La necesidad de acumular todas las acciones colectivas de un mismo objeto surge de lo dispuesto por las Acordadas Nº 32/2014 y Nº 12/2016 de la Corte Suprema de la Nación.

En tal sentido, la Acordada Nº 32/2014 dispone que: "... esta Corte puso de manifiesto que ha verificado un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país..., subrayando las graves consecuencias que esa reproducción de actuaciones causa en una racional y eficiente distribución de los limitados recursos materiales y humanos, en la razonable duración de los procesos judiciales y, con particular énfasis, en la gravedad institucional a que da lugar el escándalo jurídico que genera la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados, o de decisiones de un tribunal que interfieren en la jurisdicción que está ejerciendo otro órgano judicial ... Desde estas premisas y con el declarado propósito de favorecer el acceso a justicia de todas las personas, el Tribunal afirmó en dicho pronunciamiento que estimaba necesaria la creación de un Registro de Acciones Colectivas, en el que deban inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales nacionales y federales del país. Este procedimiento destinado a la publicidad de los procesos colectivos —que arraigan en el art. 43 de la Constitución Nacional— tiene por objeto, asimismo, preservar un valor eminente como la seguridad jurídica —cuya jerarquía constitucional ha sido señalada por el Tribunal con énfasis y reiteración (Fallos 317:218 y sus citas)—, en la medida en que propende a asegurar eficazmente los efectos expansivos que produce en esta clase de procesos la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, además de perseguir la apropiada tutela de los derechos de todas las personas que no han tomado participación en el proceso", por su parte la Acordada Nº 12/2016 dispone que: "Si del informe del Registro surge la existencia de un juicio en trámite, registrado con anterioridad y que presente una

⁴ Carlo Carli, “La demanda Civil”, ed. Lex La Plata (1997), página 188. La negrita es nuestra.

⁵ CSJN, “Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/San Juan, Provincia de s/ejecución fiscal”, 06/05/2008. La negrita es nuestra.

sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva, el magistrado requirente deberá remitir, sin otra dilación, el expediente al juez ante el cual tramita el proceso inscripto."

En ese sentido recientemente la CSJN se expidió en los autos caratulados "CONSUMIDORES FINANCIEROS ASOC. CIVIL PARA SU DEFENSA C/ BANCO ITAÚ BUEN AYRE ARGENTINA S.A. Y OTRO S/ ORDINARIO" (Expte. 56581/2008/CS1) sobre la necesidad de concentrar todas las causas con un mismo objeto en un único tribunal.

En nuestro caso, es claro que entre las demandas interpuestas por la Sra. KELLER y por ACONOA, esta última respecto de los usuarios de la provincia de Tucumán, y la demanda interpuesta en autos por las coautoras existe identidad de:

(i) Sujeto: Ambas demandas fueron interpuestas contra AMX. Asimismo, ambas demandas fueron interpuestas por quienes dicen representar a los clientes de AMX de todo el país en defensa de un derecho de incidencia colectiva. En el caso de ACONOA la demanda se refiere a los clientes de Tucumán que también están incluidos en esta demanda.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sostiene que cuando se trata de reclamos de alcance colectivo debe reconocerse prioridad a la primera demanda. Así, en el caso "*Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros*"⁶ la Corte Suprema de Justicia explicó -en el marco del derecho de réplica- lo siguiente:

"Ejercido este derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio... a los efectos de evitar que el derecho que aquí se reconoce se convierta en un multiplicador de respuestas interminables.

A diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora."

La doctrina del fallo es aplicable al caso que nos ocupa porque la representación invocada por la Sra. KELLER, respecto de todos los clientes del país, inhibe la posterior presentación de una demanda idéntica por parte de otro individuo o asociación invocando la representación de supuestos afectados que ya se encontraban representados por la Sra. KELLER y por el mismo hecho en el que se funda la

⁶ Corte Suprema de Justicia, 07/07/1992.

primera demanda. Lo mismo sucede con relación a la demanda de ACONOA respecto de los clientes de Tucumán.

(ii) Objeto: en ambas actuaciones se reclama el reintegro de lo abonado por cargos extra (una vez consumidos los 800 MB o los 3GB, según la contratación que haya optada cada usuario) y se solicita además la aplicación a AMX de la multa civil dispuesta por el Art. 52 bis de la Ley N° 24.240, todo ello respecto de los consumidores de todo el país.

(iii) Causa: Según alegan las demandantes, la causa de sus reclamos es el supuesto incumplimiento contractual de AMX y la modificación unilateral de las condiciones del servicio.

Sin perjuicio de lo anterior, aún cuando V.S. entienda que en autos no se da la triple identidad alegada, cuestión que negamos y analizamos como una mera hipótesis, debe tenerse presente que nuestra Corte Suprema de Justicia también ha explicado que:

“Corresponde admitir la excepción de litispendencia, aunque no concorra la triple identidad de sujeto, objeto y causa, cuando se evidencia la posibilidad de fallos contradictorios, en cuyo caso la solución se logra, por razones de conexidad, por medio de la acumulación de procesos: art. 188 y siguientes del Código Procesal.”⁷

En nuestro caso, es evidente que de no declararse la litispendencia en el marco de la demanda que nos ocupa, sin duda existirá la posibilidad de que existan fallos contradictorios.

Por otro lado, aún cuando no se dé el supuesto de fallos contradictorios, la doctrina ha explicado que:

“... no puede admitirse jurídicamente que sobre una misma causa exista más de una sentencia, aún coincidiendo ambas en la decisión”⁸.

Lo anterior es así debido a que, dejando a un lado las consideraciones que se refieren al derecho de defensa del demandado, existen razones de economía procesal que justifican que tales procesos se sustancien y decidan por un mismo juez.⁹

Adicionalmente, nuestra Corte Suprema ha explicado lo siguiente respecto de la excepción de litispendencia:

“La litispendencia presupone la existencia de otro juicio en trámite... entre las mismas partes, sobre la misma cosa, por la misma causa y con

⁷ CSJN, “Durrieu Vidal y Cía. Soc. de Responsabilidad Ltda. c/ Buenos Aires, Pcia. de s/ indemn. por daños y perjuicios, 13/08/1991, Fallos 314:811. La negrita es nuestra.

⁸ Carlo Carli, “La demanda Civil”, ed. Lex La Plata (1997), página 188.

⁹ Carlo Carli, “La demanda Civil”, ed. Lex La Plata (1997), página 188.

igual substanciación que el litigio en el cual se invoca aquella excepción.”¹⁰

Nuevamente, es evidente que la demanda interpuesta por la Sra. KELLER ante la justicia de la Provincia de Córdoba constituye otro juicio en trámite “*entre las mismas partes, sobre la misma cosa, por la misma causa*”. Esto es así porque:

- (i) el objeto de la demanda interpuesta por la Sra. KELLER abarca el objeto de la demanda interpuesta por las coautoras;
- (ii) la causa alegada por ambos actores es la misma; y porque
- (iii) existe coincidencia entre los usuarios que ambos actores dicen representar.

Por las razones que fueron expuestas, y atento a la clara existencia de litispendencia, solicitamos se admita la excepción aquí interpuesta y se rechace la demanda, con costas.

La misma situación se plantea con relación a la demanda de ACONOA respecto de los clientes de la provincia de Tucumán.

VI.- EN SUBSIDIO; CONTESTA DEMANDA:

VI.1.- NEGATIVA DE LOS HECHOS:

Niego expresamente los siguientes hechos:

1. Niego que la Sra. ZIRALDO sea cliente de AMX. Desconozco la autenticidad de la factura que acompaña.
2. Niego que las actoras posean legitimación activa para representar a la clase que pretende, a saber, “*todos los usuarios y consumidores de telefonía celular*”.
3. Niego que el Art. 43 de la Constitución Nacional legitime al “*afectado*” para interponer acciones de clase en representación de otros, pues dicha representación sólo cabe a las asociaciones de consumidores o al Defensor del Pueblo.
4. Niego que V.S. sea competente para tratar los supuestos reclamos de consumidores que no se encuentran domiciliados dentro de su jurisdicción.
5. Niego que AMX haya realizado una conducta ilegal. Niego que AMX haya cobrado un cargo ilegal. Niego que AMX haya infringido norma alguna de la Ley de Defensa del Consumidor.
6. Niego que AMX haya incurrido en un incumplimiento contractual.
7. Niego que AMX haya incurrido en “*graves conductas lesivas*”.
8. Niego que corresponda la restitución de suma alguna.
9. Niego que la actora haya sufrido daño moral.

¹⁰ CSJN, The Liebig's Extract of Meat c/ Prov. de Corrientes, Fallos: 183:414.

- 10.** Niego que corresponda aplicar a AMX daño punitivo. A todo evento, niego que el instituto de la multa civil sea constitucional.
- 11.** Niego que corresponda cuantificar la demanda que se contesta en la suma de Pesos cinco millones diez mil, pues resulta evidente que se trata de una suma caprichosa sin sustento probatorio alguno, reclamada únicamente porque es el tope máximo establecido por el Art. 52 bis de la Ley N° 24.240.
- 12.** Niego que la circunstancia de que AMX haya modificado unilateralmente cierto aspecto de las condiciones de contratación implique una violación a la Ley de Defensa del Consumidor. La propia Solicitud de Servicios (SDS) que suscriben sus clientes la habilita expresamente, habiendo sido tal contrato presentado ante el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) - ex Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) - sin merecer observación alguna al respecto.
- 13.** Niego que sean homogéneos los intereses patrimoniales que las actoras pretenden reclamar en representación de la clase que alegan.
- 14.** Niego que AMX posea la práctica de generar "*microlesiones o lesiones... a una gran cantidad de consumidores*". Niego que AMX obtenga o haya obtenido "*ganancias ilegítimas*".
- 15.** Niego que AMX haya incumplido la Resolución N° 9/2004 Anexo II de la Secretaría de Coordinación Técnica. Niego que AMX haya incumplido la Resolución N° 906/90 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería. Niego que la modificación al plan de internet no se haya informado a los clientes que dicen representar las actoras con el preaviso legal de 60 días. Niego que AMX haya incumplido el Art. 59 de la Ley Argentina Digital (Ley N° 27078).
- 16.** Niego que AMX haya incumplido lo dispuesto por los Arts. 8 y 8 bis de la Ley de N° 24.240. Niego que AMX haya omitido tratar digna y equitativamente a sus clientes. Niego que AMX haya incurrido en práctica abusiva alguna. Niego que AMX haya obrado de mala fe.
- 17.** Niego que corresponda ordenar restitución alguna por supuestos "*consumos extras*".
- 18.** Niego que AMX haya sometido a sus clientes a "*situaciones vejatorias, abusivas y agraviantes*". Niego que AMX haya alterado la tranquilidad de espíritu de sus clientes.
- 19.** Niego que la actora y los clientes hayan sufrido daño moral imputable a AMX. Niego que hayan sufrido una alteración en su "*equilibrio de espíritu, [en su] paz, [en su] tranquilidad y privacidad*" imputables a AMX. Niego que la hayan sufrido "*severas commociones espirituales: preocupación intensa, angustia, aflicciones, aguda irritación vivencial*" a causa de algún accionar de AMX. Niego que las actoras hayan acreditado estas circunstancias, pues no ofrece ninguna evidencia aparte de sus dichos.

20. Niego que corresponda cuantificar el supuesto daño moral de la Sra. ZIRALDO en la suma de Pesos Treinta Mil (\$10.000), pues se trata de una suma caprichosa sin sustento probatorio alguno.
21. A todo evento, niego que las actoras se encuentre legitimadas para reclamar en concepto de daño moral supuestamente sufrido por los consumidores que dice representar. Niego que exista el daño moral individual homogéneo.
22. Niego que AMX haya obrado en forma dolosa. Niego que corresponda aplicar a AMX la sanción de daño punitivo dispuesto por el Art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Niego que corresponda aplicar a AMX el tope máximo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor; asimismo, niego que corresponda cuantificar dicho daño punitivo en la suma de Pesos Cinco millones diez mil (\$5.010.000), pues se trata de una suma caprichosa sin sustento probatorio alguno. Niego que las actoras posean legitimación para reclamar daño punitivo en favor de otros supuestos afectados.
23. A todo evento, niego que el instituto del daño punitivo dispuesto por el Art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 sea constitucional.
24. Niego, por no constarme, la existencia y contenido de resoluciones recaídas en procesos administrativos y/o judiciales ajenos a mi mandante.

VI.2.- DESCONOCE DOCUMENTACIÓN:

Desconozco toda la documentación acompañada por las coautoras junto a su demanda que no sea objeto de un reconocimiento expreso formulado por mi parte.

En particular, desconozco:

1. La autenticidad del contenido de la copia del documento supuestamente emitido por AMX respecto de la activación de la cuenta de la Sra. ZIRALDO.
2. La autenticidad del contenido de la copia del Formulario único de Aceptación de las Condiciones de Activación.
3. La autenticidad del contenido de las copias de los Términos y Condiciones.
4. La autenticidad del contenido de las facturas de AMX acompañadas por la actora.

VI.3.- LA REALIDAD DE LOS HECHOS:

VI.3.1.- La modificación de los planes de internet operada por AMX responde a la necesidad de afrontar las nuevas tendencias en la demandas de sus usuarios. El aumento del tráfico generado por la proliferación de teléfonos inteligentes:

El servicio de telefonía móvil y acceso a internet móvil que presta AMX es un servicio de alta tecnología, que se caracteriza por su constante innovación e incorporación de nuevos servicios y prestaciones que permiten el desarrollo tecnológico tanto de las redes inalámbricas como de los teléfonos inteligentes.

Se trata de servicios sumamente dinámicos, donde las compañías prestadoras deben ir ajustando sus planes y ofertas de acuerdo a las cambiantes necesidades de sus usuarios.

En efecto, es un hecho público y notorio el aumento del tráfico de datos que se ha generado en los últimos años con la proliferación de los nuevos teléfonos inteligentes (*smartphones*). Téngase presente que estos nuevos teléfonos inteligentes permiten al usuario no sólo la tradicional recepción y envío de correos electrónicos, o las búsquedas en navegadores, sino que también permiten, a modo de ejemplo: (i) el uso de aplicaciones como *Facebook*, *Twitter*, *Whatsapp*, *Line*, *Instagram*, *Google+*; etc, donde no sólo se intercambian mensajes sino también fotos o videos cuyo transporte exige mayor capacidad de red; (ii) permiten la reproducción de contenidos televisivos o videos mediante plataformas como *YouTube*, *Netflix* o desde los propios canales de televisión (por ejemplo, *El Trece TV*, *CNN*, *BBC*, *CBS*, etc); (iii) permiten el *streaming* de contenidos musicales desde plataformas tales como *Spotify*, *Deezer*, *Musicover*, *Grooveshark*, etc., o incluso también desde las mismas emisoras radiales nacionales o internacionales; (iv) permiten la realización de llamadas vía internet, como por ejemplo mediante el nuevo servicio lanzado por *Whatsapp* o incluso mediante su predecesor *Skype*; (v) permiten la incursión en juegos en línea, etc. Las anteriores son sólo algunas de las cambiantes tendencias y necesidades que se van generando en un mercado tan dinámico como lo es el de las telecomunicaciones y el acceso a Internet.

A los efectos de responder a estas cambiantes tendencias, y también en atención a que la capacidad de tráfico de las redes no es infinita, AMX fue adaptando los paquetes de datos con el objeto de asegurar a sus usuarios la posibilidad de utilizar el servicio de internet en forma adecuada y sustentable.

En consecuencia, con anterioridad al 8 de abril de 2015, AMX ofrecía packs de internet con capacidad de 3 GB a máxima velocidad según disponibilidad de red, y una vez consumida esta capacidad, los clientes recibían un SMS en donde se les informaba que habían acabado la capacidad correspondiente a máxima velocidad y, a partir de entonces, accederían a internet a una velocidad menor de 128 kbps. Los consumos posteriores, hasta alcanzar los 5 GB de consumo, eran a una velocidad de 128 kbps, en donde, al llegar a ésta capacidad se reducía la velocidad a 64kbps, todo

ello previa notificación vía SMS. Se destaca que esta condición de menor velocidad se encontraba expresamente dispuesta en la Aceptación de las Condiciones de Activación (en adelante, “ACP”) que los usuarios suscribían junto con la Solicitud de Servicios (SDS) al momento de la contratación del servicio - se adjunta copia de la SDS como Anexo N° 4 y de la ACP como Anexo N° 5 -. Así, en dicho formulario el usuario era informado y consentía expresamente lo siguiente:

“Servicio de alcance nacional sujeto a cobertura 3G de AMX Argentina S.A. y disponibilidad técnica y geográfica. Se aplicará la “Política de Uso Aceptable de Datos” (), mediante la cual la máxima velocidad de navegación que brinde la red será hasta los 3 GB de consumo mensual; alcanzado dicho límite, se reducirá la velocidad a 128 Kbps hasta los 5 Gb de consumo, donde el servicio se restringirá totalmente hasta la renovación del abono”.*

En forma concordante, en la “Política de Uso Aceptable de Datos” - cuya copia se adjunta al presente como Anexo N° 6 -, disponible desde el sitio web de AMX www.claro.com.ar; se expresa que:

La Política tiene por objeto asegurar un uso lícito y responsable del servicio por parte del cliente o usuario (en adelante, el “Cliente”), y evitar prácticas que degraden la disponibilidad del servicio, así como las redes y recursos involucrados en su prestación”.

“El Cliente hará uso del servicio contratado a CLARO (en adelante, el “Servicio” o los “Servicios”) en las condiciones dispuestas en su contrato de servicio y en la presente Política”.

Con posterioridad al 8 de abril de 2015, en atención a los importantes aumentos en el tráfico de datos generados por las nuevas demandas de los usuarios de internet, en miras a asegurar la provisión de un servicio adecuado y sustentable, AMX procedió a modificar su oferta de paquetes de datos. La nueva oferta consiste en packs de 3 GB a máxima velocidad según disponibilidad de red, y una vez consumidos los GB incluidos en el respectivo paquete, los clientes pueden continuar navegando ya sea: (i) recomprando su capacidad inicial; o (ii) navegando por día, abonando el precio correspondiente por el servicio optado. El servicio diario tiene una cuota de 50 MB a máxima velocidad; una vez que el cliente los consume, se reducirá la velocidad de navegación a 128 kbps, y el cliente puede continuar navegando a velocidad reducida. Cuando el usuario está alcanzando entre el 80% y 100% de su consumo, AMX le envía un SMS informándole las condiciones de recompra y navegación por día.

En virtud de todo lo anterior, considerar que son “abusivas” las cláusulas contractuales que habilitan este tipo de modificaciones no sólo es irrazonable, sino que implica desconocer el más básico funcionamiento de la industria de las

telecomunicaciones. En verdad, estos cambios benefician claramente al universo de usuarios y son posibles gracias a las multimillonarias inversiones que AMX realiza.

Con el objetivo de brindar un mejor servicio a nuestros clientes, AMX se encuentra en permanente proceso de mejora y optimización de su red, adoptando entre otras medidas, la variación en la cantidad de MB / GB en los planes, tomando en consideración el uso normal y frecuente de datos móviles de sus clientes.

Como se explicará en detalle en las restantes secciones del presente, AMX no cometió abuso alguno al modificar levemente sus planes de internet con el objeto de responder a las cambiantes tendencias en la demanda, pues la propia SDS –suscripta voluntariamente y consentida por los usuarios- la habilitaba para realizarlo, al tiempo que dicha SDS cuenta con aval regulatorio por haber sido presentada ante el ENACOM (ex CNC) para su registro y verificación, sin haber merecido observación alguna.

Por otro lado, también está claro y se demostrará en el presente que no existió incumplimiento del deber de información, pues la modificación no sólo fue informada: (i) en las facturas que reciben los clientes; (ii) la página Web de AMX; (ii) en distintas publicaciones en diarios (a modo de ejemplo, se acompaña publicación realizada en La Prensa con fecha 26 de septiembre de 2014, con más de 6 meses de anticipación a su efectiva aplicación) y (iii) mediante SMS enviados directamente a los clientes en diciembre de 2014, es decir, con aproximadamente 4 meses de anticipación a su efectiva aplicación.

V.4.- LAS DEFENSAS:

VI.4.1. AMX ajustó su conducta a lo dispuesto por el marco regulatorio de las telecomunicaciones. La SDS que suscriben los clientes de AMX no posee cláusulas abusivas. La SDS ha sido presentada ante la CNC. Es improcedente la declaración de nulidad, invalidez o inexistencia de alguna de las cláusulas de la SDS:

VI.4.1.1.- Síntesis de la regulación aplicable:

Además de los términos de la SDS, y conforme surge de la propia SDS, la relación entre AMX y sus clientes se encuentra regida en forma supletoria por el Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, aprobado por Resolución S.C. N° 490/97 y, a partir del 4 de enero de 2018, por la Resolución 733 - E/2017.

Paralelamente, téngase presente que también resulta de aplicación la Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa al Consumidor y la Resolución N° 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica de la

Nación. Las citadas resoluciones tienen como finalidad vigilar que los contratos de adhesión a los que refieren los Arts. 37 y 38 de la Ley N° 24.240 no contengan cláusulas que puedan considerarse abusivas.

Por otro lado, nótese que de la lectura armónica del Pliego de Bases y Condiciones, la Resolución MEyOSP N° 575/93, el Decreto N° 1461/93, el Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, y la Resolución SC N° 490/97 se desprende que el marco regulatorio de las telecomunicaciones modificaciones como las ocurridas y especifica los parámetros a tener en cuenta a la hora de evaluar las condiciones del servicio. Lo anterior acredita que AMX ha actuado conforme a derecho.

Nótese que se trató de un cambio en el sistema de tarificación pero no en el precio del servicio. Prueba de ello es que conforme surge de las facturas emitidas a la Sra. ZIRALDO, acompañadas como Anexo N° 7, la modificación del denominado internet ilimitado no trajo aparejada un aumento en el costo del servicio de internet. El costo del servicio de Internet fue el mismo antes y después de modificado el sistema de tarificación. En otras palabras, se cambió el sistema de tarificación pero no se incrementó el monto del servicio.

VI.4.1.2.- AMX no violó la Ley de Defensa del Consumidor porque no impuso ninguna cláusula abusiva. La SDS ha sido presentada ante la CNC hoy ENACOM. Es improcedente la declaración de nulidad, invalidez o inexistencia de cualquiera de las cláusulas de la SDS:

Es sumamente relevante destacar que si bien la SDS constituye un contrato de contenido predispuesto - ello por la masividad del servicio involucrado -, cabe tener presente que tal contrato ha sido presentado ante el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM, ex CNC), que es la autoridad de control, conforme lo establece la Resolución SC N° 490/97 que aprueba el Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles (ver Art. 26 del Reglamento) derogada recientemente por la Resolución 733 - E/2017. A este respecto, se recuerda que se acompaña copia de la nota de presentación ante la CNC en el ya referenciado Anexo N° 4 de la SDS vigente en abril del 2015.

La circunstancia de que la solicitud de servicio de AMX ha sido informada a la CNC acredita su licitud. Nótese que la obligación que tiene AMX de presentar ante la CNC los contratos o solicitudes de servicio con sus clientes no constituye una mera formalidad. Por el contrario, mediante dicha información la autoridad de aplicación realiza el control de legalidad de dichos contratos a la luz de la protección de los

derechos de los usuarios y consumidores, que es el fin último de la regulación de las telecomunicaciones, tal como expresamente surge del considerando del Decreto N° 764/00. En dicho considerando expresamente se afirmó:

“Que es rol indelegable del Estado... regular para la competencia y... fundar toda la regulación en el derecho de los usuarios, razón última y legítimamente de todas y cada una de las disposiciones de la reglamentación dispuesta”.

En otras palabras, si el organismo regulador (ENACOM) que tiene la misión fundamental de proteger los derechos de los usuarios no cuestionó el contrato, no pueden los actores ahora cuestionarlo. Esta sola circunstancia determina que sea improcedente la declaración de nulidad, invalidez o inexistencia de cualquiera de las cláusulas de la SDS.

VI.4.2.- AMX no cometió ningún abuso al modificar sus planes de internet. AMX notificó los nuevos paquetes en consonancia con la normativa aplicable, por lo que no incumplió el deber de información:

Los clientes que contratan el servicio de AMX suscriben un documento (Solicitud de Servicios o SDS) donde se detalla en funcionamiento del servicio, todo lo cual se les explica al momento de la activación y, además, toda esa información se halla disponible en el sitio Web de AMX: www.claro.com.ar.

En efecto, en dicha SDS se establecen con suma precisión cuáles serán las normas que regirán la relación entre las partes, así como la aplicación, cumplimiento e interpretación del contrato. Cabe reiterar que la SDS que AMX suscribe con sus clientes ha sido debidamente presentada ante el ENACOM conforme lo establece el Art. 26 del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles aprobado por Res.SC N° 490/97 y actualmente el Art. 30 del Anexo I - Reglamento de Clientes Servicios TIC - de la Res. 733 - E/ 2017 dictada por el Ministerio de Modernización.

Así, la cláusula 3º de la SDS establece que:

*“CLARO prestará el SCM de acuerdo a la normativa vigente. La relación que surja de la presente SDS se regirá por lo establecido en la presente y supletoriamente, por la resolución SC 490/07 cuyo texto podré consultar en la página web de CLARO www.claro.com.ar, sus posteriores modificaciones y normas complementarias y demás normas aplicables en la materia”.*¹¹

¹¹ La negrita es nuestra.

A continuación, el contrato establece que la relación de las partes será regida, supletoriamente, por el Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, aprobado por Resolución S.C. N° 490/97.

Además de las citadas disposiciones complementarias, y si bien el contrato no lo establece en forma expresa, resultan de aplicación la Resolución N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa al Consumidor y la Resolución N° 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica de la Nación. Las citadas resoluciones tienen como finalidad vigilar que los contratos de adhesión a los que refieren los Arts. 37 y 38 de la Ley N° 24.240, no contengan cláusulas que puedan considerarse abusivas, a las cuales hacen referencia en sus correspondientes anexos.

De lo anterior cabe concluir que la relación entre AMX y sus usuarios se rige: (i) en primer lugar por lo establecido en los términos y condiciones contractuales (SDS), que deberán encontrarse desarrollados de conformidad con las disposiciones de las Resoluciones N° 53/2003 y N° 9/2004; (ii) supletoriamente se aplicarán las disposiciones del Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, aprobado por Resolución S.C. N° 490/97; y (iii) la Ley N° 24.240 funcionará como un valladar infranqueable, como garantía de los derechos de los consumidores y usuarios. Por último, el Art. 30 del Anexo I - Reglamento de Clientes Servicios TIC - de la Res. 733 - E/ 2017 dictada por el Ministerio de Modernización prevé que:

"Toda modificación contractual que el prestador propusiere, se deberá notificar al cliente con una antelación no menor a sesenta (60) días corridos previos a su implementación e informarse en su sitio de Internet. Si el cliente no estuviere de acuerdo con la modificación propuesta podrá rescindir el contrato sin cargo, comunicando dicha decisión al prestador. Este derecho a rescindir, sin costo para el cliente, deberá incluirse en la notificación a cursarse al mismo e informarse en el sitio de Internet de cada prestador".

Entonces, la modificación de los paquetes realizada por AMX encuentra legitimación en la previsión contractual que transcribimos a continuación, contenida en la Cláusula 3 de la SDS:

"Tomo conocimiento y acepto que Claro podrá modificar el precio de todos sus productos o servicios comercializados, y demás conceptos actuales y futuros que comprendan los servicios contratados por el Cliente. Claro podrá realizar estas modificaciones de tal manera que la variación del monto total de la facturación promedio de los últimos seis (6) meses no supere en ningún caso, a elección de Claro: (1) la variación mensual o acumulada, durante un período de doce (12) meses, del Índice de Precios al Consumidor (o del índice que lo reemplace) con más un cincuenta por ciento (50%); (2) un incremento del cuatro por ciento (4%) mensual acumulativo, ó (3) la variación del tipo de cambio vendedor, según en BCRA, del Dólar Estadounidense. Asimismo, Claro podrá

*modificar – en la medida que ello no afecte el equilibrio entre las partes – los términos y condiciones de la SDS y de la prestación del SCM, y dejar sin efecto las bonificaciones y descuentos mensuales otorgados al Cliente [...] Claro informará a los Clientes tales circunstancias, por cualquier medio fehaciente, incluyendo la publicación de tales 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. En caso de no aceptar la modificación contractual, el Cliente podrá, dentro del plazo de sesenta (60) días corridos antes indicado, rescindir el acuerdo de servicios sin cargo ni penalidad alguna, debiendo notificar por escrito a Claro su decisión en tal sentido con una anticipación mínima de treinta (30) días a la fecha en que la rescisión tendrá efectos. Dicha rescisión no generará a las partes derecho a reclamo ni compensación alguna”.*¹²

Note V.S. que la cláusula precitada de la SDS expresamente habilita al usuario a rescindir el contrato sin cargo ni penalidad alguna en el supuesto de que no esté de acuerdo con la modificación contractual notificada. Esta circunstancia, por si sola, ya descarta la posibilidad de que pueda existir “*abuso*” por parte de AMX.

A su vez, la precitada cláusula de la SDS respeta lo previsto por la normativa vigente en materia de cláusulas abusivas, en particular lo establecido por la Resolución S.C.T. N° 9/2004 que, en su Anexo II, dispone que en los contratos de consumo que tengan por objeto la prestación de servicios de comunicaciones móviles, serán consideradas abusivas las cláusulas que:

“a) Otorguen al proveedor la facultad de modificar unilateralmente el contrato, excepto en relación con los que se hubieran celebrado por tiempo indeterminado y que, además, reúnan los siguientes requisitos:

I. Los eventuales cambios se hallaren expresamente previstos en el contrato.

II. Los mismos revistan carácter general y no estén referidos a un consumidor en particular.

III. El cambio no altere el objeto del contrato o pudiere importar un desmedro respecto de los servicios comprometidos al momento de contratar.

IV. Se determinen criterios y/o parámetros objetivos dentro de los cuales la modificación pueda producirse y siempre que los mismos no autoricen cambios que afecten el equilibrio en la relación entre las partes.

*V. Se encuentre prevista la notificación del cambio al usuario, con antelación no inferior a SESENTA (60) días de la entrada en vigencia del cambio, y se prevea que el consumidor que no aceptare una modificación contractual tendrá la opción de rescindir sin cargo el contrato”.*¹³

¹² La negrita es nuestra.

¹³ La negrita es nuestra.

V.S. debe tener presente que, en estricto cumplimiento de la SDS suscripta y de la normativa vigente (conf. Art. 4 Ley N° 24.240), en marzo de 2015 AMX reiteró en sus facturas las condiciones de los nuevos planes que regirían a partir del 1º de abril, las cuales habían sido previamente informadas en la web de AMX, en el diario La Prensa y mediante SMS enviados a todos los usuarios. Al efecto, se adjunta las facturas de la Sra. ZIRALDO correspondiente al mes de febrero, marzo y abril de 2015 como Anexo N° 7. Nótese que dentro del recuadro titulado “*Mensajes Importantes*” AMX informó:

*“IMPORTANTE: esta factura contiene información sobre su plan de servicios, que comenzará a regir a partir del 01/04/2015. Por cualquier consulta llámenos sin cargo al *611 desde su celular, o al 0800-123-0611 desde líneas fijas”.*¹⁴

A continuación en la misma factura AMX informó:

*“A partir del 01/04/2015 tu Plan Control 009 tendrá las siguientes condiciones: Abono \$190; Establecimiento de Llamada incluido: \$0,72; Segundo todo destino incluido \$0,024; Cantidad de SMS correspondientes al Plan: 200; Internet Incluido 3 GB; Precio SMS local sin paquete contratado y excedente de paquetes y MMS \$1,00; Internet Móvil Excedente \$3,50 por día Y POR TURBO solicitado. Los precios incluyen IVA e Impuesto Interno; no incluyen cargo ENARD Ley 26573. Más información en www.claro.com.ar”.*¹⁵

Paralelamente, en la factura del mes de abril de 2015 (adjunta en el ya referenciado Anexo N° 7), en el cual comenzaban a regir las nuevas condiciones, AMX informó en el recuerdo señalado como "Mensajes importantes":

*“Te recordamos que a partir de este mes comienzan a regir los nuevos valores de tu plan, comunicados en tu factura. Más información sin cargo al *611 desde tu celular o al 0800-123-0611 desde líneas fijas”*¹⁶.

Adicionalmente, como se adelantara, AMX informó con debida anticipación a sus clientes a través de su página Web y distintas publicaciones. En efecto, se acompaña como Anexo N° 8 copia de la publicación realizada por AMX en el diario la Prensa con fecha 26 de septiembre de 2014, en la cual informó las nuevas condiciones de contratación. Nótese que esta publicación fue realizada con más de 6 meses de anticipación a su efectiva aplicación.

Paralelamente, se adjunta como Anexo N° 9 una planilla Excel que detalla los mensajes informados en diciembre de 2014 en las facturas de los clientes de cada plan, es decir, con aproximadamente 4 meses de anticipación a su efectiva aplicación.

¹⁴ La negrita es nuestra.

¹⁵ La negrita es nuestra.

¹⁶ La negrita es nuestra.

Finalmente, se adjuntan como **Anexo N° 10** y **Anexo N° 11** dos planillas de Excel en las cuales se detallan los SMS enviados al efecto a cada uno de los planes en diciembre de 2014, es decir, con aproximadamente 4 meses de anticipación a su efectiva aplicación.

Todo lo anterior evidencia que no existió abuso por parte de AMX al modificar sus planes de internet con el objeto de responder a las cambiantes tendencias en la demanda y la evolución de la tecnología, pues: (i) todos los cambios de servicios y de tarificación fueron debidamente informados por AMX a sus usuarios con más de 60 días de anticipación y por diversos medios (facturas, SMS, publicaciones en la prensa y en su web); y (ii) la propia SDS - suscripta voluntariamente y consentida por los usuarios - la habilitaba para realizarlo, al tiempo que dicha SDS cuenta con aval regulatorio por haber sido presentada ante la CNC para su registro y verificación, sin haber merecido observación alguna.

VI.4.3.- Es improcedente el reclamo de “restitución de los montos” supuestamente cobrados en forma indebida por AMX. Ausencia de legitimación activa:

Para el hipotético supuesto de que V.S. entienda que AMX ha generado daño a la actora, cuestión que negamos y analizamos como una mera hipótesis, lo cierto es que la Sra. ZIRALDO y UCU carecen de legitimación activa para reclamar el daño patrimonial supuestamente sufrido por los consumidores de la clase que dice representar.

En efecto, el daño supuestamente sufrido por los usuarios de Internet involucrados será, en todo caso, un daño patrimonial individual, lo que determina que la legitimación para reclamarlo también será individual porque dependerá del consumo efectuado.

En efecto, no existe jurídicamente un “*daño patrimonial individual homogéneo*”, pues todo daño patrimonial es, por su naturaleza, “*individual*”, lo que determina por definición que no pueda ser “*homogéneo*”. Nótese que en el caso que nos ocupa, a los efectos de determinar los supuestos daños sería necesario identificar cada usuario con su respectivo paquete inicial de Internet, y luego determinar el supuesto incremento habido en función de la opción de cambio tomada por cada usuario en particular.

En consecuencia, sólo sería procedente el reclamo de restitución formulado por la Sra. ZIRALDO respecto del supuesto daño sufrido por ella, no así el reclamo realizado por ella y UCU en representación de los usuarios que dice representar. En las siguientes secciones del presente se brindan los argumentos que fundamentan esta postura.

VI.4.3.1.- Las acciones dispuestas por los Arts. 52 y 55 de la Ley N° 24.240. Imposibilidad de obtener sendas soluciones individuales como resultado de una única acción colectiva:

Las acciones dispuestas por los Arts. 52 y 55 de la Ley N° 24.040 deben ser distinguidas a fin de interpretar ambas normas de modo armónico.

En este sentido, debe interpretarse que la conjunción de los dos artículos analizados da como resultado la habilitación de dos acciones independientes, a saber: una acción colectiva y una acción individual.

La acción colectiva está orientada a atacar actos que afectan a un universo de individuos, como podría ser por ejemplo la modificación de cierto marco regulatorio. Por otro lado, la acción individual persigue la resolución de un conflicto particular cuya solución es única y requiere del análisis detallado de circunstancias especiales y particulares del caso concreto, tal como la obtención de cierta contraprestación por el daño sufrido, el reintegro de cierta suma cobrada en exceso, o el reintegro por los servicios cobrados y no prestados.

Es evidente que la solución adoptada en una acción colectiva necesariamente debe beneficiar de modo igual a todos los individuos representados, no existiendo criterios de diferenciación entre los mismos debido a que sería virtualmente imposible dictar una única resolución que resolviera individualmente los casos de cada uno de los integrantes del universo en cuestión.

En consecuencia, resulta totalmente lógico que, en el caso de requerirse contemplaciones particulares y específicas respecto de cada integrante, sea necesario interponer una acción individual. En caso de no diferenciarse estas dos acciones, grandes inconsistencias podrían resultar.

Tal como se explicó anteriormente, en esta demanda se persigue la “*restitución de los importes*” supuestamente cobrados en forma indebida por AXM respecto de sus clientes de Internet. Nótese que dichos montos son imposibles de ponderar y analizar adecuada e individualmente en virtud de haber sido reclamados en conjunto e indeterminadamente. Recordamos que para la correcta determinación de dichos daños se requerirá identificar cada usuario con su respectivo paquete de Internet, y luego determinar el supuesto incremento habido en función de la opción de cambio tomada por cada cliente en particular y del consumo efectuado.

Al respecto, la jurisprudencia ha explicado:

“... corresponde hacer lugar al recurso de apelación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y, por lo tanto, admitir la legitimación invocada respecto de los usuarios [...] se admite la demanda interpuesta y se declara la responsabilidad de Edesur S.A. en el hecho recién mencionado. En lo que respecta a los daños y perjuicios que eventualmente pudieron sufrir los usuarios afectados por la interrupción del servicio de energía eléctrica referido, aquellos que se considerasen con derecho, podrán ocurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que estimen pertinente, o que en cada caso se fije de acuerdo con las particularidades que cada uno pudiera presentar”.

La jurisprudencia citada distingue con meridiana claridad la diferencia que señalamos, mostrando que un individuo en particular como la Sra. ZIRALDO, y aún tampoco UCU como asociación de consumidores, no se encuentran legitimadas para formular un reclamo de restitución de sumas, ello debido a que se trata de un daño patrimonial individual y propio de cada supuesto afectado.

VI.4.3.2.- La legitimación prevista en el Art. 43 de la Constitución Nacional es insuficiente cuando se pretende el reintegro de los montos supuestamente cobrados en exceso. Analogía con el fallo Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur S.A. y con el fallo “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina y otros”.

Hemos adelantado un individuo que actúa en representación de otros consumidores no se encuentra legitimado para solicitar el reintegro de los montos supuestamente cobrados indebidamente.

Al respecto, téngase presente que en el caso “*Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur S.A.*”¹⁷ la Defensoría pretendía que se determinara la responsabilidad de Edesur por la interrupción del servicio de energía y que se la condenara por los daños y perjuicios sufridos por los usuarios afectados. En ese contexto la Sala 1º de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal sostuvo que el artículo 43 de la Constitución Nacional no legitimaba a la Defensoría para interponer la acción de amparo colectivo en cuestión con el argumento de que el amparo resultaba ajeno a las pretensiones relacionadas con la responsabilidad contractual y con la indemnización de daños y perjuicios. El mismo argumento vale para los individuos que pretenden representar a otros (como es el caso de la Sra. ZIRALDO, así como también respecto de asociaciones de defensa del consumidor como UCU).

El fundamento de este argumento fue explicado por dicha Cámara del siguiente modo:

¹⁷ C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 16/3/2000, JA 2000-II-235.

“... se trata de un reclamo que tiene por finalidad la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados, que es exclusivo de cada usuario. No estamos en presencia aquí de un derecho de incidencia colectiva con el alcance que se le otorga en el art. 43 CN para legitimar al defensor del pueblo, desde que no se reclama ni el restablecimiento del servicio público ni su eficaz funcionamiento, garantizado en el art. 42 CN a todos los usuarios en general. En efecto, cada uno de los afectados tiene en este caso un derecho subjetivo, individual y exclusivo, y por lo tanto posee legitimación para reclamar el resarcimiento de los daños que ha sufrido; legitimación que no se hubiese podido cuestionar aún antes de la reforma constitucional de 1994, que precisamente tuvo por objeto -en esta materia- asegurar la protección judicial de los derechos difusos o colectivos confiriendo una legitimación especial a los sujetos indicados en el art. 43”¹⁸.

La argumentación de la Cámara recién transcripta es enteramente aplicable al caso que nos ocupa, pues el reintegro de los supuestos cargos adicionales, distintos para cada cliente en particular según sus opciones de consumo, constituye un reclamo que persigue la reparación de un daño individual y propio de cada consumidor, siendo asimismo exclusivo. Al tener cada consumidor un derecho subjetivo, individual y exclusivo, sólo ellos - individualmente - poseen legitimación para reclamar el resarcimiento de los daños que han sufrido.

Asimismo, la Cámara también mencionó que, en las acciones individuales que se iniciaren, la demandada podría alegar especiales circunstancias del caso a fin de identificar correctamente los daños sufridos por cada individuo en particular, pues la Cámara expresó que:

“En lo que respecta a los daños y perjuicios que eventualmente pudieron sufrir los usuarios afectados por la interrupción del servicio de energía eléctrica referido, aquellos que se considerasen con derecho, podrán ocurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que estimen pertinente, o que en cada caso se fije de acuerdo con las particularidades que cada uno pudiera presentar. Como aquí se ha emitido un pronunciamiento en cuanto a la responsabilidad reconocida por la demandada en los hechos que motivaron este juicio, es conveniente aclarar que en esos eventuales juicios que se inicien para probar y determinar los daños y perjuicios de los usuarios afectados por el corte de energía en cuestión, la demandada podrá plantear -en lo que hace a los daños- aspectos propios de cada caso particular, que no hayan sido materia de este pleito”¹⁹.

Más recientemente, en el fallo “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina y otros”²⁰ la Corte Suprema de Justicia de la Nación aclaró estos conceptos explicando:

¹⁸ Énfasis agregado.

¹⁹ Énfasis agregado.

²⁰ CS 566/2012 (48-A), CS 513/2012 (48-A) / RH1, CS 514/2012 (48-A) / RH1. 10/02/2015.

“5º) ... que el conjunto de consumidores afectados abarca a todas las personas físicas y jurídicas que hayan adquirido directa o indirectamente cemento portland de cualquier calidad y en cualquier modalidad de comercialización... 6º) Que la reseña efectuada demuestra que el universo de situaciones y supuestos que la actora pretende abarcar en su demanda resulta excesivamente vasto y heterogéneo y, además, presenta singularidades que impiden resolver la cuestión planteada, únicamente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso. 7º) ... Esta circunstancia [...] impide afirmar que el comportamiento que se imputa a las demandadas haya afectado, de igual forma, a todos los sujetos que integran el colectivo que se pretende representar y, por lo tanto, no permite tener por corroborada, con una certeza mínima, la existencia de efectos comunes que, conforme a la doctrina sentada en ‘Halabi’ (Fallos: 332:111), permitan tener por habilitada la vía intentada. [...] En razón de ello, no es posible en el sub examine corroborar una afectación uniforme que habilite la posibilidad de resolver el planteo de autos mediante un único pronunciamiento. 8º) ... Es evidente que las particularidades propias de cada uno de los contratos suscriptos en el marco de esas relaciones individuales impiden concluir, con un mínimo de certeza, que la conducta cuestionada en el sub examine haya tenido un efecto común sobre todo el colectivo involucrado.”²¹

V.S podrá advertir que el caso que nos ocupa presenta similitudes importantes con el fallo “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina y otros” recién citado. En efecto, en nuestro caso debe considerarse que AMX ofrece una variada cantidad de paquete de Internet, y para la correcta determinación de dichos daños se requerirá identificar cada usuario con su respectivo paquete de Internet, y luego determinar el supuesto incremento habido en función de la opción de cambio tomada por cada cliente en particular y del consumo efectuado. Esta circunstancia da cuenta de que el universo de situaciones que la Sra. ZIRALDO y UCU pretenden abarcar en su demanda resulta “excesivamente vasto y heterogéneo” y “presenta singularidades” que impiden a V.S. resolver la cuestión planteada en un único proceso.

De todo lo anterior se desprende que sólo mediante acciones individuales puede ponderarse correctamente el daño sufrido por cada individuo en particular, lo cual es esencial para la determinación exacta del monto a reintegrar. Por ello la excepción debe prosperar.

VI.4.4.- EL MARCO REGULATORIO DE LA TELEFONÍA MÓVIL PREVÉ LA LIBERTAD DE PRECIOS Y TASACIÓN. AMX OBRÓ DENTRO DE DICHO MARCO DE LEGALIDAD:

Sin perjuicio de lo indicado en la sección de la realidad de los hechos, conforme surge de las facturas de la Sra. ZIRALDO acompañadas, la modificación de los paquetes de Internet no trajo aparejada un aumento en el costo del servicio. El costo del servicio de Internet fue el mismo antes y después de modificado el sistema de tarificación. En

²¹ CS 566/2012 (48-A), CS 513/2012 (48-A) / RH1, CS 514/2012 (48-A) / RH1. 10/02/2015.

otras palabras, cambió el sistema de tarificación pero no cambió el monto del servicio. Para el hipotético supuesto de que V.S. considere que ha existido un incremento en el costo del servicio, en esta sección se explicará que en el marco regulatorio de las telecomunicaciones móviles impera el principio de la libertad de precios y tasación y como antes vimos las SDS permiten la modificación de las tarifas.

La demanda que se contesta ignora el marco regulatorio de la actividad desarrollada por AMX, que está conformado por un bloque de legalidad, según lo referido por la Corte Suprema de Justicia en Fallos: 316:2624 y en el Decreto 764/00. Dicho bloque de legalidad está conformado por diversas normas entre las que se pueden destacar las siguientes:

- (i) Ley N° 19.798 o Ley Nacional de Telecomunicaciones, publicada en el BO de fecha 23 de agosto de 1972 y su modificatoria N° 27.078.
- (ii) Ley N° 23.696 o Ley de Reforma del Estado, publicada en el BO del 23 de agosto de 1989.
- (iii) Ley N° 25.000, publicada en el BO de fecha 27 de julio de 1998 que aprobó el Cuarto Protocolo Anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, adoptado en Ginebra - Confederación Suiza.
- (iv) Decreto N° 731/99, publicado en el BO del 14 de septiembre de 1989, que estableció las pautas básicas para la privatización de ENTEL.
- (v) Decreto N° 62/90, publicado en el BO del 12 de enero de 1990, que dispuso la privatización de ENTEL y aprobó el pliego correspondiente.
- (vi) Decreto N° 1185/90, publicado en el BO del 28 de junio de 1990, que creó la entonces Comisión Nacional de Telecomunicaciones y aprobó el régimen sancionatorio para la actividad.
- (vii) Decreto N° 506/92, publicado en el BO del 26 de marzo de 1992, que aprobó un convenio entre el Estado Nacional y las Licenciatarias de Servicios Básicos y fijó un cronograma llamado a concurso internacional para la operación de Servicio de Telefonía Móvil en todo el país, estableciendo determinadas pautas que deberían observarse en dicho concurso.
- (viii) Decreto N° 663/92, publicado en el BO del 23 de abril de 1992, que aprobó el Concurso Público Internacional para el otorgamiento de licencias para la explotación del Servicio de Telefonía Móvil (STM).
- (ix) Pliego de Bases y Condiciones para el Concurso Público Internacional para el Servicio de Telefonía Móvil aprobado por Resolución MEyOSP N° 755/93 (en adelante, el “Pliego STM”), ratificado a su vez por Decreto N° 1461/93, publicado en el BO del 19 de julio de 1993.

- (x) Reglamento General del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) (en adelante, el “Reglamento PCS”) que fuera aprobado por Resolución SC N° 60/96 y cuyo texto ordenado fuera aprobado por Decreto N° 266/1998, publicado en el BO del 13 de marzo de 1998
- (xi) Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares del Concurso Público Nacional e Internacional para la Adjudicación de Licencias para la Prestación del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) en el AMBA aprobado por Resolución SC N° 60/97, incorporado al Artículo 17 del Decreto N° 92/97 y cuyo texto modificado fuera aprobado por Decreto N° 226/98 (en adelante, el “Pliego PCS”).
- (xii) Resoluciones N° 259/95 y 260/95 de la entonces Secretaría de Obras Públicas y Comunicaciones, y Resoluciones SC N° 3311/99 y SC N° 18.326/99 por medio de las cuales se otorgaron licencias para la explotación de servicios de telecomunicaciones móviles (STM) y servicios de comunicaciones personales (PCS) a compañías de las cuales mi representada es continuadora, en virtud de las pre-adjudicaciones y adjudicaciones que recayeran en los concursos públicos internacionales regidos por el Pliego STM así como por el Reglamento PCS y el Pliego PCS.
- (xiii) Reglamentos aprobados el Decreto N° 764/00, publicado en el BO el 5 de septiembre de 2000, a saber: Reglamento de Licencias de Servicios de Telecomunicaciones (en adelante, el “Reglamento de Licencias”) (Anexo I); (ii) Reglamento Nacional de Interconexión (Anexo II); Reglamento del Servicio Universal (Anexo III); y (iv) Reglamento sobre Administración, Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico (Anexo IV).
- (xiv) Reglamento General de Clientes de Servicios y Comunicaciones Móviles aprobado por la Resolución SC N° 490/97 (en adelante, el “Reglamento de Clientes”) publicada en el BO del 18 de abril de 1997.

Se trata de un bloque de legalidad que ha aprobado un marco regulatorio a partir del cual las prestadoras de los servicios de telefonía móvil como mi mandante cuentan con un margen de libertad en la definición de las pautas bajo las cuales se ofrecen los servicios.

La libertad comercial de las licenciatarias de servicios de comunicación móvil que surge del bloque de legalidad que ha determinado el marco regulatorio de la actividad está directamente relacionada con el régimen de prestación en competencia que la caracteriza.

Dicho régimen de competencia tiene desde 1994 jerarquía constitucional en virtud de lo previsto por el Artículo 42 de la Constitución Nacional. Tal norma constitucional establece, además la libertad de elección como derecho de los usuarios y consumidores.

V.S, debe tener presente que sin libertad comercial no hay posibilidad de competencia ni en consecuencia tampoco existe la posibilidad de elegir, circunstancia que resulta lesiva de un derecho constitucional.

El Decreto 731/89 estipuló en su Artículo 2 que “*la privatización de los servicios básicos telefónicos de la red urbana se llevará a cabo sobre la base de la adjudicación total o parcial de las acciones de DOS (2) sociedades anónimas, a las que se les otorgará licencia para la prestación del servicio telefónico básico en sendas regiones*” y realizó una diferenciación sustancial. Según el Artículo 16, las licenciatarias del servicio de telefonía básica percibirían tarifas bajo la verificación de la autoridad de aplicación, consecuencia lógica de la exclusividad temporal con las que se les otorgaría las licencias (Artículo 10) mientras que no había tal estipulación para los servicios de telefonía móvil. En tal sentido, el Artículo 17 dispuso: “*Los servicios de valor agregado, ampliado, de información, de procesamiento de datos, de telefonía móvil y todo otro servicio no considerado básico en el Pliego de Bases y Condiciones, así como la provisión de equipos terminales, serán prestados o provistos en un régimen de competencia abierta, sin exclusividad ni división de regiones*” (subrayado agregado).

La distinción introducida en el punto inicial del proceso de reforma de las telecomunicaciones se mantendría en lo sucesivo. En tal sentido, el Decreto 62/90 aprobó el Pliego de Bases y Condiciones del Concurso Público Internacional para la privatización de la prestación del servicio público de telecomunicaciones, mediante la venta de acciones de las sociedades anónimas creadas por el Decreto 60/90 en los términos del Decreto 731/89. Dicho pliego incluyó en su Capítulo XII, una regulación detallada de los principios tarifarios que regirían en materia de telefonía básica.

En cambio, las normas reglamentarias y contractuales que regirían los sucesivos que concursos públicos para el otorgamiento de licencias para la explotación de servicios de comunicación móvil en distintas modalidades, contemplarían, todas ellas, el principio de libertad en materia de precios, en consonancia con el principio de que “*la telefonía móvil es una actividad que debe ser prestada en régimen de competencia*” (conforme Decreto 663/92, considerando 4º).

En efecto, la libertad de precios es un aspecto fundamental para una actividad que se presta bajo el régimen de competencia, es decir para una actividad en donde los clientes pueden elegir al proveedor de un determinado servicio entre múltiples compañías. En tal sentido, el precio es un elemento esencial (aunque no exclusivo) que consideran los clientes al momento de elegir a un proveedor de servicios de comunicaciones móvil.

Si no hay libertad de precios no existe la posibilidad de que haya competencia y posibilidad de elección respecto a ese elemento esencial y por ende la actividad deja de ser realizada bajo el régimen de competencia frustrándose así el derecho a la libre elección de proveedores de servicios que el Artículo 42 de la Constitución Nacional le reconoce a los usuarios y consumidores.

Así, el Artículo 12 del Pliego STM (“De los precios y la tasación”) establece en su apartado 12.1 que: “*Los precios correspondientes a los servicios de telefonía móvil serán libres y de exclusiva responsabilidad del licenciatario*” y en su apartado 12.2 dispone que: “*Los precios deberán ser generales y no discriminatorios, debiendo comunicarse los originales y las posteriores modificaciones a la CNT, simultáneamente con su publicación y entrada en vigencia*” (subrayado agregado).

Por su parte, el Artículo 14 del Reglamento PCS (“De los precios y la tasación”) establece en su apartado 14.1 que: “*Los precios correspondientes a los servicios de comunicaciones personales serán libres y de exclusiva responsabilidad del licenciatario*” y en su apartado 14.2 dispone que: “*Los precios deberán ser generales y no discriminatorios, debiendo comunicarse los originales y las posteriores modificaciones a la CNC, simultáneamente con su publicación y entrada en vigencia*” (subrayado agregado).

El Reglamento de Licencias establece en su Artículo 11.1 que: “*Los Prestadores podrán fijar libremente las tarifas y/o precios de los servicios brindados, para categorías objetivas de Clientes, las que deberán aplicarse con carácter no discriminatorio, garantizando la transparencia de los precios que apliquen a cada uno de los servicios que brinden al público.*”

El Reglamento de Licencias ratifica que la competencia es el elemento distintivo en materia de precios y tarifas. De esta forma, tras sentar el principio general de la libertad de precios para todos los prestadores en el Artículo 11.1 antes transcripto, subordina la libertad de precios para los prestadores de los servicios de telefonía básica a que exista competencia efectiva en la prestación de dicho servicio (conforme Artículos 11.5 y 11.6).

En definitiva, la libertad de precios en materia de comunicaciones móviles y su carácter esencial para el desarrollo de una actividad en competencia no es una cuestión controvertida. Corresponde señalar, en tal sentido, lo informado por la CNC en su página Web²² en donde se manifiesta que: “*cabe destacar que las tarifas finales de las comunicaciones móviles, a diferencia de las de telefonía básica, no se*

²² Ver http://www.cnc.gob.ar/ciudadanos/telefonia_movil/index.asp

encuentran reguladas, lo que ha generado un mercado con fuerte competencia de precios.”

Va de suyo que la libertad de las licenciatarias no es absoluta. En tal sentido, como ya se adelantó, el Pliego STM, el Reglamento PCS y el Reglamento de Licencias prevén que ningún precio puede ser discriminatorio.

Por su parte el Reglamento de Clientes al establecer en su Artículo 21 cuáles son las cláusulas de contratación prohibidas incluye aquellas que establezcan: “*a) Tratos discriminatorios respecto de las personas. b) Contradicciones con lo establecido en los pliegos, contratos y normas administrativas que regulen o faculten a los prestadores a la prestación de los servicios. c) Restricciones a la libertad de los clientes de ejercer el derecho de elegir o cambiar de prestador de servicio, como así también limitaciones arbitrarias o discriminatorias que restrinjan la libertad de ingreso o egreso al servicio por parte de los clientes.*” En el mismo sentido el Artículo 22 estipula que “*Será nula de pleno derecho y se tendrá por no escrita, toda cláusula o disposición incluida en los contratos que restrinja, altere o distorsione la plena vigencia de una efectiva y libre competencia en la prestación de los Servicios de Comunicaciones Móviles (SCM).*”

En esa inteligencia y a partir de una interpretación armónica con el bloque de legalidad que constituye el marco regulatorio de la actividad y con el principio de razonabilidad constitucional (Artículos 28 y 99, inciso 1º de la Constitución Nacional) es que debe considerarse el Artículo 34 (“LIBERTAD DE PRECIOS”) del Reglamento de Clientes que estipula que: “*Los precios, cargos de activación y prestaciones adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el presente Reglamento serán libres y de exclusiva responsabilidad del prestador. La Autoridad Regulatoria podrá por razones de interés público debidamente justificadas establecer excepcionalmente algún tipo de restricción o disponer alguna autorización previa.*”

En conclusión, la libertad de precios y tasación, es en primer lugar, elemento esencial del régimen de competencia con el que debe desarrollarse la actividad según los Decretos 731/89, 1461/93, 266/98 y 764/00, entre otras normas. Dicha situación de actividad en competencia permite que los usuarios y consumidores ejerzan su derecho constitucional a la libertad de elección. El ejercicio de tal derecho se ve frustrado en caso de que no exista libertad de precios ya que de esa forma no existe competencia ni tampoco alternativas distintas entre las cuales se pueda ejercer esa posibilidad de libre elección.

La libertad de precios y tasación está garantizada por pliegos y reglamentos aprobados por diversos decretos emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional e integra la esfera de derechos contractuales de las licenciatarias en virtud de los pliegos que rigieron los concursos públicos en el marco del cual se otorgaron las licencias, así como de las propias licencias otorgadas.

Todo este marco normativo, sumado a las cláusulas contractuales previstas en las SDS, demuestra que AMX no incurrió en ningún acto ilícito. Los cambios tarifarios están previstos en las SDS, autorizados por la normativa vigente y fueron informados con 60 días de anticipación a los clientes. Ello demuestra que la actuación de AMX es absolutamente lícita.

VI.4.5.- Es improcedente la aplicación a AMX de una multa punitiva. La falta de legitimación activa para reclamar la multa civil. La inconstitucionalidad de la multa civil.

VI.4.5.1.- El reclamo:

En el objeto de su demanda las coautoras solicita que se aplique a mi mandante la multa prevista en el art. 52 bis de la ley 24.240.

VI.4.5.2.- La actora carece de legitimación para reclamar la multa civil en representación de los consumidores que dice representar:

La improcedencia de este reclamo se debe a que, conforme surge del Art. 52 bis de la Ley N° 24.240, tal norma sólo autoriza al “*damnificado*” a solicitar la aplicación de la multa civil, por lo que la Sra. ZIRALDO sólo estaría habilitada para reclamar la multa civil en lo que a su persona respecta y no en representación de otros usuarios. Nótese que el Art. 52 de la ley habilita para ciertos casos la legitimación de las asociaciones de consumidores autorizadas, pero el Art. 52 bis habilita la legitimación para solicitar la multa civil sólo al damnificado. Lo anterior determina que en autos sólo sería procedente este reclamo respecto del supuesto daño sufrido por la Sra. ZIRALDO, ya que sería la supuesta damnificada quien lo estaría reclamando para sí.

En este orden de ideas, el reclamo de la multa civil no puede ser asimilado a un interés difuso o general de la comunidad, ni puede entenderse que se trata de un derecho de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos. Muy por el contrario, se trata de intereses económicos claramente diferenciados y personales, pertenecientes a cada cliente del servicio que presta AMX.

El Art. 52 bis es claro al respecto y no estamos frente a un olvido del legislador. La gravedad de la multa civil determina que la misma sólo puede ser dispuesta por un Juez y a requerimiento del afectado.

La Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia se dictan y la propia Corte Suprema de Justicia establecen ciertos límites a la legitimación de las asociaciones en juicio. La reforma constitucional de 1994 de ningún modo ha pretendido reemplazar a los particulares en la defensa de sus derechos patrimoniales, y tampoco ha sido ése el espíritu de la reforma introducida por la Ley N° 26.361.

Por lo expuesto, en el hipotético caso de que V.S. entienda que la demanda resulta procedente, que AMX ha causado daño a los consumidores de la Ciudad de Córdoba y que la multa civil es constitucional y procedente en estas actuaciones, todo lo cual negamos y analizamos como una mera hipótesis, solicitamos que se disponga que la Sra. ZIRALDO sólo posee legitimación para reclamar la multa civil en lo que respecta a sus intereses, pero no respecto de los intereses de terceros, y que ninguna asociación de consumidores ni el defensor del pueblo poseen legitimación para solicitar dicha multa a favor de supuestos usuarios damnificados debido a que el propio Art. 52 bis de la Ley N° 24.240 habilita exclusivamente al damnificado a reclamar tal multa.

VI.4.5.3.- La aplicación de la multa civil al caso que nos ocupa no es procedente:

Explicamos en la sección precedente que la actora no posee legitimación para solicitar la aplicación de una multa civil en representación de otros usuarios.

Sin perjuicio de lo anterior, y en lo que respecta exclusivamente a los intereses de la Sra. ZIRALDO en su carácter de supuesta damnificada, es evidente que no estamos frente a una violación de la Ley de Defensa del Consumidor que amerite la aplicación de una multa civil, pues no se acreditó la modificación abusiva de ninguna cláusula contractual por parte de AMX.

En tal sentido, resulta esencial analizar el precedente citado por las propias autoras²³, señalando previamente que el mismo no se encuentra firme por haberse interpuesto un recurso ante el Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, el cual por el momento no se ha expedido.

En el mencionado fallo la Cámara explica que "*La cuestión no debe analizarse aisladamente, sino de manera integral y tomando especialmente en cuenta la actitud asumida por la empresa demandada, tanto de manera extrajudicial como en el*

²³ "Gallardo Quevedo, Jesica Paola c/ Movistar de Telefónica Móviles Argentina S.A. Ordinario - Cobro de Pesos - Recurso de Apelación" (Expte. 2308812/36), Sala Sexta de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, 9 de marzo de 2017.

*proceso, bajo las directrices y principios sentados por la ley de defensa al consumidor al caso y conforme los paradigmas exegéticos que esta Cámara viene sosteniendo..."*²⁴ y continua diciendo que "se ha sostenido en doctrina que dichas indemnizaciones o daños punitivos solo proceden en supuestos de particular gravedad o en casos excepcionales"²⁵, lo que conforma la existencia de un presupuesto objetivo y otro subjetivo.

Para que concurra el presupuesto objetivo, la Cámara, citando a los Dres. Cornet, Manuel y Rubio, Gabriel Alejandro²⁶, indica que deben darse los siguientes elementos: a) La existencia de una víctima del daño; b) la finalidad de sancionar graves inconductas; y c) la prevención de hechos similares para el futuro. Dichos elementos hacen al presupuesto objetivo del daño punitivo, y demuestra la existencia de una prestación defectuosa de un servicio y la intencionalidad por parte del proveedor de ese servicio, orientada a ofrecer de forma defectuosa el servicio con miras a obtener un provecho económico, lo que desde ya sobre los antecedentes mencionados en los capítulos precedentes, AMX en ningún momento incurrió en dicha conducta ni tuvo tales intenciones.

Sobre el presupuesto subjetivo del daño punitivo, la Cámara indica que el mismo "... *se identifica con una negligencia grosera, temeraria, con una conducta cercana a la malicia...*"²⁷ y agrega "... nuestro Alto Cuerpo ... resolvó confirmar la sentencia de Cámara haciendo eco de la doctrina mayoritaria, que ha propugnado una interpretación sistemática de la norma contenida en el art. 52 bis, LDC requiriendo en su mérito un plus para la procedencia de la multa civil, cual es una conducta deliberada que denote negligencia grave o dolo ..."²⁸.

Del fallo citado, resulta claro que para que se configure el daño punitivo deben concurrir conjuntamente dos presupuestos, uno objetivo y otro subjetivo y en tal sentido la Cámara concluye que "*La doctrina sostiene que no basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor sino que hace falta algo más: el elemento subjetivo que consistiría en un menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa grave*".

De las constancias obrantes en autos, de ninguna manera puede concluirse que se encuentra configurado el presupuesto subjetivo. La conducta que ha tenido AMX

²⁴ El resaltado y subrayado me pertenece

²⁵ El resaltado y subrayado me pertenece

²⁶ "Daño Punitivos", Anuario Derecho Civil, T. III, p. 32, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba, Ediciones Alveroni, Córdoba, Año 1997.

²⁷ El subrayado me pertenece

²⁸ El subrayado me pertenece

para proceder a modificar el régimen de tarificación del servicio de Internet móviles ajusta a derecho y en tal sentido, se han mencionado los procedimientos administrativos realizados por AMX frente a la autoridad de control con el fin de lograr la aprobación para modificar las tarifas del servicio, lo que, como ya se ha dicho se debe al cambio que se ha producido sobre el consumo de datos por parte de los usuarios. Asimismo, corresponde mencionar, como ya se ha explicado, que AMX ha cumplido en notificar dicho cambio a sus usuarios, dando cumplimiento a las exigencias de la normativa que regula la forma de notificar a los usuarios y con ello a lo establecido en la Ley de Defensa del Consumidor (Nº 24.240) en lo que respecta al consentimiento informado del que debe nutrirse al usuario, todo lo cual en el antecedente jurisprudencial citado por las coautoras, la empresa MOVISTAR DE TELEFONICA MOVILES ARGENTINA S.A. no dio cumplimiento.

En virtud de todo lo expuesto, solicitamos que V.S. disponga en su oportunidad, que resulta improcedente la aplicación a AMX de la multa civil dispuesta por el Art. 52 bis de la Ley Nº 24.240 y sus modificatorias.

VI.4.5.4.- Las estimaciones del monto de la multa civil que pretende la actora son caprichosas y desorbitantes:

Expresamos que las actoras no poseen legitimación para solicitar la aplicación de una multa civil en representación de otros damnificados; también explicamos que, exclusivamente respecto de los intereses de la Sra. ZIRLADO, tampoco corresponde la aplicación de una multa civil a AMX porque no se ha registrado ningún accionar ilegal de su parte.

Por lo tanto, es evidente que una multa civil que ascienda a \$5.000.000 (suma solicitada por la Sra. ZIRLADO en su demanda), resulta a todos luces improcedente, ello al margen de lo caprichosas que resultan ambas estimaciones.

VI.4.5.5.- El instituto de la multa civil dispuesta por el Art. 52 bis de la Ley Nº 24.240 es constitucional. Con base en estos mismos argumentos, es claro que es completamente improcedente la declaración de constitucionalidad que pretende la Sra. ZIRALDO respecto del tope máximo establecido por la Ley 26.361.

A todo evento, denunciamos como defensa de fondo la constitucionalidad del Art. 52 bis de la Ley Nº 24.240. A estos efectos, recordamos que el Artículo 52 bis de la Ley Nº 24.240 dispone:

“Artículo 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. 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”.

Conforme surge del texto transcripto, esta norma autoriza a los jueces, a instancias del damnificado, a aplicar multas civiles al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Es decir, la multa que puede aplicarse a un proveedor en beneficio de un consumidor puede superar ampliamente el monto del daño causado y alcanzar los cinco millones de pesos. Téngase presente, además, que la norma cuestionada no establece límite alguno para la procedencia de la multa civil. El único límite legal se refiere a la graduación de la multa pero no a la procedencia de la misma. Ello determina que la misma puede aplicarse discrecionalmente aún en el caso de infracciones nimias o que causan perjuicios insignificantes.

Lo anterior determina que el instituto de los daños punitivos implementado por el Artículo 52 bis de la Ley N° 24.240 es contrario al sistema de reparaciones que se funda en los Artículos 17 y 19 de la Constitución Nacional y es violatorio del derecho de defensa en juicio amparado por el Artículo 18 del mismo cuerpo legal.

En lo que respecta a la violación al sistema de reparaciones que se deriva del Artículo 19 Constitución Nacional, cabe recordar que en el caso *Aquino*²⁹ la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que:

“... el art. 19 CN establece el ‘principio general’ que ‘prohibe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero’: alterum non laedere, que se encuentra ‘entrañablemente vinculado a la idea de reparación’ [...] indemnizar es [...] eximir de todo daño y perjuicio mediante un cabal resarcimiento [...]. Y las reparaciones, como el término lo indica, consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial”³⁰.

Buena parte de la doctrina nacional avala esta interpretación de los términos “daño” y “reparación”. El maestro Llambías ofrece una definición de la obligación civil de reparar según la cual la reparación no puede ser nunca superior al daño porque eso implicaría un enriquecimiento sin causa. En palabras del autor:

²⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, Considerando 3º, voto de la mayoría

³⁰ La negrita nos pertenece.

“Si el incumplimiento de la obligación no se traduce en un perjuicio para el acreedor, éste no puede pretender la indemnización de un daño inexistente: habría en ello un enriquecimiento sin causa”³¹.

“...la indemnización tiene carácter resarcitorio y no punitorio. No se trata de castigar al responsable sino de enjugar el detrimiento soportado por el damnificado”³².

También Bustamante Alsina se pronuncia en este sentido:

“... uno de los principios más firmes del derecho continental europeo, seguido muy de cerca en la Argentina, es que debe resarcirse sólo el daño sufrido, de modo tal que la indemnización no se convierta en un enriquecimiento del dañado...”³³.

Si tomamos la definición que ofrecen los autores citados, que es consistente con el alcance que la Corte Suprema de Justicia de la Nación otorga al instituto de la indemnización de un daño, la multa civil establecida en el Artículo 52 bis de la Ley Nº 24.240 resulta inconstitucional.

En primer lugar, dicha multa civil excede los alcances que se derivan del concepto de reparación ínsito en el Art. 19 de la Constitución Nacional según la interpretación de la Corte Suprema de la Nación en el fallo antes citado.

En segundo lugar, la multa civil resulta violatoria del Art. 17 de la Constitución Nacional que establece que la propiedad es inviolable. La protección constitucional de la propiedad exige que la reglamentación de este derecho no sirva a fines privados, como sucede con la multa civil prevista en el Art. 52 bis de la Ley Nº 24.240. Desde los albores del constitucionalismo la Corte Suprema Norteamericana estableció que cualquier disposición que “quite la propiedad de A para dársela a B” debe ser declarada inconstitucional³⁴.

La sola circunstancia de que la multa civil implique una transferencia de la propiedad de un particular - el prestador del servicio - a favor de otro particular -el consumidor- con el solo propósito de sancionar al primero restringe la inviolabilidad de la propiedad privada. Esto es así porque dicha transferencia no tiene por propósito reparar el daño causado ni promover un interés público, sino que se limita a beneficiar el interés privado de cierta persona. La reglamentación del derecho de propiedad debe tener por propósito la promoción de un interés público y no beneficiar a un particular a costa de otro con fines sancionatorios. Máxime, cuando la protección

³¹ Llambías, Jorge Joaquín; “Tratado de Derecho Civil”; Obligaciones; Tomo I; Capítulo IX; 3^a Edición.; pág 285.

³² Llambías, Jorge Joaquín; “Tratado de Derecho Civil”; Obligaciones; Tomo I; Capítulo IX; 3^a Edición.; pág 302.

³³ Bustamante Alsina, Jorge; “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”; LL- 1994-B-860

³⁴ “Calder v. Bull” U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

del orden público comercial está asegurado por la Ley de Defensa del Consumidor mediante las sanciones previstas para las infracciones tipificadas.

En otras palabras, el instituto de la multa civil dispuesto por el Art. 52 bis de la Ley N° 24.240 excede indebidamente los alcances que el derecho de propiedad otorga al deber de reparar el daño causado, ello debido a que no tiene carácter compensatorio sino punitorio y no requiere proporcionalidad con el daño efectivamente causado. Ello genera un enriquecimiento sin causa del consumidor que afecta la inviolabilidad de la propiedad y el principio de razonabilidad.

En virtud de lo expuesto, es evidente que la multa civil dispuesta por el Art. 52 bis de la Ley N 24.240 es inconstitucional por ser incompatible con la interpretación del Art. 19 de la Constitución Nacional a la que suscribe la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el Art. 17 de la Constitución Nacional en cuanto protege el derecho de propiedad y con el principio de legalidad (Art. 18 C.N.), todo lo cual solicitamos sea oportunamente declarado por V.S. en el hipotético supuesto de que considere, por un lado, que la demanda es procedente y, por el otro, que mi mandante ha causado daño a los consumidores.

VI.4.6.- El reclamo por daño moral es improcedente. A todo evento, la actora no posee legitimación para reclamar por “*daño moral individual homogéneo*” debido a que el daño moral no es susceptible de ser reclamado en forma colectiva:

VI.4.6.1.- El reclamo:

En su demanda, la actora menciona que:

“Es público y evidente, el daño moral que he sufrido y están sufriendo los miembros de la clase [...] Es indudable que las contingencias toleradas por la compareciente me dan derecho a percibir la indemnización, excedieron el concepto de mera molestia o incomodidad. El daño moral merece una reparación, en la medida que se lesionan los bienes máspreciados de la persona humana, al alterar el equilibrio de espíritu, la paz, la tranquilidad, la privacidad. La demandada me ha sometido a situaciones vejatorias, abusivas y agraviantes, y con ello ha alterado mi tranquilidad de espíritu. Por lo expuesto solicito por este rubro en la suma de pesos treinta mil (\$30.000) para la compareciente y de los miembros de la clase... ”.

De lo anterior se desprende que la Sra. ZIRALDO se encuentra reclamando en concepto de daño moral no sólo para sí, sino además en representación de toda la clase.

VI.4.6.2.- No procede el reclamo de daño moral, pues el mismo debe aplicarse con criterio restrictivo en los casos de un alegado incumplimiento contractual:

En esta sección nos expediremos respecto del daño moral supuestamente sufrido por la Sra. ZIRLADO exclusivamente.

Sentado lo anterior, debe ser tenido en cuenta por V.S. que la procedencia del reclamo del daño moral debe aplicarse con criterio restrictivo. Esto es así porque no cualquier perturbación del ánimo justifica que debe ser compensada. En efecto, la molestia misma que puede generar cierta la inejecución de las obligaciones por parte de la contraparte no legitima sin más el reclamo por daño moral.

En este orden de ideas, para que el reclamo por daño moral sea procedente el menoscabo debe tener una repercusión espiritual y no debe limitarse a la mera privación transitoria de bienes materiales. En otras palabras, el desmedro extra-patrimonial al que se refiere el daño moral no es equiparable a la mera molestia que genera el supuesto incumplimiento de una relación contractual. Además, si bien los incumplimientos contractuales son una vicisitud no deseable, lo cierto es que son de todas formas propios de una relación negocial.

En el caso concreto, es claro que no existió daño moral, pues un cambio tarifario (autorizado por la SDS que suscriben los clientes con AMX y preavisado con la debida antelación), no tiene la potencialidad de dañar el espíritu, máxime si se tiene presente que el marco regulatorio avala la libertad de precios y tasación.

En consecuencia, en nuestro caso la indemnización por daño moral que se reclama sólo constituiría una forma de engrosar la compensación por daño patrimonial, cuestión que desnaturaliza el instituto del daño moral y que es claramente improcedente.

A este respecto, la jurisprudencia ha sostenido:

“En materia contractual -como en cualquier otra- el otorgamiento de la indemnización en análisis debe ser presidido por un criterio prudencial ya que no cualquier perturbación del ánimo basta para configurar una alteración de la tranquilidad del espíritu en grado de justificar su reparación. De tal modo, las molestias propias que debe afrontar todo contratante frente a la inejecución de las obligaciones de la otra parte no legitiman, sin más y a falta de prueba específica, el reclamo por daño moral. Ello así porque el resarcimiento del daño moral se vincula con la lesión de los derechos sin contenido económico que son primordiales para todo ser humano y no a cualquier inconveniente o perturbación secundaria que son prácticamente inevitables en quien se ve afectado por anormalidades en el desenvolvimiento de una relación contractual. Y es que para que proceda el resarcimiento es menester que el menoscabo tenga verdadera repercusión espiritual y que no se traduzca sólo en la mera privación transitoria de bienes materiales, habida cuenta de que la indemnización del daño moral no constituye un modo genérico de engrosar la reparación del detrimiento económico”

(conf. Esta sala, causas: 1247 del 14/5/1982; 2166 del 18/5/1984; 5889/93 del 11/2/1997; 1264/94 del 15/7/1998, etc.).³⁵

“... no todo incumplimiento contractual conlleva un daño moral resarcible; es preciso que la afección íntima trascienda lo que puedan ser incertidumbres, molestias y frustraciones propias de los negocios y su existencia debe aparecer clara y apreciarse con criterio restringido.”³⁶

“Las molestias derivadas de un incumplimiento contractual no son suficientes para hacer viable el reclamo por daño moral. Y ello es así, pues la noción de daño moral se halla vinculada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión de sentimientos personales en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica del damnificado, que no son equiparables o asimilables a las meras molestias o inquietudes que genera el incumplimiento de una relación contractual, que por otra parte constituye una vicisitud no deseable, pero, propia de una contingencia negocial. De lo contrario podría llegar al absurdo de estimar que toda interpretación contradictoria o conducta objetable en el ejercicio de los derechos o cumplimientos de las obligaciones contractuales, sería apta para generar un daño moral.”³⁷

“En el ámbito contractual, no cualquier daño moral origina la responsabilidad del autor del hecho, sino un verdadero agravio. Por ello, siendo excepcional, corresponde al actor la prueba de que verdaderamente hubo daño moral (Conf. Borda, Guillermo, “La Reforma del Código Civil-Responsabilidad Contractual”, ED, 29-763); en otras palabras, es necesaria la acreditación de la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o de la tranquilidad anímica, que no puede confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos y de los negocios (Conf. Huberman, Carlos, “El daño moral en la responsabilidad contractual”, LL, 149-522). [...] El art. 522 del CCiv. deja librado a criterio del juez en caso de incumplimiento contractual, la posibilidad de condenar a la reparación del agravio moral, según la índole del hecho generador y las circunstancias del caso. Es cierto -y de allí el carácter restrictivo de su aplicación- que esa facultad no puede ser ejercida en forma caprichosa o arbitraria, sino que debe otorgarse la reparación, cuando por el incumplimiento contractual aparece configurada una lesión de cierta importancia a los sentimientos de la víctima, o cuando es violado alguno de los derechos que protegen como bien jurídico a los atributos de la personalidad del hombre como tal, o cuando hay una lesión cierta a un interés no patrimonial reconocido a la víctima por el ordenamiento jurídico. En la especie, no es dudoso concluir que el incumplimiento contractual en que incurrió el demandado produjo un detimento espiritual que resulta evidente [...] por las expectativas que se vieron frustradas” (Conf. CNCivil, Sala C, 31/8/99, elDial - AA21C).”³⁸

³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, RUIZ SUSANA LUCRECIA Y OTRO v. BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA s/INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. CAUSA N. 16096/96., 19/09/2000. La negrita es nuestra.

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, Ferrer, Néstor R. v. Polmet S.A., 28/04/1993. La negrita es nuestra.

³⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala I, LÓPEZ DE DI SALVO, JUSTINA M. v. GERARCAR S.R.L. s/RESOLUCIÓN DE CONTRATO, 12/09/1995. La negrita es nuestra.

³⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, Gómez Cabral, Mariza G. v. Irusta, Gustavo D., 14/02/2011. La negrita es nuestra.

De la jurisprudencia recién transcripta se desprende que en el caso de autos no se ha acreditado la existencia de un desmedro extrapatrimonial en perjuicio de la Sra. ZIRLADO que merezca ser compensado en concepto de daño moral.

Paralelamente, la ausencia de acreditación del supuesto daño moral de la Sra. ZIRLADO causa que la estimación de dicho daño en la suma de \$30.000 sea a todas luces caprichosa y desproporcionada.

Por todos estos motivos, el reclamo en concepto de dalo moral debe ser rechazado.

VI.4.6.3.- Las actoras no poseen legitimación para reclamar por daño moral supuestamente sufrido por los usuarios que dice representar. El daño moral no es susceptible de ser reclamado en forma colectiva:

Las actoras persigue reclamar el daño moral supuestamente sufrido por “*todos los miembros de la clase*”.

Ahora bien, ya hemos indicado que los clientes de AMX no han sufrido daño moral alguno, pues un cambio tarifario autorizado por la SDS, preavisado con la debida antelación y avalado por el marco regulatorio no tiene la potencialidad de generar daño moral.

Sin perjuicio de lo anterior, y en subsidio, para el hipotético supuesto de que se interprete que los clientes que conforman la clase sufrieron daño moral a pesar de la ausencia de prueba al respecto, V.S. debe tener presente que el daño moral, por su propia naturaleza, es un daño “*individual*” que no puede ser reclamado en forma colectiva (ello al margen de que la actora tampoco goza de legitimación para representar a otros usuarios en ningún aspecto). Esto es así porque no es viable ni válido intentar trasladar una valoración de tipo individual a la órbita colectiva. Esto determina que la actora no posee legitimación para reclamar por “*daño moral individual homogéneo*”.

A este respecto, la jurisprudencia ha sostenido:

“*El daño moral o daño espiritual debe ser fijado, en el caso, individualmente para cada una de las actoras. Ello es así porque el dolor moral es intransferible y las personas pueden ser afectadas con distinta intensidad.*”³⁹

“*Con esto quiero decir que no sería posible admitir el daño moral colectivo ... sería más que forzado intentar trasladar las afecciones sufridas en el fuero íntimo, por cada una de las personas*

³⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Concepción, SEGURO, FERNANDO GERARDO v. ÁVILA, SEGUNDO JOSÉ Y/O. s/DAÑOS Y PERJUICIOS 08/09/2000

*integrantes de la comunidad del barrio de Flores a un daño de carácter colectivo, situación que debería poder extraerse del razonable devenir del expediente. Superaría el marco de cualquier fundamento jurídico intentar llevar a cabo una valoración de tipo individual a la órbita colectiva, por lo que entiendo en este sentido que la defensora del pueblo de la Ciudad de Buenos Aires no se encuentra legitimada para solicitar el daño pretendido, por carecer además su pretensión de todo asidero técnico-jurídico.*⁴⁰

Con fundamento en la jurisprudencia recién transcripta, corresponde rechazar el planteo de resarcimiento de daño moral individual homogéneo realizado por la Sra. KELLER en pretendida representación de los miembros de la clase.

VII.- PRUEBA:

VII.1.- PRUEBA DOCUMENTAL:

Se acompaña como prueba documental la siguiente:

Anexo N° 1: Copia del Estatuto Social de AMX.

Anexo N° 2: Copia de la demanda y cédula recibida en el marco de los autos “KELLER REQUENA MARÍA CELESTE C/ AMX ARGENTINA S.A. – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. N° 595.227/36), de trámite ante el Tribunal de Primera Instancia, Cuadragésima octava Circunscripción, en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.

Anexo N° 3: Copia de la cédula de notificación de la medida cautelar recibida en el marco de los autos “ASOCIACIÓN CONSUMIDORES DEL NOA VS. AMX ARGENTINA S.A. S/ SUMARÍSIMO (RESIDUAL)” (Expte. N° 112/16), de trámite ante el Juzgado Civil en Documentos y Locaciones, Sexta Nominación, de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán.

Anexo N° 4: Copia de la SDS y de la carta de presentación de la misma ante el ENACOM (ex CNC) con fecha 27 de noviembre de 2014. Copia de la carta del 19 de noviembre de 2015 que ratifica la vigencia de la SDS de noviembre de 2014.

Anexo N° 5: Copia del Formulario de Aceptación de las Condiciones de Activación.

Anexo N° 6: Copia de la “Política de Uso Aceptable de Datos”.

Anexo N° 7: Copia de las facturas de la Sra. ZIRALDO del mes de marzo y abril de 2015.

⁴⁰ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros, 14/08/2008. La negrita es nuestra.

Anexo N° 8: Copia de la publicación realizada por AMX en el diario La Prensa con fecha 26 de septiembre de 2014.

Anexo N° 9: Copia de una planilla Excel que detalla los mensajes informados en diciembre de 2014 en las facturas de los clientes de cada plan.

Anexo N° 10 y Anexo N° 11: dos planillas de Excel en las cuales se detallan los SMS enviados al efecto a cada uno de los planes en diciembre de 2014.

VII.2.- INFORMATIVA:

VII.2.1.- Para el hipotético caso de que la contraria rechace la autenticidad de la prueba documental ofrecida, solicito:

- (i) Se libre oficio al Ente Nacional de Comunicaciones (ex CNC) a fin de que:
 - a) Remita copia de las SDS presentadas por AMX ante dicho organismo desde el año 2014 hasta la actualidad.
 - b) Indique si mediante la Nota CNC AEF N° 43/2015, TRICNCAEF N° 17/2015 y la Nota CNC GC N° 278/2015, TRICNCAEF N° 17/2015 dicha autoridad se encuentra requiriendo información a AMX relativa a las nuevas condiciones comerciales implementadas con vigencia a partir del mes de abril de 2015.
 - c) Informe las actuaciones administrativas en curso respecto de AMX Argentina S.A. con motivo de las nuevas condiciones comerciales implementadas a partir del mes de abril de 2015.

VII.2.2.- A los fines de acreditar la litispendencia denunciada, solicito se libre oficio al:

- (i) “KELLER REQUENA MARÍA CELESTE C/ AMX ARGENTINA S.A. – ORDINARIO – DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. N° 595.227/36), de trámite ante el Tribunal de Primera Instancia, Cuadragésima octava Circunscripción, en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba.
- (ii) Juzgado Civil Común, Séptima Nominación de San Miguel de Tucumán, Provincia de Tucumán, a fin de que acompañe copia de la medida cautelar interpuesta en los autos “ASOCIACIÓN CONSUMIDORES DEL NOA VS. AMX ARGENTINA S.A. S/ SUMARÍSIMO (RESIDUAL)” (Expte. N° 112/16).

VII.2.3.- Para el supuesto de que se desconozca la autenticidad de la nota publicada en el diario La Prensa, solicito se libre oficio a La Prensa, al domicilio que oportunamente

se denunciará, a fin de que acompañe copia de la publicación realizada por AMX en su edición del 26 de septiembre de 2014.

VII.3.- PRUEBA PERICIAL INFORMÁTICA Y EN INGENIERÍA EN TELECOMUNICACIONES:

VII.3.1.- Solicito se designe Perito Consultor en Informática y Perito Ingeniero en Telecomunicaciones a los efectos de que se expidan en forma conjunta sobre los siguientes puntos de pericia:

1. Informe sobre la evolución del tráfico de transmisión de datos y acceso a Internet en los servicios de telefonía móvil que presta AMX desde el año 2010 a la fecha discriminado por año.
2. Informe en términos porcentuales el crecimiento de tráfico de transmisión de datos y acceso a Internet en los servicios de telefonía móvil que presta AMX desde el año 2010 a la fecha discriminado por año.
3. Informe la cantidad de teléfonos móviles inteligentes que permiten acceder a transferencia de datos e internet vendidos por AMX en los últimos tres años.
4. Informe la cantidad de GB necesarios para conectarse durante una hora a las páginas Web de Facebook, a Twitter, YouTube y Google+ mediante un teléfono móvil.
5. Informe las inversiones realizadas por AMX en su red de telefonía móvil para satisfacer la demanda de transmisión de datos y acceso a internet que brinda a sus clientes desde el año 2011.
6. Mediante un sistema de muestreo informe la evolución del consumo de transmisión de datos y acceso a internet de veinte clientes de AMX desde el año 2011 a la fecha.
7. Informe sobre la línea cuya titularidad es de la Sra. ZIRALDO, especificando la utilización que tenía esa línea en cuanto a la transmisión de datos se refiere, desde abril de 2014 hasta abril de 2016, especificando si durante ese lapso de tiempo dicha línea sufrió alguna alteración en cuanto al consumo de datos.
8. Informe las velocidades y capacidad de transmisión de datos brindado por el servicio denominado “internet ilimitado” brindado por AMX y las velocidades y capacidad de transmisión de datos de los planes que lo substituyeron.

Solicitamos una pericia conjunta en virtud de la complejidad técnica de la misma. Para el supuesto que V.S. considere una pericia de estas características improcedentes solicitamos que la misma sea practicada exclusivamente por un perito ingeniero en telecomunicaciones.

VII.3.2.- Designamos como Consultor Técnico de parte a Fernanda Jandula Torres.

VIII.- CASO FEDERAL:

Para el improbable caso de que V.S. no haga lugar a lo solicitado por mi parte con relación a las excepciones opuestas y al rechazo de la demanda por los motivos aquí expuestos, y con relación a la aplicación de la multa civil solicitada por los actores, mi parte se reserva el derecho de plantear el caso federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por encontrarse en juego la interpretación de normas federales como lo son las leyes de telecomunicaciones y la Ley Argentina Digital, y las garantías constitucionales a la defensa en juicio (Art. 18 C.N.) y los derechos de propiedad, comerciar y ejercer industria lícita (Art. 14 y 17 C.N.).

IX.- AUTORIZACIONES:

Autorizo a María Georgina Lingua, Baltazar Vargas Viramonte, Emilio José Viramonte, Virginia Brussasca, Juan Ignacio Chesta y Federico Iturres a compulsar las presentes actuaciones, retirar copias de escritos incluyendo los casos que importen notificación de resoluciones, efectuar desgloses, extraer copias, diligenciar cédulas, oficios, mandamientos y exhortos, dejar nota en el libro de asistencia y realizar todos los demás actos que resulten conducentes para la tramitación de la causa.

X.- PETITORIO:

En virtud de todo lo expuesto, a V.S. solicito:

- a) Me tenga por presentado, parte en el carácter invocado y por constituidos los domicilios procesal y electrónico indicados;
- b) Haga lugar a la excepción de incompetencia parcial en razón del territorio;
- c) Haga lugar a la excepción de litispendencia;
- d) En subsidio, tenga por contestada la demanda en legal tiempo y forma;
- e) Tenga por acompañada la documental y por ofrecida la restante prueba;
- f) Tenga presente las autorizaciones conferidas y la reserva de caso federal efectuada;
- g) Oportunamente, dicte sentencia rechazando la demanda con expresa imposición de costas.

Proveer de conformidad,

SERÁ JUSTICIA.-

SEBASTIAN J. CANCIO
ABOGADO / MAT. 1-32486
C.S.J.N. Tº 500 Fº 164



4334781 Florenia