

_____ Salta, 14 de junio de 2017. _____

_____ Y VISTOS: Estos autos caratulados "MOLINA, NESTOR MARCELO vs. TELECOM ARGENTINA S.A. POR SUMARIO" - Expediente N° 274465/09 del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil y Comercial 7º Nominación (CAM - 477411/14 de Sala II) y, _____

_____ C O N S I D E R A N D O: _____

_____ **La doctora Hebe Alicia Samsón dijo:** _____

_____ I) Vienen estos autos en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada, en contra de la sentencia definitiva dictada a fojas 375/378 y su aclaratoria de fojas 322, que hizo lugar a la acción interpuesta por Néstor Marcelo Molina y condenó a Telecom Argentina S.A. a pagar al actor, la suma de \$17.614 más sus intereses con costas a cargo del demandado. _____

_____ Para así decidir, la señora Juez consideró, luego de analizar las pruebas obrantes en autos, que la empresa telefónica debió dar cumplimiento a lo acordado, en el sentido de que el servicio estaría reparado en 72 horas luego de recibir el reclamo en la línea 114, asumiendo una obligación de resultado al comprometerse a enviar un técnico para efectuar la reparación. _____

_____ Al formular su memorial de agravios a fojas 409/414, Telecom S.A. expresa que la sentencia recurrida se funda en premisas arbitrarias y parcializadas y resuelve exonerar de responsabilidad al Shopping Alto Noa sin fundamentación. _____

_____ Como primer agravio, se queja de que se haya considerado incumplida una obligación de resultado basándose en la presunción *iuris tantum* del art. 30 LCT y el carácter de servicio público domiciliario prestado sin analizar la totalidad de las pruebas, admitiendo la existencia del corte de servicio, fundándose únicamente en un reclamo que la actora refiere haber efectuado sin prueba que lo ratifique. Sostiene que no se trata de una presunción *iure et de iure* sino que puede ser y fue desvirtuada con prueba en contrario y que el supuesto corte, de haber existido, se produjo por un desperfecto originado en el cableado interno del Shopping, cuya responsabilidad en el mantenimiento corresponde pura y exclusivamente al

centro comercial y al locatario, pero de ninguna manera a su parte, quien cumple con lo convenido controlando las instalaciones hasta la caja de distribución. _____

_____ En segundo lugar, se agravia de que el *a quo* no haya expresado en el fallo los fundamentos por los cuales exonera de responsabilidad al Shopping Alto Noa, a pesar de las pruebas que demuestran que el supuesto corte se habría producido en el cableado interno, el cual se encuentra a exclusivo cargo de aquella. Entiende demostrado con la documentación arrimada, objetivamente, que el mantenimiento de las conexiones internas se encuentra a cargo de la citada, y subjetivamente, el estado deplorable de las instalaciones internas del mismo. _____

_____ Finalmente señala la inexistencia de daño, indicando que el sentenciante no dio fundamentos para fijarlos en la suma de \$17.614 con más sus intereses, ni explicó su cálculo; que se basa en premisas incorrectas y arbitrarias. Sostiene que no puede afirmar sin más, que de lo informado por el Shopping surge una significativa merma para idénticos períodos, cuando no es así. Agrega que el actor no demostró que durante los siete días que denuncia el supuesto corte de servicio, se haya visto privado de efectuar ventas por un 70% o que no las haya hecho por otro medio que no sea telefónico, y que la pericia demuestra que el total de ventas de ese período fue igual a los anteriores, siendo indiferente que las mismas sean de contado o con tarjeta. Pide se revoque el fallo con costas. _____

_____ Corrido el traslado, a fojas 417/423 vta. contesta agravios la parte actora. Solicita se rechace el recurso en base a los fundamentos de dicha presentación. A fojas 433/437 vta. hace lo propio Alto Palermo S.A. (Alto Noa Shopping) peticionando igualmente el rechazo de la apelación por los argumentos que allí expone. _____

_____ A fojas 438 se llaman autos para sentencia, providencia que se encuentra firme. _____

_____ II) Ante el planteo realizado por la parte actora al contestar agravios, es necesario destacar que, si bien la expresión de agravios debe contener una

crítica concreta y fundada del fallo apelado que no se traduzca en meras discrepancias con el razonamiento del Juez de Primera Instancia, debe seguirse un criterio amplio en lo que respecta a su admisibilidad, ya que es el que mejor armoniza con el respeto a la doble instancia y al principio constitucional de defensa en juicio, tal como ha sido el criterio sustentado por este Tribunal en reiterados precedentes (v.g. esta Sala en “Murillo y Otros c/ Hospital de Vespucio S.A. por Medida Cautelar”, expte. CV-6614/93, t. 2006 2ª Parte, fs. 300/301; Sala III, t. 2002, fs. 267/70; id, t. 2003, fs. 232/234; Sala IV, t. XXI, año 1999, fs. 576), en consonancia con la doctrina de la Corte (v. CJS in re “Rondoni vs. Ekhardt”, Tomo 44:1109). Es así que en caso de duda sobre los méritos exigidos para la expresión de agravios, debe estarse a favor de su idoneidad; y aunque el escrito adolezca de defectos, si contiene una somera crítica de lo resuelto por el juez, suficiente para mantener la apelación, no corresponde declarar desierto el recurso (Sala III, “Rueda vs. Ayón”, tomo 2007, fl. 1258).

_____ En esa inteligencia, se advierte que el escrito de expresión de agravios de fs. 409/414, cumple con las exigencias prescriptas por el artículo 255 del Código Procesal Civil y Comercial, por lo que corresponde entrar en el estudio del recurso.

_____ III) El accionante dedujo acción de daños y perjuicios contra Telecom Argentina S.A., con fundamento en las pérdidas ocasionadas ante la imposibilidad de realizar ventas con tarjeta de crédito y débito en razón del corte telefónico verificado entre el 3 y el 10 de julio del año 2008, resarcimiento que fuera admitido por la sentencia en crisis.

_____ La apelante centra su disconformidad en la valoración de la prueba en virtud de la cual la Sra. Juez tuvo por acreditada la responsabilidad de Telecom, ante la falta de restablecimiento del servicio telefónico que se viera interrumpido en el local comercial del actor, con posterioridad al reclamo formulado por aquél, dando por incumplida la obligación de resultado comprometida con basamento en la presunción “*iuris tantum*” del artículo 30 de la Ley de Defensa del Consumidor y el carácter de servicio público

domiciliario prestado. Sostiene que dicha presunción ha sido desvirtuada con prueba en contrario, habiendo demostrado que, de haber existido el supuesto corte, se produjo en el cableado interno del Shopping, lo que es responsabilidad exclusiva del centro comercial y el locatario. Se agravia de la falta de la falta de fundamento en la que incurre el *a quo* para exonerar de responsabilidad a Alto Noa, omitiendo valorar las pruebas producidas que demuestran lo contrario y finalmente de la indemnización fijada cuyo monto, sostiene, se determinó en base a premisas incorrectas y arbitrarias. _____

_____ No está discutido entre las partes, atento la relación que las vincula, la aplicación al caso de las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, particularmente la presunción prevista en la primera parte del artículo 30, vinculada con la prestación de servicios públicos domiciliarios. Dicha norma establece que cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora la que dispone de un plazo de treinta días para demostrar lo contrario. Tratándose de una presunción “*iuris tantum*” la apelante entiende –y en ello sustenta su queja- que su responsabilidad presumida fue desvirtuada con las pruebas producidas, no valoradas correctamente por la juez de grado. _

_____ Así lo controvertido es la existencia y extensión de la interrupción del servicio; la obligación de la accionada de reestablecerlo en 72 hs. y la responsabilidad, en su caso, del Shopping “Alto Noa” por haberse producido en su cableado interno. _____

_____ Para dilucidar la cuestión en debate corresponde analizar la prueba producida en autos, teniendo principalmente en cuenta que el ordenamiento consumeril establece que los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en juicio (art. 53 LDC). _____

_____ Del mismo modo, el consumidor no está exento de actividad probatoria, sino que su carga radica, justamente, en probar los presupuestos fácticos que hagan actuar la presunción (Sáenz, Luis R. J. “Distribución de la

carga de la prueba en las relaciones de consumo.” AR/DOC/1890/2015). _____

_____ De esta forma, y de conformidad con lo dispuesto por el art. 53, LDC, cuando el proveedor no aporte al juicio las pruebas que se encuentren en su poder, o éstas se hayan perdido, o no se hayan producido, cuando razonablemente se encontraba en cabeza de aquél su preservación, este extremo constituirá una presunción en su contra, que permitirá presumir el hecho invocado por el consumidor. (Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada. S. Picasso y R. Vázquez Ferreyra – Ed. La Ley, 2009, art. 53, pág 669). _____

_____ La existencia de los reclamos efectuados por el actor, han sido acreditados con el acta labrada por el oficial de justicia en las actuaciones que corren por cuerda, en base a la información brindada telefónicamente a las partes presentes en la diligencia y luego plasmada en los fax remitidos , donde constan los reclamos GYSQOL del 03/07/08, cerrado el 04/07/08 y H2XJOM del 07/07/08, cerrado el 10/07/08 (v. fs. 17y vta. y fs. 18/24 del Expte. N° 236.183/08 de Prueba Anticipada). _____

_____ Frente a los probados reclamos efectuados por el actor, la obligación de reestablecer el servicio en 72 horas – desconocida por la recurrente – surge no sólo de lo afirmado por la actora, sin prueba en contrario que la desvirtúe, sino de la propia normativa de la Secretaría de Comunicaciones en cuanto establece que ante la interrupción del servicio o deficiencias en la calidad del mismo, deberá ser reparado dentro de los tres días hábiles (art. 31 del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico plasmado en Resolución N° 10059/99, reservada en Secretaría). _____

_____ En el mismo sentido reconoce el Sr. Alejandro Vicente Dahut, empleado de la empresa telefónica, que el plazo para solucionar reclamos es de 72 horas conforme al Reglamento (v. declaración testimonial, respuesta 18, fs. 138/141), por lo que desconocer que la accionada no se comprometió a solucionar una falla o interrupción de servicio, ante el reclamo efectuado a través de uno de los canales habilitados por la Empresa demandada al efecto (N° 114), sería reconocer el incumplimiento a la normativa estipulada por la

autoridad de aplicación. _____

_____ En lo que refiere al corte de servicio, resulta menester señalar el procedimiento que se sigue ante el reclamo de un cliente. En este sentido, tanto el Sr. Daniel Horacio Orsilli como el Sr. Alejandro Vicente Dahut, Gerente de Servicio Técnico y Supervisor de Mantenimiento de Telecom, respectivamente) confirmaron que se *“se va hasta la punta de la línea, donde es responsabilidad de Telecom y si no se detecta que hasta ahí esté bien el teléfono, que tenga tono, se va al local comercial y se le dice al cliente que el problema está en el cableado interno... que cuando se pone que no se puede acceder al lugar significa que la responsabilidad sobre el gabinete es del dueño, que ellos no pueden tocarlo, que su responsabilidad llega hasta la parte donde llega el cable de Telecom”* (v. respuesta 17 y 18, fs. 137). De igual modo sostuvo el segundo que *“una vez autorizados se procede a chequear el correcto funcionamiento del servicio hasta la caja terminal antes mencionada. Si esto fuere así, se procede a verificar en el cliente si este servicio llega, de lo contrario, si no llegara, se informa que la responsabilidad es del consorcio o administración del shopping.”* (v. respuesta 11, declaración testimonial de fs. 139). _____

_____ Se observa que el motivo de cierre para el reclamo GYSQOL es identificado como *“cambio de bajada/atiende el titular”* y para el reclamo H2XJOM su comentario de cierre es *“conexión en caja de distribución/sin comentario quien atendió”* (v. fs. 20 en expte. de prueba anticipada). Solicitadas las explicaciones a los empleados de Telecom, aquellos aseveran que *“cambio de bajada es que se cambió algún cable, y atiende el titular es cuando el titular está presente en el cierre, o sea cuando se le entrega el servicio funcionando...”* y que *conexión en caja de distribución/sin comentario quien atendió, “es cuando se reparó una conexión, que estaba algo desconectado y sin comentario es cuando no hay comentario alguno del titular o de la persona quien los atiende”* (v. respuesta 3 y 4, fs. 139/139 vta.).

_____ A su vez, el actor relata que no habiendo quedado solucionado el problema luego de las 72 horas indicadas en su primer reclamo, realiza otro

nuevamente y le informan que ya habían cambiado un cable, una bajada, pero que si el servicio no se había reestablecido mandarían un técnico nuevamente. Igualmente sostiene que el técnico que llevó el 10 de julio revisó la línea desde el teléfono hasta la caja de distribución y verificó que no había inconveniente, luego fue más allá y verificó que efectivamente Telecom había cambiado un cable, pero que ese cable estaba mal conectado en la caja de distribución y que en un simple trámite lo conectó bien y se reestableció el servicio (v. absolución de posiciones actor fs. 151). _____

_____ De lo referido -motivo de cierres de reclamos y declaración del actor- se tiene que el servicio técnico reparó una conexión pero fue improductiva para reestablecer el servicio, no existiendo prueba que acredite, tal como indicaron los testigos empleados de Telecom al referir el procedimiento debido en esos casos, que los técnicos hayan verificado el correcto funcionamiento en su caja terminal, que el servicio llegue al cliente o que le hayan informado su eximición de responsabilidad por corresponder su falla al consorcio o administración del Shopping. _____

_____ Tampoco existe prueba que acredite que la falla se produjo en el cableado interno del Shopping, en la que insiste la apelante para deslindar su responsabilidad, lo que permite sostener que la falta de servicio corresponde a una negligencia por parte de la empresa telefónica al no constatar de donde provenía el desperfecto, ni dejar constancia que el cableado bajo su responsabilidad se encontraba en buen funcionamiento. Menos se probó que se hubiera comunicado al Sr. Molina la situación que se dice comprobada para que este tomara las medidas pertinentes, omisión que además implica una seria indiferencia frente al reclamo del usuario. _____

_____ En lo que respecta al esfuerzo en responsabilizar al Alto Noa Shopping por la falta de servicio telefónico, los fundamentos esbozados a tal fin resulta inconducentes para modificar la decisión recurrida. En efecto, frente al reclamo de restitución del servicio, aparece como contrapartida, la obligación a cargo del prestador que, según la normativa, se extiende hasta los puntos terminales de la red, asegurando la continuidad, regularidad y generalidad del

servicio, para lo cual se faculta a los prestadores o las personas que ellos indiquen a realizar todo tipo de trabajo necesario en la red telefónica pública, considerándose clandestino cualquier trabajo realizado por personas distintas a las establecidas (conf. art. 39 del Reglamento). _____

_____ Siendo ello así, es adecuado que ante la deficiencia de servicio, el cliente se comunique para efectuar su reclamo ante la empresa prestataria dado que es ella quien brinda la comunicación. Luego de la constatación que la falla de funcionamiento no abarca a su servicio técnico y comunicada dicha situación al consumidor, es entonces el cliente el responsable de llevar a cabo su reparación. Sin embargo, en autos la empresa prestataria pretende desligarse de su obligación, sin acreditar el cumplimiento del protocolo indicado en la normativa vigente, es decir, sin haber corroborado en forma previa que el origen del desperfecto se encontraba en el cableado interno, fuera del ámbito de su responsabilidad. No obsta a la obligación de la empresa telefónica el estado en que pueda encontrarse el cableado perteneciente a la parte privada, pues quien debe corroborar si el servicio se adecua a las condiciones ofrecidas, es quien tiene a su cargo el servicio público de telecomunicaciones. _____

_____ Por lo demás, cabe destacar que recién el 22 de marzo de 2010 se deja constancia -mediante acta notarial- del estado del cableado telefónico en el establecimiento, lo que impide admitir, como pretende la recurrente, que en esas condiciones se encontraba al momento del reclamo del señor Molina, que data del 3 de julio de 2008. _____

_____ La jurisprudencia tiene dicho que “al privar dicha empresa al usuario del servicio contratado, o al prestarlo en forma irregular, ha vulnerado su derecho de acceso al mismo en condiciones de continuidad, regularidad e igualdad (Art. 39º de la norma ya citada); a que su reclamo sea tomado en cuenta y resuelto satisfactoriamente (Art 5º), a ser adecuadamente informado respecto del tratamiento dado a su queja, en suma a recibir el trato digno y equitativo que las normas prevén (Art. 8ºbis ley cit.). En definitiva, correspondía que el prestador reparara y restableciera la adecuada prestación

del servicio en el plazo de tres días hábiles desde el reclamo de avería (art. 31º), lo que no ha ocurrido y configura por ende un incumplimiento inexcusable e injustificado de Telecom, que genera al usuario el derecho a la indemnización de los daños ocasionados (cfr. doctrina doctr. Corte Suprema, fallos 258:322)...” (CApelCC Jujuy, Sala III, “Granara, Enrique Jorge c/ Telecom Argentina S.A.”, 19/06/2012, Expte. N° B-261307-2011). _____

_____ De lo expuesto y a la luz de los lineamientos legales y jurisprudenciales citados, la falta de servicio de comunicación se debió a una revisión técnica ineficaz y merece ser atribuida su responsabilidad a quien tiene a su cargo la prestación del servicio público de telecomunicaciones siendo que la empresa no constató de donde provenía la falla ante el reclamo demandado en el plazo que el Reglamento prevé para casos de averías. Por ende los agravios en referencia deben ser rechazados. _____

_____ IV) Respecto a la existencia del daño derivado del incumplimiento analizado *ut supra* y su cuantificación, adelanto mi opinión en el sentido que la queja no puede ser atendida. _____

_____ Con los informes aportados por las distintas empresas de tarjeta de crédito a las que se encuentra adherido el comercio de titularidad del actor, se verifica que efectivamente durante los días que reclamó la falta de servicio telefónico, no se registraron compras por dichos medios. A saber, Tarshop S.A. informó que “*no registramos ventas en el período comprendido entre el 03/07/2008 al 10/07/2008 inclusive*” (v. fs. 160); Credicash presentó registros en el cual no se observan operaciones en el transcurso de los días en cuestión (en contestación de oficio de fs. 221/229 ver fs. 225); American Express adjunta a su informe las operaciones realizadas de las cuales no se advierten movimientos realizados en el período del corte (en contestación de oficio fs. 233/251 ver fs. 240); SaltaCard tampoco registra operaciones en esos días (fs. 341/342). A su vez, del informe de ventas denunciadas por el local “47 Street”, de propiedad del actor al Shopping Alto Noa, se advierte una diferencia notable respecto de los meses anteriores y posteriores al mes en que se denunció el corte telefónico (fs. 203). _____

_____ Por su parte, de la documentación analizada por la pericia contable, surge que el porcentaje medio mensual de ventas con Tarjetas de Crédito y Débito es del 64,13% para lo que tomó en cuenta el total de ventas entre abril y octubre de 2008 (fs. 261). Siendo que el porcentaje restante (35,87%) corresponde a ventas de contado y luego de haber arribado al monto de pago de contado en el período comprendido entre el 3 y el 10 de julio, estimó que las ventas que hubiese podido obtener por medio de tarjetas sería de \$29.967.

_____ Si bien el monto de pérdidas ocasionadas por la imposibilidad de recibir pagos por medios electrónicos determinado en la pericia contable es mayor al fijado en concepto de indemnización por la sentenciante (\$ 17.614) esta suma se condice con el reclamo del accionante que tomó como referencia el mes de junio, a diferencia de la experta que tuvo en cuenta las ventas de contado del mes de julio. _____

_____ Mas aún, la sola comparación de las ventas denunciadas por el local N° L0103 en los meses de junio y julio permiten advertir una reducción de aproximadamente un 20%, en un mes en donde habitualmente el consumo se incrementa dado el receso invernal y las liquidaciones de temporada, de donde cabe inferir el perjuicio ocasionado por la falta de disposición del servicio telefónico, único medio de comunicación para realizar operaciones con tarjetas de crédito (v. fs. 221/230). _____

_____ Concluyendo, ponderadas las pruebas y circunstancias de la litis, el daño derivado de la falta de servicio de la empresa, aparece comprobado y la suma fijada en primera instancia resulta apropiada para resarcirlo. _____

_____ V) Por los fundamentos expuestos voto por el rechazo del recurso y la consecuente confirmación de la sentencia apelada, con costas a la apelante en su carácter de vencida y en aplicación del principio objetivo de la derrota previsto en el artículo 67 del Código Procesal Civil y Comercial. _____

_____ **La doctora Verónica Gómez Naar dijo:** _____

_____ Por compartir sus fundamentos, me adhiero al voto que antecede. _____

_____ Por ello _____

_____ **LA SALA SEGUNDA DE LA CÁMARA DE APELACIONES EN**

LO CIVIL Y COMERCIAL, _____

_____ **I) RECHAZA** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fojas 379 y, en su mérito, **CONFIRMA** la sentencia dictada a fojas 375/378 y su aclaratoria de fojas 382. Con costas de segunda instancia a cargo de la apelante vencida. _____

_____ **II) ORDENA** que se registre, notifique y baje.- _____

CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE SALTA. VOCALES: Dras. Hebe Alicia Samsón - Verónica Gómez Naar. SECRETARIA: Dra. Julia Raquel Peñaranda SALA II, T. 1ª parte, sentencias definitivas, año 2017, fº 172/177, 14/06/2017.