En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de octubre del año 2011, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Maria Inés de VILLAFAÑE y Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"S. M. C/ T. D. A. S.A. s/ SUMARÍSIMO" (Expte. N° 109 Año 2011)** venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial (Expte. N° 223- Año 2009), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Se ajustan a derecho los honorarios regulados a los profesionales intervinientes por la parte demandada? y **TERCERA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo de fs. 219.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

1) La sentencia.

La sentencia en tratamiento (Fs.181/185) rechazó la demanda incoada por la actora (M. S.) contra T. de A. S.A., con costas a la perdidosa.

La actora reclamó por el incumplimiento de la demandada del contrato de suministro del servicio telefónico, reclamando el traslado de la línea telefónica a su nuevo domicilio, el pago de la indemnización prevista por el art. 52 bis de la L.C.D. y el reintegro del importe de las facturas abonadas desde la interrupción del servicio. La demandada alegó que por encontrarse el nuevo domicilio de la actora fuera del Área de Tarifas Básicas (ATB) no está obligada a prestar el servicio de telefonía básica en el nuevo domicilio ni a realizar el cambio solicitado y que por ello no ha existido incumplimiento de su parte.

Según la Sra. Jueza a quo lo controvertido en autos es determinar si ha existido o no incumplimiento de la empresa prestataria del servicio

telefónico y, según su óptica, de la prueba producida en autos la circunstancia del incumplimiento no ha quedado establecida. Refiere que de los dictámenes obrantes a fs. 12 y 13 surge que el domicilio en el cual la accionante pretende el cambio de servicio se encuentra fuera del Área de Tarifas Básicas, según la Comisión Nacional de Comunicaciones.

Hace referencia luego a que si bien en el proceso la demandada no ha acompañado la documental que le fuera solicitada ni ha prestado la debida colaboración para la realización de la pericia contable, este único hecho no resulta suficiente para tener por acreditado el incumplimiento por el que se demanda. Ello por cuanto la actora no se encuentra liberada de acreditar los presupuestos de hecho fundamento de su pretensión, conforme el art. 381 del CPCC. Estima, en apoyo de su posición, que el usuario no queda relevado de aportar instrucción probatoria que trascienda el plano meramente conjetural o hipotético. Ello la lleva a concluir que no habiendo la actora probado el incumplimiento imputable de la demandada, corresponde el rechazo de la pretensión.

Con relación al reclamo por "daño punitivo" la Jueza a quo consideró que el mismo tampoco debe tener favorable acogida debido a que en los términos del artículo 52 bis de la LDC únicamente procede contra "el proveedor que no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor…", circunstancia que -según la sentenciante- no ha sido probada en autos.

Con respecto a las costas y por aplicación de lo normado por el art. 69 del CPCC se han impuesto a la actora perdidosa, regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes.

2) <u>Los agravios</u>.

Oportunamente la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia y también fueron recurridos por "altos" los honorarios regulados a los letrados de la parte demandada.

A fs. 195/203 fundamentó el recurso concedido mediante la correspondiente expresión de agravios, los que fueron respondidos por la contraria en su presentación de fs. 205/206 vta.

En sus quejas se agravia inicialmente la actora por el rechazo de la demanda entablada y que ello se deba a considerar que la demandada no ha incurrido en incumplimiento imputable.

Argumenta la actora que oportunamente solicitó el cambio de domicilio de su línea fija y que la demandada aceptó tal solicitud como trámite y nunca lo materializó. Sigue diciendo que en el art. 5° del Reglamento Gral. de Clientes del Servicio Básico Telefónico se establece que el usuario debe obtener una respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento y que la actora hace tres años que no tiene teléfono.

Destaca luego que desde antes de iniciarse este proceso la factura de pago del servicio le llega mensualmente a su nuevo domicilio de la calle B.N° **** lugar al cual solicitó el cambio. Ante esta situación se pregunta porqué T. aceptó el cambio solicitado, mudaron el domicilio donde envían la facturación y nunca le informaron como cliente que el cambio era imposible de efectuar o que tardaría más de tres años en concretarlo.

Argumenta también en apoyo de su pretensión que T. tenía un plazo no mayor a 90 días para cambiar el domicilio de la línea de conformidad con lo dispuesto por el art. 18 inc. 5 de la Resolución N° 25.839/96 del 09/12/96 de la Secretaria de Comunicaciones que modificara el Reglamento aprobado por la Resolución N° 136/96 CNT. De este modo, dice la recurrente, *"…queda configurado el incumplimiento contractual de T. que da la viabilidad requerida a la demanda…"*.

En el detalle de los agravios se remarca la normativa del art. 53 LDC en la que se 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 el juicio. En base a esta disposición, sostiene la actora que la demandada debió acreditar el fundamento de su negativa a realizar el cambio de domicilio. Aduce en su queja que la empresa negó su incumplimiento sustentándose en que la casa de la actora estaba fuera del ATB, pero no acreditó cuál es el Área de Telefonía Básica y ello era su carga. Esgrime la actora que el dictamen de la CNC (Fs.12) sólo reproduce los dichos de la propia T. sin fundamento documental alguno, o sea, sólo con la información que la propia empresa suministró en el expediente administrativo.

Destaca luego en su fundamentación que donde yerra la a quo es en el pasaje de la sentencia donde considera que la C. N. de C. resolvió que el domicilio de la actora está fuera del ATB, cuando en realidad dicha autoridad de contralor *"…no dictaminó nada…"*.

Prosigue en su crítica manifestando que la demandada debió acreditar en autos la extensión del ATB con los planos indicados al amparo de lo previsto por el art.16 del reglamento indicado y no lo hizo. Inclusive, deja constancia que se le hizo esa pregunta al absolvente (por la demandada) y no lo supo responder y al requerírsele la documentación, la demandada no la acompañó. De allí que sostenga que la empresa cayó en la negativa por la negativa misma.

Considera luego que queda sin sustento la parte de la sentencia que hace referencia a los dictámenes de fs. 12 y 13 ya que de ellos surge una trascripción de lo afirmado por la parte interesada (la demandada) y mal puede con ello acreditarse fehacientemente que el domicilio de la actora está fuera del ATB. Sigue argumentando que tampoco acompañó T.

constancia con la que acredite que haya acordado precios especiales con la actora (como podría haberlo hecho).

Sostiene que la demandada se valió de su posición dominante y fue reticente en su colaboración, limitándose a negar sin probar lo que es o cómo se delimita el "ATB".

Continúa su fundamento destacando que en caso de duda corresponde aplicar la regla más favorable al consumidor (art. 37 LDC), preguntándose si es justa la sentencia que convalida una situación de desigualdad entre la empresa y el usuario en contraposición de lo previsto por el art. 42 de la C.N. y que se ha conculcado la obligación -de la empresa- de suministrar una información adecuada y veraz en condiciones de trato equitativo y digno. Esto hace que la actitud de la demandada -dice la actora- atenta contra el deber de informar al usuario que le impone el art. 4 de la Ley 24.240, deber que está amparado por la reforma constitucional de 1994. Es por ello, continúa la queja, que T. debió informar por escrito a la actora como al resto de los usuarios sobre las condiciones del servicio, sin perjuicio de mantener esa información a disposición de los mismos en las oficinas de atención al público; lo cual no ocurrió.

Reitera que el prestador demandado nada demostró, limitándose a negar y de allí que corresponda revocar el fallo en crisis.

Reitera luego la cuestión relativa a la orfandad probatoria a la falta de colaboración en el proceso por parte de la demandada y a los principios de las "cargas probatorias dinámicas". Sostiene que T. estaba en mejores condiciones de probar que la actora; que debió acompañar documentación y no lo hizo pese a solicitar una prórroga para hacerlo y que ello es demostrativo de una conducta de mala fe procesal dado que tampoco colaboró con el perito designado en autos al retacearle información. Insiste en que la actitud de la empresa atenta contra el deber de informar que impone la Constitución Nacional y la LDC.

Finalmente, plantea la Cuestión Federal, considera que la sentencia ha omitido volcar un criterio correcto respecto de la responsabilidad de la demandada, haciendo una inadecuada valoración del derecho, de la conducta en el proceso, de la carga probatoria e incurriendo en un error in indicando aplicando la ley vigente de forma desajustada a lo prescripto por la misma. Por los fundamentos expuestos solicita se revoque el fallo recurrido.

3) <u>Encuadre de la problemática y tratamiento de los agravios</u>.

Con relación al análisis relativo a la cuestión aquí a tratar, parece conveniente realizar algunas consideraciones en torno a las particularidades y características que presenta en la actualidad la prestación de los servicios públicos como el telefónico que motiva esta causa, a la luz de los nuevos conceptos interpretativos de normas que han sido incorporadas por la última reforma constitucional y la legislación dictada en consecuencia.

La trascendencia jurídico-institucional de los cambios estructurales acaecidos a partir de la Ley 23.696 de Reforma del Estado y el fenómeno privatizador, generaron una honda transformación y evolución no sólo de las nociones tradicionales del servicio público, sino también de la multiplicidad de relaciones surgidas al amparo de la nueva y cambiante normativa. Este cuadro de mutación constitucional, legislativa, jurisprudencial y doctrinaria constante, ha obligado y nos obliga a fijar criterios interpretativos de cuestiones como la de autos.

Sabemos que la última reforma constitucional consagró de manera definitiva el reconocimiento postergado de los derechos del consumidor en el artículo 42, de manera autónoma y explícita, cuando enuncia: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación al consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una*

información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno".

"Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios".

"La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

Con anterioridad se promulgó la Ley 24.240 (de defensa del consumidor) brindando dentro de su articulado criterios normativos e interpretativos a fin de resolver controversias como la presente litis, asegurando al usuario el derecho en forma cierta y objetiva a una información detallada, eficaz y suficiente sobre las características del servicio a consumir (ver en tal sentido el art. 4 que fuera sustituido por la Ley 26.361). En este contexto emerge un concepto solidarista al dotar a la norma de su caracterización de obligatoriedad por ser la misma, una ley de orden público y emanando de ella una máxima hermenéutica de guía: cuando en su artículo 3 nos indica que *"…En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor…"*.

El derecho subjetivo del usuario a "usar" del servicio público, se funda también en la obligación del Estado de tutelar el interés público y darle satisfacción. La obligatoriedad y generalidad propios de los servicios públicos son fundamento del derecho de ese sujeto (usuario) a utilizar tal servicio. Frente al derecho subjetivo de exigir la prestación del servicio por parte del usuario, existe la obligación jurídica del Estado, o del particular autorizado (v. gr. concesionario) que lo tiene a su cargo, en su caso, de

prestarlo conforme a la necesidad del uno y a la propia naturaleza implícita en todo servicio público (conf. en sentido similar, DROMI, J.., "Derecho Administrativo", T.II, pág.20 y sigs., Ed. Astrea, 1992).

Ahora bien, en tal sentido cabe hacer el distingo entre el marco clásico de la relación bipartita en la noción de servicio público clásica propio (en este caso sería E.-Cliente) y la nueva evolución en una "relación tripartita de servicios públicos" (empresa concesionaria -ente regulador/Estado concedente- consumidor o usuario), haciendo la salvedad que para el tercero (usuario), carece de relevancia el cambio del sujeto prestador del servicio público telefónico, habida cuenta que su status garantizado debe permanecer, en lo sustancial, una situación no inferior a la en que se hallaba originariamente, garantida por el derecho público en general y el derecho administrativo en particular (ver en este sentido CSJN, disidencia de los Dres. Barra y Fayt in re: "Davaro Saúl c/ Telecom S.A. s/ Juicio de Conocimiento" del 08/09/92).

La transferencia de gestión del sector público al sector privado, implicó la transformación de un monopolio de "iure" estatal en mercados cautivos de usuarios por un plazo determinado (ver Dec. 62/90 – Pliego de bases y condiciones, puntos 13.3 y 13.4). Y ello es así, aunque fuera con el fin de lograr el interés de la concurrencia de capitales privados en la prestación objeto del servicio público, hasta su desregulación total y el acceso a la libre competencia.

Pero a su vez la celeridad de este proceso -enmarcado en la ley 23.696- puede encuadrarse dentro de lo denominado "privatización por delegación de cometidos", ello implica la delegación de prestaciones e incluso competencias en ejercicio en especial de la administración y prestación por el sector privado; pero reteniendo la administración ("lato sensu") para sí, la titularidad de la misma. Este modo de delegación se produce dentro del marco de la concesión que es el acto administrativo que tiene por fin

organizar un servicio público de interés general, ya que pese a los aspectos contractuales cabe reconocérsele la extensión y medida de los derechos y deberes del concesionario, con las restricciones impuestas por el poder de policía que se hallan determinados por el cometido del acto (conf. en sentido similar CSJN, Fallos: 178:243; 183:116; 186:48; 254:441; LL, 7-634; 13-864; 17-673; 111-301, entre otros).

A ello hay que sumarle la posterior introducción, a este modelo de los "entes de control" a los licenciatarios y concesionarios (en el caso la C. N. de T., Dec. 1185/90 del 22/06/90) como organismos reguladores y controladores de la gestión privatizada.

La justificación a la existencia de los entes regulatorios está dado en la función subsidiaria del rol estatal y no en el intervencionismo protagónico del mismo, sin perder de vista la concesión a manos privadas de grandes monopolios o cuasi monopolios de consumidores cautivos a manos de capitales privados; sin que implique indefectiblemente la desprotección del último eslabón de las cadenas económicas y que se transformen en meros espectadores pasivos de su falta de cobertura proteccional o indefensión.

Y esto a pesar de la tardía introducción de las normas reglamentarias del servicio, en algunos casos (en éste particularmente el Reglamento General del Servicio Básico Telefónico -R.G.S.B.T.- aprobado por el Dec. 1420/92 del 07/08/92), que como se puede apreciar vino con dos años de diferencia entre ambos pero responde al imperativo constitucional reseñado.

Si bien la relación de consumo entre los usuarios de servicios de telefonía básica y los prestadores de ese servicio está regulada por el Reglamento General de Clientes del Servicio Telefónico (RGCSTB) las cláusulas allí contenidas están subordinadas a la normativa, de jerarquía superior, de la Ley 24.240. A este respecto, BERSTEN, H.L. explica: *"El artículo 2 de la resolución 10.059/99 – SC, deja a salvo que, si bien las relaciones entre los prestadores del servicio y sus clientes se regirán con carácter general por el*

Reglamento que dicha resolución aprueba, y en particular por el contrato suscripto con el cliente, en caso de existir discrepancias o dudas en la interpretación de las cláusulas del Reglamento, prevalecerán -entre otras normas mencionadas- las disposiciones de la Ley 19.798 (Ley Nacional de Telecomunicaciones) y la ley 24.240. Esto es importante a la luz de lo establecido por los artículos 3 y 25 de la ley 24.240, por lo que siempre debe prevalecer el interés y el derecho del consumidor, especialmente, ante algunas cláusulas dudosas o directamente arbitrarias del Reglamento General de Clientes" (BERSTEN, H.L., "Derecho Procesal del Consumidor", Ed. La Ley, 2003, pág. 190). En otras palabras: las relaciones entre usuario y prestador se regirán por la normativa específica y el contrato particular entre partes en la medida que no se afecten los derecho del usuario protegidos por la Constitución Nacional y por la Ley 24.240.

Sin perjuicio de lo hasta aquí desarrollado, no me caben dudas que en el caso nos encontramos en presencia de un típico "contrato de adhesión" y conforme lo ha venido diciendo la doctrina y la jurisprudencia, dichas convenciones, se caracterizan en su estructura por cuanto uno de los contratantes, en virtud de una cualidad específica (en este caso, la prerrogativa prestacional única y monopólica de teléfonos por la demanda en la zona de influencia de la abonada) le hace poseer un poder de imposición exorbitante sobre el otro contratante (consumidor), de tal forma que este último sólo asiente ante la propuesta empresaria (conf. CNACiv. Com.Fed., Sala III, 12/12/93, C. 5044, LL 1994-E, 863; ídem, 16/12/94, LL 1995-B, 118). En este sentido, nos encontramos, por un lado frente a un usuario que contrató la prestación de un servicio público domiciliario a título oneroso y en beneficio propio. Por el otro, un prestador de ese servicio, que es una persona jurídica que realiza su tarea en forma profesional o habitual. Ello hace que la relación deba categorizarse como *de*

consumo, y opere plenamente la legislación específica en la materia (conforme arts. 1, 2 y concs., L.D.C.).

Y es desde este enfoque como debe resolverse este entuerto ya que bien es sabido que el abonado está en presencia de un prestador permisionario único y exclusivo en su zona con facultades unilaterales de determinación del consumo y de la facturación del mismo, lo que coarta la libre o simple voluntad de aceptar o no la propuesta de la oferta, que es esencial para que exista un contrato "estricto sensu".

Estas características han sido resaltadas en una sentencia interlocutoria trelewense, en la que se dijo que "el llamado contrato de adhesión" según el propio creador de la terminología, el maestro Raymond Saleilles, de *"contrato sólo tiene el nombre"* (cfr. la posición de Saleilles en su clásica obra "De la déclaration de volonté, contribution á l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand", París, 1909, pp. 229/230, N° 89 y 90). Ello es así, porque en este tipo de contrataciones, como dijera el eminente Prof. Koschaker, *"el adherente, suele tener sólo el derecho de decir Amén"*. Ello convence de que en estas contrataciones no cabe la indiferencia del juez, sino que éste debe hacer uso de las herramientas de control y revisión de que lo dota el ordenamiento con una intensidad mayor que si se tratara de un contrato redactado por las partes, negociando en un pie de igualdad y sobre la base de concesiones recíprocas (conf. Cám.Apel.Trelew, Sala "A", 20/06/08, "H. c/ M., J.R. s/ Daños y Perj."; cit. por VIVAS, M.L., "El Contrato de Adhesión. Pautas Interpretativas", La Ley 03/03/2011, pág.1)

3.1)

Se agravia la actora por la conclusión que ha hecho la jueza a quo en el sentido de que la demandada no ha incurrido en incumplimiento imputable. Dice que solicitó oportunamente el cambio de domicilio de su línea fija, que la demandada aceptó su solicitud y que el trámite nunca se

materializó, contrariando lo establecido en el RGCSBT en cuanto a que el usuario debe obtener una respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento. A su vez, acreditó que la factura de pago del servicio emitido por la demandada le llega mensualmente a su nuevo domicilio de la calle B. N° **** que es el lugar al cual solicitó el traslado de la línea. Se pregunta porqué la empresa aceptó el trámite del cambio de domicilio solicitado, le remiten la facturación a su nuevo domicilio y nunca la informaron que dicho cambio era imposible de efectuar o que tardaría más de tres años en concretarse.

Advierto que cuando la demandada contesta la demanda deja sentado que la actora solicitó el cambio de domicilio "sin corte" del servicio telefónico con lo que el mismo continúa prestándose "normalmente" (sic), y agrega: *"…y el traslado de la línea también va a depender…de la disponibilidad red telefónica en la zona donde se pretende el servicio o de la disponibilidad de celdas o pares libres en la red telefónica existente…Generalmente los clientes optan por el cambio de domicilio sin corte para asegurarse de mantener el mismo número telefónico…"*.

Como vemos y a mi entender, hay una serie de circunstancias, condiciones e impedimentos muy importantes relacionados con la tramitación que recién fueron expuestas por la prestadora del servicio y trascendieron ante los reclamos y la demanda judicial aquí entablada por la actora.

Antes de avanzar es necesario explicar porqué resalté los dichos de la demandada cuando dijo -al contestar la demanda- que el servicio telefónico continúa prestándose *"normalmente"*. La explicación radica en que tengo para mí que el servicio telefónico no se ha estado prestando ni se presta normalmente desde el momento en que la actora se mudó de domicilio y solicitó el cambio del servicio. Si la actora se mudó a la calle B. N° ****, solicitó el traslado del servicio telefónico a ese domicilio y el servicio se continúa prestando en el anterior domicilio en el que ella vivía (T. N° ***),

no veo dónde radica la "normalidad" en la prestación del servicio. Si la abonada es la actora (M. S.) y ésta se mudó, es de una claridad meridiana que el servicio telefónico no se le está brindando por la empresa a la abonada dado que ella ya no vive allí. Salvo que la empresa considere que el servicio se lo brinda *"al inmueble"* y no *"al abonado"*. Si la empresa considera que el servicio se lo brinda "al inmueble", entonces sería aceptable considerar que lo ha prestado y lo continúa prestando "normalmente", como dice en su contestación. Ahora bien, nadie puede aceptar este razonamiento que toca el absurdo. Las partes del contrato son el prestador del servicio y el usuario, no el inmueble del usuario. Creo que el planteo es tan obvio que no resiste el menor análisis.

Con lo hasta aquí expuesto considero que es suficiente para demostrar que el servicio telefónico no ha continuado prestándose "normalmente" por la demandada a la actora, como tan ligeramente se afirma al contestar la demanda.

3.2)

Ha hecho mención la demandada a la circunstancia de que la actora solicitó el traslado de la línea telefónica "sin corte del servicio" y aclara que *"…Generalmente los clientes optan por el cambio de domicilio sin corte para asegurarse de mantener el mismo número telefónico…"*. O sea, es muy clara la situación: la empresa lo pone el usuario ante la disyuntiva de perder o no su número. Por supuesto que todo usuario prefiere y necesita mantener el número que tenía por obvias razones que no hacen falta remarcarlas aquí, por lo tanto, se le obliga a optar por la solicitud de cambio de domicilio "sin corte del servicio" para así poder mantener el número que ya tenía. Esto tendría un viso de razonabilidad si el trámite del traslado del servicio se concretara dentro de un plazo prudencial pero, ante la situación que se ha planteado en el caso de autos, creo que la irrazonabilidad del

comportamiento de la prestadora del servicio surge sin el más mínimo atenuante. Ante la situación de desequilibrio contractual que se da entre la prestadora y el usuario y la posición dominante de la empresa, ésta le impone como condición -para no perder el número- que solicite el "cambio de domicilio sin corte del servicio". De esta manera el usuario continúa abonando por un servicio que no recibe ni utiliza dado que, como ya explicara aquí, la empresa brinda el servicio en el inmueble donde ya el cliente no vive. ¿Puede catalogarse este proceder de la prestadora del servicio hacia su cliente como "razonable" o "de buena fe"…?.

3.3)

En el propio Reglamento General de Clientes está previsto el trámite de cambio de domicilio de una línea telefónica. Se trata de una diligencia sencilla, que hasta puede realizarse telefónicamente (utilizando el servicio "112" de atención al cliente). BERSTEN ha dedicado todo un capítulo de su obra a explicar la aplicación del RGCSTB y su articulación con la Ley 24.240. Entre otras cosas se refiere a este tipo de trámites y reclamos que habitualmente los usuarios deben realizar ante las compañías.

"El cliente tiene derecho a ser tratado por los prestadores con cortesía, corrección y diligencia, y a obtener respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento" (Art. 5° del RGCSTB). Este derecho no se circunscribe a la atención que pueda recibir el cliente en su relación comercial con la empresa, sino a la rapidez y eficiencia con que se le brinde el servicio y se le atiendan sus necesidades. Una respuesta o solución brindada por la empresa en forma tardía, cuando ya se ha producido un perjuicio, o una respuesta que no satisfaga plenamente la necesidad o la solicitud del cliente contraviene dicha disposición" (BERSTEN, H.L., ob. cit., pág.198, subrayado propio). El cambio de domicilio de la línea telefónica se encuentra entre esos derechos que los usuarios tienen; y deben ser atendidos rápida y eficazmente por el prestador del servicio. El autor, en

nota a pie de página explica cuán fácil es el procedimiento. *"Las páginas Web de T. S.A. y T. S.A., prevén la posibilidad de hacer el trámite "on line" mediante formulario contenido en la misma página, por remisión vía e-correo"* (BERSTEN, ob. cit., nota 92, pág. 197). En síntesis: el cambio de domicilio de la línea telefónica es un trámite absolutamente rutinario que ni siquiera requiere que el usuario lo haga personalmente. Veamos entonces porque la quejosa no logró realizar el suyo en la forma rápida y eficaz tanto prevista por la compañía como exigible por la usuaria.

3.4)

Conforme surge de las actuaciones que tengo a la vista, la actora solicitó a la demandada el traslado de la línea telefónica a su nuevo domicilio el día 17 de Julio del año 2008 (Trámite N° 138562814). Al no tener ninguna respuesta realizó el reclamo ante Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Puerto Madryn y la C. N. de C. Mediante la intervención de estos organismos se obtuvo por parte de la C.N.C. un informe de la empresa demandada. Es así que conforme la nota del 22/10/2008 obrante a fs. 12 esta Comisión -dirigiéndose a Defensa del Consumidor- dice: *"…ponemos en su conocimiento que a instancias de lo gestionado por este organismo de control, la empresa T. de A. S.A. ha informado que: El domicilio se encuentra fuera del Área de tarifas básicas. Asimismo le informamos que "ATB" significa: ÁREA DE TARIFAS BASICAS, ésta fue delimitada geográficamente (existen planos con demarcación de límites) al momento de otorgar la privatización a favor de T. de A. S.A., dentro del "ATB" la Empresa está obligada a prestar el servicio. Fuera de esos límites la Empresa acuerda precios de instalación en forma directa con el usuario, en función a la obra que resulte necesaria, no obstante la empresa informa que la obra se encuentra en curso…"*.

Hasta este momento ninguna respuesta y/o informe de parte de la empresa T. había obtenido la actora usuaria del servicio sobre el trámite oportunamente iniciado por ella y aceptado por la prestadora.

Ante el incumplimiento por parte de la demandada, la actora promovió las presentes actuaciones. Corrido el traslado de la demanda, se presenta la prestadora del servicio telefónico el 16 de Noviembre de 2009 y al contestar demanda dice: *"…el tiempo que transcurre hasta la habilitación del servicio en su nuevo domicilio depende de la existencia de red telefónica en la zona donde se pretende el servicio, o bien, de la disponibilidad de celdas o pares libres que exista en una zona que si bien posee red telefónica tiene una gran demanda de servicio. En este último caso habrá de esperarse que algún usuario solicite la baja de su servicio o se produzca una baja por falta de pago que libere un par o celda…"* (fs. 41/42).

Y a fs. 43 expresa: *"…Continuando con la realidad de los hechos cabe consignar también que no puede la actora sostener que no obtuvo respuesta ante su reclamo en la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Puerto Madryn atento que tal como luce de la propia respuesta acompañada como documental por la actora, allí se le brindó respuesta informándole dicha dependencia administrativa* ***que su actual domicilio se encuentra fuera del área de tarifas básicas; área esta sólo en la cual mi mandante está obligada a prestar servicio conforme el pliego licitatorio, base de la concesión del servicio telefónico perfeccionado por el Gobierno nacional…"***, insistiendo en el siguiente párrafo: ***"…ni existe obligación de mi mandante de prestar el servicio fuera del área de tarifas básicas ATB…"***. Seguidamente en el Punto V de su contestación reitera: ***"…mi mandante no está obligada a prestar el servicio de telefonía fuera del área de tarifas básicas ATB…Ello así, mal puede pretender la actora que V.S. articule medio alguno para que cuente con servicio en el domicilio de la calle B. ****, domicilio éste que se encuentra fuera del ATB…"*** (lo destacado es mío).

¿Porqué he transcripto y resaltado estos dichos de la empresa? Porque del análisis de las constancias de la causa advierto que ellos *son la primera respuesta o informe que la prestadora del servicio telefónico le ha brindado a su cliente (la actora) desde el día en que iniciara el trámite solicitando el traslado del servicio de teléfono fijo a su nuevo domicilio.* El trámite fue iniciado el día 17 de Julio de 2008 -esto no esta negado en autos- y el primer informe de la prestadora del servicio a su cliente relacionado con dicha tramitación se produjo en estos autos el día 16 de Noviembre de 2009. Alguien podría advertirme diciendo que en realidad el primer informe a la cliente se produjo el día 28/10/2008 cuando fue informada por Defensa del Consumidor (fs.13) sobre el resultado de la gestión allí realizada con motivo del incumplimiento de la empresa. Pero le respondo diciendo que dicho instrumento se trata de un informe suministrado a la actora precisamente por Defensa del Consumidor y no por la empresa T. de A. S.A. Por lo tanto, debo remarcar -porque hace al fondo del tema en tratamiento- que la actora inició el trámite del cambio de domicilio o de traslado del servicio al nuevo domicilio el día 17/07/2008 y el primer informe o respuesta por parte de la empresa prestadora del servicio se concretó en estos autos el día 16/11/2009 (dieciséis meses después).

Ante los términos de la sentencia que ha considerado que la empresa no ha incurrido en incumplimiento alguno y las quejas de la actora sosteniendo todo lo contrario y remarcando donde radica para ella el incumplimiento que justifica la revocación de lo sentenciado en la instancia inferior, debo tratar aquí cuál de las posturas resulta acertada para solucionar la cuestión.

El tema en discusión no puede soslayar el desarrollo del aspecto referido al Derecho Constitucional que está en juego. En este aspecto y tal como antes vimos aquí, el artículo 42 de la Constitución Nacional les concede a los derechos de los consumidores o usuarios rango constitucional; el máximo grado que un derecho tiene en un ordenamiento jurídico determinado. La

norma dice: *"Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno…"*. Javier WAJNTRAUB, al comentar esta norma, en la obra que dirige el Profesor Daniel SABSAY, señala: *"La incorporación del artículo comentado en la Constitución Nacional importó la consagración de los derechos de los consumidores y usuarios en nuestro país en el máximo escalafón posible, en sintonía con las constituciones más modernas de la orbe"* (WAJNTRAUB, J., "Constitución de la Nación Argentina", Direcc. SABSAY, D., T. 2, Ed. Hammurabi, 2010, pág. 302). Se trata de una garantía constitucional que se hace operativa a través de la Ley 24.240 y otras protectorias de los derechos *consumeristas*. Por su parte, el art. 43 de la Carta Magna viene a ratificar este derecho y a concederle a sus titulares la acción más expedita para que no sea vulnerado. La Ley 24.240 es la herramienta legal más idónea y rápida dentro del ordenamiento jurídico para proteger a los consumidores de eventuales actos u omisiones provenientes de los proveedores de bienes y servicios. Los derechos de los consumidores y usuarios forman parte de las garantías reconocidas por la Constitución Nacional (Art. 42) a las que alude el Art. 43 de la C.N. Por lo tanto, debe resolverse esta cuestión siguiendo estas mandas constitucionales. *"La nueva norma constitucional avanza sobre la anterior regulación de la acción a nivel legislativo y, en consonancia con los derechos consagrados en los nuevos arts. 41 y 42, amplía el ámbito de esta garantía para que sea utilizada en la defensa de los derechos del medio ambiente y de los consumidores y usuarios"* (SABSAY, D., ob. cit., pág. 564; conf. Resoluc. de la Direcc. de Defensa del Consumidor Pcia. del Chubut , Expte. 1107/2010 S.T.R. G. M. c/ T. de A. S.A. s/ Denuncia).

En relación a la cuestión de fondo discutida, cabe manifestar que, ante las nuevas modalidades del consumo, la intención del legislador en la L.D.C. fue la de crear un sistema de protección y defensa integral, partiendo del

presupuesto de una situación de debilidad del consumidor frente a su contraparte, y en ese sentido, quienes comercialicen bienes o servicios tienen el deber de *"informarlo"* de manera que pueda adaptarse la decisión respectiva con adecuado conocimiento de los bienes y servicios, de sus cualidades, atributos y posibilidades. El consumidor tiene derecho a que se lo informe en forma veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los bienes y servicios que le son ofrecidos (conf. art. 4 Ley 24.240). En consecuencia, atento a que el contrato que liga a las partes es de aquellos denominados "de adhesión" y teniendo en cuenta la particular modalidad que adopta la formación de estos tipos de contratos, corresponde afirmar la necesidad de que sus cláusulas sean objeto de un mayor control, más allá de que fuera aprobado por la C. N. de C.

Es para mí de fundamental importancia analizar y resolver si en este caso la empresa demandada dio cumplimiento -entre otras- a la obligación de *"informar al consumidor"* que consagra la norma del Art. 4 y concs. de la L.D.C.

La propia redacción del texto constitucional ya mencionado aquí exige el cumplimiento de la obligación de informar durante toda la relación de consumo. En tal sentido se ha sostenido que *la información tiende a proteger el consentimiento a prestar y, una vez formalizado el contrato, debe coadyuvar a la utilización del producto o servicio* (v. LOPEZ CABANA, R.M., "La información al consumidor, Régimen constitucional legal y reglamentario" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 8, "Derecho Privado en la reforma Constitucional", págs. 250/52; VAZQUEZ FERREYRA, R.A. y ROMERA, O.E., "Protección y defensa del consumidor", págs. 21/25; cit. en Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, Ed. Gowa, pág. 28).

La información es un tema central, casi obsesivo, recurrente en la ley de protección, puesto que no se puede prescindir del desconocimiento medio, ordinario o general de los consumidores (conf, MOSSET ITURRASPE, J.,

"Introducción al derecho al consumidor", en Rev. De Derecho Privado y Comunitario, N ° 5, pág.26, consid. 3°; CNFed.Cont.Adm., Sala II, 25/11/99, "Lacroze Propiedades SRL c/ Secret. Comercio e Inversiones", ED Bol. de Jurisp. CNACAFCF N° 3).

"El fundamento del enunciado "deber" está dado por la desigualdad que presupone que una de las partes se halle informada y la otra desinformada sobre un hecho que gravite o ejerza influencia sobre el consentimiento de la última, de tal manera que el contrato nunca hubiera llegado a perfeccionarse o lo habría sido en condiciones más favorables" (conf. GHESTIN, J., "Traité de droit civil. Le contrat formation", L.G.D.J., París 1988, N° 487, p. 546 citado por STIGLITZ, R.S., JA 30/4/97, págs. 5 y 6; CNFed. Cont. Adm., Sala I, 13/10/98, "Superm. Hipermarc SA c/ Secret. Com. e Invers., Albremática 109.295).

Ya he advertido supra que la actora inició el trámite del cambio de domicilio del servicio de telefonía fija el 17/07/2008 (Trámite N° 138562814), al pasar el tiempo y no tener ninguna *información* por parte de la empresa efectuó el correspondiente reclamo por ante Defensa del Consumidor quien, a su vez, presentó el reclamo ante la C.N.C. y fue recién en esa instancia cuando la empresa de telefonía informó a la C.N.C. que el domicilio de la usuaria (cliente) se encontraba fuera del Área de Tarifas Básicas. Pero es evidente que, a todo esto, la cliente siguió sin ser informada en absoluto por parte de la empresa prestadora del servicio. Remarqué también anteriormente que recién al contestar la demanda en estos actuados (dieciséis meses después de iniciado el trámite) la empresa T. se presenta y hace saber que el domicilio de la cliente está fuera del Área de Tarifas Básicas (ATB) y que ella *"…no está obligada a prestar el servicio de telefonía fuera del área de tarifas básicas ATB…"*.

Sin perjuicio de advertir que en ningún momento la empresa ha demostrado documentalmente cuál es el "ATB" y cómo está geográficamente delimitado, surge a todas luces evidente que la obligación

constitucional y legal de *"informar"* que hemos analizado, ha sido claramente incumplida por la demandada. Y no me cabe ninguna duda al realizar esta afirmación porque los hechos avalan mi conclusión. Es de toda evidencia que la empresa prestadora del servicio público sabía perfectamente cuando la usuaria solicitó el cambio de domicilio del servicio, que el mismo no estaba dentro del ATB y que por ello no podría prestarle el servicio correspondiente, salvo que pudiera hacerse con un acuerdo de precio en forma directa con el usuario lo cual tampoco era posible en ese momento (ver informe de fs.12). Por lo tanto ¿qué conducta debió haber esgrimido la empresa ante la solicitud presentada por la usuaria y la obligación de "información" que debe siempre cumplimentar? Pues nada más, ni nada menos, que hacerle saber a la Sra. S. que la empresa no estaba en condiciones de brindarle el servicio telefónico en su nuevo domicilio porque el mismo estaba fuera del ATB. De esta manera la cliente hubiera sabido a qué atenerse para el futuro. Pero no actuó así la demandada. Por el contrario, le tomó el trámite -sabiendo que no lo cumpliría- y no le informó nunca absolutamente nada a su cliente hasta el momento en que contestó aquí la demanda por ella instaurada.

Pero, por si toda esta inconducta fuera insuficiente, la empresa le tomó el trámite "sin corte del servicio" para conservarle el número (no se advierte para qué le serviría a la cliente conservar un número por un servicio que no se le iba a brindar), y de esta forma le continuó cobrando por el servicio telefónico que, como también antes remarqué aquí, la cliente nunca pudo utilizar dado que se lo suministraron en su anterior domicilio. No sólo brilló aquí por su ausencia la obligación de *"informar"* sino también *"la buena fe"* que debe estar presente en todas las etapas de la contratación (celebración, interpretación y ejecución).

Es de una claridad meridiana que ante la presentación de la solicitud del cambio de domicilio del servicio telefónico, de ningún modo la empresa de

telefonía estaba eximida de informar en los términos del art. 4 de la LDC, pues la usuaria es la parte más débil del contrato y -también como ya dijera aquí- sólo le queda la posibilidad de aceptar las condiciones fijadas o no celebrar el contrato o no llevar adelante el trámite en este caso.

Esto no admite discusión alguna porque las relaciones de consumo tienen su base en dos pilares centrales: *la confianza y la información*.

Desde hace ya algunos años las empresas invierten cuantiosas sumas de dinero en estrategias de confiabilidad, para poder posicionarse en el mercado, que luego sirva para lanzar líneas de bienes y servicios complementarios o diferenciados de los que habitualmente producen o comercializan, incluso pensando también en revitalizar estas. Esta generación de confianza, con herramientas específicas como la publicidad y el marketing, hacen que los consumidores y usuarios elijan determinadas marcas de bienes y servicios, así como empresas que comercializan determinadas líneas, en la idea de que en tales circunstancias ahorran costos de información, mercadeo, etc.

La expectativa de confianza nace fundamentalmente a partir de la credibilidad objetivizada, que es la que orienta el comportamiento y guía las decisiones del individuo y sus intencionalidades, especialmente a los consumidores.

Quien confía en una empresa, en una determinada situación, producción y/o comercialización de bienes y servicios es porque espera que ella se comporte en forma predecible conforme a las expectativas que ella misma generó como antecedente, verbigracia, por la publicidad masiva, una marca o un nombre comercial. Generar confianza entonces implica otorgar certeza sobre algún acontecimiento futuro, por ejemplo, la eficiencia y seguridad del bien o servicio; es hacer desaparecer la incertidumbre, es poder anticiparse a la misma y comportarse como si ese futuro fuera cierto y minimizando las situaciones de riesgo.

De esta forma, entre la confianza y el futuro, hay una relación de previsibilidad en el comportamiento empresarial y cuanto mayor sea la confianza, mayor será el grado de certidumbre acerca de un comportamiento o hecho futuro de los consumidores.

La confianza determina bajo que condiciones un consumidor realizará el intercambio económico con la empresa, precisamente porque la confianza crea expectativas y garantiza el cumplimiento de las obligaciones, convirtiéndose en fuente de seguridad (económica y jurídica). En ese sentido, la marca o nombre comercial de un producto o servicio de una empresa garantiza que este será confiable y que el consumidor no sufrirá daño alguno (conf. GHERSI, C.A. – WEINGARTEN, C., "Ley de defensa del consumidor", ed. La Ley, pág. 42).

Todo lo que hasta aquí he expuesto se ve en este caso más realzado ante la circunstancia de que el consumidor es un cliente "cautivo" de la empresa prestadora del servicio telefónico. Todos sabemos perfectamente que no tenemos posibilidad de optar o de elegir otra empresa que nos brinde un mejor servicio o un costo más bajo, etc., existiendo en lo que a este servicio se refiere un verdadero monopolio. Por lo tanto, si la consumidora o usuaria tiene una sola empresa con quien contratar el servicio y esta única empresa no cumple con los postulados y obligaciones que la Constitución Nacional y las leyes específicas le imponen, la situación es más grave aun y deben extremarse los cuidados y protección para el consumidor ante la evidente desventaja en que se encuentra frente al empresario.

Por lo analizado sostengo que con su proceder la empresa demandada ha transgredido el artículo 4 de la Ley 24.240, cuya finalidad -reitero- es la búsqueda de la voluntad real, consciente e informada del usuario respecto a las ventajas y desventajas del servicio que contrata. La razón de la norma se halla en la necesidad de suministrar al consumidor conocimiento de los cuales legítimamente carece, al efecto de permitirle efectuar una elección

racional y fundada respecto del bien o servicio en relación al cual pretende contratar (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala II, “Diners Club Arg. SAC y de T c/ Secret. Com. e Inversiones s/ Disp. DNCI 165/97, Lexis Nexis On Line N° 8/3005). Asimismo, el deber de informar en forma adecuada al consumidor -conforme lo expuse supra- no surge únicamente del citado artículo sino también de la propia Constitución Nacional y, en este orden de ideas, el deber de información no se circunscribe al momento de formalización del contrato sino que se mantiene durante toda la etapa posterior a fin de obtener una satisfactoria ejecución con relación al servicio contratado (conf. CNCont. Adm. Fed., Sala II, 01/06/04, La Ley On Line; C.A.Cont. Adm. Trib. CABA, Sala I, 19/04/2010, “CTI PCS S.A. c/ Ciudad de Bs.As.”, LLCABA 2010, Agosto, 401).

El acaecimiento de los hechos hasta aquí considerados, hace nacer de por sí la responsabilidad del infractor, sin que los argumentos desarrollados en su descargo sean suficientes para obtener su exculpación; ello es así por cuanto, para que se configure la trasgresión aludida no se requiere la existencia de intencionalidad fraudulenta en su autor, bastando la omisión en que se incurrió, que constituye de por sí el elemento subjetivo requerido para la configuración de la infracción (conf. C.N.A.Cont.Adm.Fed., Sala IV, 06/08/2002, “Telefónica Comunicac. Personales S.A. c/ Direcc. Nac. de Com. Interior”, La Ley Online: AR/JUR/6945/2022).

Por lo expuesto, considero que le asiste razón a la recurrente al considerar en su queja que la demandada ha incurrido en el incumplimiento de su obligación de dar una respuesta adecuada y oportuna al usuario y que nunca le informaron como cliente que el cambio era imposible de efectuar o que tardaría más de tres años en concretarse (incumplimiento al *deber de información*) y ello surge de autos conforme lo hasta ahora desarrollado.

3.5)

Otro de los argumentos que esgrime la apelante se sustenta en que T. contaba con un plazo no mayor de 90 días para cambiar el domicilio de la línea de conformidad con lo dispuesto por el art. 18 inc. 5 de la Resolución N° 25.839/96 del 09/12/96 de la Secretaría de Comunicaciones que modificara el Reglamento aprobado por la Resolución N° 136/96 CNT. Y ello tampoco fue cumplido.

Por lo hasta aquí analizado es evidente que la obligación no ha sido cumplimentada y me remito a lo expuesto en el punto anterior en orden a la brevedad. Inclusive esta normativa y su incumplimiento ni siquiera es mencionada por la demandada en su responde según ya vimos también aquí.

Pero además de estas circunstancias, es importante destacar en este punto -que está íntimamente relacionado con el tratado anteriormente- que hay un lugar en esta problemática donde colisionan las normas internas de la compañía (reglamentos, regulaciones, políticas comerciales, etc.) con los derechos y garantías que los usuarios tienen acordados, por un lado por la Constitución Nacional y por el otro por la Ley 24.240. El resultado de esa colisión no puede ser otro que la subordinación de la normativa de menor jerarquía a la de mayor rango. No hay nada que justifique que la empresa T. de A. S.A. le niegue a la usuaria el pedido de cambio de domicilio (conf. Direcc.Gral.Defensa del Consumidor del Chubut, Expte. N° 1107/2010 cit.).

La razón tardíamente esgrimida en autos por la empresa demandada para justificar su incumplimiento, cede ante la normativa constitucional y sus garantías ya desarrolladas aquí. La usuaria no puede tener ninguna restricción en el beneficio pleno de los derechos emergentes de la relación de consumo.

Por lo tanto, en este punto le asiste también razón a la parte actora debiéndose admitir su queja.

3.6)

Argumenta la quejosa que la demandada aceptó el trámite (solicitud) promovido por ella para el cambio de domicilio del servicio, nunca lo materializó, no le dieron una respuesta y tampoco le informaron como cliente que el cambio era imposible de efectuar o que podría demorar más de tres años en efectivizarse.

Debo destacar aquí que es importante evaluar, a esta altura del análisis, que la propia accionada aceptó la iniciación del trámite o pedido realizado por la usuaria (actora) con la finalidad ya conocida y no sólo lo aceptó sino que -conforme sus propios dichos- fijó dos formas de admisión: con corte del servicio o sin corte del mismo. Ya he comentado estas características de la tramitación por lo que no corresponde volver sobre ello ahora.

En consecuencia, por imperio de *"la doctrina de los actos propios"*, que implica que nadie puede ir en contra de sus propias actuaciones -*"venire contra factum propium non valet"*-; no es posible admitir una conducta, como jurídicamente relevante, si contraría la buena fe entre las partes que se presume debe emanar de su mismo obrar coherente y unívoco. Lo contradictorio es capaz de resentir gravemente la seguridad jurídica.

De allí que, analizando que la demandada primero fija las formas para realizar la tramitación, acepta el trámite o solicitud de la usuaria y luego ante los reclamos administrativos y judiciales de la cliente por la falta de información e incumplimiento, pretende justificar su proceder aduciendo que el domicilio donde se mudó la usuaria está fuera del Área de Tarifas Básicas y que por ello no está obligada a prestarle el servicio, resulta imposible de sostener sobre la base del criterio de la sana crítica (art. 390 CPCC).

No tengo dudas de que es aplicable la doctrina de los actos propios a la concesionaria del servicio telefónico que, luego de fijar las formas de requerirla y aceptar una solicitud de cambio de domicilio presentada por

una usuaria-cliente, se expide -ante el reclamo por incumplimiento- diciendo que el domicilio de la cliente está fuera del ATB y que por ello no está obligada a prestarle el servicio.

3.7)

Otro punto que es materia de agravio es el relativo a la orfandad probatoria que ha mostrado la parte demandada en sustento de su posición en el proceso. Sostiene la actora el incumplimiento de lo normado por el Art. 53 L.D.C. en cuanto a la obligación probatoria de los proveedores y que la empresa debió acreditar el fundamento de su negativa a realizar el cambio de domicilio. Inclusive destaca la absoluta carencia de documentación que respalde sus dichos, la solicitud de prórroga para presentar la misma y el incumplimiento en hacerlo. Afirma que la demandada se valió de su posición dominante y fue reticente en su deber de colaboración, limitándose a negar sin probar, por ejemplo, el tema relativo a la delimitación del "A.T.B.". Adelanto que admitiré también este agravio.

Sin perjuicio de las prescripciones del art. 381 del Cód. Procesal resulta por demás aplicable en controversias como ésta, la doctrina de *las cargas probatorias dinámicas*, desplegando aquí su receptividad con mayor amplitud.

Deberá ser entonces quien está en mejor posibilidad de probar quien acredite con veracidad las cuestiones controvertidas del proceso; no pudiendo tomar una posición de mera expectativa la concesionaria del servicio público, en su calidad de prestataria sobre una actividad de interés público general como es la de telecomunicaciones en la actualidad y respecto de la cual ella tiene el monopolio.

Advierto que la empresa demandada sostuvo como único argumento de justificación de su incumplimiento que el nuevo domicilio de la usuaria estaba fuera del A.T.B. y que, por tanto, no estaba obligada a brindarle el

servicio requerido, pero no presentó ninguna documentación respaldatoria que acredite esta pretendida causal de justificación.

Y no sólo no la presentó sino que, conforme surge de la contestación de la demanda (fs. 46), solicitó una prórroga de cinco días hábiles para cumplir con el requerimiento de presentar la documentación que le fuera requerida conforme lo ordenado por la Juez a quo a fs. 26 y notificación obrante a fs. 27. La documentación nunca fue presentada.

A lo dicho no puedo dejar de considerar lo informado en autos por el Sr. Perito Contador actuante (fs.125/126). Ha dicho el experto: *"…vengo a presentar mi Informe Pericial Parcial por falta de documentación fehaciente de "T. de A. S.A.";… con fecha 22 de diciembre de 2009, a las 10 hs me he constituido en sede Pto. Madryn de "T. de A. S.A."… a cargo de la gerencia de G. P., la cual manifestó la imposibilidad de respaldar los puntos de pericia en soporte papel por lo que se ha encargado la misma a sede central en Bs.As., de los cuales no he recibido respuesta alguna hasta el momento de la siguiente presentación.- …Por intermedio de la presente se aclara que los restantes puntos de pericia no han podido ser evacuados por falta de documentación; luego de varios llamados a la empresa T. de A. S.A. los cuales no me han brindado los requerimientos de información respectivos…"*.

Cuando el experto contesta las explicaciones que le fueron requeridas en autos (fs. 131), dijo: *"…se aclara que me encuentro imposibilitado de contestar la totalidad del punto "5.1" por falta de información fehaciente para los períodos devengados posteriores de Septiembre de 2009 a la fecha; atento al incumplimiento de "T. de A. S.A." de suministrar la documentación y/o facturas de servicio correspondientes, que respalden un informe al respecto…"*. Creo que lo informado por el experto es muy claro y no ha sido rebatido en autos por la demandada.

No debo dejar pasar la prueba de absolución de posiciones por parte del representante legal de la demandada en lo que hace a que en ningún

momento el absolvente respondió con solidez y claridad sobre la cuestión relativa a la zona o delimitación geográfica que comprende el A.T.B. y a la normativa que le impida a la empresa instalar el servicio. O sea, no sólo no se aportó prueba documental alguna al respecto sino que esos puntos tampoco fueron debidamente clarificados y fundamentados por el absolvente.

Sin perjuicio de la pertinente aplicación de la doctrina de *las cargas probatorias dinámicas* antes referida, no debemos omitir la expresa normativa impuesta por el Art. 53 L.D.C. cuando dice: *"…Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio…"*.

Tal como se sostuviera en la XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el ámbito del derecho del consumo se impone el principio de la carga probatoria dinámica, haciéndose de esta manera eco de la institución recientemente acuñada por el Derecho Procesal Civil y estableciendo que quien se encuentra en mejores condiciones de probar debe hacerlo, cuando se discutan derechos del consumidor, en el marco de un procedimiento judicial o administrativo. La ley establece *"deberá"* y no podrá; dejando clara la obligatoriedad de esta colaboración y significando también una cierta presunción contra el proveedor, cuando dicha información no sea presentada por el (conf. GHERSI-WEINGARTEN, ob. cit., pág. 251).

Sabemos que esta doctrina sin dejar de lado el principio cardinal del "onus probandi" que dimana del art. 381 del ritual, apunta a la concreción de la verdad real que es el fin último de la jurisdicción; en función de la misma la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones para traerla y no exclusivamente sobre el actor para quien muchas veces la acreditación de sus afirmaciones constituye prueba si no "diabólica" de imposible o improbable producción; no interesa quien sea el actor o el demandado: lo

importante es que la prueba se traiga por quien tiene la posibilidad material de hacerlo (conf. PEYRANO, "Carga de la Prueba-Conceptos Clásicos y Actuales", Rev. de D.Privado, Comentario N° 13, pág.110); se ha dicho que *"se funda en el deber de colaboración y solidaridad para la obtención de la verdad real ajustándose su esquema al ideal perseguido por el derecho moderno, preocupado sobre manera por adherir lo más posible a las circunstancias del caso, evitando así incurrir en abstracciones alejadas de la realidad"* (conf. QUADRI, G.H., "La prueba en el proceso civil y comercial de la Provincia", pág. 89 y jurisprudencia allí citada).

Y lo aquí dicho no puede implicar factor de sorpresa alguna para el litigante: el hecho de ser obligatoria su asistencia letrada pone en manos del profesional que la asuma realizar todos los planteos y producir todas las pruebas que hagan a su derecho; y cuando hablo de "todas las pruebas" el concepto abarca a todas las necesarias para que la jurisdicción llegue a la verdad material, lo cual a mayor abundamiento hace al deber de colaboración que debe guiar el quehacer procesal de las partes.

Tengo en claro que devienen intolerables aquellos comportamientos que se limitan a la fácil negativa o el omitir, como espectador, más que como partícipe necesario de lo que la jurisdicción aguardaba de ese litigante.

Por lo demás, el reclamo de una conducta de cooperación (solidaria) en el proceso, es un derivado del principio fundamental de *la buena fe* en las relaciones contractuales ampliamente receptado en el art. 1198 del Cód. Civil y claramente preservado por el art. 37, último párrafo, de la L.D.C., que impone la colaboración permanente entre los contratantes, desde el período previo a la conclusión del acuerdo, y hasta su finalización.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto y de lo que surge de estas actuaciones, no tengo duda alguna en afirmar que la demandada es quien debió probar en forma clara y terminante la existencia de alguna causal de justificación frente al manifiesto incumplimiento a sus obligaciones que

hasta aquí he venido detallando. El incumplimiento de la empresa -como ya he fundamentado supra- está para mí claramente demostrado, no coincidiendo en este punto con la conclusión de la magistrada de la Instancia inferior. Por lo tanto ¿debió la actora también probar que a la demandada le asistieron causales de justificación para no cumplir todas las obligaciones incumplidas y que estaban a su cargo en la relación contractual?. Si nos detenemos en lo expuesto hasta aquí sobre las "cargas probatorias dinámicas" y lo expresamente dispuesto por la norma del Art. 53 L.D.C., la respuesta es una sola: estaba a cargo de la demandada demostrar las causales de justificación de sus incumplimientos, cumpliendo con el deber de colaboración ya mencionado. Nadie estaba en mejores condiciones que ella para demostrarlo. No lo ha hecho y, por lo tanto, debe cargar con las consecuencias que le acarrea tal ausencia de producción probatoria (conf. art. 381 y concs. CPCC; art. 53 y concs. L.D.C.).

3.8)

Debo considerar ahora el agravio relativo al hecho de que la sentencia ha considerado que existió un dictamen de la C. N. de C., la que resolvió que el domicilio de la actora se encuentra fuera del Área de Tarifas Básicas (ATB), dentro de la cual la Empresa está obligada a prestar el servicio. Sobre este mismo tema la sentencia expresa -y es motivo también de agravio- que de los dictamenes obrantes a fojas 12 y 13, aportados por la propia actora, surge que el domicilio en el cual la accionante pretende el cambio de servicio, se encuentra fuera del Área de Tarifas Básicas, según lo establece la Comisión Nacional de Comunicaciones.

Adelanto que, para mí, la sentenciante ha incurrido en un error de apreciación con respecto a la naturaleza de la documental en tratamiento. En efecto, conforme surge del instrumento de fs. 12 emitido por la C.N.C. el mismo no se trata de un *"dictamen"* de dicha Comisión sino de una

respuesta que la misma le remitió a Defensa del Consumidor. En ella se expresa: *"…la empresa T. de A. S.A. ha informado que: El domicilio se encuentra fuera del Área de tarifas básicas…"* (subrayado mío).

La transcripción que he realizado es más que elocuente para demostrar que el documento en cuestión no es en modo alguno un "dictamen" de la C.N.C. sino que se trata de una respuesta en la que le hace saber al organismo de Defensa del Consumidor lo *informado* por la empresa demandada.

Y con relación al instrumento de fs. 13 emitido por Defensa del Consumidor y enviado a la actora, tampoco es un *dictamen*. Es solamente una nota en la que se le hace saber a la Sra. S. lo que le ha sido informado por la C.N.C. Adviértase que el instrumento comienza diciendo: *"…nos dirigimos a Ud. a los efectos de informarle…"*. Es fácil advertir que este documento no es un dictamen.

Inclusive el hecho de que en el documento de fs.13 el texto haga referencia a que recibieron un "dictamen" de la C. N. de C., es un evidente error de apreciación o de evaluación por parte del firmante de esta nota sobre lo que es un "dictamen" dado que se está refiriendo al documento de fs. 12 y ya hemos visto que el mismo no es en absoluto un "dictamen" de la C.N.C.

Por lo analizado hasta aquí, entiendo le asiste razón a la quejosa en este punto de sus agravios y considero que ha existido un error de apreciación o de calificación en la sentencia sobre la naturaleza de los instrumentos que acabo de evaluar.

3.9)

Corresponde tratar en este punto el agravio que hace referencia a la procedencia de aplicar al caso las disposiciones del art. 37 de la L.D.C. y al planteo de que resulta injusta la sentencia al convalidar una situación de

desigualdad entre la empresa y el usuario en contraposición a lo normado por el art. 42 de la C.N.

Como bien lo sostiene el Dr. Ricardo L. Lorenzetti, *"El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el Derecho del consumidor… En los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley sino la Constitución Nacional la que es fuente principal del derecho consumerista. Se trata de uno de los denominados "derechos civiles constitucionalizados" que tienen una historia de ascensos en el sistema de fuentes del Derecho: nacen en las luchas sociales, ingresan por los umbrales nomativos que son las decisiones jurisprudenciales aisladas, luego vienen las leyes especiales, los tratados, en algunos casos son reconocidos en el Código Civil y en la Constitución. De esta fuente surgen rasgos normativos, en especial, su operatividad. ¿Cuál es el sentido de este término? La interpretación dominante es que no es necesaria una ley que reglamente el derecho para poder invocar su aplicación al caso concreto. En este sentido se ha dicho que la norma del artículo 42 de la Constitución Nacional pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, los cuales son operativos sin necesidad de que se dicte una ley que los instrumente, lo que significa que el juez puede aplicarlo en el caso concreto y que su eficacia no está condicionada".* (LORENZETTI, R.L., "Consumidores", Ed. Rubinzal Culzoni, 1era. Ed., Santa Fe, 2003, pág. 44).

Partiendo de la presunción de que el derecho conforma un todo ordenado, coherente y sistemático, la ubicación de la norma nos indica que no se trata de una "ley especial" a secas. Por el contrario estamos en presencia de algo más: la C.N. es fuente directa de los Derechos del Consumidor enumerados explícitamente y con vasto contenido. La imperatividad de las normas es producto del Orden Público Protectorio que impera en la temática, reconocido incluso en la propia LDC, art. 65. Es incuestionable que la protección del consumidor se ha constituido en una de las primeras prioridades de nuestro sistema jurídico. La propia naturaleza de la relación

de consumo la coloca como algo evidentemente distinto, aunque afín, a las restantes relaciones patrimoniales entre las personas, lo cual también es confirmada por la férrea enunciación de principios y derechos en el art. 42 de la C.N. La elevada nómina de derechos obrante en este artículo da cuenta del amplio espectro que comprende el mandato constitucional: el consumidor, en cuanto tal, está tutelado por la Carta Magna en todos los aspectos de la relación de consumo. Prácticamente no queda situación sin contemplar, en particular frente al precepto de protección de los "intereses económicos" del consumidor, fórmula suficientemente amplia y comprensiva. El Estatuto, ahora de rango Constitucional, tiene vocación de plenitud y totalidad, alcanzando cada uno de los derechos y deberes de las partes en la relación de consumo. El sistema, para ser tal, debe guardar coherencia interna. La necesidad de la inexistencia de antinomias en el ordenamiento, posiciona al Estatuto del Consumidor como una norma superior en relación a los restantes ordenamientos particulares (conf. OSSOLA, F.A., "La prescripción liberatoria en las relaciones de consumo", L.L., 2006-F, 1184).

De lo hasta aquí expuesto surge con notoria nitidez que las normas del Reglamento del servicio telefónico -conforme al caso que estamos tratando- deben ser interpretadas en sintonía con las normas constitucionales y legales de rango superior, vale decir, la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, de manera de evitar todo perjuicio y/o restricción ilegítima de los derechos de los consumidores y usuarios.

En función del art. 42 de la Constitución Nacional, corresponde al Poder Judicial -como autoridad del Estado- amparar los derechos reconocidos de usuarios y consumidores efectuando el control de razonabilidad de las leyes de protección del consumidor, así como ejercer el control de legalidad y razonabilidad de las medidas o sanciones que pudieran adoptarse en su

perjuicio (conf. GELLI, M.A., "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada". 3ra edic., La Ley, pág. 466).

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 24.240 dispone que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor.

Todos estos principios fundantes del Derecho del Consumo deben ser aplicados en el presente caso en tratamiento para evidenciar la aplicación del derecho vivo y la comprensión por parte de los magistrados del giro copernicano que ha experimentado nuestro ordenamiento legal a partir de la Ley 24.240 y de la incorporación del art. 42 a la Constitución Nacional.

Es de toda evidencia, entonces, que a la luz de las normas y principios que acabo de enunciar, en modo alguno puede considerarse justa una sentencia que convalide una situación de desigualdad entre la empresa y el usuario, contraviniendo lo dispuesto por el referido art. 42 de la C.N. y los artículos 3, 37 y concs. de la L.D.C. Y ello es así porque frente al derecho subjetivo del usuario de exigir la prestación del servicio público, existe la obligación jurídica del Estado o del particular autorizado que lo tiene a su cargo de prestarlo de conformidad con las necesidades del primero y con la propia naturaleza de todo servicio público.

El pliego de bases y condiciones para la privatización del servicio público telefónico aprobado por el Dec. 62/90, en cuanto impone a la licenciataria el deber de información a la autoridad regulatoria, es de aplicación extensiva al usuario por ser éste el directo interesado en la protección de sus derechos y en el normal funcionamiento del servicio.

Y, como antes he dicho aquí, todos estas especiales características de la contratación se ven más realzadas porque en la relación entre el usuario del servicio telefónico y el concesionario se configura un *contrato de adhesión*, por cuanto uno de los contratantes, en virtud de una cualidad específica como la derivada de la prerrogativa de prestar el servicio en forma única y monopólica en la respectiva zona de influencia, posee un poder de

imposición exorbitante sobre el usuario, de modo tal que este último sólo asiente a la propuesta de la empresa.

Es para mí evidente que no puede tolerarse ante la notable disparidad de fuerzas que se traduce en un incuestionable poder de negociación por parte de T. de A. S.A. -y del que se halla sustraído el usuario- que ésta, no obstante poseer todo el poder técnico e informativo a su alcance, suponga hallarse habilitada para hacer abuso de su posición dominante y no haya acreditado en autos los derechos que le asisten para justificar su conducta esgrimida para con la cliente-actora.

En ese marco y en coincidencia con los agravios de la reclamante, no puede perderse de vista que la Ley 24.240 ha establecido como regla obligatoria de interpretación que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor, y si aun existiesen dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa (arts. 3, y 37, ley cit.). El legislador ha recurrido, en pos de tutelar a los consumidores y usuarios en sus relaciones contractuales, a una moderna aplicación de la llamada regla "favor debitoris". Vale decir, que en casos como el presente, para interpretar las obligaciones sólo puede echarse mano al principio mencionado, si se lo entiende como "favor al débil". No cabe duda que dicho principio debe ser tenido en cuenta por esta Cámara como principio orientador al interpretar la ley, atento el carácter de orden público que ostenta la normativa en análisis (art. 65, Ley 24.240), advirtiendo que el fundamento de esta regla tiende siempre a una finalidad de justicia que propone restablecer el equilibrio entre las partes (conf. MOISSET de ESPANES, L. y TINTI, G., "Consideraciones sobre el consumo y el derecho del consumidor", Anuario de D.Civil de la Univ. Católica de Córdoba, 1994, T.II, doctrina, págs. 97/99).

La idea de protección al usuario analizada deriva de una concreta "ratio legis", la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales, quienes

tienen una superioridad considerable en las relaciones contractuales y en especial en las que se enlazan entre los prestadores de servicios públicos por una parte, y los usuarios por la otra (conf. ALTERINI, A., "Los contratos de consumo y las cláusulas abusivas", en "Temas de Responsabilidad Civil", ALTERINI A. y LOPEZ CABANA, R., pág. 265, Ed. Ciudad Argentina, Fac. de Derecho y C.Sociales de la UBA, 1995).

Del detenido análisis realizado de lo acontecido entre las partes de este proceso surge con evidencia la postura dominante asumida por la prestadora del servicio público de telefonía frente a la usuaria del mismo quedando a la luz la notable desproporción entre uno y otro (el fuerte y el débil). Con sólo advertir la actitud asumida en el proceso por la demandada en lo que hace a la actividad probatoria -ya analizado aquí- es más que suficiente para advertir la razón de mis dichos. Es evidente que la demandada sólo se limitó a "negar" sin "probar". Pero a esa postura debe agregarse que no presentó la documentación que la Jueza a quo le requirió; solicitó una prórroga para presentarla y tampoco cumplió. La pericia contable no pudo hacerse completa porque la demandada le retaceó y no le entregó al experto la documentación que le requiriera para cumplir su cometido. Por último, surge de autos su total incumplimiento a las obligaciones que imperativamente le impone no sólo la L.D.C. sino también la Constitución Nacional, según ya hemos analizado.

Si a lo dicho le incorporamos las normas y pautas de interpretación contractual que acabamos de analizar en este punto, que son aplicables al caso en tratamiento y que -fundamentalmente- son de orden público, habré de coincidir con la agraviada en cuanto a que esta Cámara no debe confirmar la sentencia en crisis ya que ello no sólo implicaría convalidar una verdadera injusticia sino que se concretaría una abierta y flagrante violación a los postulados impuestos por la Ley 24.240 y la Constitución Nacional. Así lo propondré al Acuerdo.

3.10)

No es posible dejar de considerar en esta problemática el *"principio de la buena fe"*.

El estándar de la buena fe constituye una cláusula abierta que debe regir la actividad del intérprete para toda clase de contratos y es la regla primordial para la interpretación de los *contratos de adhesión*.

Es entendida la buena fe como criterio objetivo para la valoración de conductas e intereses en el contrato, apuntando a evitar un perjuicio desproporcionado y no equitativo al consumidor o bien, que comporten una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, o como señala Roppo, aceptada como corrección, razonabilidad, sensibilidad frente a las razones de la contraparte (ROPPO, V., "El contrato del dos mil", Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 46).

Los contratos deben interpretarse según las exigencias de la buena fe -art. 1198, Cód. Civil- prefiriendo la solución que más convenga a su naturaleza, a fin de evitar que aspectos marginales o secundarios sirvan de pretexto para desligarse de la palabra comprometida y frustrar la finalidad acordada (CNFed.Civ.Com., Sala II, 06/02/03, LL, 2003-E, 652; cit. por VIVAS, M.L., "El contrato de adhesión.Pautas iterpretativas", L.L. 03/03/2011, pág.1).

El artículo menciona la buena fe tanto en la celebración, como en la interpretación y la ejecución de los contratos, vale decir, en todo momento.

La buena fe, que en general se concibe como la convicción de obrar conforme al derecho, se define en este caso como *buena fe-probidad*, o sea la recíproca lealtad que las partes se deben en todos los aspectos de la contratación, y esa lealtad debe apreciarse objetivamente, o sea aplicando a cada situación el criterio de lo que hubieran hecho dos personas honorables y razonables (conf. MESSINEO, Doctrina General, T.II, pág. 110).

Lo que interesa aquí es *la conducta esperada* de cada una de las partes por la otra.

En tal sentido, se dijo que *"la buena fe significa que cada uno debe guardar fidelidad a la palabra empeñada y no defraudar la confianza o abusar de ella, ya que ésta forma la base indispensable de todas las relaciones humanas. La buena fe no es norma: es el principio supremo de las relaciones obligatorias, de forma que todas deben medirse por él"* (CFed.Cba.,Civ.Com., 29/7/78, LL, 1979-A-201).

La buena fe-probidad exige que los contratantes se conduzcan escrupulosamente (conf. CNCiv., Sala D, 17/12/69, JA, 6-1970-354).

Dice Danz al respecto que el juez coloca, en lugar de las dos partes, dos personas razonables, y se pregunta cómo habrían éstas concebido y entendido la conducta que constituye la declaración de voluntad, y cómo habrían cumplido en tal caso (DANZ, "La interpretación de los negocios jurídicos", pág.96).

Este principio se ha aplicado en muchos casos. Los más importantes son los siguientes:

a) La buena fe impide dar por no querido, sin una clara salvedad, lo que es usual o general querer. Dicho con otras palabras, es de mala fe en materia contractual pretender introducir excepciones que no formaban parte de la declaración común de la voluntad, porque las personas de buena fe confían en que la declaración surtirá en su caso concreto sus efectos usuales (CNCiv., Sala F, 25/9/80, ED 99-764, sum. 16).

Se ha dicho, aplicando esta doctrina, que *no es de buena fe la interpretación que constriñe a una de las partes a abonar todas las cuotas convenidas y faculta a la otra a proceder a voluntad*; en tal caso, *"el fallo debe establecer la prestación de lo normal y ordinario, la prestación usual"* (SCBA, 29/5/73, LL, 151-377).

La misma regla de buena fe impide ceñirse a la literalidad de las expresiones utilizadas en el contrato, cuando esa interpretación contraría el

sentido verdadero, el "espíritu" de lo convenido (CNCiv, Sala C, 25/7/79, LL 1979-C-536).

b) Una interesante aplicación del principio de la buena fe lo constituye *la doctrina de los propios actos*, enunciada por el español Luis Díez Picazo y que en nuestro medio fue divulgada por César C. Minoprio.

Según Minoprio, del requisito de obrar con rectitud y honradez, o sea con buena fe-probidad, resulta que *"es inadamisible que un litigante pretenda fundamentar su accionar, aportando hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos; es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su conducta anterior"* (MINOPRIO, C.C., "El boleto de compraventa, ejercicio abusivo del derecho y la prohibición de ir en contra de los propios actos", Rev. del Notariado, N° 742, pág. 1258).

c) El hecho de que exista un plazo tácito en la convención, no autoriza a una de las partes a retardar indefinidamente la ejecución de sus obligaciones, porque el principio de la buena fe impone que éstas se cumplan en el tiempo y la forma que las partes razonablemente pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (conf. CNCiv, Sala D, 27/4/73, LL 151-609).

d) Danz fundamenta en la buena fe la regla hermenéutica según la cual *las expresiones dudosas deben ser interpretadas en contra de quien las formuló, porque es contrario al proceder de un hombre honrado el lucrar a costa de una redacción imprecisa* (DANZ, ob. cit., pág. 203).

Al respecto, Borda recuerda la carga de claridad en la declaración, que pesa sobre todo contratante (BORDA, G.A., "La reforma del Código Civil. Los contratos en particular", ED, 31-1000; CNCiv, Sala G, 28/10/81, ED, 99-726, sum.29), y que obliga a respetar el sentido que verosímilmente puede habérsele dado a la declaración que recibe y acepta.

Debe destacarse que la jurisprudencia de nuestros tribunales han declarado reiteradas veces que *ante cláusulas imprecisas, las dudas pueden resolverse legítimamente en contra de quien las redactó* (conf. CNCiv, Sala D, 30/10/72,

ED, 47-658; íd., íd., 18/2/74, LL, 155-198; y demás jurisprudencia citada en BELLUSCIO-ZANNONI, "Código Civil Comentado Anotado y Concordado", T. 5, pág. 909).

En cuanto a la cuestión específica relacionada con los *contratos de adhesión,* es un principio aceptado que, *frente a las cláusulas impresas, la interpretación en caso de duda debe ser favorable a quien no intervino en la redacción* (en este caso la usuaria del servicio) (conf. CNCom, Sala C, 21/11/78, ED, 82-181; íd., íd., 2/4/81, ED 93-495; íd., Sala D, 18/8/78, LL 1979-A-252; LOPEZ DE ZAVALIA, "Teoría de los Contratos. Parte Gral.", pág.76).

Un punto relevante y a tener en cuenta en los casos como el que estamos aquí analizando es el relativo al *consentimiento*. *El consentimiento por adhesión se presta especialmente a la violación de principios morales y de orden público, a los cuales están sometidas las relaciones contractuales, razón por la cual debe hacerse una interpretación restrictiva de las cláusulas limitativas o excluyentes de la responsabilidad del predisponente (cláusulas vejatorias o leoninas)* (conf. CNCiv, Sala D, 4/5/79, JA, 1980-I-611; íd., CNCom, Sala B, 25/8/78, LL 1978-D-713; íd., Sala D, 24/12/79, LL, 1980-B-110; BELLUSCIO – ZANNONI, ob. cit., pág. 916).

Por esa razón, se ha declarado que *la interpretación de los sistemas contractuales de gran complejidad debe efectuarse a favor de la parte que suscribe el contrato formulario, de adhesión, que le es presentado con la promesa de entregarle un bien apreciado* (conf. CNCom, Sala A, 27/3/79, LL 1979-B-357).

Es por todo lo hasta aquí dicho que hay que tomar en consideración la especial situación en que se encuentra *el adherente* (la usuaria del servicio, en este caso), que en la mayoría de las contrataciones no tiene tiempo de evaluar adecuadamente las cláusulas del contrato, y por ello pierde la adecuada percepción de sus consecuencias (conf. CNCom, Sala A, 27/3/79, LL 1979-B-357).

En lo que hace a la normativa de la L.D.C. es obvio que este principio rige y debe presidir como rector la celebración, la ejecución y la interpretación de los contratos comprendidos por ella. Basta con remitirnos a las normas de los artículos 6, 8 bis, 10, 25, 28, 30 bis, 31, 36, 37, 38, 39 y 40 para comprobar esta afirmación.

Finalmente y ante la pregunta de si en el caso en tratamiento los hechos han sido regidos y se ha respetado por la empresa prestadora del servicio público el principio de *la buena fe*, la respuesta es sin duda alguna negativa, conforme lo desarrollado y analizado en todos los puntos precedentes a los que me remito en orden a la brevedad. No tengo ninguna duda -y ya lo dije aquí- del aprovechamiento que ha hecho la empresa demandada de su situación de poderío, privilegio y monopolio, frente a la situación de debilidad en que se ha encontrado la usuaria-actora. Esto hace que corresponda aplicar todos los principios que he desarrollado a lo largo de este voto a fin de equilibrar a las partes y proteger al más débil de la relación, sin que ello implique perjudicar al más fuerte. Y esto último es necesario que quede en claro: de ninguna manera la protección al usuario-consumidor frente al poderío y superioridad de la empresa prestadora del servicio público implica desconocerle derecho alguno a esta última sino todo lo contrario. La empresa tuvo, tiene y tendrá todos los derechos que le asisten para hacerlos valer ante quien corresponda y en el momento oportuno. Lo que no puede hacer la justicia es suplir la inacción de la empresa si ésta no asume el rol que tiene que asumir ejerciendo en tiempo y forma los derechos y defensas que la ley le concede.

Es por lo expuesto que considero que la empresa demandada ha violado con su comportamiento el elemental principio de *la buena fe* en su relación con la usuaria actora en autos causando a ésta perjuicios innecesarios con su postura. De allí que propondré al Acuerdo la revocación de la sentencia en crisis dado que su confirmación equivaldría a amparar un

comportamiento contractual de mala fe esgrimido por la parte demandada-prestadora del servicio en perjuicio de la actora-usuaria.

4)

Teniendo en cuenta que propondré al Acuerdo la revocación de la sentencia objeto del recurso, ello traerá como consecuencia de -admitirse mi postura- que corresponda hacer lugar a la demanda. Por lo tanto, debo tratar los puntos que han sido objeto de reclamo por la parte actora a fin de determinar si proceden o no.

4.1) <u>El traspaso de la línea telefónica</u>.

Solicita la actora que se ordene a la demandada, que en el lapso más breve que V.S. considere razonable, articule los medios necesarios para lograr que la actora cuente con la línea telefónica de marras en su domicilio, ello bajo apercibimiento de aplicar una condena conminatoria de carácter pecuniaria diaria, aleccionadora, de la suma que estime corresponda por cada día de retardo (fs. 20).

Tengo en cuenta, en primer término, para resolver este punto que la parte demandada no ha acreditado en ningún momento en forma fehaciente la imposibilidad legal y/o material de poder cumplimentar el cambio de domicilio del servicio telefónico solicitado por la parte actora.

1. Además y sin perjuicio de toda la normativa específica ya analizada aquí y aplicable al caso, tengo presente la Resolución dictada en el Expte. N° 1107/2010 "G. M. c/ T. de A. S.A. s/ Denuncia Ley de Defensa del Consumidor" por la Dirección de Defensa del Consumidor de la Provincia del Chubut, en la que se sentaron principios fundamentales claramente aplicables al caso de autos. Por lo que, además de todo lo fundamentado hasta aquí, el basamento de mi decisión también tiene en cuenta lo siguiente:

*a) Que, en el propio Reglamento General de Clientes, está previsto el trámite de cambio de domicilio de una línea telefónica. Se trata de una diligencia sencilla, que hasta puede realizarse telefónicamente (utilizando el servicio *112 de atención al cliente).*

b) Que el cambio de domicilio de la línea telefónica se encuentra entre esos derechos que los usuarios tienen; y deben ser atendidos rápida y eficazmente por el prestador del servicio.

c) Que el cambio de domicilio de la línea telefónica es un trámite absolutamente rutinario que ni siquiera requiere que el usuario lo haga personalmente.

d) Que no hay nada que justifique que la compañía T. de A. S.A., le niegue a la usuaria el pedido de cambio de domicilio.

e) Que T. de A. S.A. deberá, en forma inmediata, proceder a realizar el cambio de domicilio solicitado por la usuaria en queja (Resoluc. Expte. N° *1107/2010 Direcc. Defensa Consumid. Pcia. Chubut).*

f) Que no se advierte ningún fundamento de derecho (legalidad) que le permita a la compañía T. de A. S.A., restringir el derecho requerido por la usuaria.

g) Que aun el mero hecho de que no encuadre técnicamente, no es un reparo válido que pueda oponerse al verdadero amparo que requieren las garantías constitucionales.

h) Que el reclamo que pretende satisfacer el usuario, tanto como las posibilidades técnicas de la compañía proveedora de satisfacerlo, demuestran que se trata de un trámite que debería ser solucionado, sin ninguna intervención burocrática, en pocos días. La alta tecnología desarrollada en nuestros tiempos hace que sea intolerable que una cuestión tan sencilla, como cambiar de domicilio una línea telefónica, requiera de un tiempo tan largo como el que demanda la tramitación de un proceso Administrativo o Judicial. Y mucho menos tolerable es, de acuerdo a los preceptos de la ley 24.240, que sea el usuario quien cargue con los efectos adversos del paso del tiempo.

i) Que los derechos del consumidor tienen jerarquía constitucional y, por tanto, el mayor de los amparos que un ordenamiento puede concederle.j

j) Que cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva.

k) Que el dictado favorable de esta medida no le ocasiona a T. de A. S.A. ningún perjuicio que, en la hipótesis más desfavorable para sus intereses, no pueda ser ulteriormente subsanado. Se trata de mudar de domicilio una línea telefónica de uno de sus clientes; privarlo de ese derecho constituye una arbitrariedad irrazonable, porque sencillamente le está impidiendo el uso del servicio.

l) Que la empresa no puede oponerle al pedido de la usuaria la existencia -no acreditada en autos- de un Área de Tarifas Básicas dentro del cual no estaría comprendido el nuevo domicilio de la usuaria, porque si ella mismo lo aceptó no puede constituir ninguna restricción a los plenos derechos de la usuaria .

m) Que de no mediar la intervención judicial, la reclamante se verá privada de gozar del servicio básico de telefonía (debido a su mudanza de domicilio) por un largo período de tiempo. Es este el escenario opuesto al que pretende la Ley 24.240, cuyo artículo 1 dice textualmente: "La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario".

n) Que debe revertirse la situación fáctica porque el proveedor del servicio tiene todos los elementos necesarios para poder satisfacer el justo reclamo de la usuaria en queja.

o) Que deviene arbitrario (ilegal) que por la simple invocación --no probada—de que existe un Área de Tarifas Básicas (ATB) en el que no estaría comprendido el nuevo domicilio de la usuaria -circunstancia tampoco probada- ésta se vea por completo privada del servicio telefónico.

p) Que aun admitiendo la posibilidad -no demostrada por la demandada- que el domicilio de la actora se encontrara fuera del "ATB", tampoco T. ha probado que, ante esa circunstancia, realizó la gestión de acordar con la usuaria un precio de

instalación en forma directa en función de la obra que le resulta necesaria al cliente. Posibilidad que tiene conforme ella misma lo informara a la Comisión Nacional de Comunicaciones (ver fs. 12).

q) Que la situación ni siquiera afecta algún derecho de la compañía T. Es, una mera arbitrariedad que, al colisionar con derechos de mayor jerarquía debe ceder de manera instantánea.

r) Que de no mediar oportuna intervención jurisdiccional, el perjuicio que ya padece la usuaria en queja, se va a prolongar por más tiempo.

s) Que no se advierte que el cambio de domicilio de una línea, que le permitiría a la usuaria seguir utilizando el servicio normalmente, pueda ocasionarle a la compañía denunciada alguna clase de perjuicio.

t) Que es simple observar que aun el más veloz de los procesos, sean éstos judiciales o administrativos, siempre serán lerdos si se los compara con las urgencias que la necesidad les suele imponer a las partes que deben recurrir a ellos. Este expediente refleja esta realidad porque, mientras se tramita, la actora no puede gozar del servicio telefónico por cuanto se ha mudado de domicilio, y la empresa -sin una causa razonable y acreditada- se niega a realizar esa mudanza de la línea. O sea, por un lado tenemos una garantía constitucional restringida, y por el otro la arbitrariedad con que esa restricción se impone.

u) Que el Derecho del Consumidor confronta a partes débiles con partes fuertes y será la primera de ellas la que sufrirá las consecuencias perniciosas del paso del tiempo, mientras que la más robusta se beneficiará con ellas.

v) Que no se favorece el mandato proteccionista de la L.D.C. si se permite que, a pesar de la existencia de un reclamo y de la inexistencia de un perjuicio real para el proveedor, este último se beneficie con los largos plazos de la tramitación legal, mientras que la otra parte -la más débil- los padezca.

Teniendo en cuenta los principios que acabo de enunciar, sustentándome en ellos y en los esgrimidos a lo largo de este voto, propondré al Acuerdo hacer lugar a lo reclamado por la actora en el punto en tratamiento. En

consecuencia, T. de A. S.A. deberá proceder al cambio de domicilio de la línea telefónica identificada con el N° 02965-******, titularidad de la Sra. M. S., a su nuevo domicilio sito en la calle B. N° ****, Barrio X, de la ciudad de Puerto Madryn, de esta Provincia, dentro del término de TREINTA (30) DIAS corridos contados a partir que adquiera firmeza esta sentencia, bajo apercibimiento de aplicar astreintes. La prestación del servicio telefónico deberá ser suministrada con calidad y eficiencia (art. 42 de la C.Nacional) y en condiciones de continuidad, regularidad e igualdad con lo dispuesto por el Anexo III relativo a los "Derechos y Obligaciones de los Clientes del Servicio Básico Telefónico" (conf. arts. 1, 2, 3, 4, 8 bis, 30, 37, 52, 65 y concs. de la Ley 24.240; art. 42 y concs. de la Constitución Nacional; art. 33 y concs. de la Constitución Provincial; arts. 666 bis, 1137, 1197, 1198 y concs. del Código Civil y arts. 34, 37, 381 y concs. CPCC).

4.2) <u>El Daño Punitivo</u>.

Con el argumento de que estamos frente a un palmario incumplimiento de la prestataria inimputable a la actora y teniendo en cuenta que la empresa demandada fue oportunamente intimada a cumplir con la obligación reclamada, solicita la parte actora se aplique a la demandada la multa civil (*daño punitivo*) que establece el artículo 52 bis de la Ley 24.240. Sostiene en su petición que la sanción pecuniaria es la única forma de inclinar la balanza que está hoy desequilibrada por la estrategia comercial (económica) elegida por la prestataria.

Argumenta también la actora que imponerle una sanción económica es una forma correcta y legítima para que la empresa comience a ponderar con mayor relevancia la solución tempestiva de los reclamos. Sostiene que debe tenerse como horizonte el daño causado y generar el incentivo de prevenir las consecuencias adversas que hoy se dejan fluir en perjuicio del usuario. Alude también a que la sanción servirá de disuasión que influirá en la

conducta de la prestadora en el futuro. Estima razonable que se sancione a la demandada en la suma de $ 45.000.- (cuarenta y cinco mil pesos) la cual no ve como desmesurada ni elevada y sí adecuada para prevenir daños futuros por incumplimientos en el servicio.

La reforma del año 2008 a la L.D.C. por la Ley 26.361 ha hecho realidad en nuestro derecho positivo los llamados *"daños punitivos"*, al incorporarlo en el art. 52 bis de la ley. *"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 de las circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan…"*. Tal el texto de la primera parte del mencionado artículo.

Hemos visto que la doctrina ha objetado el nombre ("daño punitivo") pues lo que se sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño mismo (conf. PIZARRO, R.D., "Daños Punitivos", pág. 291). Es por ello que en general la doctrina considera que la denominación correcta para designar a la figura jurídica en cuestión es *"multa civil" por actos desaprensivos*, lo que permite determinar con exactitud su especie y naturaleza dentro del género sanción al cual pertenece (conf. MOISA, B., "Los llamados "daños punitivos" en la reforma de la ley 24.240", LL, RCyS, pág.271).

Teniendo en cuenta los presupuestos para su aplicación, bien señala Sebastián Picasso, que de acuerdo al texto sancionado, bastaría el mero incumplimiento, cualquiera sea la obligación violada, medie o no culpa del proveedor, haya o no un daño causado al consumidor, se haya enriquecido o no el proveedor como consecuencia del hecho, para que sea aplicable la multa (conf. PICASSO, S., Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor, Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), pág. 123).

Ahora bien, como presupuesto objetivo y en el caso específico que nos ocupa, me parece apropiado individualizar a ese acto como *desaprensivo*, en el sentido del obrar llevado a cabo sin miramiento hacia los demás, esto es, sin importar las consecuencias no obstante su cabal conciencia, o con *"grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva"* (conf. art. 1587 del Proyecto de Reforma C.Civil de 1998).

En lo que hace a la graduación de la multa y su límite cuantitativo la reforma deja librada a la discrecionalidad judicial la graduación, con una fórmula abierta que requiere tener en cuenta *"la gravedad de la falta y demás circunstancias del caso"*. Ello facilita la tarea del juez a la hora de hacer efectivas las funciones represiva y preventiva propias de la sanción pecuniaria.

Ramón Daniel Pizarro afirma que el derecho de daños no sólo se integra con la prevención y la reparación del daño injustamente causado o sufrido, sino que también con algunas cuestiones de naturaleza sancionadora, orientadas al desmantelamiento pleno de los efectos del acto ilícito, mediante implementación de penalidades económicas civiles que sancionen tales inconductas calificadas. Lo contrario importaría aceptar que alguien se pueda enriquecer merced al agravio intencionado o fruto de una grosera negligencia (conf. PIZARRO, R.D., "Daños Punitivos", en Derecho de Daños, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Bs.As., Ed. La Rocca, 2ª parte, 1993, pág. 290). Con similar criterio, Matilde Zavala de González manifiesta que "dado el principio de unidad del orden jurídico, nada impide que el Derecho civil y, en particular el de daños, en determinadas circunstancias prevean penas pecuniarias para el autor de un hecho lesivo" (conf. ZAVALA de GONZALEZ, M., "Resarcimiento de daños, 2 d, Daños a las personas", Edit. Hmmurabi, pág.454).

La crítica a la aplicación del daño en tratamiento fue puesta en jaque por la pluma siempre lúcida de la Profesora KEMELMAJER de CARLUCCI, quien

afirma que jerarquizados autores italianos (entre los que cita a Paolo Cendon), sostienen que la responsabilidad civil cumple funciones múltiples: reintegradora, preventiva, sancionadora y distributiva. Afirman que debe renunciarse a una visión fragmenaria; no hay que elegir sino sumar una serie de compartimentos que no son estancos: daño, imputabilidad, causalidad, injusticia. La responsabilidad civil al decir de Hugueney, cumple también una función política de prevención, de disuasión de los comportamientos antisociales. La falta de esta visión global trae como consecuencia negativa que deba consentirse la insoportable impunidad que viola la lealtad, las expectativas, el decoro, la verdad procesal, la concurrencia, las tratativas, las relaciones crediticias, la paz de los espíritus, etc., pues muchas veces el lucro obtenido por el autor de la conducta antijurídica es sensiblemente mayor al daño padecido por el titular del derecho violado. De tal manera, no se busca eliminar el principio de la reparación integral, sino, sin tocar éste, encontrar una previsión legislativa que disponga además de ese resarcimiento, una medida de carácter prioritariamente aflictivo (conf. KEMELMAJER de CARLUCCI, A., "¿Conviene la introducción de los llamados "Daños Punitivos" en el Derecho Argentino?", Anales de la Acad. Nac. de Der. y C. Soc. de Bs.As., 2da Epoca, Año XXXVIII, N° 31, Bs.As., 1993, pág. 71 y sigs.).

Es que como ha ocurrido con el Derecho Societario, el Derecho del Consumo ha decidido apartarse de los pilares de la responsabilidad civil establecidos por el Derecho Civil, y en consecuencia, generar un régimen sancionatorio propio que reconoce las pinas privadas.

En su momento Sebastián PICASSO planteaba desde un brillante trabajo que *"…es indudable que determinadas situaciones exigen del ordenamiento jurídico una respuesta más enérgica que la simple reparación del daño causado. Sin embargo, la primera pregunta que habría que formularse al respecto es si es necesario que esa respuesta provenga del derecho civil"* (PICASSO, S., "Sobre los

denominados “daños punitivos”, Doctrina, LA LEY, 2007-F, 1154). Y nuestra respuesta -dice ALVAREZ LARRONDO- es que la misma proviene no del régimen general, sino de este ordenamiento especial. No es el Derecho Civil, sino el Derecho del Consumo el que viene a instalar este instituto, pero limitando su campo de aplicación a las relaciones de consumo estrictamente. Aquí se crea un sistema reparador propio de una rama del Derecho específica, que se aparta del régimen civil y que crea sus propios institutos acorde a la realidad negocial, social y económica de ese sector. De allí que se podrá sostener que las penas privadas no pueden resultar aplicadas con criterio general (extremo que no compartimos), pero lo que no se puede cuestionar es que cada rama del Derecho puede imprimir las modificaciones que estime pertinentes y acordes con su campo de actuación. Así lo ha hecho el Derecho del Consumo atento su compleja y particular problemática. De allí que su validez legal y por sobre todo constitucional, resulte innegable (conf. ALVAREZ LARRONDO, “La consistencia de los daños punitivos”, La Ley 2009-B, 1156; “Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales”, T.II, 361; LOPEZ HERRERA, E., “Los Daños Punitivos”, Abeledo Perrot, 2008, p. 348).

Surge de autos la actividad que tuvo que realizar en busca de lograr que la empresa demandada efectivice el cambio de domicilio de su línea telefónica, lo que aun no ha logrado. Y también surge -como contrapartida- el actuar desaprensivo y desinteresado que ha mostrado la empresa prestadora del servicio frente al entuerto.

Entiendo que no resulta un dato menor lo que ya he remarcado antes aquí: el hecho de que la usuaria inició el trámite (solicitud de cambio de domicilio del servicio) el día 17 de Julio de 2008, transcurrió más de un año sin obtener respuesta alguna de la empresa y remitió la C.D. obrante en autos con fecha 05 de Agosto de 2009 (fs. 101) intimando el cumplimiento de la prestación, lo cual tampoco mereció respuesta de la prestadora del

servicio telefónico. Ante la inacción de la demandada efectuó los reclamos correspondientes ante la Dirección de Defensa del Consumidor conforme documentación que obra en la causa y ello tampoco dio resultado positivo alguno. A todo esto la empresa continuó sin dar una respuesta clara y directa a la usuaria. Debió promover la demanda judicial y la primera respuesta o informe es brindado por la empresa el día 16 de Noviembre de 2009 (16 meses después de iniciado el trámite) cuando contestó la demanda y le hace saber a la reclamante -sin acompañar instrumento alguno que lo acredite- que su solicitud no puede ser cumplida porque su domicilio está fuera del A.T.B., negando que haya incumplido obligación alguna.

¿Qué surge de todo este proceder? Pues una clara demostración de una total falta de interés y/o preocupación por el problema planteado por la usuaria y una manifiesta desidia en cumplir obligaciones que le fueron requeridas por la justicia en este proceso.

El hecho de que la usuaria no haya contado con el servicio telefónico, no obstante haber solicitado el cambio de domicilio desde hace ya mucho tiempo, implicó un evidente incumplimiento contractual.

Ello pues, se adecua al buen sentido presumir que quien contrata un servicio telefónico para su domicilio lo hace para satisfacer al menos una necesidad primordial que es la de estar permanentemente comunicado, más en el caso de la usuaria que es médica de profesión. Y si la línea de ese teléfono continuó instalada en el domicilio anterior de la usuaria por razones imputables a la empresa que presta el servicio, se transforma en un servicio inexistente para la usuaria, por lo que es razonable admitir que tal incomunicación no sólo ha perjudicado al usuario sino que es una clara demostración de incumplimiento por parte de la empresa prestadora del servicio.

Considero que aun cuando resulta indiferente el lapso de interrupción del servicio pues, no escapa al sentido común, que las urgencias no pueden

planearse, no tienen fechas ni horarios, en este caso el tiempo de privación del mismo es más que significativo: ya he dicho aquí cuándo se solicitó el cambio de domicilio (17/07/2008) y hemos llegado a esta altura del proceso en que la usuaria todavía carece del servicio telefónico.

En este caso, insisto, estamos en presencia de una usuaria que es "médica" de profesión y está demás que me explaye sobre lo que el servicio telefónico significa para los médicos. Pero -insisto- la necesidad de estar comunicado no depende de las particularidades que pueda tener la actividad laboral o profesional de quien contrata el servicio. El servicio se debe brindar sin interesar el uso que se de al mismo.

El consumidor merece resguardo legal y constitucional porque se lo considera el contratante débil. Esta caracterización, sin lugar a dudas ha venido a incidir sobre la extensión del deber de informar impuesto por la buena fe, ya que por un lado se encuentra un profesional y del otro un profano a quien la ley protege. Esta situación de desigualdad real es la que la ley especial intenta solucionar a través de figuras típicas del Derecho del Consumo.

El art. 52 bis de la LDC dispone que: *"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… 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".*

Analizando esta norma se advierte que tiene un propósito netamente sancionatorio pero su finalidad no es sólo la de castigar a la demandada por una conducta grave sino también desalentarla en el futuro, vale decir que se trata de una sanción punitiva y preventiva a la vez, pero fundamentalmente disuasiva para evitar la reiteración de hechos similares en el futuro.

Por lo tanto si, como aquí ha ocurrido, la empresa incurrió en incumplimiento, no cumplió eficientemente las prestaciones que tenía a su cargo, no adecuó su obrar al standard de profesionalidad que le era requerido, quebrando con tal proceder las legítimas expectativas del usuario de sus servicios (conf. arg. Art. 902 C.Civ.), debe responder y ser sancionada conforme lo peticiona la usuaria perjudicada.

En este caso concreto, medió una grosera negligencia de la demandada, frente a las presentaciones efectuadas por la usuaria, que es lo que la ley tiende a evitar, es decir, que con actitudes dilatorias la parte fuerte del contrato mantenga "cautivos" a los usuarios, poniendo trabas, incumpliendo sus obligaciones específicas y no informando en tiempo y forma tal como es su obligación atento su condición de empresa prestadora del servicio.

Es importante dejar sentado que no se puede merituar la conducta de la accionada con los mismos parámetros aplicables a un neófito, pues su actividad profesional debe ajustarse a un standard de responsabilidad agravada. En tal sentido cabe precisar, que el art. 954 del C.Civ. admite una nueva lectura, en clave de consumidor; la inexperiencia es la ineptitud negocial, la falta de habitualidad en el intercambio y, la ligereza -antes contemplada como misteriosa o inadecuada- surge nítida en la sociedad actual (conf. CNCom., Sala F, 23/03/2010, "Vasquez c/ CTI PCS S.A.", RCyS 2010-VIII, 213).

No es ocioso destacar que el proveedor de bienes o servicios en estos tiempos no puede alegar el desconocimiento de errores o defectos, ni escudarse en su falta de intención maliciosa. El derecho del consumidor guarda relación íntima con el mercado y con sus "fallas", cuanto mayor e importantes sean estos, mayor será el rol que debe desempeñar como ordenamiento tuitivo (conf. MOSSET ITURRASPE, J., "Introducción al derecho del consumidor", Rev. del Der. Privado y Comunitario, ed.

Rubinzal Culzoni, 1996, Sta. Fe, págs. 14 y 55; Doctrina Societaria, ed. Errepar, T.XI, pág. 905).

Proveedores probos, honestos, de buena fe, acostumbrados a transacciones en equilibrio, ven en este derecho la consagración de una ética empresarial, de una "moral negocial" que es buena, deseable y conveniente para toda la sociedad. El derecho del consumidor apunta a *"limpiar el mercado"*, a purificarlo, a superar sus vicios, sea en orden a la conducta de los que intervienen, sea en punto a usos y costumbres negociales (conf. MOSSET ITURRASPE, J., ob. cit., pág. 15). Tal como sostiene este autor, derechos y economía confluyen en esta temática y aportan lo suyo para concluir en una *"utilidad y justicia"*, en un lucro con equilibrio, en el cual prive la solidaridad negocial (conf. CNCom., Sala A, 10/10/06, "Rodríguez c/ Citibank NA"; íd., Sala B, 12/09/02, "Derderian c/ Citibank NA"; CNCom., Sala F, 23/03/2010, "Vasquez c/ CTI PCS S.A.", RCyS 2020-VIII, 213).

Y es de toda evidencia que la aplicación de la normativa que protege los derechos de los consumidores y usuarios no puede soslayarse en atención a lo que dispone el art. 65 de la Ley 24.240.

Particularmente debe atenderse a la regla de interpretación de los principios de la ley en la forma más favorable para el consumidor que determina el artículo 3.

En el caso se aprecian transgredidas las exigencias contenidas en los artículos 2, 4, 8 bis, 19, 25, 26, 27, 30 de la L.D.C. Además, el reclamo de la multa civil por la total desidia demostrada por la empresa prestadora ante su cliente-usuario, encuentra cauce adecuado en la previsión del art. 52 bis que estoy considerando y al cual ya hice expresa referencia supra. Es para mí evidente el incumplimiento de la prestadora y ello debe determinar la condenación sancionatoria a su autor. No puede quedar impune la violación de la ley, debe darse al lesionado (usuaria) la satisfacción que merece y servir la penalidad como medida ejemplarizadora para lograr

revertir las reiteradas conductas desaprensivas y de desinterés por el usuario que demuestran en la mayoría de las tramitaciones las prestadoras del servicio telefónico. Esta afirmación no es caprichosa ni antojadiza ya que toda la comunidad sabe el trato que reciben por parte de la empresa cuando efectúan un reclamo por incumplimiento, errónea facturación, falta de servicio, etc. y/o solicitan la instalación del servicio telefónico. La aspiración no debe ser la de sancionar constantemente las inconductas de las prestadoras sino, por el contrario, lograr que mediante la aplicación de sanciones las mismas vayan disminuyendo y se logre concientizar a los prestadores en el sentido de que los servicios deben prestarse conforme a lo convenido y reglamentado y que los usuarios y consumidores deben ser tratados y considerados como realmente se merecen ya que son los "clientes" que mantienen a las empresas y a quienes ellas brindan sus servicios. De lograr este cometido, la normativa del art. 52 bis se podría llegar a convertir en letra muerta.

La reprochabilidad de la conducta de una parte, su intencionalidad o el grado en el que refleja su indiferencia frente a los usuarios es el punto central a tener en cuenta para la fijación de la sanción prevista en la norma, que en este caso concreto, la estimo en la suma de $ 30.000.- (Treinta Mil Pesos) frente a los reiterados incumplimientos a pesar del tiempo transcurrido desde la presentación de la solicitud del cambio de domicilio del servicio por parte de la usuaria hasta la fecha de la presente en la que se condena a la demandada a cumplir con lo que ha solicitado la consumidora a la empresa el día 17 de Julio de 2008.

El importe fijado lo es a favor de la parte actora y deberá ser satisfecho dentro de los diez días de quedar firme la presente bajo apercibimiento de ejecución (conf. art. 52 bis L.D.C.; art. 167 CPCC). Así lo propongo al Acuerdo.

4.3) La restitución de los montos abonados.

Atento a no contar la actora con el servicio telefónico y haber seguido abonando las facturas por el mismo que está instalado en su anterior domicilio (condición ésta impuesta por la prestadora para conservarle el mismo número), peticiona -conforme lo dispuesto por el art. 42 de la C.N. y el art. 30 L.D.C.- se le reintegre todo lo abonado por un servicio no prestado, lo cual se deberá liquidar en la etapa de ejecución de sentencia.

Para resolver esta petición tengo en cuenta que la propia empresa demandada ha dejado sentado aquí que, ante la solicitud de un cambio de domicilio del servicio, se le plantea al cliente-usuario que tiene dos posibilidades: a) solicitarlo "con corte" del servicio con lo cual pierde el número que tenía o b) solicitarlo "sin corte" del servicio y con ello mantiene el mismo número telefónico. Adelanto que la empresa no acreditó documentalmente la procedencia de estos dos "tipos" o "modalidades" que le plantean a los clientes para la realización del trámite. Pero no debo detenerme en ello aquí porque ya lo he remarcado.

En este caso la actora solicitó el cambio de domicilio con fecha 17 de Julio de 2008 y -pese a no contar con el servicio en su nuevo domicilio-continuó pagando las facturas que le llegaban a su nuevo domicilio. O sea, la empresa no cumplimentó el cambio al nuevo domicilio pero sí lo hizo en las facturas para seguir cobrándole.

Sin perjuicio de los comentarios que merezca la conducta de la empresa, lo cierto es que la usuaria aceptó continuar pagando por un servicio que no recibía con el objeto de conservar el número telefónico. Lo que no tengo dudas es que si bien esa fue una decisión voluntaria de la cliente, también es evidente y surge de estos actuados que nadie le informó por parte de la empresa que podrían pasar largos años en los que seguiría pagando y el servicio no lo tendría en su nuevo domicilio. Adviértase que hemos llegado

a mediados del año 2011 y el servicio aun no está instalado y funcionando en su nuevo domicilio.

¿Es justo que la cliente continúe pagando por el servicio que no recibe y cuando no sabe ni con aproximación cuándo la empresa se lo instalará conforme lo solicitara oportunamente? Considero que aquí se ha consumado un verdadero abuso de la posición dominante y monopólica de la empresa, lo cual llega a constituir un verdadero abuso del derecho y un enriquecimiento sin causa (la empresa cobra por un servicio que quien paga no lo utiliza y ello se debe a incumplimiento culpable de la empresa). Y, tal como está planteada, la situación se mantendrá "sine die" pagando la cliente y no cumpliendo la empresa. Creo que la justicia no puede amparar tal comportamiento.

Por lo tanto considero justo y equitativo que los pagos del servicio que haya realizado voluntariamente la actora hasta el momento en que remitió a la demandada la intimación mediante la carta documento obrante a Fs. 101 (05 de Agosto de 2009) que implicó su constitución en mora (arts. 508, 509 y concs. C.Civil), se tengan por pagados y no sean objeto de restitución por parte de la demandada.

Distinta es la situación de todo lo que haya pagado la actora a partir de la constitución en mora de la demandada (02 de Agosto de 2009) ya que, ante la situación planteada entre las partes, considero una violación al principio de buena fe y a los postulados y principios de la L.D.C. que la empresa prestadora retenga y se apropie de los pagos por un servicio que la cliente no recibió y estando constituida fehacientemente en mora para cumplir con sus obligaciones pendientes ya tratadas aquí. Por lo tanto, propondré el Acuerdo que en la etapa de ejecución de sentencia se deberá practicar la correspondiente liquidación, con el respaldo documental pertinente y fehaciente suministrado por la actora y por la demandada, a fin de establecer todos los pagos por el servicio telefónico que ha realizado la

usuaria desde el día 02 de Agosto de 2009 en adelante. Cada uno de esos pagos deberán ser restituidos por la demandada a la actora con más el interés correspondiente que se calculará a la misma tasa que la empresa percibe por la mora del consumidor desde la fecha en que cada pago se realizó hasta la efectiva restitución a la actora. La demandada deberá dar cumplimiento a esta obligación dentro del quinto día de quedar firme la liquidación que se practique en autos por la parte o por el perito contador interviniente (conf. arts. 505, 507, 508, 509 y concs. C.Civ., arts. 26, 30 y concs. L.D.C.). Así lo propongo al Acuerdo.

A LA PRIMERA CUESTION y en virtud de los fundamentos expuestos, voto por la **NEGATIVA.**

5) <u>La readecuación de las costas de Primera Instancia</u>.

Atento lo propuesto al Acuerdo en mi voto se debe dar cumplimiento a lo dispuesto por el art. 282 del ritual, adecuando las costas y el monto de los honorarios al contenido del pronunciamiento.

Por lo tanto, corresponde imponer las costas de la Primera Instancia a la parte demandada (conf. art. 69 CPCC).

Teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad del asunto materia del proceso, el resultado obtenido lo que hace al mérito de la labor profesional desarrollada a lo largo de esta causa y sin dejar de evaluar también la trascendencia jurídica que el caso sin duda tiene, regulo los honorarios de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., letrados patrocinantes de la parte actora, en su conjunto, en el 18% del monto de la liquidación a aprobarse en autos; los del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. O. D. V. y los de su letrado patrocinante, Dr. M. O. G., -en conjunto- en el 12% del monto de la liquidación a aprobarse en autos y los del Perito Contador, S. A. S. en el 2% del monto de la liquidación a aprobarse en autos (conf. arts.5, 6, 9, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 modific. por Ley XIII N° 15).

6) <u>Las costas de esta Instancia</u>.

En atención al principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCC), corresponde imponer las costas de la segunda Instancia a la parte demandada que resulta vencida en el recurso.

A tal efecto, y por su labor en la Alzada, regulo los de los letrados de la parte actora, Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F. en el 35% ,en conjunto, de los correspondientes a la primera Instancia; los del Dr. O. D. V. y el Dr. M. O. G., apoderado y patrocinante de la demandada, en conjunto, en el 25% de los correspondientes a la primera Instancia (conf. arts. 5 y 13 Ley XIII N° 15).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u> la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 CPCC bastarán las consideraciones siguientes.

2.

Ha señalado la recurrente que el principal agravio ha sido el rechazo de la acción intentada con el fundamento en no haber probado su parte, el incumplimiento imputable a T. de A. S.A.

No resulta circunstancia controvertida, que la Sra. M. S. solicitó con fecha 17 de julio de 2008 a T. de A. S.A., el cambio de domicilio de la línea telefónica N° 02965-****** y tampoco lo es que, dentro de las opciones que le dio la prestataria, eligió por un traslado" sin corte" de modo de continuar con el número de teléfono del que resultaba titular.

No ha negado T. en su responde tal incumplimiento, por el contrario ha reconocido que el traslado no ha sido factible por encontrarse el nuevo domicilio denunciado por la Sra. S., fuera del Área de Telefonía Básica.

No compartiré la decisión de la señora jueza de grado.

T. de A. asumió frente a la Sra. S. la obligación de trasladar la línea telefónica y como se anticipó sería "sin corte". Son datos acreditados, que la empresa no cumplió con el traslado previsto y que la Sra. S. cumplió con las prestaciones a su cargo, cual era la de abonar la facturación que llegó- sin dificultad- al domicilio de B. N° ****, como que al menos, desde la mera constatación por el Oficial de Justicia (me refiero a que se efectuó la diligencia sin intervención de personal técnico idóneo) al día 27 de mayo de 2010, no se contaba con línea telefónica en el domicilio.

3.

Tal incumplimiento objetivo, conlleva a analizar la conducta del proveedor de servicio.

No existe margen de duda en este proceso, que la primera obligación incumplida fue la de suministrar, al consumidor en forma cierta, clara, objetiva, veraz, detallada y eficaz, todo lo relacionado con las características del servicio que provee y las condiciones de su comercialización.

Este derecho del consumidor a la información y obviamente el correlativo deber impuesto al proveedor (art.4 LDC), tiene rango constitucional (art 42 CN) y encierra una función preventiva del daño desde que la adecuada

información -atendiendo a las circunstancias de tiempo modo y lugar- resulta un eficaz instrumento preventivo.

En los contratos de consumo se pone en evidencia que no existe equilibrio en la distribución de las cargas informativas, por el contrario existe una indiscutible asimetría informativa entre proveedores y consumidores o usuarios. La contratación predispuesta -cual es la del sub lite-, se caracteriza, entre otras circunstancias por la ausencia de negociaciones individuales entre las partes (principio de unilateralidad), la imposibilidad de alterar el contenido negocial (principio de rigidez) y por una acumulación de conocimientos por parte del proveedor que es quien concreta múltiples contratos del mismo tipo en oposición a un consumidor que, ocasionalmente, formaliza alguno (cfr. Stiglitz, Rubén, "Deber de información precontractual y contractual. Deber de consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo", LL, 2009-B, 1085 – Obligaciones y doctrinas esenciales, tomo IV, 543).

Por su lado, la obligación jurídica de informar al usuario subsiste tanto en la etapa de formación del contrato (precontractual) como durante su cumplimiento y ejecución, constituyendo la información inadecuada, insuficiente o deficiente, una causa objetiva de responsabilidad contra el proveedor.*" El derecho a una información veraz, es uno de los pilares fundamentales en los que descansa toda relación de consumo saludable, pues sólo garantizando la debida observancia de esta prerrogativa, el consumidor estará en posición de contar con los datos necesarios para poder evaluar de acuerdo a su natural aptitud, el costo de oportunidad que reporta la adquisición de tal o cual producto o la contratación de determinado servicio, sin estar sujeto más que a la suerte de haber hecho una buena elección, garantizándose, de esta forma, la debida protección de sus intereses económicos. Tanto la falta total de información, como una información dada en forma parcial, contradictoria o engañosa son todas variantes idóneas para inducir a error a los potenciales interesados en consumir*

determinado producto o utilizar cierto servicio".("Arcos Dorados S.A s/ ley 22.802. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico Sala A 9-ago-2004)

Esto es esencialmente, aplicable al caso de autos.

Al pedir el traslado de la línea telefónica, la empresa tomó el cambio "sin corte" omitiendo informar que el nuevo domicilio estaba fuera del radio de Área de Telefonía Básica. Esta conducta de la empresa prestataria viola, a mi criterio el deber de información y aquellos deberes accesorios de conducta cuales son los de actuar de buena fe, con la cooperación y la diligencia debida.

Para ello, debe considerarse que la primera información, que al respecto tuvo la Sra. M. S., fue al conocer la respuesta dada por la Comisión Nacional de Comunicaciones (CNC) agregada a fs.12, a la Oficina de Defensa del Consumidor local y en el marco de las actuaciones administrativas cumplidas dentro del Reclamo TRECNCDECHUBUT N° 1443/08. Antes de esa respuesta, y que más allá del nombre otorgado no constituye un dictamen sino la trascripción de lo recabado ante T. (*"...la empresa T. de A. S.A. ha informado..."*), no existen constancias del cumplimiento de la obligación de información que les era exigible.

Bajo esta óptica, es claro que la demandada incurrió en una conducta negligente -y por ende, merecedora de reproche- al no poner sobre aviso a la Sra. M. S., al momento de requerir el traslado de la línea telefónica, que la zona a la cual debía cumplirse, estaba fuera del APB y mayor reproche puede formularse, cuando aceptó de la usuaria el cambio de domicilio "sin corte" a sabiendas que el mismo no sería factible en el tiempo informado. Es obvio que si la quejosa hubiese tomado conocimiento oportuno de esa circunstancia, difícilmente hubiese convenido el traslado con esa opción.

4.

Ahora bien, desdeña la empresa prestadora del servicio telefónico básico, sus obligaciones para con la usuaria con el único argumento que el domicilio se encontraba fuera del ATB e insistiré que ello no la exculpa.

La C. N. de C. informa en su página web que el plazo vigente para efectuar un cambio de domicilio es de 90 días (véase, en el canal "Reclamos - Preguntas Frecuentes", frente a la interrogación "…¿Cuál es el plazo de instalación o cambio de domicilio?..." (véase sitio www.cnc.gov.ar consultado en la fecha de este pronunciamiento).

La empresa telefónica asumió una obligación de las denominadas "de resultado", cual era la de proveer el cambio de domicilio de la línea telefónica a la actora. En tal categoría de obligaciones, la inejecución en término o defectuosa, hace presumir la culpa del obligado (conf. CNFed. Civ. Com. Sala III, 19/6/97, causa 7325/93 "Baño, Alejandra Patricia c/ Telecom Argentina S.A. y otro s/ incumplimiento de servicio de telecomunicaciones").

A mi criterio no obsta a la configuración de tal inejecución la circunstancia observada por la demandada, relativa a que el nuevo domicilio se encontraba fuera del ATB, lo que también resulta una circunstancia no probada. Esto es así, porque -en definitiva-, incumbiendo exclusivamente a T. de A. S.A. la realización de las obras de infraestructura necesarias para cumplimentar la obligación asumida, la falta de ellas no puede ser oponible al actor para explicar o justificar su incumplimiento. Si la demandada, no estaba en condiciones de efectuar el traslado lo que debió hacer, por elementales razones de prudencia y buena fe, era abstenerse de aceptar el requerimiento de S. con fecha 17 de julio de 2008, pues claramente le era de toda evidencia, que no podría ejecutar lo comprometido dentro del plazo máximo de 90 días indicado.

5.

Brevemente y para dar respuesta al apelante me referiré a la prueba del incumplimiento.

Ya he señalado que la supuesta causa para no ejecutar el cambio de domicilio no ha sido probada en autos. Dije también que si tales circunstancias eran ciertas, lo cierto es que no las informó y menos aún las acreditó en la causa y allí es donde encuentro, se anuda el error de la sentencia de grado.

Cita la señora magistrada la norma del art. 53 de la LDC y pone en juego al art. 37 de la norma consumerista. Lo cierto es que la actora ha probado los hechos que forman el presupuesto de su pretensión, no solo los expuso claramente sino que fueron reconocidos por la contraria: frente al pedido de traslado de la línea telefónica receptado por la demandada y ante el primer incumplimiento, efectuó el reclamo ante la Oficina de Defensa del Consumidor, agotó el trámite administrativo en esa oficina y efectuó el reclamo ante la CNC y justificó con el mandamiento de constatación que en fecha 27 de mayo de 2010 no contaba con telefonía fija en el nuevo domicilio. Por su lado, acreditó el cumplimiento de la contraprestación (pago de las facturas).

T. de A. S.A., no sólo no acompañó la documentación que le fue requerida, sino que no prestó colaboración alguna a la realización de la pericial contable. La ausencia del expediente administrativo nada agregaría al reconocido incumplimiento y la eventual justificación, no lo revierte.

Por otro lado constituye un principio clásico en materia de carga de la prueba que el actor sólo debe acreditar los llamados hechos constitutivos de la obligación; en cambio, pesa sobre el demandado demostrar los hechos impeditivos o destructivos (cfme. Couture E., Fundamentos del Derecho Procesal Civil,3era Edición Póstuma página 243 y sgtes).

Sin perjuicio de ello, la Ley de Defensa al Consumidor (art 53) dispuso el deber de los proveedores de acompañar en toda contienda (judicial o

administrativa) aquella documentación que obre en su poder, y que resulte necesaria y suficiente en el marco de la controversia, a fin de resolver la cuestión planteada, poniendo especial énfasis en el principio protectorio y de defensa a los consumidores o usuarios. En este sentido y aún cuando existen diferentes criterios para interpretar la norma, instituyó la aplicación de una herramienta o mecanismo procesal conocido técnicamente como "la carga dinámica de la prueba", la cual permite que los consumidores puedan contar con los informes, elementos o documentos susceptibles de acreditar el derecho que intentan hacer valer, cuando ellos no puedan aportarlos por sí mismos en el marco de una controversia; teniendo presente que los proveedores de bienes y servicios son quienes frecuentemente se encuentran en mejores condiciones o ventajas para aportar la información relacionada con el contrato en cuestión.

Lo cierto es que quien estaba en mejores condiciones de acreditar el cumplimiento de su obligación de informar circunstanciadamente y de acreditar la exclusión del domicilio de la calle B. del área de Tarifas Básicas era T. de A. S.A.. " *Así, la conducta procesal en cuanto a la aportación de las pruebas que se encuentren en su poder que el art. 53 establece específicamente en cabeza del proveedor constituirá una herramienta de vital importancia, en aquellos supuestos en que la parte fuerte de la relación de consumo se encuentre en mejor posición de probar los diversos elementos del caso -sino es el único capaz de aportar elementos corroborantes al respecto- y que dada su reticencia a aportar los medios en cuestión, priva al accionante de poder acercar a la causa la prueba suficiente para concluir en la verdad jurídica objetiva del caso".* (Sáenz –Silva en "Ley de Defensa al Consumidor " Comentada y Anotada Directores Vázquez Ferreyra-Picasso, T 1 pág 670 Ed. La Ley, Bs. As.,2009).

6.

Luego de todo lo expuesto, tendré por acreditado que T. de A. S.A., no cumplió con la obligación asumida de trasladar la línea de telefonía fija N° 02965-****** cuya titularidad tiene la Sra. M. S., dentro de los plazos informados por la C. N. de C., violando el deber de informar a la usuaria las circunstancias que resultaban esenciales para el cumplimiento del cambio de domicilio requerido y como consecuencia de ello contraviniendo el art. 5to del Anexo I del Reglamento General de Clientes del Servicio Básico Telefónico que establece que el usuario debe obtener respuesta adecuada y oportuna a su requerimiento.

7.

La decisión que propongo, importa la revocación de la sentencia dictada en la primera instancia y consecuentemente con ello deben resolverse las cuestiones litigiosas planteadas y no decididas en la anterior instancia. *"Cuando en la expresión de agravios, el apelante ataca la totalidad de lo resuelto en la anterior instancia, peticionando la completa revocación del fallo, es resorte del tribunal de Alzada conocer respecto de todas las argumentaciones esgrimidas por las partes hayan o no sido tratadas por el sentenciante de grado, asumiendo así la jurisdicción en plenitud. Es que en tales términos, el efecto de la apelación importa la sumisión integral del proceso a la Cámara, quien conoce ex novo sobre todas las cuestiones controvertidas con poderes idénticos, en su extensión y contenido, a los del juez de grado"* (cfme CNCC Sala H 19/2/96).

a) <u>El traspaso de la línea telefónica:</u>

Forma parte de la pretensión de la actora, el efectivo cumplimiento del traslado de la línea telefónica.

Ya he puesto de manifiesto que la prestataria del servicio de telefonía básica, no ha justificado en autos que exista la imposibilidad fáctica de

cumplimentarlo ni que la actora se encuentra en alguno de los supuestos de hecho, que la inhabilitan para obtenerlo.

Tampoco se ocupó de justificar, frente a su argumentación sostenida de exclusión al ATB, que hubiera gestionado con la Sra. S. un precio de instalación en forma directa en función de las obras que resultarían necesarias (conforme surge de la información brindada por la CNC a la Oficina local de Defensa al Consumidor de fs.12).

Es claro que ni la actora ni la demandada, han informado en el expediente, que se hubieran superado los obstáculos argüidos para instalar el servicio telefónico en el nuevo domicilio de la Sra. M. S. (lo que a tenor de la absolución de posiciones del representante legal a fs.75, bien podría haber sucedido).

Es por ello que, comparto con el magistrado que me precede en el voto, que corresponde admitir lo requerido por la parte y ordenar a T. de A. S.A., que proceda al cambio de domicilio de la línea telefónica identificada con el N° 02965-******, titularidad de la Sra. M. S., al domicilio sito en la calle B. N° ****, Barrio X, de la ciudad de Puerto Madryn, de esta Provincia, dentro del término de treinta (30) días corridos, contados a partir que adquiera firmeza la presente, bajo apercibimiento de aplicar astreintes, las que de resultar procedentes deberán ser graduadas por la señora jueza de grado. Las condiciones de la prestación serán las exigibles a la prestataria, conforme el Reglamento del Servicio Básico Telefónico.

b) <u>El daño punitivo</u>

El marco normativo en materia de defensa del consumidor contiene las tres funciones del denominado derecho de daños: prevención, reparación y punición. (cfme. Conclusiones XII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral. Junín Com. N° 1. Octubre/09)

Así es que dentro de su función punitiva, incorpora la figura del "daño punitivo" en su art. 52 bis .

No me resulta ajena la discusión planteada en doctrina y jurisprudencia respecto de la recepción en nuestro derecho positivo de los daños punitivos y bastaría remitirme a las posturas que se reflejan en la obra “Ley de Defensa del Consumidor“Comentada y Anotada. Directores Vázquez Ferreyra -Picasso, T 1 págs. 593/ 641. Ed. La Ley, Bs. As.,2009.

En ese contexto, los daños punitivos resultan ser aquella sanción- consistente en sumas de dinero- que los jueces condenan a pagar a quien ha incurrido en una grave conducta, que, a su vez, le ha reportado beneficios económicos. En este sentido, procede básicamente en casos de particular gravedad, que denotan -por parte del dañador- una gran indiferencia o menosprecio por los derechos individuales o de incidencia colectiva, abuso de posición dominante y también en los casos de ilícitos lucrativos.

Queda claro que la finalidad que se persigue con este tipo de sanción no es sólo castigar aquel grave proceder, sino también prevenir , disuadir -ante el temor que provoca la multa- la reiteración de hechos similares en un futuro, teniendo como objetivo el afianzamiento de la protección de los derechos del consumidor, en un ámbito de razonable ponderación de los intereses individuales y colectivos comprometidos.

La aplicación de la sanción punitiva es una facultad de los jueces. Así lo dice el art. 52 bis que en su parte pertinente expresa "*El juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor*..., lo que denota la potestad del magistrado al momento de la configuración de los requisitos o presupuestos del instituto en análisis, la que graduará "*en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso*".

En principio, la "gravedad del hecho" se relaciona directamente con el juicio de reprochabilidad al agente dañador: una grave indiferencia, una violación consciente y deliberada a los estándares de seguridad, graves omisiones al

deber de información; en cuanto a las demás circunstancias del caso, se admite que integran la valoración, entre otros factores la solvencia del proveedor, la cuantía del beneficio obtenido, la reincidencia.

Por su lado, y frente al texto literal de la norma, la doctrina ha ido reinterpretando su alcance, poniendo bajo la responsabilidad de los magistrados su aplicación prudente y racional, atendiendo a los principios informadores del derecho privado y con resguardo estricto de los derechos constitucionales.

Así es que en aquellas Jornadas Bonaerenses, una de las posiciones esgrimidas (A) fue que, para que se apliquen daños punitivos debe mediar una subjetividad agravada en la conducta de sujeto pasivo (dolo o culpa grave), siendo su aplicación restrictiva (Meza, Boragina, G. Stiglitz, Galdós, Parellada, Burgos, Marchan, Irigoyen Testa, Venini, González Zavala, Pizarro) y la posición (B) por el contrario, sostuvo que atento a que la ley de defensa del consumidor impone una atribución de responsabilidad basada en un factor objetivo como es la actividad económica en sí misma, resulta irrelevante a los fines de establecer una reparación o multa como menciona el art. 52 bis de la ley de consumo, el análisis de la conducta negligente o dolosa del agente dañador (Lovece, Echevesti, Ghersi, Weintgarten, Jáuregui, Nuccerone, Montaner).

En tanto la jurisprudencia se ha expedido requiriendo el elemento subjetivo para admitir su reconocimiento. "*Por otro lado, respecto al daño punitivo, no advierto en el caso una conducta particularmente grave, caracterizada por la presencia de dolo o, como mínimo, de una grosera negligencia por parte de la administradora que amerite su aplicación; y en tanto la doctrina ha interpretado que no puede bastar el mero incumplimiento contractual, propongo revocar en este punto la sentencia apelada.*"- (Expte. Nº 8621.09 - "Fasán Alejandro Luis Arnoldo c/ Volkswagen S.A. de Ahorro para Fines Determinados S/ordinario" - CNCOM – SALA C – 26/04/2011). *"Debe entenderse por "daños*

punitivos"- figura, ésta, que ha tenido recepción recientemente en el derecho positivo argentino, en el art. 52 bis de la Ley 24240 (reformada por la Ley 26361) a aquellas sumas de dinero que los jueces condenan a pagar a quien ha incurrido en una grave inconducta que, a su vez, le ha reportado beneficios económicos (culpa lucrativa). Es decir, dos (2) son los requisitos para su procedencia: i) que la conducta del dañador hubiese sido grave y ii) que dicho comportamiento hubiese importado beneficios económicos al responsable. De ese modo, resulta contrario a la esencia del daño punitivo sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlo ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta, entonces, la verificación de dos (2) extremos: un elemento subjetivo de dolo o culpa grave y un elemento objetivo, representado por el enriquecimiento indebido del dañador. De ello se deriva el carácter excepcional de la figura, a tal punto que tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional que se ocupa del tema, se ha recalcado que sólo procede en casos de particular gravedad (cfr. Stiglitz, Rubén S., Pizarro, Ramón D., "Reformas a la ley de defensa del consumidor", LL, 2009-B, 949; Nallar, F. "Improcedencia de los daños punitivos en un fallo que los declara procedentes", LL 2009-D, 96, entre otros.). En sentido coincidente, la jurisprudencia ha manifestado que el "daño punitivo" es "de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico, que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas "penas privadas" (CNCiv., sala F, 18/11/2009, in re: "Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA"). En esa inteligencia, no resulta razonable considerar que -en el caso- hubiese existido "culpa grave" en el incumplimiento protagonizado por la demandada máxime cuando la propia actora contribuyó también con sus omisiones y negligencias a frustrar la continuación del vínculo contractual" (EMAGNY SA C/ GOT SRL Y OTRO S/ ORDINARIO. CNac Comercial: Sala A. Fecha: 2010/11/09).

En el ámbito de nuestra provincia se ha expedido la Excma. Cámara de Esquel *"Una característica propia del ilícito de consumo es su naturaleza lucrativa y expansiva. Resulta crematísticamente beneficioso para el proveedor violar la ley pues eso siempre le traerá un rédito, ya sea en ganancias o en ahorro, pero además – y esto es lo mas nocivo- lo colocará en mejor posición que a sus competidores afectando así la eticidad del mercado en su conjunto. Si el ilícito de consumo queda impune es probable que, en la competencia propia de cualquier actividad pluripólica, los proveedores que cumplan la ley sean desplazados del mercado por aquellos que la transgreden, ya que estos últimos obtienen mejores réditos. Frente a esta particular característica, el daño punitivo o mejor dicho la indemnización punitiva del daño, aparece como un requisito indispensable para que la ley consumerista tenga la necesaria vigencia, regencia y exigencia"*(CANO SDC N° 38/11).

Luego de todo lo expuesto, acreditado el incumplimiento de T. de A. S.A., es que considero justificada la pretensión del actor en cuanto a la imposición de una multa que tenga el efecto de prevenir daños disuadiendo conductas ilícitas, antijurídicas, futuras. Si bien, no puede hablarse de una conducta dolosa, considero que ha existido una negligencia culpable que demuestra indiferencia por los intereses ajenos y que permite calificarla de desaprensiva y reñida con las claras disposiciones legales de protección al consumidor. Se advierte que en ninguna instancia previa a la judicial, medió por parte de la demandada intenciones de proveer una mínima satisfacción a los requerimientos de la parte, demostrando total indiferencia por las consecuencias de la omisión de los deberes a su cargo y que aún frente a la alegada imposibilidad fáctica denunciada, continuó percibiendo los abonos básicos de telefonía con absoluta indolencia.

A la hora de cuantificar la condena por daños punitivos, se deben atender a las circunstancias o aristas que revista el caso, sin perder de vista que esta sanción cumple- como ya he señalado- una función, además de

sancionatoria, disuasiva y ejemplificadora frente a otros productores de bienes o servicios. Con esos parámetros relativos a la gravedad del hecho, agrego la entidad del perjuicio irrogado al particular valorando la profesión de médica acreditada, el demérito que tal conducta produce en la comunidad toda, la situación patrimonial y monopólica de la demandada, para lo cual he de compartir el monto propuesto por el señor magistrado que me precede en el voto, proponiendo al acuerdo la suma de $ 30.000 (Pesos treinta mil) en concepto de multa civil, a favor de la Sra. M. S. La suma deberá ser abonada dentro de los diez días de adquirir firmeza este pronunciamiento, bajo apercibimiento de ejecución.

c) <u>La restitución de los montos abonados.</u>

La actora ha demandado la restitución de las sumas que en concepto de facturas por el servicio telefónico no prestado, ha venido abonando desde que requirió.

Llega firme a esta instancia que la Sra. M. S. ha solicitado el cambio de domicilio de la línea telefónica "sin corte" de modo tal de mantener el número telefónico adjudicado primigeniamente por la prestataria. Tal modalidad implicó para la usuaria, continuar afrontando el pago de la facturación que, puntualmente, llegó al domicilio de calle B. N° ****.

Ya nos hemos expedido con largueza, que la empresa aceptó ese modo de traslado, con absoluta certeza que -según su propio reconocimiento-, no existía disponibilidad técnica para hacerlo, consumándose un verdadero enriquecimiento sin causa, pues se le ha cobrado un servicio no utilizado por el incumplimiento de la prestataria a sus deberes de información primero y de ejecución luego, que comparto , no puede ser convalidado en esta instancia judicial.

Destaco aquí, que resulta gravoso para quien debe conducirse con buena fe contractual y atendiendo los reclamos con celeridad y eficacia, sostener que

por la modalidad elegida por la actora " *su mandante esta obligada a continuar prestando el servicio y obviamente tiene derecho a facturar el mismo*" y como "*durante dicha facturación no se interrumpió el servicio, mal puede pretenderse la sanción que prevé la legislación aplicable para el caso de no prestación del servicio o cobro indebido"*. Esta conducta de la parte, al contestar la demanda, resulta un elemento configurativo del abuso en la posición de la prestataria, que no consideró que al tiempo del responde, habían transcurrido quince meses desde la solicitud de cambio de domicilio.

En la faena de dar una respuesta equitativa, resulta menester admitir que la facturación abonada hasta la fecha de la constitución en mora (en fecha 5 de agosto de 2009 CD de fs 101), no sea objeto de restitución.

A partir de allí, los pagos recibidos deberán ser restituidos en dinero en efectivo, para lo cual en la etapa de ejecución de sentencia deberán liquidarse los montos abonados con respaldo en la documental fehaciente. A esas sumas y en los términos del art.26 LDC, se le adunarán, los mismos intereses (tanto moratorios como compensatorios) que los que percibe del usuario en caso de mora, desde que cada pago se efectuó hasta la efectiva restitución a la actora. *" De conformidad con lo establecido también en el art.42 de la C.N. y el art.8° bis de la ley t.o. ley 26.361, el art. 26 de la LCD, bajo el título reciprocidad en el trato", reafirma la obligación de un trato equitativo entre las empresas y los usuarios, prescribiendo que las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios deben otorgar a los usuarios reciprocidad de trato, aplicando a los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos por mora. El principio general es entonces que los mismos derechos que se atribuyen según el contrato de prestación de servicios públicos a las empresas prestatarias, deben ser reconocidos también a los usuarios, en aspectos que son previos o colaterales a la prestación de la obligación más característica, suscribiendo lo afirmado por Wajntraub- Mosset Iturraspe, en el sentido de que el mandato de trato equitativo y de reciprocidad en el trato es uno de los aspectos de los que*

"componen la manera en que el proveedor debe administrar la relación con el usuario", no agotándose el tema del trato equitativo o la reciprocidad en el trato en una cuestión de tasa de interés." (D. Moeremans en "Ley de Defensa del Consumidor" cit. T 1 pág. 337 y sgtes).

La demandada deberá dar cumplimiento al reintegro que se dispone, dentro del quinto día de quedar firme la liquidación que se practique en autos.

8.

Las costas de la primera instancia:

La revocación del fallo de la anterior instancia, impone la readecuación de las costas y honorarios allí dispuestos conforme la manda del art. 282 del CPCC. A mérito del resultado que se propone, no existe mérito para apartarse del principio objetivo de la derrota por lo que las costas serán impuestas a la demandada (art 69 CPCC). Los honorarios profesionales se fijan sobre el monto del proceso que surja de la liquidación y en porcentaje, teniendo en cuenta la labor realizada, apreciada por su importancia, extensión y calidad, etapas cumplidas por los profesionales actuantes y el resultado obtenido (arts.5, 6, y cctes. de la ley XIII N° 4 y su mod.) El porcentaje será de aplicación siempre y cuando las sumas resultantes sean superiores a la regulación mínima establecida en el art.7 de la ley arancelaria, debiendo adicionarse el IVA si correspondiere. Los honorarios de los Abs. V. A. F., G. L. y S. L. F., letrados patrocinantes de la parte actora, en conjunto se determinan en el 18% y los del Perito Contador, S. A. S. en el 2% (arts.5, 6, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y su mod).

9.

Las costas en la segunda instancia

Las costas en esta Alzada son impuestas a la parte demandada, vencida en el recurso (art 69 CPCC). Los honorarios propuestos por el Dr. Heraldo Fiordelisi reflejan las tareas cumplidas, su mérito y eficacia, por lo que acompaño los porcentajes que estipula en su voto.

En definitiva, voto a la primera cuestión, por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

Atento lo propuesto en mi voto y habiendo cumplimentado en el mismo la readecuación de las costas por la actuación en primera Instancia, el tratamiento de esta cuestión deviene abstracto.

Asi lo voto

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Apela la parte actora la regulación de los honorarios profesionales de los letrados de T. D. A. S.A.

El resultado del recurso, generó la readecuación de la imposición de costas y de los honorarios determinados en la sentencia de grado, por lo que deviene en abstracto expedirme sobre la cuestión.

Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

De compartirse mi voto por mis colegas de esta Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictarse es el siguiente:

1) REVOCAR el decisorio definitivo de autos que fue materia del recurso.

2) CONDENAR a la demandada T. de A. S.A. a: **A)** Proceder al cambio de domicilio de la línea telefónica identificada con el N° 02965-******, titularidad de la Sra. M. S., a su nuevo domicilio sito en la calle B. N° ****, Barrio X, de la ciudad de Puerto Madryn, de esta Provincia, dentro del término de TREINTA (30) DIAS corridos contados a partir que adquiera firmeza la presente, en las condiciones especificadas supra, bajo apercibimiento de aplicar astreintes. **B) ABONAR** una multa civil de $ 30.000.- (Treinta Mil Pesos) a favor de la parte actora, la que deberá ser satisfecha dentro de los diez días de adquirir firmeza la presente bajo apercibimiento de ejecución. **C) RESTITUIR** a la parte actora, conforme liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia, todos los pagos por el servicio telefónico que ha realizado la usuaria desde el día 02 de Agosto de 2009 en adelante, conforme documentación fehaciente que presenten las partes. Con el interés correspondiente a la tasa que percibe la demandada por la mora de los consumidores, la que se calculará desde que cada pago se realizó hasta la efectiva restitución a la actora. El plazo para dar cumplimiento a esta obligación será de cinco días desde que quede firme la liquidación que se practique en autos (conf. arts. 505, 507, 508, 509 y concs. C.Civ., arts. 26, 30 y concs. L.D.C.).

3) READECUAR las costas de la Primera Instancia imponiendo la totalidad de las mismas a la parte demandada. **REGULAR** los honorarios de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., letrados patrocinantes de la parte actora, en su conjunto, en el 18% del monto de la liquidación a aprobarse en autos; los del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. O. D. V. y los de su letrado patrocinante, Dr. M. O. G., en conjunto en el 12% del monto de la liquidación a aprobarse en autos y los del Perito Contador, S. A. S. en el 2% del monto de la liquidación a aprobarse en autos (conf. arts.5, 6, 9, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 modific. por Ley XIII N° 15).

4) IMPONER las costas de esta Instancia a la parte demandada (art. 69 y concs. CPCC).

5) REGULAR los honorarios por la labor de Alzada, los de los letrados de la parte actora, Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en el 35% -en conjunto- de los correspondientes a la primera Instancia; los de los Dres. O. D. V. y M. O. G., apoderado y patrocinante de la parte demandada -en conjunto- en el 25% de los correspondientes a la primera Instancia (conf. arts. 5 y 13 Ley XIII N° 15).

6) De forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

El pronunciamiento que propone el Dr. Fiordelisi refleja el sentido de mi voto.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2011.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) REVOCAR el decisorio definitivo de autos que fue materia del recurso.

2) CONDENAR a la demandada T. de A. S.A. a: **A)** Proceder al cambio de domicilio de la línea telefónica identificada con el N° 02965-******, titularidad de la Sra. M. S., a su nuevo domicilio sito en la calle B. N° ****, Barrio X, de la ciudad de Puerto Madryn, de esta Provincia, dentro del

término de TREINTA (30) DIAS corridos contados a partir que adquiera firmeza la presente, en las condiciones especificadas supra, bajo apercibimiento de aplicar astreintes. **B) ABONAR** una multa civil de $ 30.000.- (Treinta Mil Pesos) a favor de la parte actora, la que deberá ser satisfecha dentro de los diez días de adquirir firmeza la presente bajo apercibimiento de ejecución. **C) RESTITUIR** a la parte actora, conforme liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia, todos los pagos por el servicio telefónico que ha realizado la usuaria desde el día 02 de Agosto de 2009 en adelante, conforme documentación fehaciente que presenten las partes. Con el interés correspondiente a la tasa que percibe la demandada por la mora de los consumidores, la que se calculará desde que cada pago se realizó hasta la efectiva restitución a la actora. El plazo para dar cumplimiento a esta obligación será de cinco días desde que quede firme la liquidación que se practique en autos (conf. arts. 505, 507, 508, 509 y concs. C.Civ., arts. 26, 30 y concs. L.D.C.).

3) READECUAR las costas de la Primera Instancia imponiendo la totalidad de las mismas a la parte demandada. **REGULAR** los honorarios de los Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., letrados patrocinantes de la parte actora, en su conjunto, en el 18% del monto de la liquidación a aprobarse en autos; los del letrado apoderado de la parte demandada, Dr. O. D. V. y los de su letrado patrocinante, Dr. M. O. G., en conjunto en el 12% del monto de la liquidación a aprobarse en autos y los del Perito Contador, S. A. S. en el 2% del monto de la liquidación a aprobarse en autos (conf. arts.5, 6, 9, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 modific. por Ley XIII N° 15).

4) IMPONER las costas de esta Instancia a la parte demandada (art. 69 y concs. CPCC).

5) REGULAR los honorarios por la labor de Alzada, los de los letrados de la parte actora, Dres. V. A. F., G. L. y S. L. F., en el 35% -en conjunto- de los correspondientes a la primera Instancia; los de los Dres. O. D. V. y M. O. G.,

apoderado y patrocinante de la parte demandada -en conjunto- en el 25% de los correspondientes a la primera Instancia (conf. arts. 5 y 13 Ley XIII N° 15).

6) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /11. SDC. CONSTE.