En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año dos mil doce, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"P. de V. J. A. c/ T. DE A. S.A s/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Expte. Nº 189 – año 2011)** venidos del Juzgado Civil y Comercial (Expte. Nº 58/06) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTION**: ¿ Es justa la sentencia de fs. 217/221? **SEGUNDA CUESTION:** Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 269.

A LA PRIMERA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara, Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

La Sra. Jueza a cargo del Juzgado en lo Civil y Comercial de Puerto Madryn dictó sentencia en estos autos a fs. 217/221, rechazando la demanda incoada por J. A. P. de V. en contra de T. DE A. S.A.

Para arribar a dicha conclusión tuvo por cierto que el 12 de mayo de 2005 el servicio telefónico del actor fue inhabilitado, difiriendo las partes en las razones habidas para ello. Mientras el actor afirmó la injustificación de la interrupción, la que según su parecer se debió a la incorporación unilateral de la accionada del plan Pack Urbano 250 HN, que le fue facturado y fue abonado en 10.03.05, la demandada sostuvo que el corte se debió a la falta de pago de la factura con vencimiento en esa fecha.

Afirmó el decisorio que no se acreditó la conducta antijurídica de la accionada, pues la actora incorporó como único elemento la nota 2005/5146, emitida el 26.01.05, y en la que se informó que luego de realizar

verificaciones al cliente, éste no registraba deudas a esa fecha, no obstante lo sostenido en su conteste de demanda.

Entendió que resultaba insuficiente el informe emitido por el Banco de la Nación Argentina de fs. 141, en tanto el mismo indicaba que no podía determinar si la factura cuya copia se agrega a fs. 8 fue efectivamente abonada y transferida a la cuenta de la demandada, por no encontrarse el original en sus legajos del 08.03.07, como así que no existía indicio de pago alguno.

Sostuvo además que, si bien la demandada no asistió a la confesional pese a encontrarse debidamente citada, y de tenerla por confesa en su virtud, tal ficción debe ser tenida en cuenta prudencialmente, y en concordancia con las restantes pruebas rendidas.

Consideró además que, si bien es de aplicación la normativa protectoria del consumidor, y en particular lo preceptuado en el art. 53, ley 24240 y sus modificaciones, tal situación no libera al actor de acreditar los hechos invocados en los términos del art. 381, del CPCC. De allí que, no habiéndose comprobado los presupuestos de la responsabilidad civil, concluyó en el rechazo de la demanda. Impuso costas a la actora y reguló los honorarios profesionales.

2.1.

La actora interpuso recurso de apelación a fs. 227 y lo fundó a fs. 242/245. Se confirió traslado del mismo a fs. 246, el que no fue contestado.

A fs. 268 se dictó autos para sentencia, pasando al Acuerdo a fs. 270.

2.2.

El decisorio de autos desestimó la demanda por considerar que la parte actora no acreditó los presupuestos de la responsabilidad civil.

Para arribar a dicho aserto, consideró que, respecto de la factura con vencimiento en 10.03.05, no se había logrado probar que se encontrara paga.

Ello así, pues a su juicio entendió que el informe de fs. 141 indicaba que no era posible determinar que hubiera sido efectivamente abonada.

Abundó en fundamentos, sosteniendo que pese a las fictas confesiones del representante legal de la demandada, tal extremo requiere además de su correlación con otras pruebas aportadas.

Contra tales afirmaciones se alzó en queja la parte actora a fs. 242/245, sosteniendo que el decisorio valoró erróneamente la prueba rendida, pues: a) otorgó mayor valor a la negativa de la contestación de la demanda que a la contestación de la posición en rebeldía, sin justificación; b) que del informe de fs. 141 da cuenta de la falta de constancia del pago, lo que no implica que el pago no se hubiera hecho, ya que de su texto se expresa que puede presumirse la autenticidad del sello bancario.

De esta manera, sostiene el agravio, el pronunciamiento invirtió la carga de la prueba, ya que la presunción a que hace mención la entidad bancaria debió desvirtuarse con prueba en contrario, lo que la demandada no hizo.

Por otra parte, señala que la misma parte demandada reconoció a fs. 23 que luego de realizar verificaciones, el actor no registraba deuda al 26.10.05.

He de interpretar la prueba rendida en autos, por tratarse de una relación de consumo, y en consecuencia amparada por la ley 24.240, ref. 26.361 (art. 25 y ss) en el sentido más favorable al consumidor (arg. arts. 3 y 37, 1er. párrafo, última parte, LDC).

Y en esa línea de interpretación, debo hacer notar que el informe de fs. 141, último párrafo, se desprende que el Banco oficiado presume la autenticidad del sello inserto en la factura reservada como documental en autos.

También debo abundar en el sentido que, a lo expuesto precedentemente, ha de adunársele la ficta contestación a la posiciones octava y novena del pliego de fs. 215 (ver fs. 128).

Finalmente, la nota de fs. 164 da cuenta de la falta de deuda registrada por parte del usuario al 26.10.05 (actuación que se encuentra agregada en expediente administrativo N° 004752/05 Letra MP Extracto: J. P. de V. c/ T. de A. SA s/ Denuncia") cuya nota de anejamiento luce a fs. 177.

Además, en orden a la normativa vigente, no debe soslayarse lo dispuesto en el art. 30, LDC en cuanto sostiene que *"Cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora. Efectuado el reclamo por el usuario, la empresa dispone de un plazo máximo de treinta (30) días para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable. En caso contrario, la empresa deberá reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente..."*.

Desde esa perspectiva, y en atención a lo precedentemente expuesto, soy de la idea que el fallo en análisis no ha valorado debidamente las pruebas, ni interpretado la normativa aplicable a la luz de tales preceptos.

Sin embargo, a mi juicio, otro es el presupuesto de la responsabilidad que en autos no se ha acreditado: el daño causado.

En efecto, el actor reclama en su impetre (ver fs. 43 vta/46) que, luego del corte del servicio, abonó dos facturas: una, el 06.07.05, por $ 38,03 y otra, el 26.08.05, por $ 35,42, reclamando la restitución de ambos importes por él abonados.

Frente a la negativa del demandado, estaba a su cargo probar tales extremos. De tal suerte que, no habiendo sido contrastado el hecho invocado por el actor a través de medio probatorio alguno, el rubro en cuestión debe ser desestimado.

También señala que ante el corte del servicio domiciliario, y la necesidad de contar con un medio de comunicación, se vio obligado a utilizar un teléfono celular para todas las llamadas, cuando antes de la interrupción de su línea, a dicho teléfono celular, sólo le daba uso para cuestiones personales de urgencia.

En el mismo sentido que en el acápite anterior, y frente a la nueva negativa del demandado, corría por cuenta del accionante corroborar tales hechos en autos, los que no verificó en modo alguno (arg. art. 381, CPCC).

También alega el demandante que se vio necesitado, luego, de dar de baja el teléfono móvil que poseía en razón del elevado costo que le acarreaba, adquiriendo un nuevo "chip", con la modalidad de "tarjeta prepaga", y a adquirir, inclusive un nuevo teléfono celular.

En el mismo sentido que lo anteriormente expresado, el actor no probó, pese a que era su carga hacerlo, tales circunstancias, y en tanto la parte demandada lo negó.

Finalmente, en lo relativo al rubro "daños materiales", el actor sostuvo que debió realizar un gasto adicional de $ 200.- por llamadas a larga distancia.

Tampoco, en este caso, y frente a la negativa del accionado, verificó mediante prueba que tales llamadas, siquiera, hubiesen existido.

En lo que hace al daño moral que invoca, el actor señaló que el teléfono cumplía una función adicional a la simple comunicación, ya que al tener un hijo adolescente y el grado de inseguridad en el que se vive, su grupo familiar se vio afectado al sufrir el corte del servicio.

Adunó a ello que, al tener parientes en el interior del país, el teléfono le permitía mantener una comunicación regular con ellos, teniendo en cuenta que las llamadas desde cabinas telefónicas resultan ser más onerosas.

Por otra parte, señaló que trabaja en forma independiente, se dedica a la venta de artículos por pedido, y visita a clientes y proveedores, quienes se

comunicaban con él por la vía ya mencionada. La interrupción del servicio le generó inconvenientes tales como perder contacto con aquéllos.

Además, afirma encontrarse siempre expectante y angustiado sobre la situación en que puede encontrarse respecto de la Organización Veraz S.A., ya que las notas de la demandada le advertían que frente a la falta de pago, lo harían saber a dicha organización de información de situación financiera. No obstante, reconoce no haber estado nunca en dicha posición.

Finalmente, apunta que le ha ocasionado daño moral el tiempo que debió invertir en reclamos, denuncias y trámites varios a fin de dar solución al conflicto en análisis, ya que excede la normal tolerancia que puede exigísele al consumidor.

Habiendo negado la accionada la procedencia del rubro, dando cuenta de cada uno de los aspectos invocados por el accionante, una vez más era éste quien debía acreditar tal afección a sus bienes inmateriales.

En tal sentido, se ha señalado que tratándose de responsabilidad contractual el daño moral debe ser probado, a diferencia del originado por el hecho ilícito (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, sala II, "González, Guillermo R. c. CIDEF de Argentina S.A.", 03/06/2010, LLBA 2010 (diciembre) , 1219, AR/JUR/28186/2010).

Tiene dicho la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, que en materia contractual -donde resulta de aplicación el artículo 522 del Código Civil- el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo para no atender reclamos que respondan a una susceptibilidad excesiva o que carezcan de significativa trascendencia jurídica, quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que se alega haber sufrido. En tal sentido se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (SCBA, Ac. 39.185 del 27 XII 88,

AyS., 1988-IV-631; Ac. 40.197 del 21 II 89, AyS. 1989-I-149; Ac. 46.042 del 23-IV-92, AyS. 1992-I-769; Ac. 57.527 del 20 XI 96, inédito; Ac. 58.441 del 30 IX 97, inédito; Ac. 73.965 del 21 III 01, inédito).

Es decir que mientras el daño moral como capítulo del resarcimiento en el daño aquiliano se presume, en materia contractual debe ser probado por quien lo invoca.

El daño moral en el incumplimiento contractual no está regido por el art. 1078, Cód. Civil sino por el art. 522, el que no habla de "daño" moral, sino de "agravio" moral, lo que implica no una diferencia de género, sino de grado al exigir un mayor poder lesivo de la acción a los valores extrapatrimoniales y precipuos de la personalidad. Y que tratándose de responsabilidad contractual, la admisión del daño moral es meramente facultativa para el juez, aunque no se lo puede desechar arbitrariamente; pero a diferencia del originado por el hecho ilícito, debe ser probado (CC, art. 522) (causas Nº 25.795 y 25.954).

Y, pese a alguna corriente que señala que en materia de relación de consumo la cuestión del daño moral debe flexibilizarse, refiriendo que, "si bien en materia contractual debe acreditarse el daño moral -no se trata de un daño *in re ipsa*-, lo cierto es que en materia regida por la ley del consumidor, se ha flexibilizado el criterio para su apreciación"(cfr. Cám. Civil y Comercial de La Matanza, Sala I, JUBA, RSD-25- S 9-9-2004 ,"Boragno, Cristian Edgardo c/ Dragoun, Jorge y otro s/ Daños y Perjuicios", voto del Dr. Ramón Posca), considero que no existe una sola referencia al perjuicio inmaterial en la legislación específica que me permita arribar a similar aserto.

Es que es criterio pacífico en la doctrina el de darle un carácter excepcional a la aplicación del daño moral en la órbita contractual (cfr. Cazeaux y Trigo Represas, "Derecho de las Obligaciones", T° 1, 2ª. Ed, p. 38; Llambías, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T° I, p. 353, entre otros), y justo

es señalar que la relación de consumo no escapa a esta órbita (cfr. art. 3, LDC), sin perjuicio de los principios que le son propios, y entre los que se encuentra el de *favor debitoris* en materia de interpretación.

Tal como sucede en otras legislaciones, se podrá decir que la norma de defensa al consumidor significa un avance importante en el desolado páramo en que se encontraban las condiciones generales de contratación hasta su promulgación. Sin embargo, en coincidencia con otros autores, puede señalarse que no parece que una norma de estas características, pluridisciplinar y, en cierto modo, ley "marco", sobre la protección de usuarios y consumidores sea el lugar adecuado para resolver con ciertas garantías de rigor y exhaustividad un problema cuyas raíces se hunden en el más puro tronco del derecho privado y que necesita de una regulación legal específica que proporcione de modo completo y riguroso las complejas soluciones técnico-jurídicas que requiere la problemática de las condiciones generales en relaciones de consumo, como la que aquí se analiza (Cfr. Vivas, Mario L. “El contrato de adhesión. Pautas interpretativas”, LA LEY 03/03/2011, 1).

De allí a afirmar que el daño moral sufre una morigeración en su concepción, por fuera de lo dispuesto en el precepto general del art. 522, hay un trecho que, a mi juicio, no ha sido cubierto por ninguna norma legal, y su aplicación discrecional corre con serios riesgos de violar la normativa del art. 19 de la Constitución Nacional.

Lo cierto es que en autos, no sólo la actora no ha acreditado la existencia de hijos adolescentes, sino que ni siquiera ha logrado probar que los tenía al momento de la interposición de la demanda, ni que conviviera con su grupo familiar, ni que tuviera parientes en el interior del país, ni que trabajara en forma independiente. Sólo obra, con referencia a ello, la declaración testimonial de fs. 131, en la que se señala que el actor tenía “un kiosquito y lo llamaban por insumos porque él vendía bolsitas”,

impidiendo atender el negocio por no tener teléfono, ya que se lo habían cortado. Sus generalizaciones e imprecisiones me impiden tener por acreditado, con este medio, los daños que invoca, en orden a las dificultades del corte de servicio telefónico. Además, son contradictorias con las afirmaciones articuladas en la demanda, en el sentido que se dedicaba "a la venta de artículos por pedido"; menos quedó probado con dicha declaración que tal interrupción del servicio le hubiera generado inconvenientes, tales como perder contacto con aquéllos.

Con relación a su angustia sobre la situación en que podía encontrarse respecto de la Organización Veraz S.A., cabe señalar que la misma nunca se verificó, a la luz de las pruebas rendidas en autos, por lo que el daño que reclama, en todo caso, carece del requisito de certeza (cfr. Vicente Domingo, Elena, "El daño", Ed. Bosch, Barcelona, 1975, p. 245), pudiendo calificárselo de daño eventual, hipotético o conjetural, insusceptible de ser indemnizado (cfr. Llambías, op. cit, T° I, pn°s 241 y 247).

En cuanto al tiempo que debió invertir en reclamos, denuncias y trámites varios a fin de dar solución al conflicto en análisis, ya que excede la normal tolerancia que puede exigísele al consumidor, cabe señalar que no deben confundirse molestias con las mortificaciones. Y en este tópico, todo el acervo probatorio consiste en la comparecencia del actor a las audiencias señaladas al efecto en sede administrativa (ver fs. 163 y 170), las que de por sí, constituyen a mi modo de ver meras molestias que no guardan significación para tener acreditado daño moral alguno.

Es que el daño, para ser tal, también debe ser trascendente, significativo jurídicamente hablando (cfr. Trigo Represas, F. - López Mesa, M.J, "Tratado de Responsabilidad Civil", T° II, Ed. La Ley, p.34).

En síntesis, rescato que las molestias e inconvenientes que padeciera el actor con motivo de la interrupción del servicio telefónico parecieran no ser distintas de las que debe soportar quien ha celebrado un contrato ante el

incumplimiento de su co-contratante, de modo que esa perturbación del ánimo por la carencia transitoria de un bien material, no legitima, como principio y sin más, el reclamo por daño moral (causa 2668/99 - "Esteves de Tracanelli, Aurora Diolinda c/ Telefónica de Argentina SA s/ incumplimiento de servicio de telecomunicaciones" (Cám. Nac. Fed. C y C Federal, sala II, 01/02/2005; elDial.com - AA283D, Publicado el 28/03/2005; también esa Sala, causas 1247 del 14.5.82; 5889/93 del 11.2.97; 6448/95 del 15.10.98; 8835/92 del 11.11.99; etc. En análogo sentido. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 296:308; 300:639, etc.; Sala I, causa 930 del 19.3.82;' "Goyena, R. c/ Telecom Argentina Stet France" del 11.7.95 y otras).

Por tales razones, soy partidario de confirmar, aunque por otros fundamentos, la sentencia recurrida y así lo propondré al Acuerdo.

4.

En orden a las costas de la presente instancia y de conformidad con lo normado por el art. 69, del CPCC, deberán ser soportadas por la parte actora.

En cuanto a los honorarios de esta sede, corresponde regular los del Sr. letrado de la parte actora, Dr. C. A. M. V. en el 25%, de los que le correspondieren en la Instancia anterior (arts. 5,6,9,13 y cc. de la ley XIII N° 15.

En orden a todo lo expuesto, voto por la **AFIRMATIVA.**

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

En el voto precedente el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la parte actora,

por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos ya que se encuentran cumplidos los requisitos de ley exigidos al respecto. En consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamentación del recurso concedido a la agraviada.

1)<u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>.

Nos encontramos sin dudas ante una relación entre un consumidor (el actor) y una empresa prestadora de un servicios público (la demandada), la cual cae dentro de la órbita de la Ley 24.240, y ello hace que las reglas de la interpretación contractual deben estar dirigidas a la protección de la parte más débil (el consumidor), conforme surge de las normas de los arts. 3, 37 y concs. de la misma.

En lo que hace a las cuestiones controvertidas vinculadas a que si la factura del 10/03/05 fue cancelada o no por el actor y que la sentencia consideró que no se probó su pago, surge del informe de fs. 141 la imposibilidad de determinar si fue realmente abonada, lo que no implica que se tenga que tener por cierto que no se pagó dado que del informe surge que se presume la autenticidad del sello del banco.

Tengo en cuenta también que la propia demandada reconoció que el actor no registraba deuda al 26/10/05 (ver nota de fs. 164).

A lo dicho se le suma que la demandada no se presentó a absolver posiciones y de allí su confesión ficta de acuerdo con el pliego obrante a fs. 215 (conf. fs. 128).

Lo hasta aquí reseñado daría para realizar una interpretación y conclusión distinta a la que ha realizado la Magistrada a quo, pero la problemática pasa por otro andarivel. Y es que tengo presente que no hay responsabilidad sin "daño". Desde una perspectiva objetiva, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su

propiedad, ya en su patrimonio (conf. LARENZ KARL, "Derecho de Obligaciones", trad. Santos Briz, Madrid, 1959, T. I, pág. 193).

El daño constituye, de tal modo, uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o, si se prefiere, de la responsabilidad jurídica. No hay responsabilidad jurídica si no hay daño, pero el daño, para generar responsabilidad, debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto sea a título de culpa (en sentido lato -dolo o culpa-) u otro factor de atribución objetivo (riesgo, obligación legal de garantía, etc.), mediando, además, una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable –atribuido- y el daño (conf. ZANNONI, E.A., "El Daño en la Responsabilidad Civil", Ed. Astrea, págs. 1/2).

Ahora bien, es improcedente la atribución de responsabilidad civil, si no se demostró el nexo causal que permita vincular al hecho dañoso directamente con el deber de reparar e indirectamente con el factor de imputación subjetiva o atribución objetiva del daño, como fuente generadora de la obligación de indemnizar.

En el marco específico en el que se encuentra la relación entre las partes de este proceso y por amplio que sea el criterio que debe primar cuando se trata del campo de los derechos del consumidor frente al productor, fabricante y/o distribuidor o expendedor, siempre es indispensable la prueba concreta de la relación de causalidad entre el hecho y el daño que está en cabeza de la actora damnificada (conf. CNCiv., Sala K, 06/11/2000, JA 2002-IV-Síntesis).

Veamos entonces cuáles son los reclamos efectuados en autos por la parte actora: a) ha esgrimido que abonó una factura del 06/07/05 por $ 38,03.- y otra del 26/08/05 por $ 35,42.-; b) afirmó que se vio obligado a utilizar un teléfono celular en forma habitual, cuando antes del corte de la línea lo usaba solamente por temas urgentes; c) sostuvo que tuvo que adquirir un

nuevo “chip” con tarjeta pre-paga y adquirir un nuevo teléfono celular dado el excesivo costo que le representaba el teléfono móvil que utilizaba; d) afirmó que gastó $ 200.- en la realización de llamadas de larga distancia.

Pues bien, ante la expresa negativa de la demandada de todas estas afirmaciones y reclamos realizado por la parte demandada, estaba a cargo del reclamante la prueba fehaciente y concreta de su procedencia (arg. art. 381 CPCC). Analizando la actividad probatoria desarrollada en el proceso, he de acompañar a la sentenciante en su afirmación de que no ha logrado el actor acreditar la procedencia de sus reclamos. O sea, no se ha acreditado el daño causado por la demandada que haga viable la demanda.

En lo que hace al reclamo por “daño moral”, ha basado su reclamo el actor en la necesidad de contar con el servicio telefónico fundamentalmente por vivir con su hijo adolescente y la ansiedad que provocan los hechos de inseguridad que ocurren actualmente. El corte del servicio lo afectó según sus dichos.

Invocó también el uso comercial que le daba al servicio en cuestión ya que sus clientes se comunicaban telefónicamente con él y al carecer del servicio perdió contacto con los mismos.

Otra situación que invocó es el hecho de no saber su situación con relación a la Organización Veraz, es decir, si estaba incluido o no como moroso. Sin perjuicio que surge de sus dichos que no estuvo incluido.

Sostuvo también a que el tiempo que le llevó hacer los reclamos, denuncias y tramitaciones para tratar de solucionar el problema, le ocasionaron un daño moral por exceder lo que es normal para un consumidor.

Todos estos puntos en los que el actor basó su reclamo de indemnización por “daño moral” fueron negados por la parte demandada quien esgrimió la improcedencia del reclamo por tal concepto. Por lo tanto, quedó a cargo del actor demostrar la procedencia del rubro indemnizatorio pretendido.

La norma del art. 522 del Código Civil ha previsto que en los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso.

El uso de la expresión *"el juez podrá"* en esta norma y la directiva contenida en el final de ella, permite sostener que en ese sector de la teoría de la responsabilidad civil, es facultativo del juez la reparación del menoscabo extrapatrimonial experimentado por el acreedor. Claro está que se tata de una facultad que no puede ser ejercida discrecionalmente por el magistrado, sino de acuerdo a las circunstancias del caso (conf. Capel.Trelew, Sala A, 27/10/08; ídem, 25/08/2010, "H.").

Ahora bien, en materia de responsabilidad contractual, el resarcimiento del daño moral es debido cuando sea consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento culposo de la obligación asumida. Es que en estos casos el daño moral no se presume, y quien lo invoca debe alegar y probar los hechos que determinaron su existencia, toda vez que el mero incumplimiento no basta para admitir su procedencia (conf. CNCiv., Sala D, 10/10/06, Impuestos 2007-5 (marzo), p. 524).

Por otra parte, en materia contractual, el resarcimiento del daño moral debe ser interpretado con criterio restrictivo, quedando a cargo de quien lo invoca la acreditación precisa del perjuicio que alega; se requiere la clara demostración de la existencia de una lesión de sentimientos, de afecciones o de tranquilidad anímica que no pueden ni deben confundirse con las inquietudes propias y corrientes del mundo de los pleitos o de los negocios (conf. Cám.Civ.Com.Quilmes, Sala 2ª., 04/10/01, Juba B2951017). Y si bien todo incumplimiento contractual es, en principio, revelador de la culpa del deudor, ello no resulta suficiente para acoger todo reclamo por reparación del daño moral en los supuestos de responsabilidad contractual, pues de

ser así no tendría razón de ser la limitación determinada para su procedencia en el art. 522 del Código Civil, cuando supedita tal reparación a la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso (conf. C.Nac.Com., Sala A, 14/11/97, LL 1998-C-637).

Por último, me interesa remarcar que la procedencia de este rubro en materia contractual debe ser juzgado con un criterio limitativo y ser receptada sólo cuando la víctima prueba acabadamente la lesión que el incumplimiento la he producido en sus más íntimos sentimientos y afectos (conf. CNCiv., Sala K, 05/08/98, DJ 2000-1-1108; íd., 15/09/98, DJ 1999-2-697).

Teniendo en claro entonces que el criterio debe ser restrictivo y limitativo y que la víctima debe probar en forma clara, terminante y precisa los daños sufridos, corresponde analizar si tal producción probatoria ha sido cumplimentada en el caso para que la indemnización pretendida sea procedente.

Anticipo que el actor no ha cumplimentado la carga probatoria necesaria. En efecto, no probó: que tenga un hijo adolescente; que el corte del servicio telefónico lo haya afectado; que desplegara una actividad comercial cuyo desarrollo y ventas dependiera del uso del servicio telefónico; que haya perdido clientes por no contar con el servicio en cuestión; que lo haya dañado ignorar su situación frente a la Organización Veraz y el perjuicio que le acarrearan los trámites realizados para solucionar la cuestión planteada con la empresa demandada. Por lo tanto, ante la carencia absoluta de pruebas sólidas y concretas sobre la procedencia de un rubro que -conforme lo he dicho- debe ser analizado con criterio restrictivo y limitativo, no cabe sino concluir que el reclamo no puede ser admitido.

Insisto en que el art. 522 Cód. Civ., al aludir al “agravio moral”, debe interpretarse en forma severa y restrictiva, ya que las molestias, incertidumbres y contrariedades que son propias y características del mundo de los negocios no importan en manera alguna la existencia de daño

moral en el afectado, en tanto no resulten menoscabadas sus afecciones legítimas y sus más profundos sentimientos y quien invoca la existencia de agravio moral en el campo del incumplimiento contractual debe acreditarlo y probarlo de manera fehaciente, si no quiere resultar derrotado en su pretensión resarcitoria (conf. C.N.Civ., Sala K, 05/07/02, LL 2003-A-678). Y aquí ha ocurrido justamente lo que acabo de describir, es decir, ante la ausencia de acreditación y prueba fehaciente por parte del reclamante, el mismo resulta derrotado en su pretensión resarcitoria.

En virtud de lo expuesto y compartiendo los fundamentos vertidos en su voto por el Sr. Juez Dr. Vivas, propongo al Acuerdo el rechazo de los agravios en tratamiento y la confirmación de la sentencia en crisis. Así lo voto.

2) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Habiendo resultado vencida en el recurso intentado, corresponde que la parte actora cargue con las costas de la Alzada (conf. art. 69 CPCC).

Con respecto a los honorarios que corresponden al letrado de la parte actora, Dr. C. A. M. V., los mismos deben ser regulados en el porcentual fijado en su voto por el Sr. Juez Dr. Vivas en virtud de ajustarse a las pautas que determinan los arts. 5, 6, 9, 13 y concs. de la Ley XIII N° 4 y su modificat.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Por tales fundamentos, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

1. CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 217/221.

2. IMPONER las costas de esta Instancia a la actora (art. 69, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios, por su labor en esta Instancia, del Sr. letrado de la parte actora, Dr. C. A. M. V. en el 25%, de los que le correspondieren en la Instancia anterior (arts. 5,6,9,13 y cc. de la ley XIII N° 15.

4. REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

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

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2012.

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. CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 217/221.

2. IMPONER las costas de esta Instancia a la actora (art. 69, del CPCC).

3. REGULAR los honorarios, por su labor en esta Instancia, del Sr. letrado de la parte actora, Dr. C. A. M. V. en el 25%, de los que le correspondieren en la Instancia anterior (arts. 5,6,9,13 y cc. de la ley XIII N° 15.

4. REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDC. CONSTE.