



REGISTRADA BAJO EL N° 23(S) F°127/133

Expte.N°152.175 Juzgado Civil y Comercial N°7.-

En la ciudad de Mar del Plata, a los 21.. días del mes de febrero de 2013, reunida la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: **“MORENO, BLANCA MABEL c/ AMX ARGENTINA S.A. s/ RECLAMO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES” - EXPTE.N°152.175** habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Rubén D. Gérez y Nélida I. Zampini.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

1º) ¿Es justa la sentencia obrante a fs. 943/50?

2º) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN

D. GEREZ DIJO:

I. Antecedentes:

A fs. 943/50 dictó sentencia definitiva la Sra. Jueza de Primera Instancia haciendo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Blanca Mabel Moreno contra AMX Argentina S.A. y condenando a ésta última a que cese en su actividad arbitraria e ilegal y se abstenga de reclamar en lo que exceda la facturación de la línea 0223-50566465, más allá del límite de crédito establecido, bajo apercibimiento de resarcir los daños y perjuicios provenientes en los términos de los arts. 511 y 512 del CPC mediante el proceso sumario pertinente.

Asimismo, rechazó parcialmente la demanda interpuesta por Blanca Mabel Moreno contra AMX Argentina S.A. en relación a la facturación de la



línea 0223-5056466, como así también respecto a la inclusión de la actora en el listado de morosos.

Finalmente, impuso las costas en el orden causado y difirió la regulación de honorarios para el momento en que se practique la pertinente liquidación.

Para así hacerlo, comenzó diciendo que resultaba procedente el análisis de la cuestión planteada bajo la aplicación de la normativa que regula la ley de defensa del consumidor.

Resaltó que no se encontraba controvertido que la actora contrató con la demandada en el año 2005 la activación de 9 líneas telefónicas con fines comerciales.

Indicó que el perito contable determinó que la facturación de la línea N°223 5056465 correspondiente a la factura N° A 0404-00221272 había sido correctamente efectuada, no existiendo errores en el computo de los consumos.

Asimismo, destacó que en el marco de las actuaciones realizadas ante la "Dirección de Defensa al Consumidor e Intereses del Contribuyente de la Municipalidad de General Pueyrredón" se determinó la aplicación de una multa contra la demandada ante la evidente falta de información y el actuar abusivo de la compañía. Expresó que consideró aquél ente que la accionada efectuó facturaciones superando el límite del crédito que reza cada resumen de cuenta; importando una violación a lo ofrecido o convenido, como así también la existencia de una información insuficiente, ineficaz y confusa, lo cual provoca una lesión a los intereses del consumidor.

Seguidamente, ingresó al análisis del caso particular.

Comenzó dejando aclarado que el objeto del pleito había quedado circunscripto en el decisorio de fs. 150/52 y 156, quedando fuera del juicio la reparación de daños y perjuicios.

Así, en torno a la facturación excesiva alegada por la actora, tuvo por probado con la pericial contable realizada en autos que no se había



respetado la cláusula del límite de crédito, importando ello una infracción a lo convenido, lesivo de derechos y garantías constitucionales.

No obstante ello, explicó que la pericia acredita la facturación en relación a la línea 223 5056465, mientras que de la línea 223 5056466 nada se ha acreditado.

Frente al material probatorio colectado entendió procedente la acción en forma parcial con respecto a la línea 0223 50566465, disponiendo que la demandada podrá efectuar el reclamo que le corresponda teniendo en cuenta el límite de crédito con el que contaba la actora.

Por otro lado, ante la falta de prueba de que la actora se encuentre en un listado de morosos, rechazó la pretensión esgrimida para lograr su exclusión. Entendió la magistrada que al no haber acreditado el hecho, debía soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés.

II. Apelación de la parte actora:

A fs. 954 interpone la actora recurso de apelación contra el referido pronunciamiento, el cual es concedido en relación y con efecto devolutivo a fs. 955, siendo fundado a fs. 957/65, y contestado por la demandada a fs. 967/72.

Alega que la magistrada ha confundido el objeto demandado, en tanto no es lo mismo solicitar el cese de la actividad arbitraria y abusiva que solicitar la reducción de los montos facturados. Considera que la sentencia no resulta congruente con lo solicitado.

Indica que acreditó haber solicitado el pase al sistema prepago de las líneas 223 5056465 y 223 5056466 mediante la carta documento de fecha 31/01/2007, circunstancia admitida por la accionada que dio de baja las otras líneas involucradas en la misma solicitud.

Explica que el objeto de la acción ha sido puntualmente hacer cesar la actividad arbitraria e ilegal que consistió en la facturación misma de cargos inexistentes e improcedentes; más allá de que a todo evento fueran facturados sin observar el límite de crédito dispuesto.



Se agravia de la consideración que la a-quo hiciera de la pericia contable desde que la demandada le negó al experto el acceso a la documentación, expidiéndose únicamente sobre planillas unilateralmente confeccionadas, y no pudo comprobar que la línea estuviera activa, y en tal caso porqué lo estaba. Asimismo, refiere que el perito señaló que si la línea hubiera sido pasada al sistema de facturación conocido como prepago, la factura objetada no correspondía, y que para llegar a una facturación como la impugnada la línea debía estar conectada a Internet durante todo el día y todos los días del mes. Conclusiones éstas que fueron obviadas al sentenciar.

Así las cosas, se agravia del progreso parcial del objeto demandado, en tanto las contundentes acreditaciones probatorias ameritan el progreso íntegro del ítem, debiendo la demandada abstenerse de cualquier reclamo al respecto en orden a su incumplimiento y a su conducta abusiva.

Por otra parte alega que la aplicación del límite de crédito o cláusula de seguridad debe partir de una facturación válida, y, luego, de un accionar contractualmente válido que incluyera el ineludible preaviso. Es decir que, antes de que pudiera excederse dicho límite, la prestataria debía alertar a su cliente.

En razón de ello entiende que no puede la prestataria reclamar conforme los límites de una cláusula que negó y jamás respetó.

Se agravia también del rechazo de su pretensión por entender la magistrada que no ha podido acreditar hallarse incluida en un registro de deudores morosos. Considera que existe una evidente falta de congruencia con el objeto de su demanda.

Explica que pretendió hacer cesar la actividad arbitraria e ilegal que amenazaba recurrentemente con incluirla en un registro de morosos y en el “Veraz”, como lo acredita la carta simple de fecha 26/10/2007.



Entiende que en modo alguno puede saber a ciencia cierta si la prestataria concretaría tales amenazas y por ello integró su pretensión el inmediato cese de su conducta al respecto.

Finalmente, se agravia de la imposición de costas. Alega que impugnó un accionar arbitrario y lesivo en varias instancias, y quizás no hubiese tenido que recurrir a la justicia de haber sido receptora de explicaciones claras y temporáneas. Así, argumenta que existieron razones para litigar y corresponde revocar la imposición de costas en el orden causado, adjudicándolas en su totalidad a la demandada.

III. Contestación de la parte demandada:

A fs. 967/72 contesta la accionada la fundamentación de la parte actora.

Principia solicitando la declaración de deserción del recurso de apelación interpuesto por aquella, entendiendo que se limitó a controvertir la valoración de la prueba sin demostrar cabalmente la existencia de yerro alguno.

Subsidiariamente contesta los agravios.

Entiende que el decisorio solo ha acogido aquellas pretensiones que a consideración del sentenciante encontraron sustento probatorio en un adecuado nexo causal con los hechos afirmados en la demanda y que no fueron desvirtuados por la defensa.

Dice que el hecho que AMX hubiera dado de baja otras líneas de la actora, no importa el reconocimiento de que hubiera solicitado la baja de la líneas 223 5056465 y 223 5056466.

Así, correspondía a la actora acreditar el pedido de baja de la línea 223 5056465 en tiempo y forma, y habiendo negado AMX que ello hubiera ocurrido, resulta que la línea mantuvo el sistema de facturación mensual. Destaca que la actora pretende hacer decir a la pericia lago que la misma no dice, pues el experto contable jamás ha afirmado que la Sra. Moreno requirió la baja o pase a prepago de la línea 223 5056465.



Concluye que la a-quo no ha omitido valorar nada, sino que la accionante no ha logrado referir ninguna prueba producida de donde se extraiga el pedido de traspaso a prepago de su línea.

Con respecto al segundo agravio, expresa que negó la autenticidad de la documentación referida como cartas de intimación y que al interponerse la pretensión anulatoria ante el fuero contencioso administrativo, las sentencia administrativa no se encuentra firme, resultando improcedentes las referencias a tales actos administrativos.

Finalmente, en torno a las costas, alega que la actora parece olvidar que la pretensión contenida en la demanda consta de tres puntos, de los cuales dos han sido rechazados, razón por la cual debería correr con las costas relativas a tales rechazos.

IV. Tratamiento de los agravios:

a) El criterio amplio y flexible que debe prevalecer para el análisis de los requisitos que debe satisfacer la carga técnica de expresar agravios, desde que se encuentra en juego la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, y luego de la detenida lectura del escrito recursivo, me inclinan a ingresar en el análisis sustancial del recurso, rechazando el pedido de deserción del recurso que efectúa la demandada (arts. 18 de la CN, 15 de la CPBA, 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto San José de Costa Rica-; arg. Cám.Apel. La Matanza, Sala II, 1079 RSI-121-6 I 19-9-2006; Cám.Apel.1era., Sala I, La Plata, 247718 RSD-12-7 S 15-2-2007; Cám.Apel.2da., Sala II, La Plata, 104260 RSD-47-10 S 30-4-2010; Azpilicueta-Tessone, **La Alzada – Poderes y Deberes**, Librería Editora Plantense, La Plata, 1993, pág.3 y 24; Hitters, **Técnica de los recursos ordinarios**, 2da. edición, Librería Editora Plantense, La Plata, 2004, pág.465).

b) Para un adecuado análisis del recurso de apelación traído a conocimiento de este Tribunal considero indispensable repasar cuáles han sido las pretensiones esgrimidas por la accionante en su demanda.



La actora accionó con el fin de ***hacer cesar la actividad arbitraria e ilegal*** de la demandada, indicando en su petitorio que -en los términos del art. 29 de la ley 13.133- **se la condene a la exclusión de cualquier registro de morosos interno o externo, y a la emisión del correspondiente libre deuda.**

Cabe aclarar que por resoluciones firmes de fs.150/2 y 156/7, la pretensión resarcitoria (daños y perjuicios) se excluyó del presente juicio, indicándose que debía ser objeto de otro proceso.

Así las cosas, la pretensión – en caso de progreso de la demanda - importaba un “no hacer” de la demandada (cesar la actividad arbitraria e ilegal) y, como consecuencia de ello, un “hacer” consistente en excluir a la actora de los listados de morosos y la emisión del libre deuda.

Ahora bien, para todo ello resulta imprescindible la revisión de la cuenta de telefonía móvil de la actora (2/0185668654). En otras palabras, debía probarse la realidad de los consumos que fueran liquidados en la factura N° A 0404-00221272 por un importe total de \$ 14.428,39.

c) En la sentencia recurrida nada ha dicho la sentenciante sobre el tópico, fundando su decisión en la violación al límite de crédito que figuraba en la factura, sin ingresar en la corrección o no de los consumos que conformaron el importe reclamado por la prestataria del servicio. Ello es motivo de agravio de la actora y nos lleva, irremediablemente al análisis del material probatorio obrante en la causa.

Sabido es que incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido. Cada una de las partes, dice el art. 375 del CPC, deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

No obstante aquel principio general en materia de carga probatoria, el estatuto consumeril (ley 24.240) trae innovaciones sobre el punto como consecuencia del régimen protectorio allí establecido.



Así se ha dicho que *“En los casos en los que los consumidores promueven acciones judiciales en defensa de sus derechos, son admisibles todos los medios de prueba sin que corresponda la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de ellos. Asimismo, el juez debe evaluar el comportamiento de las partes para poder determinar si actuaron de buena fe, no incurrieron en abuso de derecho y si cumplieron con las obligaciones impuestas a su cargo por las disposiciones vigentes. Y cuando no tenga elementos de convicción suficientes para tener por verificados o no los hechos discutidos, deberá interpretar el contrato en la forma más favorable al consumidor.”* (Barbado, Patricia , **“La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo”**, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Consumidores, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009-1, pág.210).

Nos explica Sáenz que reviste vital importancia el deber de conducta de las partes, que determina que si existe un hecho controvertido, respecto del cual una de las partes se encuentra en mejor posición de aportar certeza sobre su veracidad, resulta entonces que si aquél omite u obstruye la producción de prueba necesaria, podrá presumirse judicialmente que tenía razón la contraria respecto del acaecimiento o no del hecho en cuestión (**Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada**, obra colectiva, Picasso y Vazquez Ferreyra directores, ed. La Ley, Bs.As., 2009, T.I, pág.453).

Este deber de conducta tuvo recepción legislativa en la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor introducida por la ley 26.361. Allí, el nuevo tercer párrafo del art. 53 dispone que: *“Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio”*.

Y Bersten indica que en la telefonía la unidad de medida no es constante sino variable, tanto en distancia como en los horarios, no



existiendo un patrón único de medida. Por otro lado, explica que los instrumentos de medición se trata de computadoras que están instaladas en dependencias de la propia empresa; de modo que los usuarios del servicio no pueden controlar en absoluto si las mediciones efectuadas son reales o no (ob.cit., T.III, pág.726).

Por su parte, la jurisprudencia a dicho que *"Deberá ser entonces quien está en mejor posibilidad de probar quien acredite con veracidad certera lo facturado..."* (Cám.Nac. de Apel. en lo Civil y Comercial Federal, Sala III, en autos "Biestro de Bover, Amelia T. v. Telefónica de Argentina S.A.", JA 1995-II-166).

Más recientemente se ha resuelto que *"...el principio de las "cargas probatorias dinámicas" son llevadas a su máxima expresión pues, el proveedor tiene una obligación legal: colaborar con el esclarecimiento de la situación litigiosa; y en consecuencia, todo silencio, reticencia o actitud omisiva, se constituirá en una pauta que afectará dicha obligación legal con la consecuente presunción de certeza sobre la versión que sustenta la pretensión del consumidor (cfr. Junyent Bas-Del Cerro, "Aspectos procesales de la ley de defensa del consumidor", La Ley, 14/06/2010, 1, p. 16)." (Juzgado Civil y Comercial N°5 de San Nicolás, en autos "Taborda, Pablo Alcides c. AMX Argentina S.A. s/ Daños y perjuicios" • 10/04/2012, AR/JUR/10707/2012).*

Ello me basta entonces para concluir que AMX Argentina S.A. se encontraba en inmejorables condiciones para acreditar la veracidad de los consumos que fueron liquidados en la factura cuestionada por la accionante. Pero lejos de desplegar una **actividad probatoria conducente** a la búsqueda de la verdad de los hechos controvertidos, optó por negar que no se haya utilizado el servicio de transmisión de datos y afirmó que la línea 223 5056465, en el período cuestionado, efectuó los siguientes consumos: 261,29 minutos de tiempo de aire incluidos en el abono, 1335,71 minutos de tiempo en el aire excedentes y 999.526Kb.



Y en el repaso de la prueba ofrecida y producida por la accionante debo decir que la prueba pericial contable se presenta insuficiente a tales fines (art. 384, 474 y cdtes. del CPC).

Tal como lo destaca el recurrente las conclusiones de la experticia sólo se basaron en la documental obrante en autos y la información conducente para verificar la veracidad del consumo no pudo aportarla el perito por exceder la materia de su incumbencia profesional (ver fs. 916, 920/1 y 924/5).

En otras palabras, la especialidad ofrecida (contable) no era conducente para probar el hecho negado por el consumidor, debió haber ofrecido el mismo medio probatorio (prueba pericial) pero ha realizar por un **ingeniero** con incumbencia profesional en la materia específica, esto es un ingeniero en telecomunicaciones, electrónico o en radiocomunicaciones (cfr. Nómina de especialidades del Acuerdo N°3287 del 16/08/2006).

Tal déficit probatorio conlleva a que AMX Argentina S.A. deba soportar las consecuencias de omitir ese imperativo en el propio interés; que se traduce en la imposibilidad de perseguir el cobro de los rubros cuestionados por el consumidor que no fueron debidamente acreditados como efectivamente realizados (SCBA, Ac 45068 S 13-8-1991; AC 73932 S 25-10-2000; C 100570 S 29-4-2009; entre tantos otros; art. 42 de la C.N.).

Lo precedentemente expuesto desplaza todo análisis respecto a la discusión sobre la oponibilidad del “límite de crédito” (hasta la suma de \$4.573) que consta en el anverso y reverso de las facturas, como así también si se había omitido considerar el pedido de pase a “prepago” de las líneas 0223-50566465tal y 0223-5056466, puesto que las alegaciones de la actora vinculadas a esos temas fueron argumentos secundarios. Su reclamo central se apoyó en que no había hecho “uso” de las líneas aludidas. De allí que la actividad probatoria de la demandada debió dirigirse a demostrar lo contrario, puesto que la “carga” de hacerlo, por lo explicado inicialmente, pesaba sobre dicha parte.



Así las cosas, propongo al acuerdo acoger el primer agravio de la recurrente, lo que impedirá a la demandada reclamar el pago de la factura N° A 0404-00221272 y los recargos por mora que en las facturas posteriores se hubieran incluido con motivo de la deuda aquí discutida.

d) Exclusión de la lista de morosos:

Sobre tal pretensión entendió la sentenciante de la instancia de origen que la parte actora no había acreditado su inclusión en listado alguno, resultando ello suficiente para el rechazo de la acción.

Adelanto que, en parte, le asiste razón a la recurrente.

Aún en el tiempo de la etapa conciliatoria llevada a cabo en esta instancia la demandada tuvo por deudora a la parte actora y, frente a la imposibilidad de acuerdo, se ingresó en la etapa recursiva. Ello indica que al menos en los registros de la empresa demandada la actora figura como morosa de las facturas oportunamente confeccionadas.

Como consecuencia de lo resuelto en el punto anterior, y **en la medida y con los alcances allí establecidos**, la empresa proveedora del servicio de telefonía móvil AMX Argentina S.A. deberá excluir de su lista de morosos a la actora.

Por otro lado, es cierto que no se ha acreditado que tal información allá trasvasado los registros de la demandada y alcanzado estado público a través de las empresas de informes comerciales (por ejemplo: Activa Informes Comerciales, Decidir, Dun & Bradstreet, Fidelitas, Mercosur On Line, Nosis, Organización Veraz, etc.), carga que, en este caso, pesaba sobre la actora e impide que la condena se extienda más allá de lo indicado en el párrafo anterior. En otras palabras, falta en autos la prueba del dato registrado que se pretende excluir (art. 375 del CPC; arg. art.13, 14 inc. 1 y 2, 33 inc.1 apart. a y b de la ley 25.326; Palazzi, **Informes Comerciales**, ed. Astrea, Bs.As., 2007, pág. 268 y ss).

e) Imposición de costas:



Si bien la a-quo impuso las costas en el orden causado y ello resultó motivo de agravio de la recurrente, el art. 274 del CPC impone a este Tribunal adecuar las costas al contenido del pronunciamiento.

Frente a lo decidido precedentemente, considero que las costas de ambas instancias deben imponerse a la demandada vencida en su carácter de perdidosa (art. 68 del CPC).

Por todo lo expuesto, **VOTO POR LA NEGATIVA.**

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA EL SR. JUEZ DR. RUBEN D. GEREZ DIJO:

Corresponde: **1º)** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 954 con los alcances indicados en los considerandos; **2º)** Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPC); **3º)** Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

ASI LO VOTO.

A la misma cuestión la Sra. Juez Dra. Nélide I. Zampini votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

Por los fundamentos brindados en el presente acuerdo: **1º)** Se hace lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 954 y con los alcances indicados en los considerandos; **2º)** Se imponen las costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida (art. 68 del CPC); **3º)** Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA (art. 135 inc.12 del CPC).-**

%o7'"&\,_p6hŠ



RUBEN DANIEL GEREZ

NELIDA ISABEL ZAMPINI

Pablo D.Antonini

Secretario

Secretario

Copete: Derecho del consumidor – Consumos telefonía movil – Cargas probatorias dinámicas