

**AUTOS:** "PIPSF S.A c/ TELECOM ARGENTINA S.A-ABREVIADO" (Expte. N° 1374312, del 16 de agosto del 2017, Secretaría a cargo del Dr. Emilio J. M. Cornaglia); Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de la ciudad de San Francisco, asiento de la Quinta Circunscripción Judicial, integrada por los Señores Vocales Dres. Mario Claudio Perrachione y Analía Griboff de Imahorn (Año 2018)

**VOCES:** ABRSTRACTA POR SUSTRACCION DE LA MATERIA – CONDENA EN COSTAS- JUICIO DE PROCEDENCIA DE LA ACCION

**SINTESIS FÁCTICA:** La actora inicia demanda reclamando la realización de obras públicas a la prestadora de servicios TELECOM S.A. argumentando la existencia de obligaciones contractuales incumplidas y la aplicación de la ley de defensa del consumidor. Luego de iniciada la acción la demandada realiza la obra pública demandada como parte de un plan más amplio de obras, declarándose entonces el fin anormal del proceso por declaración de ABSTRACTA POR SUSTRACCION DE LA MATERIA, con condena en costas a la actora por considerar la a quo que la demanda (en caso de no haber sido declarada abstracta) habría sido rechazada. La cámara con fundamento en reciente jurisprudencia del TSJ ratificó el decisorio de primera instancia, agregando que la apelante no impugnó la declaración de ABSTRACTA POR SUSTRACCIÓN DE MATERIA sino la condena en costas, ni tampoco impugnó el razonamiento de la aquo en relación al juicio hipotético de procedencia de la acción.

**SUMARIOS:**

"...La apelante con cita de Jorge W. Peyrano entendió que la declaración de sustracción de materia, implica que las costas se distribuyan por "el orden causado". Pero este no ha sido el criterio seguido por este Tribunal de alzada, el cual, si bien es cierto que en varias oportunidades resolvió que cuando se declara "abstracta por sustracción de la materia" la cuestión principal, las costas se imponen por el orden causado; a partir del Auto N° 49, de fecha 18-

03-15, dictado en la causa: “Leantos S.A c/ San Miguel S.R.L – Ordinario (Cuerpo de copias)” (Expte N° 1726038), cambió de criterio, especialmente en base a la jurisprudencia del TSJ, Sala Civil y Comercial, sentada en el Auto N° 14, del 06-03-09, “Provincia de Córdoba c. Román o Romano Garay. Expropiación. Cuerpo de ejecución de sentencia. Recurso Directo”...”

“...En consonancia con este pronunciamiento, consideramos que al declararse la cuestión “abstracta por sustracción de materia”, no debe prevalecer la solución consistente en repartir “por su orden” las costas originadas, tal como sostiene el apelante, siguiendo a autorizada doctrina. (ver Jorge W. Peyrano, “Sustracción de materia como medio atípico de extinción del proceso civil”, en Revista de Derecho Procesal, 2012-I, “Modos anormales de terminación del proceso”, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2012, N° IV, ps. 288/289), sino que debemos formular un juicio de procedencia o de fundabilidad sobre el mérito del asunto, al sólo efecto de determinar cómo deben distribuirse las costas; en otros términos corresponde analizar si la acción intentada, en caso de no haber devenido abstracta la cuestión tenía probabilidades de prosperar o no (En este sentido ver C2a Civ. Com. Cba., Sent. N° 15 del 27-03-14, “Godoy Luque Manuel c/ Macía, Eduardo – Amparo”, voto de la vocal: Silvana M. Chiapero, Semanario Jurídico N° 1965, del 24-07-14 p. 151 y ss., con cita de Loutayf Ranea, R. G., “Condena en costa en el proceso civil”, Astrea, Bs. As., 1988, p. 237; T.S.J., Sala Civ. y Com., Auto N° 14 del 06-03-06, “Provincia de Córdoba c/ Román o Romano Garay. Expropiación. Cuerpo de ejecución de sentencia. Recurso Directo”)...”

“...La actora también omitió probar “el hecho constitutivo” en el que se fundó su pretensión, esto es, la existencia de la obligación contractual de “hacer el tendido de líneas telefónicas en el PI”, teniendo en cuenta de que en “el responde”, la demandada negó categóricamente la existencia de dicho contrato, lo cual fue valorado por la a quo, cuando expresó que es un hecho acreditado que las partes en el año 2005 ó 2006 celebraron un convenio de líneas telefónicas por parte de la demandada dentro del perímetro originario

central del PI, pero que ese convenio no se extendió a la ampliación de las líneas telefónicas reclamadas por la actora en su demanda. Es decir que sobre este punto ante la negativa de la accionada, la actora tenía la carga de probar la existencia de dicho contrato y no lo hizo; por lo cual, debe rechazarse de plano el recurso intentado...”

**SENTENCIA NUMERO: Noventa y nueve**

San Francisco, cinco de septiembre de dos mil dieciocho. La Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo con sede en esta ciudad, asiento de la Quinta Circunscripción Judicial, integrada por los Señores Vocales Dres. Mario Claudio Perrachione y Analía Griboff de Imahorn (art. 382 CPC – Ley 9129), con la presidencia de la segunda de los nombrados, procede en audiencia pública en la forma que da cuenta el acta levantada al efecto por separado, a dictar sentencia en estos autos caratulados: **"PIPSF S.A c/ TELECOM ARGENTINA S.A-ABREVIADO"** (Expte. N° 1374312, del 16 de agosto del 2017, Secretaría a cargo del Dr. Emilio J. M. Cornaglia); venidos del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, de Primera Nominación de la Sede, por concesión a la parte actora, del recurso de apelación que interpusiera a fs. 219, en contra de la Sentencia N°48, de fecha 03-07-2017, cuya copia corre agregada a fs. 209/217 de autos, en la que la Señora Juez titular resolvió: *"1) Declarar abstracta la pretensión de la actora a los fines de que se condene a Telecom Argentina S.A a realizar obras de tendido telefónico e internet en el sector norte y sur del predio del PIPSF.- 2) Rechazar la demanda de daños y perjuicios incoada por el PIPSF en contra de Telecom Argentina S.A. (daño emergente, privación de uso y daño punitivo art. 52 bis ley 24.240).- 3) Imponer las costas a la parte actora por resultar vencida (art. 130 CPC).- Regular los honorarios del Dr. ODI en la suma de pesos treinta mil ochocientos veintisiete con setenta centavos (\$30.827,70).- Regular, en forma conjunta y en proporción de ley, los honorarios de los Dres. AK y MEP en la suma de pesos ocho mil ochocientos cuatro con veinticinco centavos*

*(\$8.804,25).- Regular los honorarios del perito contador GND en la suma de pesos dos mil trescientos cuarenta y siete con ochenta centavos (\$2.347,80).- Protocolícese, hágase saber y dese copia.- Fdo. CASTELLANI, Gabriela Noemí. Juez”.-*

Que firme el decreto de autos, los señores vocales reciben los actuados conforme lo determina el art. 379 CPC, según acta labrada a fs. 300 y, concluido, pasan los autos al acuerdo fijándose las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTION:** ¿Es procedente el recurso de apelación intentado por la parte actora?

**SEGUNDA CUESTION:** ¿Qué pronunciamiento corresponde en definitiva?

Los señores Vocales emiten sus votos en el siguiente orden: Dr. Mario Claudio Perrachione y Dra. Analía Griboff de Imahorn, los que son leídos por Secretaría.-

**A LA PRIMERA CUESTION EL SEÑOR VOCAL DR. MARIO CLAUDIO**

**PERRACHIONE, DIJO:** **I) Relación de causa:** La resolución bajo recurso contiene una adecuada relación de causa que satisface los requisitos legales (arts. 329, 330 CP C), por lo que en honor a la brevedad, me remito, sin perjuicio de lo cual, conviene mencionar lo siguiente: **II) El caso:** El Sr. VC, en su carácter de Presidente de la firma “PIPSF S.A”, promueve demanda abreviada en contra de Telecom Argentina S.A, CUIT N° 30-63945373-8, solicitando se condene a la misma a cumplimentar en forma efectiva la ejecución del contrato de suministro del servicio de telefonía e internet, y asimismo peticiona se condene a la accionada a abonar la suma de pesos cuarenta y ocho mil ciento cincuenta y siete con cincuenta centavos (\$48.157,50) en concepto de daños y perjuicios, todo con más los intereses, costos y costas incluidos los honorarios del art. 104 inc. 5 de la ley 9459. Expresa que entre las partes existe una relación de consumo en los términos del art. 3 de la ley de defensa del consumidor.- Manifiesta que la empresa demandada, conjuntamente con su representada, iniciaron una obra de instalación de la vía subterránea de fibra óptica digital a los fines de continuar con el trazado de fibra óptica ya existente, para así poder brindar los servicios

de telefonía e internet a las empresas radicadas en el sector norte y sur. Continúa diciendo que las tareas de ejecución comenzaron en el año 2011 y luego fueron abandonadas por la empresa Telecom Argentina S.A y que a la fecha se encuentran inconclusas.- Expresa que remitieron tres (3) cartas documentos intimando a la hoy demandada para que amplíen la red de telefonía, pero que no tuvieron respuesta alguna por parte de la empresa de telefonía.- Sostiene que el incumplimiento de la firma Telecom Argentina S.A generó y genera daños y perjuicios atento que priva a todas y cada una de las empresas radicadas en el PI del servicio de internet y telefonía, motivo por el cual reclama los siguientes daños: gastos de envío de las cartas documentos; privación de uso; y daño punitivo.- Por su parte, el apoderado de Telecom Argentina S.A contesta la demanda, solicitando su rechazo, con costas.-

**III) La resolución de primera instancia:** En ella el a quo declara abstracta la pretensión de la actora y rechaza la demanda de daños y perjuicios. Impone las costas a la parte actora vencida.-

**IV) Los agravios de la parte actora y su contestación por la parte demandada:** La parte actora, por intermedio de su apoderado los expresa a fs. 225/ 227. A modo de introducción recuerda que el decisorio impugnado declaró abstracta la cuestión principal y rechazó las pretensiones de daños conexas interpuestas por esa parte. A continuación manifiesta que el agravio se genera concretamente en la "...incorrecta imposición de costas generada a raíz de la declaración de sustracción de la materia. Es que esta parte no comprende por qué el Juzgador efectúa un desarrollo arbitrario e innecesario sobre lo que podría haber sucedido de haber resuelto la pretensión declarada abstracta, entendiendo que se ha extralimitado en sus funciones y por ende incurrido en una seria transgresión al principio de imparcialidad que debe imperar en todo proceso".

Expresa que la sustracción de materia es un modo anormal de terminación del proceso no legislado, que como tal impide al tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito. Dice que resulta incomprensible que el a quo haya finiquitado el conflicto, si por el contrario conforme surge de autos al momento de la traba de la litis y durante la

producción de la prueba se demostró que la parte demandada se encontraba en mora, en todo caso la acción incoada fue el mecanismo procesal adecuado y eficiente para que la accionada en mora comenzara a realizar las obras en cuestión. Señala que este comportamiento asumido por el tribunal deja entrever una clara inconducta que violenta el principio de imparcialidad al cual está sujeto. Ello así, desde que la “judicialidad” de la materia sometida al conocimiento de los jueces viene a constituir un presupuesto riguroso para el ejercicio efectivo del poder jurisdiccional.

En segundo orden afirma que el Oficio hace una pésima interpretación del principio objetivo de la derrota consagrado en el art. 130 del código ritual. Afirma que la abstracción de la materia llevada se produce a raíz de una aparente conducta desplegada exclusivamente por TELECOM S.A, quien como consecuencia del presente pleito activa las obras a las que se encontraba obligada y que persistente y abusivamente se negaba a realizar, colocando a su parte ante el único recurso de recurrir al auxilio judicial, dejando hipotéticamente sin objeto a la pericial oportunamente impugnada. Destaca que como consecuencia de ello, al producirse una sustracción de materia unilateral, en la cual es la parte demandada la que determina con su accionar el funcionamiento de dicho modo atípico de extinción del proceso civil (mediante el cumplimiento de su obrar en débito), es ésta quien debe cargar con las costas que provocó con su propia conducta. Dice que en el peor de los casos deberían haber sido impuestas por el orden causado, pero nunca exclusivamente a su representada, ya que la misma no fue vencida en el presente proceso ordinario, muy por el contrario la pretensión iniciada se encontraba en mora al momento de la traba de la litis.

También impugna cuando la juez a quo en el “considerando IV”, descalifica al Conjunto Inmobiliario PI como sujeto activo de las defensas del derecho de consumo, cuando cabe de suyo que el servicio de telefonía básico es claramente un servicio público al que se encuentra obligado a suministrar a la demandada y que su incumplimiento lleva en todos los casos un perjuicio, es así que negarle capacidad procesal para invocar la Ley de Defensa del Consumidor (24.240) es claramente contrario a derecho.

A fs. 229/235v. la contraria evacúa el traslado que le fuera corrido, peticionando su rechazo, con costas.-

**V) La solución:** 1) La juez a quo en la sentencia impugnada entendió que la pretensión contenida en la demanda tendiente a que se condene a “Telecom Argentina S.A.” a “realizar la obra de extensión de la red de telefonía e internet”, se “tornó abstracta por sustracción de materia”, pues de las constancias de autos, surge que el representante de la demandada expresó: *“Mi poderdante, TELECOM ARGENTINA S.A, ha procedido a realizar obras en la ciudad de San Francisco, para cubrir las necesidades respecto de los requerimientos de los clientes, que solicitan servicio de telefonía fija e internet.- Se han realizado trabajos en distintos barrios de la ciudad de San Francisco, entre ellos, la zona del PI.- Con respecto al lugar donde se realizaron obras, y que interesa en este juicio, mi representada me ha informado que realizaron obras dentro del predio del PIPSA, adjunto fotos correspondientes al equipo NGN emplazado en el sitio y de un poste con su caja terminal.- Con posterioridad a la conclusión de las obras, dentro del predio del PI, se realizó un reunión, más precisamente con fecha 17 de noviembre....En dicha reunión, planteada en muy buenos términos de mutua cooperación, se le hizo conocer al gerente que las obras realizadas en el predio del PI estaban terminadas, finalizada, donde se le acercó un plano de las obras recientemente concluidas por posteo aéreo, pudiendo así dar respuesta a las peticiones de las empresas radicadas dentro del predio del PI”* (fs. 210/ 210 v.)

La a quo, por su lado, calificó al tendido de líneas telefónicas realizado por la demandada en distintos barrios de la ciudad (incluyendo al PI), como un “hecho sobreviniente” que convirtió abstracta a la cuestión litigiosa; rechazando así, la calificación de “allanamiento” propuesta por la parte actora. En tal sentido la a quo interpretó que se trata de un hecho sobreviniente al haberse efectuado el tendido de líneas mencionado, destacando que ello “no fue exclusivamente a favor de la actora en función de haberse iniciado este proceso judicial” (“considerando III, fs. 211 v.).

El apoderado de la actora, sin embargo, omitió agravarse concretamente sobre el rechazo del allanamiento invocado por esa parte,

limitando su impugnación al tema de la imposición de costas, pero aceptando al mismo tiempo, explícitamente la declaración de sustracción de materia contenida en el “holding” del fallo atacado.

La apelante con cita de Jorge W. Peyrano entendió que la declaración de sustracción de materia, implica que las costas se distribuyan por “el orden causado”. Pero este no ha sido el criterio seguido por este Tribunal de alzada, el cual, si bien es cierto que en varias oportunidades resolvió que cuando se declara “abstracta por sustracción de la materia” la cuestión principal, las costas se imponen por el orden causado; a partir del Auto N° 49, de fecha 18-03-15, dictado en la causa: “Leantos S.A c/ San Miguel S.R.L – Ordinario (Cuerpo de copias)” (Expte N° 1726038), cambió de criterio, especialmente en base a la jurisprudencia del TSJ, Sala Civil y Comercial, sentada en el Auto N° 14, del 06-03-09, “Provincia de Córdoba c. Román o Romano Garay. Expropiación. Cuerpo de ejecución de sentencia. Recurso Directo”.-

En consonancia con este pronunciamiento, consideramos que al declararse la cuestión “abstracta por sustracción de materia”, no debe prevalecer la solución consistente en repartir “por su orden” las costas originadas, tal como sostiene el apelante, siguiendo a autorizada doctrina. (ver Jorge W. Peyrano, “Sustracción de materia como medio atípico de extinción del proceso civil”, en Revista de Derecho Procesal, 2012-I, “Modos anormales de terminación del proceso”, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2012, N° IV, ps. 288/289), sino que debemos formular un juicio de procedencia o de fundabilidad sobre el mérito del asunto, al sólo efecto de determinar cómo deben distribuirse las costas; en otros términos corresponde analizar si la acción intentada, en caso de no haber devenido abstracta la cuestión tenía probabilidades de prosperar o no (En este sentido ver C2a Civ. Com. Cba., Sent. N° 15 del 27-03-14, “Godoy Luque Manuel c/ Macía, Eduardo – Amparo”, voto de la vocal: Silvana M. Chiapero, Semanario Jurídico N° 1965, del 24-07-14 p. 151 y ss., con cita de Loutayf Ranea, R. G., “Condena en costa en el proceso civil”, Astrea, Bs. As., 1988, p. 237; T.S.J., Sala Civ. y Com., Auto N° 14 del 06-03-06, “Provincia de



Córdoba c/ Román o Romano Garay. Expropiación. Cuerpo de ejecución de sentencia. Recurso Directo”).

Así las cosas, la actora considera, en los agravios expresados que, según cómo quedó “trabada la litis” y conforme a la prueba producida, se demostró que la parte demandada se encontraba en mora, y que como consecuencia directa de la interposición de la demanda “Telecom Argentina S.A” realizó las obras en cuestión (fs. 225 v.). Pero ello constituye, en realidad, una afirmación genérica que contradice los fundamentos dados por la sentencia impugnada, cuando sostiene que el tendido de líneas telefónicas ejecutado por la demandada en distintos barrios y en el PI “no fue exclusivamente a favor de la actora en función de haberse iniciado el proceso judicial” (“considerando III, fs. 211 v.).

En consecuencia, la actora para lograr la modificación de la imposición de costas, debió agravarse concretamente de la parte del fallo transcripta, en cuanto rechazó su planteo de que la demandada se allanó a la pretensión contenida en la demanda; y como no cumplió con esta exigencia, debe entenderse que los fundamentos del fallo sobre la cuestión principal quedaron firmes y consentidos, lo cual selló la suerte del recurso de apelación intentado.

2) La actora también omitió probar “el hecho constitutivo” en el que se fundó su pretensión, esto es, la existencia de la obligación contractual de “hacer el tendido de líneas telefónicas en el PI”, teniendo en cuenta de que en “el responde”, la demandada negó categóricamente la existencia de dicho contrato, lo cual fue valorado por la a quo, cuando expresó que es un hecho acreditado que las partes en el año 2005 ó 2006 celebraron un convenio de líneas telefónicas por parte de la demandada dentro del perímetro originario central del PI, pero que ese convenio no se extendió a la ampliación de las líneas telefónicas reclamadas por la actora en su demanda. Es decir que sobre este punto ante la negativa de la accionada, la actora tenía la carga de probar la existencia de dicho contrato y no lo hizo; por lo cual, debe rechazarse de plano el recurso intentado.

La omisión de prueba contractual torna abstracto el agravio sobre la aplicación al caso de la Ley de Defensa al Consumidor, expresado a fs. 226 V.-

En definitiva, por todos los argumentos vertidos, se rechazará el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en todas sus partes, con costas por resultar vencida (art. 130 CPCC).-

Así voto esta primera cuestión.-

**A LA PRIMERA CUESTION PROPUESTA LA SEÑORA VOCAL DOCTORA**

**ANALÍA GRIBOFF DE IMAHORN, DIJO:** Que se adhiere el voto emitido por el Sr. Vocal Dr. Mario Claudio Perrachione (art. 382 CPC). Así voto esta primera cuestión.-

**A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA EL SEÑOR VOCAL DOCTOR**

**MARIO CLAUDIO PERRACHIONE, DIJO:** De compartirse mi opinión estimo

que se deberá dictar el siguiente pronunciamiento: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora PIPSF S.A, por intermedio de su apoderado, y en consecuencia, confirmar la Sentencia N°48, del 03-07-2017 obrante a fs. 209/217, en todas sus partes. II) Imponer las costas de la alzada a la parte actora, por resultar vencida (art. 130 CPCC). Los honorarios del letrado de la demandada (argumento art. 26 Ley 9459), por su labor en la alzada se regularán en el 40% del punto medio (22,5%) de la escala del art. 36 L.A, sobre lo que fue materia de discusión (art. 40 Ley 9459). La base económica actualizada al 04-09-2018, asciende a la suma de pesos Ciento setenta mil sesenta con sesenta y cuatro centavos (\$170.060,64). Así voto a esta segunda cuestión y en definitiva.-

**A LA SEGUNDA CUESTION PROPUESTA LA SEÑORA VOCAL DOCTORA**

**ANALÍA GRIBOFF DE IMAHORN, DIJO:** Que se adhiere el voto emitido por el

Sr. Vocal Dr. Mario Claudio Perrachione (art. 382 CPC). Así voto a esta segunda cuestión y en definitiva.-

A mérito del acuerdo que antecede,

**SE RESUELVE:**

I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora PIPSF S.A, por intermedio de su apoderado, y en consecuencia, confirmar la

Sentencia N°48, del 03-07-2017 obrante a fs. 209/217, en todas sus partes.

**II)** Imponer las costas de la alzada a la parte actora, por resultar vencida (art. 130 CPCC).

**III)** Regular los honorarios del Dr. OI, por su labor en la alzada en la suma de pesos Quince mil trescientos cinco con cincuenta centavos (\$15.305,45). No regular honorarios al letrado de la parte actora (art. 26 L.A).- Protocolícese y oportunamente bajen.-