



**Folio:**

**Resol:**

**Tomo:**

**Año:**

## **Poder Judicial**



ZARATE, GERMAN GASTON C/ TELECOM ARGENTINA SA S/ OTRAS  
DILIGENCIAS

21-01962729-9

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 11ma. Nom.

Santa Fe, 29 de setiembre de 2015

VISTOS: Estos caratulados Zarate Germán Gaston c/ Telecom Argentina S.A. s/ otras diligencias” (CIUJ N° 21-01962729-9) en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la Undécima Nominación de esta ciudad, y

### CONSIDERANDO:

1. Que el actor, por medio de apoderado, inicia demanda de cumplimiento contractual y daños y perjuicios contra Telecom, aduciendo que pese al cumplimiento por parte del actor de los requisitos exigidos para la conexión de la línea telefónica en el inmueble de calle Pavón 4552, la demandada no cumplimentó con dicha conexión sin razón justificada alguna. Solicita medida cautelar innovativa consistente en la inmediata instalación de la línea telefónica bajo la fianza ofrecida, invocando la configuración de los requisitos exigidos para ello, verosimilitud en el derecho invocado y peligro en la demora.

A efectos de determinar el monto de la fianza se solicitó al actor, por proveído de fecha 25 de junio de 2015 (fs. 40) la aclaración del monto por el cuál inicia la demanda que fue contestado a fs. 41 en el sentido que la demanda se inicia por un monto de \$ 30.000 pero la cautelar solicitada tiene por objeto la conexión del servicio y el derecho a conexión fue abonado en la suma de \$ 183,38 por lo que solicita en orden al beneficio de gratuidad del artículo 53 de la ley 24240 que se tenga por ofrecida caución juratoria del apoderado de la actora.

Por proveído de fecha 29 de julio de 2015 y en virtud de tratarse la cautelar requerida de una innovativa, se corrió traslado a la accionada y notificado ello en el domicilio de calle Crespo 2336 (fs. 51) .

Por escrito presentado en término, el 21 de agosto de 2015 plantea la demandada nulidad de notificación por cuanto su domicilio es Avda. Licia Moreau de Justo 50, Buenos Aires y la notificación fue cursada en otro domicilio.

En orden a la cautelar pretendida solicita su rechazo en base a sostener la inexistencia de los requisitos para ello, concretamente cuestiona la ausencia de peligro en la demora.

Corrido traslado a la actora de la nulidad (fs. 56), lo contesta aduciendo que la nulidad no es más que una acción dilatoria pues presentó en tiempo su contestación del traslado con lo cuál no existe agravio alguno que le haya producido la notificación en el domicilio en el que fue practicada, cita jurisprudencia que considera aplicable al caso y solicita su rechazo, con costas.

2.- Tal como ha quedado compuesta la cuestión tres son las cuestiones a tratar (i) nulidad de la notificación (ii) procedencia de la cautelar y (iii) monto de la caución.

Por razones de índole metodológicas trataré la cuestión de la nulidad en primer término, pues de ello dependerá el resto de las cuestiones a resolver.

(i) Nulidad de notificación: Desde ya adelanto que el planteo habrá de ser rechazado.

Indica el actor su domicilio en Avda. Alicia Moreau de Justo 50 Buenos Aires y la cédula fue enviada a Crespo 2336, sin embargo recibida la cédula notificando el proveído que corre traslado el 14/8/15 (fs. 57 y vto) se presentó el escrito de responde en término, 21 de agosto de 2015 (fs. 52), es decir no se avizora ningún perjuicio producido por la notificación cuya nulidad solicita.

El artículo 126 del CPC y C indica: “La nulidad de un acto o procedimiento



**Folio:**

**Resol:**

**Tomo:**

**Año:**

## **Poder Judicial**

sólo podrá declararse cuando la violación de la ley hubiere producido un perjuicio que no pueda ser reparado sin la declaración de nulidad”.

El tratamiento de las nulidades procesales, ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia, que ha determinado como línea rectora, el principio de trascendencia que deriva, justamente de la clara letra del propio artículo citado.

“Debe tenerse presente que en materia de nulidades procesales rige (entre otros) el denominado “principio de trascendencia”, que se traduce en la necesidad de que el nulidicente invoque y demuestre que el vicio le produjo un perjuicio serio, que no puede ser subsanado de otra forma que con la declaración de nulidad del acto viciado. No hay nulidad por la nulidad misma; tampoco para satisfacer meros pruritos formales (cfr. BERIZONCE, Roberto, La nulidad en el proceso, ed. Plantense, La Plata 1967, pág.82; PEYRANO, Jorge W., Compendio de reglas procesales en lo civil y comercial”, Zeus, 1983, R.P. N° 603, pág.170).” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, Sala 1° “YPF S.A. contra RAGNI, Eligio Rodolfo sobre Ejecución hipotecaria” - Acuerdo n° 152 del 30 de abril de 2009).

Y, en el caso es, precisamente, esa trascendencia lo que no se encuentra presente, ni ha sido demostrada o invocada por quien excepción, obviando absolutamente que el objeto de la notificación, corrimiento de un traslado, fue eficiente a sus fines por cuanto el responde se ingresó en término. Esto importa la inexistencia de cualquier perjuicio derivado del acto cuya nulidad se pretende. Por lo demás, y tal como se dijo, el ejercicio del derecho de defensa, principal objeto de salvaguarda a que atiende la nulidad procesal, se encuentra debidamente satisfecho por parte del propio nulidicente.

Consecuencia de lo dicho es que, la nulidad denunciada carece del requisito de trascendencia y hacer lugar a ello sería, derechamente, declarar una nulidad por

la nulidad misma, cuestión esta que, como ya se advirtió, es no solo contraria a la doctrina jurisprudencial que rige el caso, sino también al principio de economía del proceso, puesto que colocaría a las partes y a este Tribunal en la obligación de realizar un dispendio jurisdiccional innecesario e inútil.

Consecuencia de lo dicho es que habré de rechazar el planteo de nulidad interpuesto por la demandada, con costas.

(ii) Cautelar: Tal como se adelantó la medida solicitada atiende a la conexión del servicio telefónico en el domicilio del actor. Indica que solicitó la conexión del servicio en el mes de febrero de 2014, abonó el cargo por instalación de \$ 183,38 en fecha 26/3/14, pese a lo cuál no se realizó la conexión. Se aduce haber efectuado reclamo el 11/8/14, siendo el silencio la única respuesta por lo que ocurrió ante Proconsumer Santa Fe, quién realizó el trámite administrativo correspondiente, una vez más sin éxito alguno. Al solicitar esta medida cautelar invoca la verosimilitud de su derecho a la provisión del servicio en base a las normas de protección al usuario, indica que le afecta también su derecho a vivienda digna, a igualdad y trato digno. Invoca el peligro que le irrogaría estar a las resultas de la sentencia definitiva por el tiempo que ello irrogaría. Ofrece contracautela.

Desde ya adelanto que habré de conceder la cautelar pretendida.

Según explica Peyrano, en el proceso cautelar innovativo lo que se tiende a evitar es la frustración o compromiso del resultado del proceso principal, frustración que se operaría si no se dispone cierto cambio en el estado de cosas imperante, lo que requiere su modificación anticipada. El juez ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente. (Conf. PEYRANO, Medida Cautelar innovativa, 1981, p.13.). Tal es el caso que nos ocupa en el que el actor solicita la conexión del servicio telefónico que hasta el momento le ha sido negado, sin justificación alguna.



**Folio:**

**Resol:**

**Tomo:**

**Año:**

## **Poder Judicial**

Sin embargo, la Corte Federal advierte que “la medida cautelar innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión” (Fallos: 316:1833, 320:1635)

En tal contexto es necesario analizar si se encuentran presentes los requisitos exigidos por la doctrina y jurisprudencia para su despacho exitoso y esto así por cuanto el demandado ha negado la configuración de tales requisitos.

El primer requisito atiende a la verosimilitud del derecho (“fumus boni iuris”). Para obtener el dictado de una resolución que acoja favorablemente una pretensión cautelar, resulta suficiente la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal se declarará la certeza de ese derecho.(Cfr. Calamandrei, citado por Palacio en Derecho Procesal Civil, reimpresión, VIII, pag. 32)

Respecto de tal requisito ha dicho el máximo Tribunal nacional que; “la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso, y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica”( Fallos: 326:3456).

Encuentro que tal requisito se encuentra presente en autos, toda vez que es evidente para mí está claro -y bien que en el análisis preliminar que corresponde efectuar en este tipo de medidas- que el actor ha cumplimentado con los requisitos

exigidos por la propia demandada para obtener su servicio telefónico, esto es, solicitud y pago del derecho de conexión, sin que la prestadora haya otorgado razón suficiente para negarlo, pese a las tratativas realizadas al efecto. Es decir, la falta de cumplimiento de lo acordado carece de todo fundamento y se torna por tanto prima facie ilegítimo.

El segundo requisito consiste en el peligro en la demora (“periculum in mora”). Es el peligro (temor fundado) de que ese derecho se frustre o disminuya durante la sustanciación del proceso tendiente a su reconocimiento y efectivización (conf. Morello-Sosa- -Berziconce Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. De Bs. As. Y de la Nación, comentados y anotados, TºII-C, p.496.)

En relación al punto se dijo: “Como ocurre con la verosimilitud del derecho, la justificación del peligro se conforma con una simple acreditación sobre la probabilidad de que el derecho se frustre y se realiza conjuntamente y en forma sumaria con aquél. No se exige conocimiento pleno o prueba definitiva que, como se dijo, es propio del juicio principal” (Porras, Hernández Emilio, Medida cautelar innovativa y Resolución Anticipada, Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Nación, nº 35/36 IJ-LII 33)

Y, según la propia Corte Federal: El peligro en la demora debe juzgarse de acuerdo con un juicio objetivo, o derivar de hechos que puedan ser apreciados incluso por terceros” ( Fallos:326:3658.).

En este punto, y pese a las manifestaciones de la accionada, el peligro en la demora está presente, pues se ha acreditado con la suficiente fehaciencia la frustración de su derecho a obtener el servicio. Esa frustración, continuada en el tiempo, importa - prima facie- un perjuicio objetivo, tal como indica el pronunciamiento citado, que amenaza con actualidad su derecho. Finalmente no puedo dejar de indicar que el argumento de la actora para refutar el peligro en la demora, relativa a que las



**Folio:**

**Resol:**

**Tomo:**

**Año:**

## **Poder Judicial**

telecomunicaciones son un campo de enorme competencia en el mercado, por lo que el actor podría recurrir a otra alternativa para obtener su servicio, no puede ser atendido. Es que lo que aquí se requiere es el servicio contratado y por el que se abonó el derecho a conexión, la idea de que no existe daño por el hecho que otras prestadoras pudieran otorgar el servicio es no sólo improcedente sino francamente contrario a las mas elementales reglas que rigen el servicio público y los derechos al consumidor que, claramente, se encuentran en juego aquí.

El tercer requisito atiende a la contracautela que fue ofrecida por el actor y que será objeto de tratamiento específico en el punto siguiente del presente resolutorio, tal como se dijo al inicio.

En suma todos los requisitos se encuentran presentes para acceder a lo solicitado.

No me escapa empero que medidas como las aquí requeridas tienen una gran similitud con la tutela anticipada, y tan claro es esto que la resolución de la propia Corte Suprema en “Camacho Acosta v. Grafo Graf SRL y otros” fue conceptualizado por gran parte de la doctrina verdadera resolución anticipatoria dictada en el marco de un trámite cautelar, puesto que la providencia recayó directamente sobre la relación sustancial controvertida.

“De manera que en la actualidad bien podemos hablar de dos tipos de medidas innovativas: las que se conceden con carácter “cautelar”, y tienden a asegurar el resultado práctico de otro proceso; y aquellas otras que bajo el nomen iuris de “medida innovativa” se libran como “tutela anticipada”, y otorgan en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda” (Porrás, Hernández Emilio, ob.cit).

Sin embargo tal similitud en la actualidad no constituye un impedimento para su otorgamiento, a poco que se observe que, el artículo 1710 del CCN prevé la

tutela anticipada en forma expresa, estableciendo los requisitos para su procedencia, e indicando el 1711 del mismo cuerpo legal, que procede la medida cuando una acción y omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, tal como en el caso ocurre conforme se ha indicado antes.

De modo que, sea que se considere lo aquí pretendido como medida innovativa, sea que se entienda que consiste en una tutela anticipada, los requisitos de una u otra se encuentran presentes por lo que habré de acceder al pedido y ordenar por tanto la conexión del servicio, que deberá concretarse en el término de cinco días de dictada la presente.

(iii) Contracautela: El actor la ofreció en forma expresa al iniciar la acción, no obstante luego y frente al requerimiento del Tribunal para determinar el monto a afianzar manifestó que, si bien, el monto de la demanda se estima en la suma de \$ 30.000, lo cierto es que la medida cautelar atiende a la conexión del servicio, a cuyo fin se abonó la suma de \$ 183,37 y dado lo exiguo de la cifra, ofrece caución jurada. La contraria se opuso a ello solicitando la fijación de suma fija y mencionado que la ley de defensa al consumidor no constituye óbice a ello.

Habrá de accederse al ofrecimiento de la actora. En efecto, corresponde aquí diferenciar la demanda de daños de la medida cautelar que atiende a la conexión telefónica.

El objeto de la fianza o contracautela, tiene por objeto asegurar “a la otra parte el resarcimiento de los eventuales daños que le irroge la medida solicitada indebidamente” (PALACIO, Op. Cit. T°VIII, pag.36)

En idéntico sentido el artículo 277 del CPC y C, bien que para el embargo preventivo, de clara aplicación al tema, indica que el objeto de tal medida tiende a “cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho”.

De modo que, lo que corresponde evaluar, a fin de establecer la fianza para el





**Folio:**

**Resol:**

**Tomo:**

**Año:**

## **Poder Judicial**

otorgamiento de una cautelar, es la potencial producción de daños si, de resultas del pleito se determinara la falta de derechos del pretensor a lo cautelado. Sin embargo lo que aquí se solicita es una conexión al servicio, cuyo derecho ha sido abonado hace tiempo por el actor y que será, claro está, utilizado contra el pago de la tarifa correspondiente, por lo que no se avizora daño alguno si, de resultas del pleito se demostrara la falta de derechos del actor a la obtención de ese servicio.

En suma y por lo dicho se otorgará la medida solicitada bajo la caución jurada en la forma del apoderado de la actora tal como fue ofrecida.

En consecuencia y por todo lo hasta aquí dicho, RESUELVO:

- 1.- Rechazar la nulidad interpuesta en autos, con costas.
2. Otorgar la medida cautelar solicitada y, por tanto, ordenar a la demandada a proceder a la conexión del servicio telefónico en el inmueble de calle Pavón 4552 en el término de cinco días de dictada la presente, con costas. Todo bajo caución jurada que deberá constituirse en autos con las formalidades de ley.

Regístrese y hágase saber.

WALTER EDUARDO HRYCUK  
SECRETARIO

ANA ROSA ALVAREZ  
JUEZA