

**Causa N° 11.365/07 “FERNANDEZ BRITAL ALVARO c/ TELEFONICA
MOVILES ARGENTINA SA s/ amparo”**

Buenos Aires, 25 de septiembre de 2008.

Y VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y fundado a fs. 189/195, cuyo traslado fue contestado a fs. 215/221 vta.; y el recurso de apelación articulado en subsidio por la parte actora y fundado a fs. 176/180, cuyo traslado fue contestado a fs. 349/354 vta., ambos contra la resolución de fs. 172/173 (y su aclaratoria de fs. 181/181 vta.), y

CONSIDERANDO:

I. Que el doctor Alvaro Fernández Brital -letrado en causa propia- promovió acción de amparo contra la empresa Telefónica Móviles Argentina SA (MOVISTAR) a fin de que se le prohíba: 1) a discontinuar el funcionamiento de la red analógica para clientes con tecnología NAMPS y 2) a obligarlo -en su carácter de titular de tres celulares con dicha tecnología- a migrar a la tecnología GSM.; y en el caso de haberse procedido a la baja o desconexión del sistema analógico, se le ordenara habilitarlo nuevamente en las mismas condiciones originales, todo ello con expresa imposición de costas.

El amparista alega que es titular de las líneas números 4434-5808, 4074-3969 y 5668-6313, que operan con el sistema analógico que instalara en nuestro país la ex marca MOVICOM de quien la ahora demandada resulta continuadora.

Aduce que a través de un medio de comunicación gráfico tomó conocimiento que los clientes con tecnología NAMPS (como es su caso) deberían migrar sus líneas a la tecnología GSM, ya que se iba a discontinuar el funcionamiento de la red analógica.

Expresa que en virtud de ello solicitó a la Comisión Nacional de Comunicaciones que se le informara si existía alguna normativa por la cual se autorizara a la demandada a dar de baja la tecnología analógica con la que operaba sus celulares y que el citado organismo le comunicó que no existía normativa alguna que autorizara dicha baja.

Señala que hasta el momento la demandada continúa sin comunicarle personalmente la decisión de dar de baja el servicio analógico con el que operan sus celulares y que sólo lo logró al labrar un acta notarial en donde representantes de la accionada le ratificaron que se iba a dar de baja dicho sistema.

Arguye que tal decisión le va a causar, un enorme perjuicio no sólo a él sino también a millones de usuarios de celulares que funcionan con el sistema analógico, sobre todo aquéllos que viven fuera de los centros urbanos pues la tecnología GSM es de limitado alcance.

Asimismo, solicitó que se dictara una medida cautelar de no innovar respecto a discontinuar el funcionamiento de la red analógica de las líneas con tecnología NAMPS; a obligarlo a migrar a la tecnología GSM y rehabilitar y/o reconectar el sistema NMPS en las mismas condiciones originales (v. ampliación de fs. 169/171).

II. El magistrado de la anterior instancia hizo lugar parcialmente a la cautelar solicitada y dispuso que Telefónica Móviles Argentina SA (MOVISTAR) se abstuviera de obligar al actor, titular de las líneas 4434-5808, 4074-3969 y 5668-6313, a migrar a la tecnología GSM.

Para así decidir, sostuvo que de los elementos obrantes en la causa se configuraban tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora.

En cuanto a la petición efectuada por el accionante de que se prohibiera a Telefónica Móviles Argentina SA a discontinuar el funcionamiento de los celulares de los clientes con tecnología NAMPS, ello resultaba inadmisibles pues no surgía de las constancias de autos que el doctor Fernández Brital estuviera legitimado para intervenir en defensa de los intereses de los usuarios del servicio con esa modalidad tecnológica.

La decisión originó los recursos de apelación aludidos interpuestos por la demandada y el actor.

III. En su recurso, la demandada ataca la decisión por considerar que no se encuentra configurada ni la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora.

Con relación al primer requisito, sostiene que la migración de la red de su mandante a la más avanzada tecnología GSM responde a las exigencias resultantes de la política trazada por las autoridades nacionales de regulación y control de las telecomunicaciones, y en especial al objetivo de utilizar el espacio radioeléctrico de la manera más eficaz, eficiente, y racional posible, adaptándose a las diferentes etapas de la evolución tecnológica. Dicha circunstancia, constituye una obligación que se enmarca en el proceso de cambio tecnológico establecido por la Resolución N° SC 343/05 y encuadra en el régimen de libertad tecnológica establecido en los respectivos pliegos de bases y condiciones que gobiernan la prestación de los servicios de radiocomunicaciones y telefonía móvil. Dicho extremo constituye un riesgo aceptado y afrontado por el actor, que es el responsable de contar con terminales móviles que se adecuen a la tecnología utilizada por el prestador. En suma, la renovación tecnológica es indispensable y si el actor no está conforme con migrar a dicha tecnología nada le impide rescindir el contrato sin cargo alguno.

Con respecto al peligro en la demora, expresa que la tecnología GSM se encuentra plenamente desplegada y la migración de los usuarios a la nueva tecnología, en lugar de generar un peligro fundado en la supuesta imposibilidad de contar con una prestación de similar calidad, aventa el peligro de deficiencias en la prestación de los servicios que actualmente reciben con tecnología analógica. Es decir que el peligro para los usuarios de tecnología GSM, derivado del proceso de migración, se encuentra diluido.

Por último, solicita que se le aplique al actor una caución real y no meramente juratoria.

Corrido el pertinente traslado fue contestado por el accionante, solicitando el rechazo de las quejas de su contraria por los argumentos allí explicitados.

IV. Que, ello sentado, corresponde recordar que las medidas cautelares, atendido a su objeto, resultado, a la manera en la cual se toman, y a sus características peculiares, son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho para seguridad de personas o satisfacción de necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces (conf. esta Cámara, Sala de FERIA, causas 11.640/01 y 11.530/01, ambas del 22-1-01, entre otras).

En el análisis de la petición de una medida cautelar se debe observar si ella reúne dos aspectos imprescindibles: la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, que se complementan con el otorgamiento de una contracautela, en resguardo de los daños que aquélla -una vez dispuesta- pudiera causar a su destinatario, si fue pedida sin derecho.

En cuanto al examen del primero de esos recaudos, reiteradamente se ha expresado que la fundabilidad de la pretensión cautelar no depende de un

Poder Judicial de la Nación

conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino del análisis de su mera probabilidad acerca de la existencia del derecho invocado (conf. esta Cámara, Sala I, causa 6655 del 7-5-99, entre otras). Ello permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio concluyente y categórico de las distintas circunstancias de la relación jurídica involucrada (conf. CSJN, Fallos: 314:711), mediante una limitada y razonable aproximación al tema de fondo, concorde con el estrecho marco de conocimiento y la finalidad provisional que son propios de las medidas cautelares (conf. esta Cámara, Sala II, causas 19.392/95 del 30-5-95; 53.558/95 del 7-12-95 y 1555/98 del 22-10-98).

V. Que los agravios esgrimidos por el apelante no resultan admisibles.

En efecto, tal como surge de las constancias documentales adjuntadas a autos, está acreditado que la migración o cambio de la tecnología analógica de los celulares del actor a la GSM se ha traducido en una degradación de la calidad del servicio. Ello se encuentra avalado por las probanzas aportadas (v. en especial informe técnico obrante a fs. 76 y declaraciones de fs. 77/79) que dan cuenta que con la anterior tecnología el actor se podía comunicar desde diversas localidades, pero ahora con la nueva ni siquiera posee señal. Tal circunstancia demuestra que la empresa prestadora del servicio le ha degradado la calidad del mismo, extremo que no se compadece con lo establecido en el pliego de bases y condiciones aprobado por la Resolución N° 575/93 que dispone en su art. 8, inc. 1, que “en ningún caso la utilización de nuevas tecnologías podrá disminuir la calidad del servicio”, las prescripciones de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, y del Reglamento General de Servicio de Comunicaciones Móviles S.C. N° 490/97.

Desde esta perspectiva, entonces el Tribunal juzga que “prima facie” se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado por el requirente, por lo que la cautelar merece acogida favorable, sin que ello implique adelantar opinión sobre la cuestión de fondo debatida en estas actuaciones.

VI. Igual suerte debe correr el requisito del peligro en la demora, que refiere a la necesidad de disipar un temor de daño inminente -acreditado “prima facie”- o presunto (conf. esta Cámara, Sala III, causa 3696/99 del 16-11-99).

En esa inteligencia, el peligro en la demora se advierte en forma objetiva si se considera que la inmediata puesta en marcha de la tecnología GSM, se traduciría en un perjuicio para el actor de difícil reparación ulterior y, eventualmente, frustrar sus derechos.

Esta indefinición e incertidumbre conduce a tener por acreditado el peligro en la demora.

VII. Por último, y con relación a la especie de caución fijada por el juez a quo, el Tribunal no advierte mérito para apartarse de lo decidido y modificarla por una caución real.

En consecuencia, corresponde confirmar la resolución apelada, en cuanto fue motivo de agravio por la parte demandada.

VIII. La parte actora se agravia por su parte por cuanto el juez a quo sólo hizo lugar parcialmente a las medidas solicitadas: que la demandada se abstuviera de obligarlo a migrar con sus teléfonos celulares a la tecnología GSM. En tal sentido, manifiesta que si la demandada continúa con la desactivación de su sistema analógico NAMPS (TDMA y CDMA) y no se la obliga a migrar a la nueva tecnología GSM que la reemplazará, en la práctica no podrá comunicarse nunca más con sus celulares; es decir, sólo podrá tenerlos pero sin funcionar.

Por otra parte, manifiesta que en ningún momento se arrogó la legitimidad de los clientes que posean tecnología NAMPS, sino que este proceso lo inició en amparo de sus derechos constitucionales.

IX. El Tribunal juzga que le asiste razón al apelante.

En efecto, ante todo cabe señalar que el amparista en ningún momento se arrogó la legitimidad para representar a miles de usuarios del servicio telefónico móvil, extremo que deja sin sustento el argumento del a quo.

Asimismo, es claro que la cautelar tal cual la decretó el juez no impide que la demandada desactive el sistema NAMPS; por lo tanto corresponde acceder a la ampliación de la medida en la forma solicitada. Por ello, se ordena que la demandada no innove respecto a discontinuar el funcionamiento de las redes TDMA y CDMA para clientes con tecnología NAMPS; rehabilitar y/o reconectar dichos sistemas al mismo estado en que se encontraban al momento de iniciarse su desconexión, debiéndose acreditar fehacientemente dicha circunstancia, y/o a mantener la calidad del servicio que recibía el actor aún cuando se cambie de tecnología.

En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE:**

1) en el recurso de la demandada: confirmar la resolución apelada, en cuanto fue motivo de agravio, con costas a cargo de la apelante vencida (art. 68 del Código Procesal); 2) en el recurso del actor: revocar la resolución apelada, en lo que fue motivo de agravio, ampliándose la cautelar en forma señalada en el considerando IX, con costas a cargo de la demandada vencida (art. 68 del Código Procesal).

Difiérese la regulación de honorarios para el momento de la sentencia definitiva.

El Dr. Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RPJN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Gustavo Recondo – Graciela Medina.