

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

21 de agosto de 2015

**“ TODOS NUESTROS OPERADORES ESTÁN OCUPADOS.  
POR FAVOR ESPERE Y SERÁ ATENDIDO”**

*Una empresa que recibía 500.000 llamados al año decidió mejorar su atención telefónica. Todo salió mal. ¿Cuáles son los daños?*

Las insoportables esperas telefónicas a las que a veces nos vemos sometidos ponen a prueba nuestra paciencia.

Una empresa de diagnósticos médicos, conocedora del problema, y que recibía alrededor de medio millón de llamados telefónicos al año (es decir más de 1.300 por día, contando sábados, domingos y feriados) decidió invertir una suma importante para resolver la cuestión. Acordó la compra de un nuevo *software* para su central telefónica, recibió la factura respectiva y entregó cuatro cheques (con vencimiento en meses consecutivos) para cancelarla.

Pagada la primera cuota, nada recibió a cambio. Luego de repetidos y vanos reclamos, finalmente decidió iniciar juicio contra la proveedora. Exigió la devolución de lo pagado con sus intereses y una indemnización por lucro cesante (por la merma de turnos otorgados) igual al 50% del monto anterior.

La empresa vendedora dijo no entender porqué la compradora supuso que la entrega de los equipos se produciría contra el cobro de la primera de las cuatro cuotas

del precio. También alegó que las demoras en la instalación se debieron a las restricciones a la importación establecidas por el gobierno, por lo que consideró que su incumplimiento se debía a un caso fortuito (antes, artículo 513 del Código Civil; ahora, 955 del nuevo Código Civil y Comercial).

El caso fortuito, según lo definió nuestro viejo código en 1869, “es el que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse”. El código nuevo no lo define.

Pero la contestación de la demanda por la vendedora fue su último acto procesal, pues fue declarada rebelde al no responder a las exigencias del juez y a las exigencias procesales. Tampoco produjo prueba alguna a favor de su punto de vista.

En consecuencia, la demandada perdió el pleito, y se la obligó a indemnizar a la frustrada compradora, devolviéndole lo pagado con más sus intereses. *Pero a ésta se le negó el derecho a ser indemnizada por el lucro cesante, porque no probó la disminución de las ganancias que habría*

*obtenido si el contrato se hubiera cumplido.*

Obviamente, la compradora apeló, sobre las bases de que la pérdida de ganancias podía presumirse, ante la imposibilidad de mejorar su sistema de otorgamiento de turnos telefónicos, y de que el juez tenía facultades para estimar cuál habría de ser el monto de la condena.

La Cámara<sup>1</sup> entendió que la única pregunta que debía contestar era si procedía o no reparar *el lucro cesante* de la compradora frustrada, rubro que había sido negado en la instancia anterior *porque la compradora no había probado el impacto sobre sus ingresos que tuvo (o habría tenido) el incumplimiento de la vendedora.*

En su apelación, como se dijo, la compradora arguyó que ese impacto negativo o afectación de sus ingresos podría haber sido presumido por el juez, bajo las facultades que le otorga la ley.

El tribunal puso en claro que toda indemnización está integrada por dos elementos: *el daño emergente*, esto es, el daño efectivamente sufrido por el acreedor o víctima con motivo del incumplimiento del deudor, y *el lucro cesante*, es decir, la ganancia o utilidad que dejó de percibir el acreedor a raíz de aquel incumplimiento.

“Su justificación —explicaron los jueces— se hace coincidir con el interés y el momento en que se considera el daño. Si el objeto del daño es un *interés actual*, o sea, el interés relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante que el daño se ha ocasionado, se tiene *un daño emergente*. Pero si, por el contrario, el

objeto del daño es un interés futuro, es decir, el interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un *lucro cesante*”.

El tribunal insistió en que *no basta la mera alegación de los daños para que estos puedan considerarse producidos*. Es imprescindible la prueba concreta de su existencia, pues “la existencia material del daño es irrelevante si no se lo comprueba apropiadamente: un daño improbadado no existe para el derecho”.

“El demandante tiene que acreditar la existencia del daño, inexcusablemente, so pena de no recibir reparación alguna, en razón de que debe haber “algo” para reparar”.

Más aún: “la prueba del daño es un hecho constitutivo de la pretensión y condicionante de su viabilidad, salvo que medie alguna presunción que habilite excepcionalmente a soslayar esa exigencia”.

Los jueces destacaron que en casos anteriores reconocieron una indemnización cuando se interrumpió un proceso que razonablemente podía conducir a la actora a obtener una utilidad (“*pérdida de chance*”) bajo la figura de la privación de uso. La *chance* es la posibilidad de un beneficio probable, futuro, que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de esta esperanza conlleva un daño, aun cuando pueda ser dificultoso estimar su entidad, porque lo perdido, frustrado, en realidad, es la *chance*, y *no el beneficio esperado como tal*.

La pérdida de la oportunidad es un daño actual, no hipotético, resarcible en cuanto implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado

---

<sup>1</sup> In re “Diagnóstico Médico SA c. Quattro Latina SA”, CNCom (F), 2015; LL 11 de agosto de 2015; AR/JUR 24300/2015

por culpa del responsable y puede ser valorada en sí misma, aun prescindiendo de su resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad, convirtiéndose así en un daño actual resarcible. En otras palabras, *la pérdida de chance configura una frustración de una posibilidad de obtener ingresos.*

Pero los jueces entendieron que hubo “orfandad probatoria”, que impidió hacer lugar a compensación alguna: no contaron con ningún elemento que condujera siquiera a *presumir* mínimamente que la optimización del servicio telefónico hubiera tenido impacto positivo en los ingresos del centro de diagnóstico y cuál habría sido su alcance.

Para colmo, los datos pedidos a la empresa telefónica no indicaron la cantidad de llamados recibidos, y los testigos sólo indicaron que había numerosas quejas en la atención telefónica. (Nos imaginamos: una pésima adaptación electrónica de *Para Elisa* de Beethoven, repetida al infinito, interrumpida cada tanto por la frase que da título a este comentario: “Todos nuestros

operadores están ocupados...” dicha por un autómatas sin emoción ni convicción alguna).

Los jueces reconocieron que una pericia contable mostró la evolución de los ingresos de la compradora hasta que mejoró su sistema de atención, “pero nada permitió suponer que el incremento en la facturación obedeciera al mejoramiento de la centra telefónica, que, por otra parte, no se concretó”.

Por esos argumentos, los jueces entendieron que no era posible estimar el daño. Consideraron improcedente que, mediante la facultad de estimación que tienen los jueces, *se enmendara la omisión probatoria de la reclamante.*

En otras palabras, *los jueces no hacen favores.* Si bien debe reconocerse la dificultad que puede tener la prueba de algunas circunstancias, es lamentable que no se hayan producido más pruebas a favor de la demandante. Peor desempeño, sin embargo, tuvo la vendedora, que al quedar rebelde perdió toda *chance* de defenderse.

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**