



Poder Judicial de la Nación

**CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I**

La Plata,        de mayo de 2016.-

Y VISTOS: Este expediente N° FLP 59112/2014/CA3, caratulado: “CODEC c/ TELEFONICA DE ARGENTINA SA s/LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR”, proveniente del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de esta ciudad.-

Y CONSIDERANDO QUE:

I. Llega la causa a esta Alzada en virtud de los recursos de apelación interpuestos por Telefónica de Argentina SA a fojas 110 y 123 contra la resolución de primera instancia obrante a fojas 90/95 y su aclaratoria de fojas 106/107.

II. El juez *a quo* declaró la viabilidad de la acción colectiva promovida por el Centro de Orientación, Defensa y Educación del Consumidor (CODEC) contra la mencionada empresa, en la que se impugna el cobro del servicio de Abono SVA TB (Servicios de Valor Agregado de Telefonía Básica) por contraponerse a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley N° 24.240 (texto según Ley N° 26.631). En tal sentido, ordenó a la demandada que publique la existencia del juicio en el diario de mayor difusión y venta en orden nacional, así como en su sitio web oficial y en las facturas dirigidas a los usuarios; sin perjuicio de la inscripción de la resolución dictada en el Registro Público de Procesos Colectivos, en virtud de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada N° 32/2014.

Asimismo, hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la accionante -en representación del colectivo de usuarios de Telefónica de Argentina- y, consecuentemente, le ordenó que se abstenga de cobrar el cargo SVA TB a todos los consumidores que se les estuviera facturando hasta ese momento y que con anterioridad a la generación del cargo no tuvieran ningún servicio activo que justifique la percepción de dicho abono, o que lo tuvieran pero en forma gratuita, en tanto no demuestre la demandada de manera fehaciente que ha obtenido válidamente el consentimiento, en forma individual, expresa y previa al inicio del cobro; todo ello bajo caución juratoria.

La resolución aclaratoria, también apelada, precisó el alcance de las medidas de publicidad señaladas anteriormente. Así, con el fin de asegurar una adecuada notificación del colectivo involucrado, señaló que deberá indicarse que los usuarios potencialmente afectados por el cobro de “Servicios de Valor Agregado de Telefonía Básica” cuentan con la posibilidad de presentarse en este expediente dentro del plazo de noventa (90) días corridos a contar desde el primer día hábil posterior al último día de publicación en la página web de la empresa y hacer saber su voluntad de excluirse del presente proceso, a los fines que la autoridad de cosa





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

juzgada de la sentencia que se dicte no los afecte, en virtud de lo dispuesto por el artículo 54 de la Ley N° 24.240. A tal fin, deberá también individualizarse el juzgado y secretaría interviniente, el nombre de sus titulares, el número y la carátula de la causa y la posibilidad con la que cuentan los usuarios de consultar su trámite a través del sitio *web* del Poder Judicial de la Nación, además de que gozan del beneficio de gratuidad de la acción colectiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 55 de la Ley N° 24.240.

Por otra parte, particularmente sobre las medidas de publicidad, señaló que el anuncio en el diario debía realizarse por el término de cuatro (4) domingos; en el sitio *web* de la empresa debía efectuarse durante sesenta (60) días corridos mediante un *banner* en el inicio de la página, en la parte superior derecha y ocupar como mínimo un octavo del total de la página, que sea de “acceso directo” y evitando el uso de ventanas emergentes (*pop up*) y, por último, en las facturas dirigidas a los usuarios el aviso deberá exhibirse tanto en las que son mediante soporte papel como electrónico, resaltando visualmente los datos aludidos.

III. Para así decidir, el juez *a quo* sostuvo que, frente a las copias de las facturas acompañadas de usuarios de las provincias de Buenos Aires, Mendoza, La Pampa, San Juan y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires correspondientes hasta el período diciembre de 2014, la empresa demandada habría incurrido *prima facie* en la infracción prevista en el artículo 35 de la Ley N° 24.240 (texto según Ley N° 26.994), que prohíbe la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.

Por otro lado, tuvo por acreditado el requisito del peligro en la demora en virtud de lo cuantioso de la suma que ha estado percibiendo la demandada por el concepto aludido al universo de usuarios, más allá que individualmente para ellos no signifique un perjuicio de la misma magnitud.

IV. La recurrente se agravia de la falta de configuración de los requisitos necesarios para dictar la medida cautelar y de la inadmisibilidad y/o inconveniencia, según el caso, de las medidas de publicidad ordenadas en la resolución aclaratoria (v. fs. 125/136 vta. y 138/145 vta.). En tal sentido, señala que:

a) El juez omitió valorar las características propias de los contratos de prestación de servicio por tiempo indeterminado, en los cuales las condiciones de su prestación pueden ser objeto de variaciones durante el desenvolvimiento de la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

relación contractual, siempre que se anoticien con suficiente antelación al usuario y éste decida su conveniencia.

Por ello, ante la numerosa cantidad de usuarios que posee Telefónica de Argentina SA, quienes en su gran mayoría cuentan con servicios adicionales proveídos por la empresa, resulta inviable solicitar a cada uno de ellos la conformidad previa y por escrito a variantes específicas que puedan incluirse en las facturaciones y condiciones. Por ello, se opta por anoticiar con bastante antelación a los usuarios en las facturas que llegan a sus domicilios o que descargan desde el sitio web de la empresa sobre aquellos cambios en la tarifa o en la prestación de servicios específicos.

b) El juez *a quo* efectuó un análisis parcializado de las facturaciones de usuarios acompañadas por la demandante. En tal sentido, señala que los casos sobre los que sustentó su decisión eran usuarios que gozaban de servicios con valor agregado que ameritan la percepción del abono cuestionado; con lo cual, no se configuraría la infracción prevista en el artículo 35 de la Ley N° 24.240.

c) Lo resuelto en las presentes actuaciones de manera cautelar obstaculiza y/o entorpece la actuación en trámite por la misma causa ante la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC), quien resulta el organismo de control del servicio que presta la recurrente y, por ende, competente para evaluar su actuación con relación al tema en debate, por ser esa la vía idónea para la canalización y solución de los presentes reclamos de los usuarios (conf. Ley N° 27.708, Dec. Regl. N° 677/2015, Dec. N° 1185/90, Resol. de la Secretaría de Comunicaciones de la Nación N° 10.059/99). De lo contrario se estaría resolviendo sobre una cuestión ya resuelta en esa instancia, en franca violación del principio *non bis in ídem*.

d) Se ordenaron las medidas de publicidad tendientes a que se ponga en conocimiento al universo de usuarios del servicio telefónico en cuestión la existencia y radicación de las presentes actuaciones sin que todavía se haya resuelto la procedencia formal de la acción como colectiva, ni tampoco la incompetencia territorial planteada por la demandada. Ello podría suponer un riesgo por cuanto la admisión eventual de cualquiera de dichos planteos generaría confusión a los potenciales interesados.

e) Carece de fundamentación adecuada la decisión de imponer exclusivamente sobre Telefónica de Argentina la onerosa carga económica de solventar los gastos que demanden las publicaciones ordenadas, convirtiéndose en una condena anticipada. Sobre todo, cuando a pesar de haber solicitado la ONG





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

accionante el beneficio de gratuidad, particularmente no parece que se encuentre impedida de aportar con dichas erogaciones, siendo ella la principal interesada.

f) Los medios utilizados para concretar las diligencias publicitarias no se encuentran contemplados en el Código de procedimiento nacional, arrogándose facultades legislativas que no posee.

g) Falta de precisión respecto a la publicación en diario papel, lo que obsta a su cumplimiento.

h) Por último, sostiene que otorgar difusión al presente pleito produce un daño injustificado a la imagen pública de Telefónica de Argentina SA.

V. Por su parte, la parte actora contestó los agravios mediante las presentaciones de fojas 147/152 vta. y 154/162, solicitando su total rechazo.

VI. A los argumentos expuestos por la accionante adhirió el Fiscal General ante esta Cámara con el dictamen obrante a fojas 167/168, frente a la vista conferida por este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley N° 24.240.

Respecto al planteo de incompetencia territorial planteado por el recurrente, sostiene el Fiscal que la Corte Suprema de Justicia en el caso “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Neuquén SA” al que remitió en el dictamen de fojas 57/58 vta. no distinguió sobre la actividad desarrollada de la empresa prestataria de servicio público, sino en su carácter de sociedad anónima.

VII. Sentado lo expuesto, corresponde referirse en primer lugar a lo prescripto por el artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Dicha norma prohíbe la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.

Con relación a ello se ha dicho que no se prohíbe al proveedor realizar propuestas sobre cosas o servicios no solicitados, sino que lo vedado es tener por generados los efectos vinculantes allí descriptos; es decir, que tal propuesta genere automáticamente una obligación a cargo del destinatario por la voluntad unilateral del empresario emisor de la proposición. Tal sería, entre otros, el caso en que se prometa un servicio no requerido por el usuario o colocar al receptor en la condición de deudor por dicho bien o servicio no solicitado (conf. Juan M. Farina, Defensa del consumidor y del usuario, editorial Astrea, 4° edición actualizada y ampliada, 2011, p. 375/376).





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

De esta manera, la mentada norma resuelve de modo explícito y en favor del consumidor el principio general que surgía del artículo 919 del Código Civil, receptado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación a través de los artículos 263 y 979. Al igual de lo que ocurría con el Código Civil, el actual también contiene excepciones por las cuales se atribuye al silencio un valor. Se trata de supuestos en los cuales se entiende que, más allá del ejercicio de un derecho o facultad, se incurre en reticencia en la medida que se esquiva una respuesta que puede entorpecer o perjudicar a los demás –lo que no aparecería configurado en el presente caso–; los efectos del silencio ante la comunicación de una oferta resulta una cuestión de notoria importancia para la limitación o eliminación de prácticas abusivas por las que una parte pueda querer conferir al silencio de la otra el sentido de una aceptación de la oferta, imponiéndole vínculos no deseados (conf. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso Directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Ed. Infojus, 2015, Tomo I, p. 441 y Tomo III, p. 370).

VIII. Ahora bien, como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (Fallos: 315:2956; 316:2855 y 2860; 317:243 y 581; 318:30 y 532; 323:1877 y 324:2042).

En el caso particular, cabe destacar además que la conducta de la demandada debe ser analizada e interpretada en sintonía con la Constitución Nacional y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, de manera de evitar todo perjuicio y/o restricción ilegítima de los derechos de los consumidores y/o usuarios. Justamente, es la vulnerabilidad del consumidor lo que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional (conf. Ricardo Lorenzetti, *Consumidores*, Editorial Rubinzal - Culzoni 2003, p. 37).

Por ello, en función del artículo 42 de la Constitución Nacional, corresponde al Poder Judicial -como autoridad del Estado- amparar los derechos reconocidos de usuarios y consumidores efectuando el control de razonabilidad de las leyes de protección del consumidor, así como ejercer el control de legalidad y razonabilidad de las medidas o sanciones que pudieran adoptarse en su perjuicio (conf. María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Tercera edición ampliada y actualizada. Ed. La Ley, pág. 466).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

Por su parte, el artículo 3º de la Ley N° 24.240 dispone que en caso de duda se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor. Sumado a ello, debe considerarse también lo dispuesto en el artículo 26 del Reglamento General del servicio telefónico, al disponer que los importes consignados en la factura puedan ser reclamados ante el prestador únicamente hasta los sesenta (60) días corridos de la fecha de su vencimiento. Transcurrido dicho plazo se consideran aceptados de conformidad.

En tal sentido, en casos como el de autos surge implícita de la pretensión procesal y de la trascendencia de los derechos en juego, la necesidad y la conveniencia de fijar medidas precautorias, tendientes a garantizar el efectivo goce de los derechos personalísimos reconocidos en nuestra Constitución Nacional como en los tratados internacionales que se incorporaron a ella con igual jerarquía luego de la Reforma del año 1994 y, particularmente, en la “relación de consumo” que da cuenta el artículo 42 de la Ley Fundamental.

Pues, la eficacia de las medidas de protección al consumidor no solo depende del reconocimiento de los derechos, sino igual y especialmente de los medios eficaces y adecuados para afirmarlos.

IX. Cabe señalar, en este sentido, 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, sino de una análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (conf. Fallos 330:3126).

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. De lo contrario si estuviese obligado a extenderse en consideraciones al respecto, peligraría la carga que pesa sobre él de no prejuzgar, es decir de no emitir una opinión o decisión anticipada —a favor de cualquiera de las partes- sobre la cuestión sometida a su jurisdicción (conf. Fallos 314:711)

Frente a las consideraciones expuestas, de las constancias obrantes en la documentación aportada por la accionante, cuya remisión a este Tribunal fue solicitada a fojas 170, surge que Telefónica de Argentina SA ha estado cobrando el cargo SVA TB sin haber prestado servicios adicionales a sus clientes, al menos con relación a aquéllos identificados bajo los números 655977615, 603361400, 823607200 y 38724924, lo que aparecería en contraposición con la prohibición contenida en el artículo 35 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Fecha de firma: 17/05/2016

Firmado por: JULIO VICTOR REBOREDO, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: CARLOS ROMAN COMPAIRED, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ROBERTO AGUSTIN LEMOS ARIAS, JUEZ DE CAMARA



#24539499#151896166#20160516121240278



Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

En tales condiciones, el ejercicio abusivo de una posición dominante en la relación comercial puede transformarse en la posibilidad de obtener una sobreganancia sin justificación, perjudicando al mercado y dañando a los usuarios y consumidores -como universo e individualmente-, de allí que sea trascendente la aplicación de herramientas jurídicas que la combatan (conf. Carlos Alberto Ghersi, *El abuso de posición dominante*, Diario La Ley, 15-04-2016, p. 1).

Por ello, corresponde desestimar los agravios vinculados con la procedencia de la medida cautelar dictada.

X. Con relación a la incompatibilidad de las presentes actuaciones con las que se encontrarían tramitando en sede administrativa, concretamente ante la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC), la falta de precisión por parte del recurrente sobre la identificación, contenido y estado en que se encuentra dicha causa obsta, como mínimo, a que se analice el agravio.

XI. Respecto de las medidas de publicidad ordenadas por el juez de primera instancia, cabe señalar que en esta clase de procesos una vez efectuada la identificación de la clase debe notificarse a todos sus miembros el inicio de la acción que los involucra. Ello es de vital importancia en orden a que la acción sea efectiva, es decir que la decisión sea vinculante para todos los miembros y que se resguarde el debido proceso de estas personas. Al respecto, Alberto Bianchi alude a que es común en el derecho anglosajón la expresión *to have a day in court*, esto es “tener un día en la Corte”, entendida como la posibilidad de participar efectivamente en un proceso como parte. Pues bien, la acción de clase limita mucho esa contingencia, pero esa restricción ha sido admitida si la notificación de la acción ha sido correctamente practicada (conf. *Las acciones de clase*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 83).

Sobre la forma en que ello debe ocurrir, el mencionado autor remite a la doctrina emanada de los tribunales norteamericanos, con vasta experiencia en este tipo de acciones reguladas en la Regla Federal 23 del Procedimiento Civil. En efecto, señala que no existe una manera definida para efectuar una notificación, lo que concede a los tribunales una gran discreción para determinar la forma de practicarla. La exigencia es que el método empleado alcance razonablemente a todos los miembros de la clase, y cuando ella es muy numerosa, el requisito podría satisfacerse con una notificación postal por correo simple, empleándose además una publicación en algún medio de circulación masiva para los miembros de la clase que





Poder Judicial de la Nación

CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

razonablemente no hayan podido ser identificados [conf. *“Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.”*, 339 U.S. 306 (1950), citado en ob. cit., p. 85].

Concretamente, refiere un caso similar al de autos, donde el Tribunal de Colorado obligó a la compañía telefónica demandada a acompañar la notificación a los miembros de la clase con la factura de los servicios, lo que abarcaba unos 1,5 millones de personas, pues ello reducía notablemente los costos de la acción de clase (conf. *“Mountain States Telephone Co. v. District Court”*, 778 Pacific Reporter, 2nd. Series, 1989; en ob. cit., p. 87).

En el presente caso, la empresa demandada es quien también se encuentra en mejores condiciones para cumplir con tal objetivo.

XII. En “Halabi” (Fallos: 332:111), la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que es esencial arbitrar en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.

Ello es fundamental porque permite conocer si la clase es realmente determinada o determinable, ya que la notificación presupone la identificación, facilita el ejercicio del derecho de defensa de los miembros, incluyendo la opción de integrarse o no a la clase y permite interrumpir la prescripción (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, *Justicia Colectiva*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2010, p. 134).

Asimismo, en el precedente mencionado, la Corte Suprema se refirió a la necesidad de implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se adopten decisiones judiciales disímiles o contradictorias sobre idénticas cuestiones. Posteriormente volvió a insistir con ello en la Acordada N° 32/2014 y, recientemente, en la Acordada N° 12/2016. De la misma manera fue resuelto en estas actuaciones por este Tribunal en la resolución obrante a fojas 80 y vta.

XIII. Frente a todo lo expuesto, resultan razonables las medidas adoptadas por el juez de primera instancia con el fin de comunicar a los miembros de la clase la existencia de este proceso colectivo; más allá de que no se utilicen a tal fin los medios previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues dicho cuerpo normativo no resulta instrumentalmente apto con el principio protectorio que cimenta la Constitución Nacional a través del artículo 42 en favor de los usuarios y consumidores. Esta disposición desplaza limitaciones previstas por





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA FEDERAL DE LA PLATA - SALA I

normas infra constitucionales anteriores a la reforma y, esencialmente, pensadas para otro tipo de procesos.

En tal sentido, además, las diligencias tendientes a brindar de publicidad la presente acción de clase no pueden esperar los tiempos que demande resolver la controversia sobre la competencia, sobre la que este Tribunal ya se refirió en oportunidad de analizar el recurso de apelación deducido por la accionante contra la incompetencia decretada por el juez de primera instancia (v. fs. 60 y vta.) y que, frente al nuevo planteo efectuado por la demandada, deberá ser tratada, en todo caso, en la instancia de origen (conf. art. 278 del CPCCN).

Por último, el interés general que define a los derechos de los consumidores y usuarios supera, en este caso, el interés particular de la empresa demandada sobre el posible daño a su imagen pública, que -a esta altura del proceso- no es más que conjetal.

Por ello, en orden a las consideraciones que anteceden, SE RESUELVE:

CONFIRMAR la resolución apelada, con costas de Alzada a la recurrente vencida (conf. art. 70 del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

