

773



Ministerio Público de la Nación

Buenos Aires, 9 de marzo de 2018//AM.-

En virtud de la vista conferida, corresponde remitir las presentes actuaciones al Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidores -Resolución PGN 2968/15-, a los efectos de solicitar colaboración y asistencia, en virtud de encontrarse la presente causa en estado de recibir sentencia.

Fiscalía N° 4.

Autos: PADEC c/ Telecentro SA s/ Ordinario.-

Juzgado Comercial N° 10, Secretaría N° 19.-

A large, handwritten signature in black ink, appearing to read "Mónica Susana Malen". Below the signature, there is a faint, handwritten stamp that reads "MONICA SUSANA MALEN" and "FISCAL NACIONAL".

Fechado en P. Prot. U. y C. 12/3/18
L. IV opos. y agre. Consto.



77

Ministerio Público de la Nación

INFORME DE COOPERACIÓN

Juz. N° 10 Sec. N° 19

Autos: "PADEC c/ Telecentro S.A. s/ Sumarísimo" (Expte. N° 61175/2009/CA5)

Sra. Fiscal Dra. Mónica Susana Mauri:

1. Vienen las actuaciones al Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidores a efectos de colaborar y asistir a la Sra. Fiscal interveniente, en virtud de la vista conferida en el proveído de fs. 769.

Preliminarmente, se aclara que esta colaboración en modo alguno resulta vinculante para la Dra. Mauri.

2. Como punto de partida, debo comenzar por señalar que los múltiples vínculos existentes entre la demandada en la causa recibida y los consumidores representados por la asociación interveniente se encuentran alcanzados por las normas que conforman la protección de los consumidores y usuarios, en consecuencia, el Ministerio Público Fiscal no puede resultar ajeno al debate.

3. Para ello, en forma previa a dar tratamiento a la colaboración requerida, este Programa entiende necesario destacar los antecedentes que han concluido en la presente vista:

3.1. A fs. 3/19 se presentó la Dra. Novosad por derecho propio y en carácter de apoderada de la asociación PADEC interponiendo demanda colectiva contra Telecentro S.A. en representación de los consumidores a los

que se les habría cobrado sumas de dinero mediante débito automático que excedieron la oferta publicitaria por la cual se celebró el contrato y, así también, respecto de aquellos que hubieren sufrido una falta de servicio en períodos determinados.

En adición a ello, reclamó que se le aplique a la demandada una multa civil en los términos del artículo 52 bis de la ley 24.240 por la falta de trato equitativo y digno conforme lo establece el artículo 8 bis de dicha ley.

En virtud de ello, lo solicitado por la asociación fue:

- El reintegro de las sumas de dinero indebidamente percibidas mediante débito automático que excedieren lo publicitado.
- El reintegro de las sumas correspondientes por la falta de servicio en el que habría incurrido la accionada, con más intereses.
- Que se concedan las indemnizaciones correspondientes por incumplimiento contractual, abuso de derecho, falta de entrega del contrato, falta de atención al cliente, falta de información y daño moral.
- Que se aplique una sanción en carácter de daño punitivo.
- Que se incorpore en el contrato una cláusula que contemple una indemnización progresiva para el caso de interrupción injustificada del servicio, que se publique el contrato en la página de internet, y que se implemente un servicio personalizado de atención al cliente con certificación de gestión ISO 9000/9001.
- Que se disponga la publicación de la sentencia.



22

Ministerio Público de la Nación

En lo que atiende al relato de los hechos, utilizando el caso testigo de la Dra. Novosad, se dijo que ella habría contratado los servicios de la demandada por un precio promocionado de \$ 62,9 –IVA incluido– en diciembre de 2007, cubriendo dicha promoción el abono de televisión por cable e Internet, siendo la provisión de la telefonía digital gratuita por el plazo de tres meses.

Continuó indicando que con fecha 4 de diciembre de ese mismo año, al momento de la instalación del servicio, suscribió la autorización para el pago del importe mensual del servicio mediante débito automático en la tarjeta de crédito American Express de su titularidad. En base a ello esgrimió que la demandada violaría el artículo 25 de la ley 24.240, al no habersele hecho entrega del contrato, ni tampoco consignarse en las facturas la leyenda dispuesta por el segundo párrafo del dispositivo citado.

Aludió, por otro lado, a dos cortes que ella habría padecido, uno de fecha 14 de diciembre del mismo año y otro ocurrido el 14 de febrero del año próximo, los que juzgó injustificados.

En lo que a la facturación respecta, hizo hincapié en el hecho de que si bien la publicidad distribuida por la demandada indicaría que la instalación sería gratuita, ello no se correspondería con la factura del primer mes de celebrado el contrato, de la cual se extraería que dicha instalación estaría siendo efectivamente cobrado por débito automático.

Fundó en derecho, ofreció prueba y, por último, solicitó se haga lugar a la presente demanda condenando a la entidad accionada.

3.2. A fs. 170/182 bis se presentó el apoderado de la parte demandada quien opuso excepción de falta de legitimación activa y, subsidiariamente, contestó demanda.

Respecto del planteo excepcionante, sostuvo que la asociación actora no estaría representando a grupo alguno de consumidores, atendiendo principalmente a la heterogeneidad de los clientes supuestamente afectados. Así, la clase por la cual se pretende accionar tendría intereses, realidades económicas y socioculturales absolutamente distintas, por lo que sería equívoco considerar con legitimación a PADEC para iniciar el presente proceso colectivo en representación de ellos.

Ya dentro del conteste de la demanda, habiendo previamente desconocido la documental aportada por la actora, manifestó que no habría infracción a norma alguna puesto que en ningún caso se acredita que los usuarios –y en especial, referenciando el caso de la Dra. Novosad– hayan sufrido un desmedro en la prestación del servicio, afirmándose expresamente que la prestación del mismo habría sido en todo momento plena y acorde con las condiciones acordadas.

En lo que respecta a la multa civil solicitada, puntualizó que no habría una base fáctica ni normativa suficiente como para hacer aplicación del daño punitivo contemplado en el artículo 52 bis de la ley 24.240.

Indicó que no existiría homogeneidad en el grupo que se pretende representar, puesto que las promociones que su representada aplicaría



Ministerio Público de la Nación

no son iguales ni tampoco se emplean los mismos mecanismos para la aplicación del descuento.

Ofreció prueba, se opuso a la parte de la ofrecida por la actora, hizo reserva del caso federal y peticionó se rechace la presente demanda.

3.3. A fs. 184/189 la parte actora presentó su contestación del traslado conferido de la excepción opuesta y de la oposición a ciertos medios de prueba, a cuyos fundamentos habré de remitirme por honor a la brevedad.

3.4. En el auto de fs. 190 el juez de grado difirió el pronunciamiento respecto de la excepción opuesta para el momento del dictado de la sentencia de mérito.

3.5. Abierta la causa a prueba a fs. 247, y habiéndose certificado su término a fs. 524, se corrió vista a la Fiscal interviniente previo al dictado del pronunciamiento definitivo (fs. 769).

Sentados los antecedentes del caso, corresponde a este Programa, en este estadio de la cuestión, abocarse a la solicitud de colaboración de fs. 773.

4. Legitimación activa

Conceptualmente se determinó que la legitimación es la cualidad que tiene una persona para reclamar –o ser reclamada- respecto de otra por una pretensión en el proceso (Enrique M. Falcón, Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzel-Culzoni Editores, 2006, TºII, pág. 268).

De modo que, necesariamente, debe existir un correlato entre la persona que efectivamente se desenvuelve en un proceso y aquella a la cual la ley expresamente habilita para pretender o contradecir respecto del tema de debate.

Explicaba Palacio que la falta de legitimación para obrar existe cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender o contradecir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso (autor citado; La excepción de falta manifiesta...; en RADProc.; 1968; I; pág. 78).

Son los constituyentes y los legisladores quiénes determinan quien tiene legitimación para intervenir en un caso como parte y la tarea del juez se limita a aplicar esa voluntad en los casos concretos.

El ordenamiento jurídico contempla casos de legitimación anómala o extraordinaria que se caracterizan por la circunstancia de que resultan habilitadas para intervenir en el proceso, como legitimadas, personas ajenas a la relación jurídica sustancial en el que aquél se controvierte (Dictamen Fiscal del Sr. Agente Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia, Dr. Esteban Righi; en autos PADEC c/ Swiss Medical SA s/ Nulidad de Cláusulas Contractuales).

Ahora bien, la legitimación de las asociaciones de consumidores se sustenta en lo dispuesto en los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional y en los artículos 52 y 54 de la Ley de Defensa del Consumidor. Estas normas legitiman a las asociaciones de consumidores para



Ministerio Público de la Nación

accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios y se encuentran facultadas para reclamar la reparación de daños y perjuicios a favor de los consumidores.

Precisamente, el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional establece que: podrán interponer la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Es evidente que la claridad de la norma condena su suerte. Es que el texto constitucional, expresamente habilita a las asociaciones a interponer la acción colectiva cuando el derecho de usuarios y consumidores este en juego.

Así también, lo dictaminó la Procuración General de la Nación en diferentes oportunidades.

Sostuvo que la reforma constitucional de 1994 amplió el espectro de los sujetos legitimados para demandar, que tradicionalmente se limitaba a aquellos que fueran titulares de un derecho subjetivo individual (conf. dictamen del 29/VIII/1996, in re A. 95 LXXX "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ acción declarativa"; citado en dictamen del 30 de Marzo de 2009 in re SC P

361 LXLIII "Prevención de Asesoramiento y Defensa del Consumidor –PADEC- c/ Swiss Medical Group" publicado en el sitio web www.mpf.gov.ar).

La legitimación analizada no solo tiene lugar en la Carta Magna Nacional, sino que encuentra su correlato en el art. 52 de la ley 24.240 reformada por la ley 26.361, que habilita a asociaciones -como la actora- a entablar acciones judiciales cuando los intereses de consumidores y/o usuarios, se ven afectados.

En tal inteligencia se dispuso que la norma bajo estudio reconoce aptitud procesal, tanto al "sujeto individual", como a las asociaciones que lo agrupan y que se encuentren autorizadas por la ley (En este sentido se expidió la Cám. Nacional de Ap. en lo Civil y Comercial Federal, Sala I en autos "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Metrogas SA" C 1131/2010 el 17/VIII/ 2010 extraído del sitio web www.mercadoytransparencia.org.ar).

Es más, puntualmente, el segundo párrafo del referido artículo dispone que: "En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados..."

Interpretando el precepto transcripto, se sostuvo que la legitimación de la actora para reclamar por el desmedro patrimonial de los consumidores y usuarios surge del art. 52 del texto vigente de la ley de defensa del consumidor al reconocer aptitud procesal de consumo con el art. 43 de la



Ministerio Pùblico de la Naciòn

77

Constitución Nacional, tanto al consumidor o usuario por su propio derecho como a las asociaciones que los agrupan autorizadas de conformidad a la ley. Mas aun, cuando el art. 54 de la legislación nacional regula las acciones de incidencia colectiva (v.art.cit., del voto del Dr. Alfredo Silverio Gusman, en autos Proconsumer c/ Pluma Líneas Aéreas Uruguayas SA, Cám. Nac. De Ap. En lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 6/VII/2010 en www.pjn.gov.ar).

Asimismo, el art. 55 del estatuto bajo análisis -Capítulo XIV "De las asociaciones de consumidores"-, siempre y cuando se encuentren reunidos los requisitos que se les exige, también legitima a esta organizaciones no gubernamentales para accionar cuando resulten objetivamente afectado o amenazados intereses de los consumidores (v.art.cit.).

El fundamento de tal norma radica en que, -como ya se señaló- son organismos de control del cumplimiento del estatuto del consumidor por parte del proveedor de bienes y servicios y, asimismo, permite muchas veces que el consumidor acceda a la jurisdicción, entre otras maneras, mediante la representación que le confiere la norma para intervenir en las acciones de incidencia colectiva (Luis R. J. Sáenz y Rodrigo Silva en comentario al art. 55 de la ley 24.240 –vigente- en, Vazquez Ferreyra-Picasso, Ley de defensa del consumidor, comentada y anotada, La Ley, 2009, Tº I, pág. 688/689).

Empero, la cuestión no es novedosa.

Atilio Alterini oportunamente sostuvo que los arts. 52 y 55 de la "vieja" ley 24.240 ya habían asignado legitimación a las asociaciones cuando resultaren objetivamente afectados o amenazados intereses de los

consumidores; manteniéndose tal legitimación en su actual redacción dado por la ley 26.361 (autor citado; Las acciones colectivas en las relaciones de consumo – El armado de un sistema, La Ley 2009-D, pág. 740).

Ahora bien, siendo que nos encontraríamos en presencia de una acción de clase, capítulo sobre el cual más abajo haré expresa referencia, considero necesario hacer especial mención del precedente "Halabi" dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y determinar los alcances del mismo respecto del conflicto que corresponde resolver (fallo de 24/II/2009).

Previo a continuar con el presente análisis, corresponde realizar las siguientes consideraciones.

Conforme fuera expuesto, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene efectos, tanto en los temas federales como en aquellos que no lo son, de vinculación hacia los tribunales inferiores. En el primer caso, por tratarse del intérprete último y más genuino de nuestra Carta Fundamental; en el segundo, se impone su seguimiento moralmente sobre la base de los principios de celeridad y economía procesal (S.C.B.A., voto del Dr. Hitters en causas Ac. 85.556, 25/VII/2002; 91.478 del 5/V/2004; Ac. 92.951 del 9/XI/2005; Ac. 69.396, 23/X/2007; L. 82.098, 27/III/2008; L. 88.158, 17/XII/2008 e/otros).

En los autos de referencia el Alto Tribunal determinó que, en materia de legitimación procesal corresponde delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por



277

Ministerio Público de la Nación

objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (considerando 9)

En todos estos supuestos, la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible (art. 116 de la CN, art. 2 de la ley 27; y fallos 310:2342, considerando 7º; 311:2580, considerado 3º; y 326:3007, considerandos 7º y 8º, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el “caso” tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones.

En este sentido, explica el ministro Ricardo Lorenzetti que los derechos sobre bienes jurídicos individuales, el interés es individual, la legitimación también, y cada interés es diverso de otros; cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral.

En los derechos sobre bienes jurídicos colectivo, el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo y no un individuo en particular. En estos supuestos puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo –interés difuso- o de una asociación que tiene representatividad en el tema –interés colectivo-, o el Estado –interés público.

En igual dirección se ha dicho que los derechos sobre intereses individuales homogéneos, la afectación es individual, la legitimación es individual, pero el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión.

Puede haber muchos individuos interesados en una misma pretensión. Por eso es razonable que se dicte una sentencia que sirva para todos los casos similares, dándosele efectos *erga omnes* a la cosa juzgada (Ricardo Luis Lorenzetti, *Justicia Colectiva*, Rubinzal – Culzoni Editores, 2010, pág. 19).

Es decir, hay un hecho único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio (considerando 12, autos cits).

No obstante ello, se ha dicho que los derechos individuales homogéneos no responden a una categoría sustancial, no requieren de un nuevo reconocimiento supra legal, ya que desde un inicio contaron con sustento constitucional; lo que se persigue es la solución del conflicto que afecta a las partes mediante una tutela procesal distinta (v. Rosales Cuello-Guirildian Larosa", *Acciones colectivas y derecho del consumidor*", La Ley; 16/II/2011).

Lo cierto es que para la Corte Suprema de Justicia, independientemente de la discusión doctrinaria, los derechos expuestos en último término resultan ser admitidos en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución Nacional, pero no existe en nuestro ordenamiento jurídico una ley que reglamente el ejercicio efectivo de los mismos mediante las denominadas acciones de clase (v. L. G. Rotella "Defensa de derechos individuales



Ministerio Público de la Nación

homogéños. Acción de clase", LLNOA 2009, noviembre, 921; G. Martínez Medrano "Halabi se abre camino en el fuero federal", LL 2010-B, 415; M. Irigoyen Testa "Revisión judicial de la doctrina del caso Halaba", LL 15/VI/2010, 3; J. M. Gesuiti "Las acciones de clase en la del de Defensa del Consumidor...", LL 3/I/2011, 1).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció la legitimación una asociación como la actora en el caso "Padec c/ Swiss Medical S.A. s/ Nulidad de cláusulas contractuales" (CSJ 361/2007 43-P), en el cual se solicitaba la declaración de ineficacia de las cláusulas contractuales que autorizaban a modificar unilateralmente las cuotas que cobraba la demandada y la supresión de los aumentos que ya habían sido percibidos. La Corte consideró que la asociación de consumidores se encontraba legitimada para deducir la acción de acuerdo con las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional y de la Ley de Defensa del Consumidor, a partir de las modificaciones introducidas en el año 2008. Esta postura fue reiterada por la Corte en numerosos fallos ("Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. - ley 24.240 y otro s/ amp. proc. sumarísimo [artículo 321, inc. 2º C.P.C. y C.]", 6.03.2014; "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A s/ ordinario", 24.06.2014; "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s / ordinario", 24.06.2014; "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Prudencia Cia. Argentina de Seguros Generales S.A. s/ ordinario", 12.05.2015, entre otros).

Con respecto a la reparación de daños, explicó nuestro Máximo Tribunal que "... en efecto, en el caso concreto el reclamo particular puede ser distinto para cada damnificado en cuanto a su extensión, pero tiene su origen en una conducta común –que los afecta de manera similar a cada uno de ellos..." ("Unión de Usuarios y Consumidores de Argentina c. CTI PCS S.A. s/ sumarísimo", 15.07.2014).

En definitiva, la discusión sobre si las asociaciones pueden introducir acciones colectivas con contenido patrimonial en defensa de los consumidores o usuarios ha quedado definitivamente resuelta a favor de su legitimación (conf. dictamen n° 121.447 de fecha 4 de noviembre de 2008, "Centro de Educación al Consumidor c/ CEMIC s/ amparo", Sala E, n° 41/07).

En consecuencia, desde esta perspectiva la asociación actora se encuentra legitimada para promover acciones colectivas.

No obstante ello, corresponde entonces analizar la admisibilidad de la presente acción en función de los derechos cuya tutela se reclama, de modo de establecer si dicha asociación tiene –en el caso concreto– legitimación para actuar en su representación.

Tal como sostuvo la Corte (Fallos: 332:111, "Halabi Ernesto c/ PEN s/ amparo"; doctrina mantenida en "Padec c/ Swiss Medical S.A. s/ Nulidad de cláusulas contractuales" y fallos arriba citados, entre otros) en materia de acciones colectivas corresponde delimitar tres categorías de derechos: (i) los derechos individuales; (ii) los derechos de incidencia colectiva que tienen por



Ministerio Público de la Nación

objeto bienes colectivos y (iii) los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Respecto a esta tercera categoría de derechos, la Corte explicitó cuales son los recaudos exigibles para la admisibilidad de la acción de clase: (i) la existencia de una causa fáctica o normativa común, considerada como un hecho único y complejo que causa lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; (ii) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, es decir, que el caso judicial se refiere a los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho; y (iii) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, con lo cual estaría afectado el acceso a la justicia.

Asimismo, acerca de esta última exigencia, el Máximo Tribunal de la Nación aclaró que la acción colectiva será igualmente admisible, si existe un fuerte interés estatal en su protección, ya sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, como lo es la protección del consumidor, tal como resulta ser el caso de los autos en análisis.

En otros precedentes la Exma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha dicho que "una asociación de consumidores se encuentra legitimada para accionar contra una entidad financiera persiguiendo la declaración de nulidad de los actos jurídicos originados en la aplicación de las tasas de interés y cargos abusivos respecto del contrato que suscribió un cliente

de la entidad, y la consecuente reparación, pues si bien en el caso no se ha involucrado un bien colectivo propiamente dicho, puesto que están en juego derechos individuales enteramente divisibles, existe un hecho único que provocaría la lesión de todos ellos, lo cual puede ser identificable a una causa práctica homogénea" (CN. Apel.Com., sala B "PADEC – Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. BBVA Banco Francés S.A. s/ordinario" • 07/12/2012. DJ 17/07/2013, 55).

Lo que cuestiona la asociación actora es el cobro de unas sumas de dinero debitadas automáticamente que excederían lo estipulado en la oferta publicitaria y, así también, la falta de servicio en que habría incurrido la accionada en períodos determinados.

De ese modo, la actora identifica entonces en el sub lite, un hecho único o complejo que causaría una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, toda vez que el presupuesto referido anteriormente es común a un grupo colectivo de personas, tal como es la práctica abusiva descripta en el párrafo anterior, violatoria de los derechos tutelados por nuestra Constitución Nacional en el Art. 42 y la ley 24.240.

En definitiva, ésta es una situación típicamente asimétrica, de las que ha llevado al constituyente a atribuir legitimación a las asociaciones que propendan a la defensa del consumidor y al usuario (artículo 43 de la Constitución Nacional).

En el precedente "Cavalieri" la Corte Suprema de Justicia de la Nación reitera la doctrina que venimos esbozando, porque en el Considerando



Ministerio Público de la Nación

6º señala que ya tuvo oportunidad de expedirse en torno de la legitimación procesal en acciones tendentes a la defensa de intereses individuales homogéneos en el precedente Halabi.

La remisión que hace la Corte a Halabi, donde había resuelto afirmativamente la cuestión referida a la legitimación, no puede significar otra cosa más que la consolidación del criterio positivo sobre esa cuestión. Porque, además de afirmarse que las asociaciones pueden defender válidamente los intereses individuales homogéneos, el Superior establece que, conforme lo decidido en Halabi, la procedencia de este tipo de acciones requiere: a) La verificación de una causa fáctica común; b) Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los hechos c) La constatación de que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado.

Pese a que el último requisito mencionado en dicho precedente no resulta aplicable, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto, tal como ocurre en el supuesto debatido en autos.

Considero entonces que en el caso se encuentran configurados los recaudos señalados por la Corte Suprema en la causas "Halabi"

y "Padec c. Swiss Medical" para la admisibilidad de la presente acción de clase cuyo objeto radica en la tutela de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. De este modo, la asociación aquí demandante tiene legitimación para actuar en representación de los intereses individuales homogéneos de los clientes de las entidades demandadas.

Por consiguiente, en base a los argumentos expuestos, teniendo en consideración las constancias de autos y su estudio a la luz de la doctrina esbozada por la Corte federal al respecto, cabría rechazar la excepción de falta de legitimación activa oportunamente aducida por la demandada (art. 345, inc. 3, del CPCCN; arts. 42 y 43, CN; art. 14, CCyC; art. 55, ley 24.240).

5. Thema decidendi

Sentado lo relativo al planteo excepcionante, se vuelve imperioso proseguir con el fondo del asunto que ocupa a este proceso, correspondiendo efectuar un distingo en los planteos de la parte actora, en tanto imputarían dos incumplimientos distintos, que merecen consecuentemente un tratamiento particularizado y cuya acreditación seguirá elementos diversos.

Por un lado, se aludió a que Telecentro S.A. cobraría indebidamente una suma de dinero a través de los débitos automáticos que correspondería a los gastos de instalación, en tanto dichos gastos se ofertarían como gratuitos y luego estarían siendo abonados por sus clientes.

Por otro costal corre lo relativo a los incumplimientos referidos a la prestación del servicio, desde que la acción también se ha incoado con el fin



Ministerio Público de la Nación

78

de responsabilizar a la entidad accionada por las consecuencias indemnizables derivadas de la falta de servicio.

Siguiendo el orden expuesto, habré de dar análisis al primero de los incumplimientos aducidos para luego, fecho ello, ocuparme de la supuesta merma en la prestación del servicio comercializado por Telecentro S.A.

6. Incumplimiento de la oferta

La accionante manifestó en su libelo inicial que, tomando la publicidad distribuida por la demandada en noviembre de 2007, ella se habría comprometido a efectuar la instalación gratis. Empero, relató que dicha instalación estaría siendo cobrada a pesar de la gratuitad ofertada, lo cual se trasluciría de la facturación surgida del débito automático.

A ello la demandada contestó diciendo que la facturación no adolecería de ningún incumplimiento, no existiendo mayor divergencia entre lo publicitado y lo facturado, frente a lo cual dejó desconocida la documentación aportada por la demandante a ese respecto. De todos modos, la contestación no versó concretamente sobre la facturación de la instalación, sino más puntualmente respecto del hecho de que el servicio ofrecido habría sido "Triple Play", habiéndosele bonificado por tres meses el servicio de telefonía.

Tomando las constancias de autos, amén de los fundamentos que a continuación pasaré a reseñar, permítaseme adelantar que esta arista del planteo de la parte actora no ha de encontrarse debidamente acreditada, por lo que no cabría sindicar como responsable a Telecentro S.A. por este incumplimiento.

Prosigo a explicarme.

Como se dijera, el cuestionamiento se centra en una divergencia entre lo ofrecido por la accionada a sus clientes y lo facturado, ello así debido a que esta última habría publicitado que la instalación del servicio que ella comercializa sería gratuito, cuando en rigor dicho gasto estaría siendo cobrado.

No obstante lo cual, de la documentación aportada por PADEC (v. anexo B de fs. 56/60) no puede concluirse tal extremo, puesto que la folletería adunada oportunamente al escrito inicial no permite tener por acreditado que Telecentro S.A. haya efectuado el ofrecimiento aludido por la actora.

Véase, precisamente, que dicha documentación – acompañada en copia simple– corresponde a los avisos publicitarios que promocionan el servicio comercializado, con las leyendas de “¡Consulta hoy mismo con el promotor de tu zona!” (fs. 57), y “Ser inteligente es tener tecnología y diversión al precio más conveniente” (fs. 58).

Pese a ello, lo argumentado por la actora se sostiene en una oferta que se encontraría adosada a dichos avisos y que a su parecer sería realizada por Telecentro S.A., ofreciendo “instalación gratis con 2 bocas (...) 30 días gratis a partir de la instalación” (v. folletos de fs. 57 y 58).

En puridad, cabe aquí efectuar un importante distingo, por cuanto se trata de dos avisos publicitarios distintos que pertenecerían a personas distintas, siendo impropio extender los efectos realizados en una a la otra, desde



Ministerio Público de la Nación

que el efecto vinculante de la oferta sólo alcanza a quien la emite, más no a un sujeto que respecto de ella resultaría ser un tercero (arg. art. 974, Cód. Civ. y Com.).

Según se observa, al aviso publicitario de Telecentro S.A. se le ha adicionado uno más, que correspondería a un particular que ofrecería la instalación del servicio sin cargo, no siendo ello suficiente para tener por acreditado el extremo invocado por PADEC, desde que ni de su texto, su modo de expresión, o demás elementos que rodean a ese aviso cabría concluir que fue emitido por Telecentro S.A.

Entonces, no correspondería considerar que dichos sujetos, que en uno de los avisos dice llamarse Alejandro y en otro Rafael (v. fs. 57 y 58), sean auxiliares de Telecentro –amén de no haber sido ello lo manifestado por la parte actora–, habida cuenta de que, si lo que se pretendiese fuere equiparar los actos realizados por ellos a los de aquella, ningún elemento indicaría tal extremo.

Por otro lado, lo anterior no puede ser analizado sin dejar de advertir la orfandad probatoria con la que se encuentran estas actuaciones, especialmente en lo que respecta a la acreditación del extremo de referencia.

No obstante lo cual, si bien sabemos que el clásico adagio affirmanti incumbit probatio cede en este marco de procesos, en donde lo que se ventilan son derechos de un sector tradicionalmente postergado y débilmente protegido (art. 53, tercer párr., ley 24.240), ello no releva de todo esfuerzo probatorio a la demandante, desde que no se puede tener por acreditado que efectivamente dichos sujetos sean auxiliares de la accionada ni, así tampoco,

que dichos avisos fueren colocados con una masividad tal que permitan ser tenidos como una causa fáctica común a una clase de clientes de la accionada.

Por consiguiente, no teniéndose acreditado el presupuesto de hecho de esta arista del reclamo corresponde, a criterio de la suscripta, rechazar el planteo en cuestión.

7. Incumplimiento en la prestación del servicio

El segundo de los planteos de la parte accionante reside, como se dijera líneas arriba, sobre el hecho de que Telecentro S.A. habría faltado en diversas oportunidades a prestar el servicio contratado por sus clientes.

Justamente, en el libelo inicial se aludió a dos cortes, uno de fecha 14 de diciembre del 2007 y otro ocurrido el 14 de febrero del año próximo, los que juzgó injustificados.

Por su parte, la demandada adujo que de sus registros surgiría lo contrario, dando cuenta de que con fecha 3 de enero de 2008 la Sra. Novosad –caso testigo en autos– ha efectuado una llamada telefónica desde su línea, por lo que a su parecer los dichos de la actora no resultarían ciertos.

Permitaseme adelantar que, al igual que lo acontecido con el planteo analizado en el apartado precedente el cual no corriera mayor suerte, este Programa estima que el aquí nos ocupa tampoco correspondería ser admitido.

En primer término, déjese señalado que lo expuesto por la demandante sería una falta de servicio que habría ocurrido en ocasiones particulares, sustentando sus dichos con la afirmación de que en dos fechas



785

Ministerio Público de la Nación

puntuales una persona, que en el caso resulta ser la apoderada de PADEC, habría padecido una interrupción del servicio.

En orden a lo expuesto, repárese en la pericial contable cuyo informe luce glosado a fs. 406/409, en donde la idónea Aste respondió a la pregunta de si existen constancias de corte de servicios y, en su caso, cuáles fueron las razones de los mismos. Frente a ello, la demandada no tendría constancias de cortes de servicios, habiéndosele hecho entrega a la contadora de una nota firmada por el apoderado de la empresa demandada diciéndose que "no se registran caídas puntuales para este cliente" (v. respuesta n° 3).

En función de ello, la idónea designada en autos no logró verificar que Telecentro S.A. haya incurrido en las fallas en el servicio que adujera oportunamente PADEC con relación a Novosad, surgiendo de la experticia producida a dichos fines lo contrario, en tanto no habría constancias que indicaren la ocurrencia de fallas en el servicio.

No ha de pasarse por alto que, si bien el caso testigo traído por la parte actora correspondiente a la Dra. Novosad carecería de respaldo probatorio suficiente en orden a lo manifestado por la perito contadora, no cabrá extender dichas consideraciones a la totalidad del colectivo aquí representado, desde que la respuesta al punto de pericia en cuestión refirió únicamente al caso de aquella consumidora, más no a todo el grupo de clientes de Telecentro S.A.

Por otro lado, no han de ignorarse los 26 reclamos contenidos en el anexo "G" de la documentación adjuntada al libelo inicial, de los cuales se extraen diversas manifestaciones aludiendo algunas de ellas a las fallas del

servicio que Telecentro S.A. comercializa (v. reclamos de fs. 75, 78, 79, 80, 81, 82/83, 85, 87, 88 y 89). Empero, estos instrumentos que no revisten por sí solos idoneidad suficiente como para tener por acreditadas las afirmaciones esbozadas por la actora.

En consecuencia, los elementos de prueba arrimados en autos no resultan suficientes como para acreditar el presupuesto de hecho del incumplimiento que aquí se analiza, cual es, la interrupción en la falta de servicio (art. 53, ley 24.240; art. 377, CPCCN).

8. En orden a lo concluido en los apartados precedentes, deviene abstracto analizar la procedencia del daño punitivo solicitado (art. 52 bis, ley 24.240).

9. De acuerdo a los motivos por los cuales se remitieron los presentes actuados al Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidor, teniendo en consideración las razones expuestas precedentemente, se tiene por contestada el pedido colaboración solicitado.

Se deja constancia que el presente constituye un informe técnico-jurídico elaborado al sólo efecto de colaborar y asistir a la Sra. Fiscal interviniente en las presentes actuaciones, sin que éste pretenda remplazar la función que la Constitución Nacional y las leyes 24.240 y 27.148 le han asignado. Por ello de modo alguno existe obligatoriedad en el seguimiento de las opiniones aquí vertidas.



78

Ministerio Público de la Nación

10. Habiéndose agotado el objetivo de la remisión dispuesta por la Fiscalía de Primera Instancia interveniente, regresen las presentes actuaciones a los efectos que estime corresponder.

Buenos Aires, marzo 23 de 2018.

IC N° 023/2018

Gabriela Fernanda Boquin

Fiscal General ante la Cámara Comercial

A cargo del Programa para la Protección de los Usuarios y Consumidores





Ministerio Público de la Nación

Señor Juez:

1. Vienen los autos a esta Fiscalía a fin de que me expida en relación a la vista conferida.-

2. A fin de no incurrir en repeticiones innecesarias, me remito a los términos y conclusiones del informe técnico jurídico, emitido por el Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores el que acompaña a este dictamen.

3. En mérito de lo allí expuesto, considero que V.S. debería rechazar las excepciones de falta de legitimación activa oportunamente introducida por la demandada a fs. 170/182 bis.

4.- En cuanto al “thema decidendi” de esta causa que contiene el incumplimiento de la oferta y de la prestación del servicio por parte de la accionada, me llevan a considerar que ante la orfandad probatoria con la que se intenta acreditar ambos extremos V.S. deberá rechazar la demanda interpuesta por la Asociación Actora, en los términos del informe emitido por el Programa para la Protección de Usuarios y Consumidores.

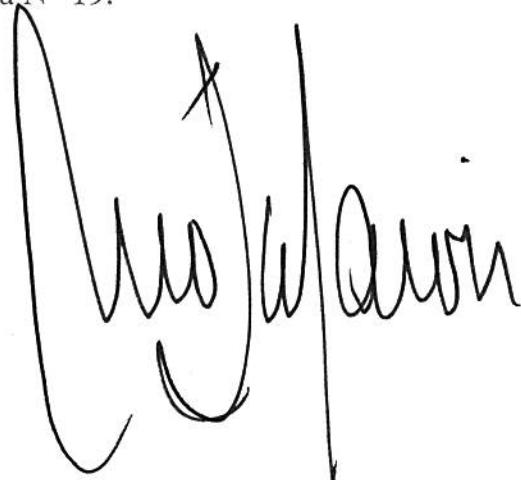
5. En cuanto al “daño punitivo” (art. 52 bis de la ley 24.240) requerido por la accionante deviene en abstracto el análisis del mismo, en virtud de lo expuesto precedentemente.

Dejo así contestada la vista conferida.

Fiscalía N° 4. Buenos Aires, **10** de abril de 2018//AM.-

Autos: Padec c/ Telecentro SA s/ Ordinario.-

Juzgado Comercial N° 10, Secretaría N° 19.-



MÓNICA SUSANA MAURI
FISCAL NACIONAL

JUZGADO COMERCIAL
SECCIÓN 19

11 ABR 18 10 09

~~Señor Fiscal de turno~~
~~En el oficio~~
~~Leandro~~
~~Sin doc.~~