

Poder Judicial de la Nación
"2013-Año del Bicentenario de la Asamblea General Constituyente de 1813"

Juzgado Comercial N° 20 - Secretaría N° 40

070039 - ACYMA ASOCIACION CIVIL C/ VIAJES EL CORTE INGLES
ARGENTINA S.A. S/ SUMARISIMO

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2013.-

I. Por presentado, y por constituido el domicilio legal indicado. En su caso, oportunamente, notifíquese.

II. Cumpla el letrado apoderado presentado, doctor Matías Julio Barberis, con la agregación del bono de derecho fijo dentro del quinto día bajo apercibimiento de comunicar al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (art. 51, inc. d, ley 23.187).

III. Exímase a la actora del pago de tasa de justicia (art. 53, último párrafo, de la ley 24.240, texto según art. 26, ley 26.361).

IV. Téngase presente la autorización conferida.

V. Autos y Vistos:

1.- En el escrito inaugural a despacho (fs. 20/56), se presentó un apoderado de una asociación civil (Asociación Civil por los Consumidores y el Medio Ambiente – ACYMA–) interponiendo una “acción de incidencia colectiva”, fundada en los artículos 52, 54, 55, 56 y ss., de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC), en protección de los consumidores y usuarios de Viajes El Corte Inglés Argentina S.A.

La demanda es dirigida, según expresó el presentante, “en defensa de los consumidores y usuarios –personas físicas- que efectuaron compras en EL CORTE INGLÉS y abonaron un recargo adicional –respecto de operaciones al contado- por pagar con tarjeta de crédito o débito, en abierta violación de normas vigentes, especialmente del art. 37 de la ley 25.065 de tarjetas de crédito”. Acota su reclamo al período que comprende los tres años anteriores a la fecha de la demanda y la fecha de la sentencia.

Denunció “graves y reiteradas violaciones al estatuto del consumidor, a la ley 25.065 y a las afectaciones en los intereses económicos de los consumidores y usuarios a partir del cobro de un recargo ilegal por pagar con tarjeta de crédito o débito, en claro perjuicio del consumidor”

La Asociación denuncia un “negocio ilegal y abusivo” al imponer a los consumidores diferentes precios sobre un mismo producto, servicio o paquete un recargo por pago con tarjeta de crédito o débito, lo que consignarían como “gasto de gestión” o “cargo administrativo” (fs. 21).

Funda su legitimación ACYMA en los arts. 42 y 43 de la Constitución nacional y en el caso “Halabi”, dictado por la Corte Suprema. Señaló que se trata de un miso hecho (el cobro de un sobreprecio o recargo adicional por pago con tarjeta) que “afectó a una pluralidad de consumidores que se encuentran en condiciones homogéneas. El análisis de hecho y derecho resulta idéntico para todos los consumidores” (fs. 22).

Afirma que este juez “está llamado a asumir un rol activo en la protección de los consumidores representado por mi parte que, de no mediar intervención judicial, se verían severamente desprotegidos en sus derechos económicos, de raigambre constitucional” (fs. 22 vta.).

Un párrafo anterior expresó que “el tratamiento colectivo del caso es posible toda vez que el análisis que se pide a V.S. requiere (a) la constatación objetiva de la infracción a las normas aplicables en la materia, esto es, que en el caso EL CORTE INGLÉS ha cobrado un sobreprecio o recargo adicional (es decir, un precio más caro) a los consumidores que abonaron con tarjeta, en abierta violación de la ley 25.065, obrando así de manera ilegal y abusiva; y (b) la determinación de que dicha violación legal generó un perjuicio a los afectados en similares condiciones, es decir, que la conducta afectó homogéneamente a los clientes de EL CORTE INGLÉS que son consumidores y que pagaron precios en exceso de manera ilegal por haber abonado sus compras con tarjeta de crédito” (fs. 22 in fine). Asimismo, solicitó aplicación de multa por daños punitivos.

En orden a la prueba ofrecida, la actora efectúa dos previsiones preliminares: el principio in dubio pro consumidor y la carga dinámica de la prueba. Como prueba documental acompaña “noticias periodísticas que dan cuenta de la práctica ilegal denunciada en esta demanda” (fs. 53, pto. 4), sin detallarla. Luego ofrece diversas pruebas informativas a Visa, American Express y pericial contable para que evacue los puntos que detalla a fs. 54 vta./56, siempre relativo al período 2010 a la fecha. En cuanto a la testimonial, solicita se cite a 8 vendedores empleados de la demandada que abarquen el período comprendido en esta acción (fs. 56).

2. Antes de dar curso a una acción, compete al juez llamado a intervenir examinar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de la pretensión, desestimándola *in limine* cuando a partir de dicho examen se tiene la certeza *ab initio* de que la pretensión carece de idoneidad para lograr los efectos jurídicos perseguidos, es decir, que resulta manifiesto y evidente que la acción no cumple con condiciones necesarias para darle curso, justificando su desestimación de oficio, a fin de evitar un dispendio inútil de la actividad procesal (arts. 34, inc. 5º, ap. e y 337, CPCCN; CSJN, 1/1/1976, "De Bidegaray c/Prov. de Bs. As."; CNCom, Sala A, 7/4/1995, "Oeste Visión c/Abramovich"; íd., Sala E, 10/7/2007, "Díaz c/Florentino" -citados por CNCom. Sala A, 20.11.08, "Fine Arts SA. s/quiebra s/inc. de acción declarativa por Dencanor SA.-).

Si bien la consideración literal del art. 377 del CPCCN pareciera limitar la facultad judicial a la hipótesis de incumplimiento de las reglas establecidas en dicha norma, se ha dicho con razón que “debe entenderse que comprende a todos aquellos requisitos de admisibilidad de la pretensión (extrínsecos e intrínsecos), cuya falta no requiera su expresa denuncia por parte del demandado. En consecuencia, el mencionado artículo es aplicable también cuando el objeto de la pretensión no resulte idóneo o jurídicamente posible.

En todos los casos, obviamente, la facultad de repulsa liminar de la demanda debe ser ejercida con prudencia, limitándola a los supuestos en los que la inadmisibilidad de la pretensión aparezca en forma manifiesta, sea porque claramente surja de los propios términos de la demanda o de la documentación con ella acompañada (cfr. Palacio, Lino, Derecho Procesal Civil, t. IV, p. 289 y ss.; Fassi, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. II, p. 52 y ss.; Colombo - Kiper, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. III, p. 585 y ss.).

Ello así, máxime en casos como los de la especie, donde se acciona colectivamente, arrojándose una asociación de consumidores una legitimación que, si bien es autorizada por la ley, no deja de ser de excepción, pues se superpone con las acciones individuales que cada uno de los legitimados individuales tenga en el caso del que se trate; circunstancia que requiere alguna evidencia aunque más no sea mínima de la trasgresión o afectación por la demandada de los derechos cuya protección ampara directa o indirectamente la Constitución Nacional y la Ley 24240 que justifique la intervención de las asociaciones aún en ausencia de reclamos individuales.

La prueba de esa afectación o trasgresión del derecho de los consumidores se correlaciona de modo indisoluble con la existencia –evidenciada cuanto menos, mínima o prueba sumaria– de personas físicas o jurídicas como consumidores o usuarios afectado que integren la clase relacionada a los intereses individuales homogéneos, como uno de los requisitos sine qua non para la procedibilidad de este tipo de acciones colectivas.

En la especie, se aprecia nítida la improcedencia de la acción por su evidente falta del más mínimo sustento probatorio de la trasgresión o afectación del derecho de consumidores damnificados que doten de legitimación a ACYMA.

3. Habida cuenta las cuestiones sustantivas a las que me referiré, y de que desembocaré en el rechazo de la acción, habré pues de soslayar cuestiones apriorísticas que según algunos jueces colegas son óbices formales a la promoción de la demanda.

Tal el caso de la copia simple acompañada por el presentante que da cuenta de su inscripción en el registro pertinente (dato que puede ser fácilmente corroborado); o del caso de que no se ha cumplido con la instancia de mediación obligatoria.

4. Los derechos del consumidor han adquirido gran importancia en nuestro derecho, hace ya casi dos décadas, con la última reforma constitucional (1994); luego con la sanción de la ley 24.240 y más recientemente con la importante reforma de la ley 26.361.

Aunque por cierto, el legislador nacional se encuentra en estado de morosidad en la reglamentación procesal de este tipo de acciones, lo que viene motivando la acción de la justicia no ya sobre bases legales sino pretorianas.

De allí que los tribunales vengán a cubrir esas falencias o lagunas legales. La Corte Suprema ha marcado el camino en el caso “Halabi, Ernesto” del 24/02/09 (como en su momento lo hiciera con la figura del amparo en los casos “Siri” y “Kot”, o con la reglamentación del derecho a réplica en el caso “Ekmedjian c/Sofovich”) y recientemente lo ha ratificado y profundizado en el caso “PADEC. c/Swiss Medical SA. del 21/08/13.

Existe una discusión hoy día en torno a si se mantiene una regla de acciones individuales y una excepción de acciones colectivas o se tiene un doble sistema, de acciones colectivas e individuales. Sin dudas en nuestro derecho, sigue vigente la regla histórica, es decir, la de la acción individual; en el sentido que hay un fundamento constitucional en que cada persona tiene la facultad de disponer libremente de sus derechos, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales (arts. 17 y 19, Const. Nacional).

Considero que el juez debe ser muy cuidadoso, pues en muchos casos las acciones de clase tienen potencialmente riesgos de afectar las normas constitucionales, al involucrar a terceros con la pretendida cosa juzgada expansiva.

En materia de derechos individuales homogéneos, introducidos por la reforma de la ley 26.361, y si bien la ley no se extiende en detalles de dicha acción colectiva, la verdad es que esto trae problemas de organización procesal. Sigo a Lorenzetti (www.cij.gov.ar, nota 1106), en el siguiente concepto derivado de la mentada causa “Halabi”, el sistema vigente es: cuando hay un conflicto individual hay una acción individual, cuando hay un conflicto colectivo hay una acción colectiva. La causa “Halabi”, destáquese, alude a derechos extrapatrimoniales, pues en materia de derechos individuales patrimoniales no hay acción colectiva.

Es decir, en materia de derechos individuales patrimoniales como regla general no hay acción colectiva. El sistema vigente es que cuando hay un conflicto de derechos individuales homogéneos hay que analizar si es patrimonial o no; si lo es, no procede, excepto en casos de derecho del consumidor; pero cuidado, las relaciones de consumo en la ley son muchísimas y enormes, y virtualmente prácticamente todo uede cae dentro de ese régimen, lo que trae una evidente litigiosidad cuantitativamente mayor. De allí que deban pretoriamente extremarse los cuidados a la hora de dar curso a una demanda de esta índole.

Es importante señalar que en nuestro sistema tenemos una amplia legitimación para obrar (pues la tiene el representante público, v.gr., defensor del Pueblo, las asociaciones y los individuos), pero lo que sí se requiere ineludiblemente la “existencia de un caso” (art. 116, Const. Nacional; CSJN, Fallos, 310:2342, cons. 7º; 311: 2580, cons. 3º, y 326:3007, cons. 7º y 8º), ya que resulta inadmisibile una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición; “lo cual es esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones” (CSJN, 24/2/2009, “Halabi, Ernesto”, considerando 9º, Fallos 332:111).

5. Para que haya un caso debe haber una prueba de que hay un perjuicio, lo que es pacífico en todas partes del mundo, es decir, la causalidad entre la acción y el perjuicio. Siempre debe probarse el caso, es decir, la afectación denunciada. Debe existir un cuidado minucioso respecto de la prueba y de las exigencias, pues si no se puede prestar a cualquier clase de abuso; debe probarse en qué medida se va a beneficiar a una clase, pues lo que se requiere es que haya cosa juzgada y que esa cosa juzgada tenga elementos expansivos a terceros. Si no hay prueba, no hay acción de clase.

Conforme el Dr. Lorenzetti, "las acciones colectivas son un gran aporte al diseño institucional del país porque son mecanismos que provee el Estado de Derecho para que la sociedad civil participe. Y si el ciudadano común participa en la vida del país, entonces hay más control, más debate, hay discusión y transparencia, menos oscilaciones pendulares y más equilibrio de fuerzas, menos decisiones centralizadas en

un país con una larga tradición de decisiones centralizadas" (www.cij.gov.ar, nota 1106).

Pero dicho magistrado, en referencia a los alcances del fallo "Halabi", y en consideraciones que comparto, aseguró que "el sistema legal está aún en transición". Es que la acción de clase no está prevista en la legislación procesal. Es decir, hay un vacío legal sobre el que la Corte avanzó mediante una construcción jurisprudencial. "Por eso tenemos que ser cautos, por ejemplo, para preservar el derecho de la defensa en juicio para evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no tuvo la posibilidad de participar, se debe probar el elemento común y en que medida se va a beneficiar una clase. Por eso en los países que tienen trayectoria en la materia hay cuidados rigurosos en materia de prueba y exigencias de la acción", advirtió.

6. En derecho comparado, es requisito ineludible la probanza *ab initio* de que existe una clase y una acción. Véase.

En el modelo anglosajón (regla 23 y reformas ulteriores) la legitimación está dada a los abogados en base a un sistema típicamente de mercado, porque los profesionales pueden celebrar acuerdos de honorarios (pactos de cuotálitis), pero tienen que invertir y asumir riesgos, haciendo todas las investigaciones del caso a su costa (juntar fondos para investigar) y si pierden pagan.

Conforme la mentada regla 23 (c.1), del procedimiento federal civil estadounidense, el Tribunal, en un momento temprano, una vez iniciada la acción de clase, deberá determinar su viabilidad; acto de mérito primario que es la puerta de ingreso de las *class actions* y que se denomina certificación y juega un rol fundamental en el desarrollo del litigio colectivo, dado que establece si la pretensión colectiva podrá continuar como tal (conf. Salgado, José María, Tutela individual homogénea, Bs. As., 2011, p. 257).

En la *injonction* del derecho francés, la demanda debe indicar en forma precisa la naturaleza de la obligación cuya ejecución se persigue, así como los fundamentos fácticos y jurídicos de aquélla; en caso contrario, la demanda deberá rechazarse (conf. Farina, Juan M., Defensa del consumidor y del usuario, Bs. As., 2008, p. 579).

7. Sentado todo lo antes expuesto, cabe señalar que en el *casus*, la asociación demandante ni siquiera menciona un solo asunto donde haya recibido quejas de algún consumidor, mucho menos lo documenta.

He apreciado que en otros casos instados por otras asociaciones, cuanto menos como mera manifestación, mencionan genéricamente que han recibido en su seno reclamos por parte de uno o más consumidores acerca de la práctica viciosa de la que se trata. Ello se encuentra ausente en la especie.

Luego, cabe examinar la prueba documental ofrecida, que fue acompañada en copias simples, supuestamente extraídas de Internet (fs. 10/19).

De los diez documentos acompañados, en general cabe decir que son notas periodísticas breves que vienen a recordar la prohibición de cobrar un precio diferenciado si se trata de compra con tarjeta de crédito o en efectivo (art. 37, inc. c, ley 25.065), donde, salvo en una, no se refieren a empresas de viajes y turismo sino al comercio en general, en

alusión a una "práctica viciosa" del mercado, recomendando denunciar y no comprar el producto del que se trate.

De los 10 breves recortes periodísticos cabe delimitar que tres de ellos son anteriores al año 2010, que es el año a partir del cual se delimita la acción de marras (fs. 10, nota de clarin.com, del 15/4/2002; fs. 14, nota de infobae.com, del 20/1/2008, y fs. 19, de - aparentemente- Río Negro online, del 2/6/2003).

De los 7 restantes, 6 corresponden a diarios provinciales: fs. 11, del diario "Territorio Digital" de Misiones, del 24/9/2012; fs. 12 y 13, recomendaciones del Defensor del Pueblo de Santa Fe para las compras de fin de año y admonición de multas, de los días 6 y 7/12/2012; fs. 16, del litoral.com. -Santa Fe-, del 16/10/2012; fs. 17, de OMIC - Oficina Municipal de Información al Consumidor- de Bahía Blanca, aparentemente del año 2011; y fs. 18, La Arena, de La Pampa, del 26/1/2013).

Finalmente, está acompañada una nota a fs. 15, que es la única no perteneciente a una provincia, del diario La Nación.com, del 5/12/2010, que se refiere a los comercios en general.

Cabe dejar constancia que de todas las notas examinadas, solo una (como dije supra) se refiere a cierta multa a una empresa de turismo en Misiones (fs. 11, aunque sin señalar cuál es).

Por lo demás, de una lectura detenida de las 74 carillas que componen el escrito en despacho, no brinda un solo caso, ni siquiera hecha mano el peticionario de presunción alguna. Sólo en un párrafo expone un simple ejemplo: "pensemos por ejemplo en un cliente que va a El Corte Inglés por un paquete con destino a Río de Janeiro que vio publicado en un diario de amplia circulación donde la demandada lo publicó a \$ 3.500. Posteriormente averigua los pormenores del paquete: línea aérea, hotel, fechas, etc. Cuando debe pagar, se le informa que el precio que oportunamente le informaron es válido si el pago lo efectúa al contado. Con tarjeta de crédito, el precio es otro porque tiene un recargo adicional: el sobreprecio del 'cargo administrativo', 'cargo por gestión' o similar". Esa sola exposición (sin referencia a caso concreto alguno) lo lleva al peticionario a concluir -renglón seguido- que "El Corte Inglés, en consecuencia, ha incumplido los arts. 4 y 7 de la LDC sistemáticamente al percibir un precio superior al ofertado e informado a sus clientes para sus productos cuando estos pagan con tarjeta" (confr. fs. 45 vta.).

Considero que no es posible ensayar aventuras judiciales sobre la base de demandas situadas en escenarios presuntos; es imperioso que exista cuanto menos una prueba sumaria de la existencia de afectados. Ningún elemento de convicción de que hay intereses individuales homogéneos ni que haya una clase se aporta en la especie. Y si bien, la prueba no debe ser concluyente a los fines de una acción colectiva (la que prima facie debe facilitarse), no surge que la Asociación de los términos de la demanda que haya recibido ni detectado ningún consumidor afectado por la operatoria que describe.

Todo lo cual me conduce a la desestimación de la acción intentada de forma liminar.

8.- Es loable lo que ha avanzado la legislación y la jurisprudencia en pos de la defensa del consumidor y de la legitimación de las asociaciones que tienen un fin también loable.

Pero nos encontramos en un escenario donde se propende a un aumento de la litigiosidad a poco que se advierta que viene proliferando la existencia de asociaciones, y conflictos potencialmente infinitos de consumidores; a lo que suma que las asociaciones pueden demandar con la tranquilidad de poseer el blindaje de la "justicia gratuita", en función de lo cual, por más que su acción sea improcedente, y generase incidencias también improcedentes, nunca cargará con las costas del pleito; extremo que naturalmente genera un terreno fértil para la proliferación de "aventuras judiciales". La sola existencia de conductas patológicas como la denuncia, por parte de los proveedores de bienes y servicios en general, no habilita entablar acciones de clase para intentar durante el curso del proceso determinar la posible existencia de afectación de derecho patrimonial en concreto con aptitud para legitimar una acción patrimonial de colectiva.

De admitirse acciones como la que nos ocupa, donde la denuncia fue efectuada sin prueba alguna –ni siquiera mención de haber recibido reclamo concretos de consumidores-, bastaría que nuevas acciones que la actora llenara el nombre de cualquier empresa operadora de turismo e incluso, de cualquier tipo de negocio, sea de bienes sea de servicios, utilizado el proceso de modo directo, sin investigación previa alguna y presuntamente sin vocación de solucionar la cuestión por la vía extrajudicial y administrativa, ante la falta recurrencia a la mediación obligatoria prevista en la ley 56.589 y sin referencia a denuncia alguna por ante los organismos oficiales creados al efecto, tanto en Nación como en CABA, que pueden utilizarse fácilmente (v.gr., www.consumidor.gob.ar y www.buenosaires.gob.ar/defensaconsumidor).

Por mérito a todo lo cual, RESUELVO: Desestimar in limine la presente acción entablada por ACYMA contra VIAJES EL CORTE INGÉS ARGENTINA SA.

Notifíquese por Secretaría. Firme, archívese.

Eduardo E. Malde. Juez Nacional