



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-125107-1

"Usuarios y Consumidores Unidos
c/ AMX SA s/ Acción colectiva"
C. 125.107

Suprema Corte de Justicia:

I. A los fines de resolver la impugnación extraordinaria deducida en los autos del epígrafe, interesa destacar que la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Nicolás confirmó la sentencia recaída en la instancia anterior -v. fs. 522/531- en cuanto dispuso: a) declarar la procedencia del daño punitivo individual homogéneo reclamado por Usuarios y Consumidores Unidos contra AMX Argentina SA en los términos del art. 52 bis de la ley 24.420 -si bien modificó su cuantía y estableció la aplicación del límite impuesto por el art. 47 "b" del régimen legal de mención-; b) rechazar el progreso de la indemnización demandada en concepto de agravio moral individual homogéneo y, c) imponer las costas a cargo de la accionada.

La revocó, en cambio, en cuanto negó legitimación a la asociación civil demandante para reclamar la compensación patrimonial individual homogénea de los usuarios del servicio de telefonía que representa, admitiéndola. Tras lo cual, resolvió estimar la procedencia de la pretensión sólo respecto de los clientes pospagos que integran el grupo, condenando en consecuencia a la demandada a reintegrarles el importe proporcional del abono que no pudo ser consumido por la interrupción del servicio en los períodos comprendidos entre los días 23 al 26 de noviembre de 2010 y entre los días 3 al 14 de diciembre, cuya determinación a valor histórico difirió para la oportunidad de practicarse la correspondiente liquidación, con más la aplicación de los intereses que se computarán a la tasa que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo vigentes en los distintos períodos de aplicación (tasa pasiva), desde la fecha de inicio del corte de suministro -23-XI-2010-, hasta la de su efectivo pago (sentencia de 22-IV-2021 obrante a fs. 553/562 y vta.).

II. Contra dicho modo de resolver se alzaron los letrados apoderados de la

asociación civil Usuarios y Consumidores Unidos (UCU) mediante recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley -plasmado en la presentación electrónica de fecha 11-V-2021-, que fue concedido en la instancia ordinaria a través de la resolución de fecha 22-VI-2021.

III. Recibidas las actuaciones en esta Procuración General a mi cargo con motivo de la vista conferida por esa Suprema Corte en los términos de lo prescripto por el art. 283 del Código Procesal Civil y Comercial, comenzaré por enunciar, en ajustada síntesis, el tenor de las impugnaciones que estructuran el intento revisor sujeto a dictamen, a saber:

1. Agravia, en primer lugar, al recurrente que el pronunciamiento de grado haya decidido aplicar intereses a "tasa pasiva" sobre los importes de la condena impuesta en concepto de indemnización de daño patrimonial individual homogéneo, apartándose así de la doctrina legal sentada en el precedente C. 119.176, "Cabrera", sent. del 15-VI-2016, que establece la aplicación de la tasa más alta que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus depósitos a plazo fijo vigentes en los distintos periodos de aplicación (Tasa pasiva), siendo en la actualidad la denominada "BIP" (Banca Internet Provincia).

Invocación de absurdo mediante, se queja, asimismo, de que la alzada haya limitado el reconocimiento del rubro resarcitorio de mención sólo respecto de la subclase de usuarios de telefonía celular con modalidad postpaga, con exclusión de los clientes prepagos, con el argumento de que la propia empresa demandada reconoció su procedencia en el marco de las actuaciones administrativas realizadas ante la OMIC e, incluso, compensó a alguno de ellos, circunstancias que, en su opinión, imponen la aplicación de la doctrina de los propios actos. En adición, afirma que sostener esta parcela de la decisión importaría convalidar la vulneración del derecho de igualdad entre los usuarios de telefonía celular afectados.

2. En otro orden, controvierte el temperamento seguido por el órgano de apelación actuante para la determinación y cuantificación de la multa civil individual homogénea reconocida en favor de todos los integrantes de la clase, a través de los siguientes embates: a) la afirmación referida a que a la fecha del dictado de la sentencia se desconoce con precisión el número de afectados se exhibe absurda, en tanto desconoce el dictamen pericial informático producido en el expediente; b) el sentenciante incurre también en el citado vicio lógico al establecer la cuantía de la sanción civil reclamada en el monto en \$ 1.500 por cada uno de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-125107-1

usuarios damnificados y, al mismo tiempo, ordenar la aplicación del tope de \$ 5.000.000 impuesto por el art. 47, inc. "b", de la ley 24.440 al que remite el art. 52 bis de dicho ordenamiento legal, habida cuenta de que la sola operación de dividir dicho límite por el número de clientes afectados arrojaría la irrisoria suma de \$47,25 para cada uno de ellos. Por esa razón, deja planteada la inconstitucionalidad del referido tope legal al puntual supuesto en juzgamiento, en el entendimiento de que como consecuencia de su actuación al caso sumado al proceso inflacionario operado en el país al cabo del período de 13 años transcurridos desde la promoción de la acción colectiva ventilada en autos, vacía de contenido la finalidad disuasoria perseguida por la norma, por lo que solicita que así lo declare ese Tribunal, a la luz de la doctrina elaborada por la Corte de Justicia nacional en los precedentes "Itzcovich" y "Pedraza"; c) la reducción del importe de la multa civil individual homogénea establecida por el juzgador de la instancia inferior con el sólo fundamento de considerarla "excesiva", infringe la doctrina legal vigente en torno del deber constitucional de los jueces de motivar sus decisiones, a la vez que desatiende las pautas establecidas por ese alto Tribunal en la causa C. 119.562, "Castelli", sent. de 17-X-2018, para proceder a su determinación.

3. Por último, se queja de la improcedencia decretada sobre el rubro del daño moral individual homogéneo. Aduce, en su apoyo, que los magistrados actuantes prescindieron considerar los planteos vertidos por su parte a los fines de evidenciar las molestias e inconvenientes que implicó carecer de línea telefónica y comunicación por paquete de datos por un plazo de más de quince días completos y que la petición en forma colectiva se centra en los efectos comunes del hecho dañoso.

IV. En mi opinión, el remedio procesal sujeto a dictamen debe prosperar parcialmente.

Conforme ilustra la síntesis de agravios que antecede, el contenido argumental de la protesta se halla dirigido esencialmente a desmerecer el acierto de las conclusiones arribadas en el pronunciamiento de grado sobre típicas cuestiones circunstanciales y probatorias que, como es sabido, sólo pueden ser materia de revisión en esa sede extraordinaria frente a la presencia del vicio lógico de absurdo (conf. SCBA, causas C. 104.485, sent. de 14-IV-2010;

C. 107.856, sent. de 14-III-2012 y C. 118.439, sent. de 22-VI-2016), hipótesis que si bien invoca el impugnante no consigue, empero, demostrar en la especie. Veamos:

1. Luego de admitir la legitimación activa de la asociación actora para reclamar el perjuicio patrimonial individual homogéneo de la clase de usuarios de telefonía móvil que representa y de revocar, consiguientemente, en ese aspecto, el fallo de la instancia anterior, el tribunal de apelación interviniente resolvió estimar su procedencia respecto de todos los clientes postpagos integrantes de la clase y, en lo que resulta pertinente destacar en función del tenor de la impugnación bajo análisis, sostuvo no advertir, en cambio, el daño sufrido por los clientes prepagos pues *"...en modo alguno puede colegirse que la eventual carga de abono que los clientes puedan haber realizado haya tenido un plazo de expiración que justifique la pretensión; en otras palabras, no se advierte que la falta de servicio haya implicado una erogación ya que nada se encuentra acreditado en el sentido de que ese crédito no haya podido ser utilizado luego de reestablecido el servicio"* (v. fs. 558).

El razonamiento precedentemente transcrito que, como se aprecia, condujo al juzgador de mérito a tener por no acreditada la existencia del daño patrimonial invocado por la Unión de Consumidores demandante con relación a aquellos usuarios sujetos a la modalidad prepaga y a desestimar, consiguientemente, la procedencia de la compensación económica reclamada a su respecto, no es objeto de crítica alguna en la pieza recursiva cuyas alegaciones, en este tramo, siguen una línea reflexiva diversa a la recorrida en la sentencia y, por ende, inhábiles para conmovérla.

En este sentido, corresponde recordar que en reiteradas ocasiones ese alto Tribunal ha sostenido que es requisito ineludible de una adecuada deducción del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley la impugnación concreta, directa y eficaz de los fundamentos esenciales del fallo siendo insuficiente la que deja incólume la decisión por falta de cuestionamiento de los conceptos y citas legales sobre los que la misma se asienta (conf. SCBA, causas C. 115.931, sent. de 3-X-2012; C. 116.561, sent. de 22-V-2013; C. 118.333, sent. de 15-VII-2015 y C. 119.623, sent. de 25-IV-2018, entre otros).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-125107-1

2. Igual suerte adversa han de correr, a mi ver, los reparos y objeciones encaminados a controvertir lo resuelto en la sentencia en crisis en torno de la multa civil reconocida en favor de todos y cada uno de los usuarios que integran la clase.

a. Las críticas blandidas contra la decisión de diferir la determinación de la modalidad del cumplimiento de la condena impuesta en tal concepto hasta la oportunidad en que, firme la sentencia, la accionada acompañe un listado preciso de los clientes que conforman cada uno de las subclases, no pueden ser atendidas ni bien se observe que encierran la inocultable intención de instalar una polémica que el quejoso se abstuvo de someter a conocimiento del tribunal de segunda instancia.

Efectivamente, el tópico en cuestión fue materia de tratamiento y resolución por el juzgador de origen quien, recogiendo las observaciones planteadas por la legitimada pasiva, dispuso apartarse de las conclusiones de la pericia informática practicada a fs. 447/448 vta. y de las explicaciones que le sucedieron -v. fs. 460/461-, solución que no motivó réplica alguna por la asociación actora que no la apeló (v. escrito de expresión de agravios de fecha 20-X-2020), arribando, en consecuencia, firme al órgano de alzada que así lo entendió siguiendo igual temperamento .

De allí entonces que este segmento de la impugnación deviene inaudible, pues como tiene dicho V.E. a través de invariable e inveterada doctrina *"cuando la cuestión que se pretende debatir a través del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ha sido consentida por el recurrente, no puede ser acogida por ser fruto de una reflexión tardía"* (conf. SCBA, causas C. 118.854, sent. de 9-III-2016 y C. 121.869, sent. de 16-X-2019, entre muchas más).

b. Tampoco son de recibo los variados y diversos embates dirigidos a cuestionar la decisión de modificar el monto de la condena impuesta en concepto de daños punitivos, en tanto -como es sabido- su determinación constituye una típica cuestión de hecho, privativa de los jueces de las instancias ordinarias y ajena -por tanto- a la revisión en esta sede extraordinaria, salvo que se denuncie y demuestre la existencia de absurdo (conf. SCBA, causas C. 122.044, sent. de 21-VIII-2019 y C. 120.989, sent. de 11-VIII-2020), vicio lógico que, como dejé anticipado párrafos arriba, no evidencia el presentante ni se vislumbra

configurado en el caso.

Así es, en ocasión de abordar el contenido de la apelación deducida por la empresa de telefonía demandada sobre el reconocimiento de la sanción civil de mención, los magistrados actuantes entendieron que aunque se desconociera con precisión el número de clientes afectados por el hecho dañoso por el que se reclama en autos -diferiendo, por ello, a la etapa de ejecución la fijación de la retribución correspondiente a cada línea-, correspondía *"dejarse aquí establecido, en su caso como límite, que esa sumatoria no podrá superar el tope establecido por el art. 47, inc. b) de la LDC"* (v. fs. 560).

Afirmaron, seguidamente, que *"Existe además una trascendente cuestión que campea a lo largo de la presentación de la demandada a través de los distintos agravios que han sido tratados en este considerando como puntos 1.-, 2.- y 3.- y que parece propicio acometer aquí, que en el 'sub júdice' la sanción impuesta a la demandada es excesiva. Resulta imposible, sobre la cuestión, abstraerse de la letra del art. 52 bis de la LDC, el que fija como parámetros la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, por lo que estimo apropiado establecer el caudal de la multa por cada línea prepaga y pospaga en la suma de **UN MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 1.500)**"* (v. fs. 560 cit.).

Pues bien, preciso es tener presente que establecer la procedencia y, en su caso, cuantía de la multa civil constituye una tarea que el art. 52 bis de la ley 24.240 encomendó al juez quien, a esos efectos, deberá tener en consideración las características del hecho dañoso y "demás circunstancias" conforme reza el texto de la disposición legal en comentario.

Bajo tales premisas, tengo para mí que las argumentaciones esgrimidas en la pieza recursiva en estudio lucen notoriamente deficitarias en su propósito de descalificar la labor llevada a cabo por la alzada para decidir como lo hizo, en tanto no superan el umbral de la exteriorización de la discrepancia de su autor fundada en la mera y vaga manifestación de que la suma fijada en tal concepto resulta "irrisoria", metodología por demás inidónea para patentizar la configuración del grave error lógico que el vicio de absurdo supone (conf. SCBA, causas C. 102.803, sent. de 31-X-2012; C. 120.499, sent. de 21-XII-2016 y C. 121.687 , sent. de 7-III-2018, entre muchas más).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-125107-1

Enlazado con el tópico en debate, y adentrándome en el acuse, formulado por la quejosa, de inconstitucionalidad sobreviniente del tope del art. 52 bis del ordenamiento consumeril, efectuaré algunas consideraciones, en particular sobre el carácter de "sobrevenida", ello por encontrarse abierta la instancia extraordinaria y en ejercicio de las facultades que la propia legislación protectoria de los derechos de los consumidores y usuarios confieren al Ministerio Público que represento (arts. 52, ley 24.240 y 27, ley 13.133).

En ese cometido y luego del análisis de las actuaciones judiciales que tengo a la vista, es dable puntualizar que en el escrito de demanda al determinar la recurrente el número de afectados por el corte de servicio estimó esa cifra en veinte mil (v. fs. 131/131vta), sin perjuicio del número final que arroje la prueba a producirse, y que al solicitar en el acápite "8" de dicha presentación el resarcimiento del daño punitivo, demandó para cada damnificado la suma de mil ochocientos (\$ 1.800) y mil doscientos pesos (\$1.200), según se trate de clientes con servicio prepago o postpago respectivamente (v. fs 138vta/143vta). Un simple cálculo matemático pone en evidencia que lo reclamado -ya por entonces- superaba el tope de cinco millones de pesos establecido por el artículo en crisis, sin embargo la actora no planteó caso constitucional al respecto. En instancia de apelar la sentencia de grado, y obrando en autos el informe del perito ingeniero que arrojó un número mayor de clientes potencialmente afectados (v. fs. 446/448vta) tampoco la quejosa formuló el planteo (v. presentación electrónica de fecha 20-X-2020). Es recién en ocasión de interponer el remedio recursivo en análisis, introduce la tacha de inconstitucionalidad sobreviniente con fundamento en dos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("Itzcovich" y "Pedraza").

Habida cuenta, entonces, que la legitimada activa tenía pleno conocimiento del tope contenido en la norma y de los potenciales clientes afectados, que aun en el mínimo de su reclamo ya excedía la cifra traída por la normativa, es mi criterio que no concurren en autos los presupuestos que autorizan acceder al conocimiento y decisión del agravio constitucional formulado en la protesta con pie en el carácter sobreviniente de la lesión, habida cuenta primera oportunidad procesal propicia para cuestionar la validez constitucional del límite económico contenido en el art. 52 bis del estatuto consumeril tuvo lugar en oportunidad de entablar la acción, es decir, cuando advirtió la posibilidad cierta de que se aplique al caso

concreto, pues tanto el acogimiento cuanto el rechazo de las pretensiones de las partes constituyen sucesos previsible que obligan a su pertinente planteo y fundamentación.

No es ocioso recordar, por lo demás, que esa Corte tiene dicho que está vedado introducir una cuestión en forma novedosa y extemporánea que recién se denuncia en el recurso extraordinario, pues ello difiere sustancialmente del esquema que conformó el *thema decidendum* y resulta improcedente que ahora el recurrente, frente a la suerte adversa de su reclamo en la instancia de grado, pretenda alterar el alcance y dimensión de su defensa (conf. SCBA, causas C. 98.986, sent. de 17-XII-2008; C. 107.518, sent. de 17-XI-2010; C. 123.269, sent. de 24-VI-2020, entre otras).

Solo me resta señalar en lo que a esta parcela de la impugnación refiere, que tampoco puede atenderse el reproche vinculado con la violación de doctrina legal sentada en el precedente C. 119.562, "Castelli, pues, tal como tiene dicho ese Superior Tribunal, no basta con identificar el precedente jurisprudencial que contiene la doctrina que se denuncia infringida sino que, además, pesa sobre el impugnante la carga de realizar un confronte o comparación de los elementos fácticos esenciales de la que invoca con el caso bajo análisis (conf. causa C. 122.651, sent. del 26-III-2021), exigencia que advierto incumplida por el quejoso tornando inaudible la crítica ensayada sobre el particular.

3. Ingresando ahora en el tratamiento del embate enderezado a cuestionar la decisión desfavorable al progreso del daño moral individual homogéneo reclamado en el escrito introductorio de la acción, he de señalar que la quejosa insiste en reiterar las mismas alegaciones formuladas tanto en la demanda cuanto en ocasión de expresar agravios contra la sentencia de primera instancia, -v. ítem IV.7 de la pieza recursiva-. Argumentos éstos que oportunamente han recibido solución adversa -con fundamentos suficientes- en las instancias de grado.

Desde siempre, esa Suprema Corte ha reputado insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que reproduce sus argumentaciones de la expresión de agravios, sin ocuparse directa ni eficazmente de las motivaciones expuestas por la alzada para rechazarlas (conf. S.C.B.A., doct. causas C. 103.817, sent. del 1-IX-2010; C. 121.002, sent. del 8-XI-2017 y C. 121.979, sent. del 21-XI-2018, entre muchas más), que es lo que, a mi



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PROCURACIÓN GENERAL DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

C-125107-1

modo de ver, acontece en el intento revisor sujeto a dictamen, en cuyo desarrollo el quejoso persiste en su aspiración de imponer su propia interpretación acerca de cómo debió haberse resuelto el intento revisionista incoado sin derribar previamente, como es debido, el discurrir seguido sobre el tópico por el juzgador de grado en uso de sus facultades privativas cuyos argumentos, como dejé dicho, resisten sin fisura las críticas impugnativas.

4. Dejé para el final la consideración de la crítica recursiva dirigida a cuestionar la tasa de interés aplicada al capital de la condena impuesta en el fallo en concepto daño patrimonial individual homogéneo (v. síntesis de agravios, acápite 1 del presente dictamen), única que, en mi opinión, merece andamiento.

Y es que aún cuando esta Procuración General a mi cargo tenga sentada postura en el sentido de que la determinación del interés judicial moratorio constituye el ejercicio de una tarea privativa de los jueces de las instancias ordinarias y, como tal, ajena a la competencia casatoria de esa Corte, salvo denuncia y fehaciente acreditación del vicio de absurdo (conf. dictamen en causa C. 121.047, de fecha 22-V-2017), es lo cierto que la ausencia de definición en el pronunciamiento impugnado acerca de cuál de las plurales tasas pasivas que paga el Banco de la Provincia de Buenos Aires para los depósitos a plazo fijo debe ser utilizada, no se ajusta a la doctrina legal que emerge del precedente C. 119.176, "Cabrera" (de 15-VI-2016) según la cual "*...los intereses deben calcularse exclusivamente sobre el capital, mediante la utilización de la tasa pasiva más alta fijada por el Banco de la Provincia de Buenos en sus depósitos a treinta (30) días, vigente al inicio de cada uno de los períodos comprendidos y, por aquellos días que no alcancen a cubrir el lapso señalado, el cálculo debe ser diario con igual tasa*" (conf. SCBA, causas C. 119.176 sent. del 15-VI-2016; C. 121.134, sent. del 03-V-2018; C 123.274 sent. del 18-II-2021; C. 123.271, sent. del 31-III-2021, entre otras).

Lo expuesto es suficiente para aconsejar el progreso de este tramo de la impugnación fundada en la violación de la doctrina legal de ese Címero Tribunal.

V. En mérito de las consideraciones vertidas es mi opinión que corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido exclusivamente en materia de

intereses, rechazando el resto de los agravios por insuficientes (conf. art. 279 CPCC), y así debería declararlo ese alto Tribunal, al momento de dictar sentencia.

La Plata, 15 de junio de 2022.-

Digitally signed by
Dr. CONTE GRAND, JULIO
MARCELO
Procurador General de la
Suprema Corte de Justicia
PROCURACION GENERAL -
PROCURACION GENERAL
Procuracion General

15/06/2022 08:58:14