

"Decovi s/ Amparo colectivo", Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, 01/03/06.

VIEDMA, 1° de marzo del 2.006.-

Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Luis LUTZ, Víctor H. SODERO NIEVAS y Alberto I. BALLADINI, con la presencia del señor Secretario doctor Gustavo Guerra Labayen, para el tratamiento de los autos caratulados: "DECOVI s/Amparo Colectivo" (Expte. N° 20463/05-STJ-), deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos conforme al orden sorteo previamente practicado respecto de las siguientes: - - - - -

- C U E S T I O N E S

1ra.- ¿Es fundada la acción?

2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?

V O T A C I O N

A la primera cuestión los señores Jueces doctores Luis LUTZ y Víctor H. SODERO NIEVAS dijeron:

Que en la demanda que luce a fs. 30/43 la Asociación Civil "DEFENSA AL CONSUMIDOR DE VIEDMA" ("DECOVI.") interpone ante este Superior Tribunal de Justicia una acción de "amparo colectivo" contra la "COMPAÑIA DE TELEFONOS DEL INTERIOR" (CTI.), sosteniendo que las modalidades de facturación en la prestación del servicio de telefonía celular que contratan los usuarios con la solicitud de adhesión que obra a fs. 18/23 importa una severa lesión constitucional; y es por ello que la Asociación Civil acciona en ejercicio de los derechos que acuerdan las Leyes Provinciales N° 2779 y N° 2817, la Ley Nacional N° 24240 y los arts. 43 de la C.P. y 17, 42 y 43 de la Constitución Nacional.

Concretamente, se pretende la declaración de ilegalidad del cobro al usuario de la tarifa desde el momento en que se acciona la tecla SEND más la declaración de nulidad e ineficacia y que se tenga como cláusula no escrita la establecida en los términos y condiciones del contrato que el usuario suscribe con CTI., SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CLÁUSULA V, por la que abusivamente se impone que el usuario acepte que las llamadas desde su celular sean facturadas desde que se presiona la mencionada tecla SEND; y además se declare la ilegalidad del cobro de todas las llamadas que sean respondidas por MEMOFACIL, UNIMEMO o contestador automático, cualquiera sea su contenido por no constituir comunicación; y la colocación compulsiva y sin previa autorización del usuario de los servicios de contestador automático. La amparista sostiene que la competencia corresponde al S.T.J. por las disposiciones constitucionales y de la propia Ley N° 2779, en atención a la jurisdicción que ejerce en todo el territorio de la Provincia y cita el precedente "CODECI", admitiendo la existencia de una "...relación contractual..." que los vincula, de la que deriva "...incumplimientos contractuales, violaciones legales comunes, aunque actuales y permanentes.- En definitiva, "...ajuste a la ley, del modo de facturar la tasación del tiempo de aire utilizado...", agregando los antecedentes que la legitiman en los términos de las citadas disposiciones constitucionales y las leyes específicas de defensa de los derechos de usuarios y consumidores. Invoca que "...en caso de duda, la interpretación deberá ser la que resulte más favorable al consumidor o al usuario...", en particular la del art.37 de la Ley Nacional N° 24240 en el sentido de que "...se tendrán por no convenientes...", aquellas cláusulas que impliquen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte y la afectación del deber de información que impone esa norma.

A fs. 54/57 este Cuerpo resolvió, declarar formalmente admisible en cuanto a la legitimación la representación de DECOVI., dando traslado a CTI.

A fs. 84/108, presenta informe el representante de CTI., en el que invoca, en primer, lugar la incompetencia de la justicia provincial para entender en los presentes por considerar que la Ley Nacional N° 19798 establece que son de jurisdicción nacional los servicios de telecomunicaciones de transmisión y/o recepción cualquiera fuera su alcance, por ello cualquier controversia que surja en relación con el servicio de telecomunicaciones -como es el caso de autos- evidentemente debe ser resuelta por un juzgado federal. Asimismo, sostiene que lo reclamado en autos no se trata de un interés general sino de un mero interés subjetivo e individual de cada usuario, y que además la actora no ha acreditado la representación de los usuarios supuestamente afectados mediante las actas de poder correspondientes, y por ello la falta de legitimación de la misma es manifiesta y debe rechazarse la demanda con imposición de costas. Agrega que el art. 53 párrafo 2° de la Ley N° 24240 dispone que quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder; y que el art. 52 de la reglamentación de dicha ley dispone que se requerirá a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas carta poder para reclamar y accionar judicialmente, exceptuando de tal requisito sólo y específicamente para aquellos casos en que actuaren en defensa de un interés general de los consumidores. Posteriormente desarrolla los fundamentos para proponer la manifiesta improcedencia de la vía judicial intentada, no mediando en autos las circunstancias requeridas para que prospere en orden a la existencia de un acto u omisión de autoridades públicas, o de particulares, evidenciados bajo la forma de lesión, restricción, alteración o amenaza; que dicha violación o amenaza se presente en forma actual o inminente; que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto violatorio; y la inexistencia de otras vías para tratar la cuestión propuesta en autos, como remedio judicial más idóneo. También señala que la actora no ha acreditado -con la única excepción del firmante del escrito de inicio- la existencia de usuarios disconformes con la forma de facturación que aplica CTI.

En cuanto al incumplimiento de la Res. N° 344/1997, sostiene que la misma resulta inaplicable a la situación planteada por la actora en tanto dicha Resolución tiene por objeto regular exclusivamente la implementación del sistema CPP. (Calling Party Pays - "Quien llama, Paga") que se aplica a las llamadas que se realicen de teléfonos fijos a celulares, pero no a la inversa. Así, la Resolución de la Sec. De Comunicaciones N° 263/97, modalidad CPP., es un sistema de facturación por cuenta y orden basado en el hecho de que el abonado o usuario que origina la llamada paga, siempre consistente en que paga quien origina llamada desde un teléfono fijo con destino a un teléfono móvil. Y la Res. N° 344/97 fijó un precio máximo para el minuto CPP., y por Res. ME N° 623/02 se estableció el mecanismo para la fijación del valor de referencia en base al "Valor Indicativo Mensual Promedio Ponderado por Tráfico de los Operadores". En síntesis, considera que todas las resoluciones citadas están referidas a las relaciones entre la telefonía fija y la telefonía móvil, y en ningún caso en las relaciones entre distintas empresas de telefonía celular.

Agrega asimismo que el Pliego de Bases y Condiciones del Servicio de Telefonía Móvil, aprobado por Resolución MEyOSP. N° 575/93, ratificada por Decreto N° 1461/93, establece que las empresas que presten el STM. gozarán de libertad para la determinación de los precios y la tasación. En tal sentido menciona que se ha expedido la Comisión Nacional de Comunicaciones, autoridad de control en la materia de telecomunicaciones, al resolver un reclamo similar en punto a las objeciones planteadas respecto a la facturación desde que se activa la tecla SEND (glosada a fs. 65/67). En tal sentido, se expresa la Comisión Nacional de Comunicaciones (Nota N° 164455/03, en copia a fs. 66) que "respecto a la facturación de las comunicaciones desde que Ud. presiona la tecla SEND de su equipo, le informamos que ésto se debe a que las compañías de telefonía móvil cobran la utilización de la red celular...". Que a fs. 137/153 y vta. la actora contesta el traslado que le fuera concedido a fs. 122 desconociendo la prueba documental acompañada en el escrito de responde, acusa la insuficiencia de la personería por cuanto el instrumento para acreditarla constituye una sustitución en tercer grado del original apoderamiento para representar en juicio, cuando conforme al art. 1924 del CC. sólo es válida la sustitución en primer grado, señalando que quien ha comparecido en este proceso no es la empresa propietaria del sistema CTI. Móvil, sino que hoy sólo existe CTI-PCS-SA.. Indica que tanto del instrumento de personería acompañado como de las publicaciones que acompaña ("Temas del Consumidor", año 8, N° 74, 2005 de la Subsec. de Def. del Consumidor de la Nación) surgen elementos evidentes que

demuestran que CTI. S.A. ya no es la titular, ya no es la razón social de la empresa titular de CTI. MOVIL. A continuación procede a contestar traslado del informe, señalando que en autos ha existido un reconocimiento tácito de la competencia provincial para entender en autos, en tanto no se ha cuestionado la vigencia de la Ley N° 2817. En el caso aquí en análisis es de aplicación la Ley N° 24240 que tiene carácter de derecho común correspondiendo su aplicación a los Tribunales provinciales.

A ello agrega que corresponde rechazar la excepción de falta de legitimación activa por cuanto este STJ. ya se ha pronunciado en el Auto Interlocutorio N° 146/05 respecto a la misma.

En cuanto a las afirmaciones de la requerida en punto a la Resolución N° 344/97, señala que con el dictado de la Res. N° 1/01 del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación, modificatoria de la Res. N° 344/97, establece en su art.2° que a partir del 1° de enero de 2001 la modalidad “abonado llamante paga” (CPP.) estará disponible para las llamadas en servicios móviles, y es por ello que la actora ratifica la ilegalidad demandada en autos, y especialmente que el art. 4° de la Res. N° 344/97 es aplicable al servicio de CTI. Móvil; y agrega que la Unión Internacional de Telecomunicaciones (CNC. Ginebra 1993) recomendó que en las llamadas de teléfono a teléfono la duración tasable comienza en cuanto se establece la llamada entre el número llamante y el número llamado. Que a fs. 159/162 se acompañan los edictos en cumplimiento del art. 2° del Aut.Int. N° 146/05, conforme al procedimiento reglado por la Ley N° 2779.

Que a fs. 166/184 los Dres. Gustavo Gabriel AVILA y María Fernanda RODRIGO señalan que en el caso de autos, el poder original otorgaba al Dr. Eduardo Germán PADILLA FOX la facultad de presentarse como parte actora o demandada o en cualquier otro carácter “por sí o por medio de apoderados, que al efecto instituirán”. Fue así que éste sustituyó el poder que se le habría otorgado, a favor del Dr. Horacio Marcelo SILVA y otros con las mismas facultades y limitaciones. Respecto a la transformación de la empresa, sostienen que CTI. Cía. de Teléfonos del Interior S.A. es una sociedad constituida bajo escritura pública otorgada el 22 de octubre de 1993, Folio 12427 del Reg. Notarial 15 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y que CTI.PCS.S.A. es otra persona jurídica distinta de la anterior. Ambas son controladas y subsidiarias de CTI.HOLDINGS S.A., ambas con licencia para la prestación del servicio de telecomunicaciones otorgadas por el Estado Nacional. Reitera la incompetencia del tribunal planteada inicialmente remitiendo al informe respectivo y respecto a la falta de legitimación activa acusada inicialmente, expresa que este Tribunal declaró la legitimación de la actora “formalmente” pero que el planteo que efectúa la requerida es en lo sustancial en tanto la actora carece de legitimación suficiente para representar intereses subjetivos individual o sumatoria de los mismos, como es el caso de autos.

Asimismo también reitera a fs. 178 y ss. que de modo alguno es ilegal la facturación de las llamadas a partir del momento en que el usuario aprieta la tecla SEND en tanto la Res. N° 344/97 se refiere específicamente al sistema CPP. aplicable únicamente a llamadas realizadas desde teléfonos fijos; y en punto a la afirmación de la actora de que la Res. N° 1/01 del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación, que establecería la modalidad del “abonado llamante paga” (CPP.), lo cierto es que la implementación de la misma se llevó a cabo por Res. SC N° 1848/98 la cual, luego de sucesivas prórrogas, fue finalmente derogada por Res. SC N° 1346/99.

Agrega que por Res. SC N° 122/01 se suspendió en los hechos la aplicación de esta modalidad (CPP.) a la previa aprobación de planes comerciales por parte de la Sec. de Comunicaciones y la conformidad de los clientes con el sistema. La Res. SC. N° 253/01 derogó la anterior y fijó como nuevo plazo de entrada en vigencia del CPP. entre móviles el 1° de septiembre del 2001. Sin embargo, en virtud de la sentencia del 28 de agosto del 2001, confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Cont. Adm. Fed. con fecha 13 de febrero del 2002, en autos “Defensoría del Pueblo c/PEN., Min. E. E. Int. I y V. – Sec. Comunicación- Resol. 253/01 s/Amparo” sesuspendieron los efectos de la citada resolución antes de su entrada en vigencia.

A fs. 198, obra acta de la audiencia llevada a cabo el día 21 de febrero de 2006, conforme al artículo 16 de la ley 2779 y lo peticionado por las partes, en la que exponen y manifiestan la

inexistencia de puntos de coincidencia para una conciliación en el actual estado. Que a los fines de ordenar los tópicos a ser tratados desarrollaremos en primer lugar la cuestión de la competencia para entender en autos, la legitimación activa de los accionantes, la relación de usuario o consumo y la procedencia de la acción de amparo colectivo de la ley 2779.

1.- COMPETENCIA:

Respecto a la competencia de este STJ. para conocer en la demanda de autos debe ser tenido presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 31-05-2005, en la causa "Edenor S.A." (DJ 23-11-2005, 906 - Sup. Penal 2005, diciembre, 72) recepitó el dictamen del Procurador Fiscal, que la Excm. Corte hizo suyo, en el sentido de que "corresponde que la justicia local y no la federal investigue la causa iniciada a raíz de la denuncia formulada por un usuario del servicio de energía eléctrica por el delito de defraudación por haber la empresa prestadora del servicio, facturado un cargo fijo correspondiente a usuarios que poseen un consumo mayor, pues el hecho sólo habría perjudicado intereses de particulares sin importar un entorpecimiento del ejercicio de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad como órgano de contralor". Allí se sostuvo que a partir de la privatización de la actividad de distribución y comercialización de la energía eléctrica -Ley N° 24065 (Adla, LII-A, 82)-, las relaciones entre las empresas prestadoras del servicio y los usuarios se rigen por disposiciones de derecho común, sin que la legislación regulatoria de la generación, transporte y distribución de electricidad establezca excepción alguna a este principio. En dicha oportunidad el juez provincial, declinó su competencia por considerar que al tratarse de cuestiones abarcadas por una concesión del Estado Nacional y controlada por un organismo -ENRE.- dependiente de éste, se trataba de un caso regido por las leyes de la Nación y, por ende, sometidas a jurisdicción federal. A su vez, el magistrado nacional no aceptó la competencia atribuida por entender que carecía de trascendencia que el hecho denunciado haya acaecido con motivo de la prestación de un servicio concedido por el Estado Nacional para atribuir competencia a ese fuero, toda vez que los hechos tuvieron lugar entre particulares. El dictamen al que nos referimos señaló que la Excm. Corte ya había expresado anteriormente que la intervención del fuero de excepción está condicionada a la existencia de hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente a la Nación (Fallos: 300:252; 302:1209; 305:190); y más allá de la calificación que en definitiva pudiera adoptarse en el caso, se consideró que el hecho denunciado sólo habría perjudicado intereses de particulares sin importar un entorpecimiento del ejercicio de las facultades del Ente Nacional Regulador de la Electricidad como órgano de contralor, sin mediar tampoco una afectación concreta a la prestación del servicio público interjurisdiccional de electricidad (cf. Fallos: 319:270). Más recientemente, la misma CSJN, con fecha 01-11-2005 en la causa "MEZA, Pompeya" La Ley 12-01-2006, 2) insistió en que: "toda vez que a partir de las declaraciones de la denunciante no se advierte la interrupción o entorpecimiento del servicio público interjurisdiccional de telecomunicaciones que habilitaría la competencia de la Justicia Federal, corresponde que sea la Justicia provincial quien intervenga en la causa en la cual se investiga un exceso de facturación".

2.- LEGITIMACION:

En Auto Interl. N° 146 del día 12 de octubre del 2.005, este Tribunal consideró, en lo referido a la legitimación de la Asociación Civil "DEFENSA AL CONSUMIDOR DE VIEDMA", conocida como "DECOVI.", que, sin perjuicio de la informalidad que caracteriza al instituto del art. 43 de la C.P., el legislador ha dictado reglamentaciones tales como la Ley Provincial N° 2779, que para el caso de autos se complementa con las Leyes Provincial N° 2817 y Nacional N° 24240. A su vez, sin afectación de tal informalidad el S.T.J. ha desarrollado una amplia doctrina legal sobre el mismo instituto, a la que se sujeta el abordaje que se hace de aquellas cuestiones que vienen por esa vía excepcional y urgente. Y agregó: "La amparista DECOVI, goza en la Provincia de personalidad jurídica (ver fs. 12 y 13) y el reconocimiento de la autoridad de aplicación de la Ley Provincial N° 2817 con la inscripción en el Registro de Asociaciones de Consumidores (ver fs. 28), además de ser declarada "...de interés provincial, social, educativo y comunitario..." en su actividad por parte de la Legislatura de la Provincia (ver fs. 25)".

Por tales motivos, el Tribunal se pronunció por la admisibilidad de la legitimidad invocada, circunstancia que llevó a ameritar procedente la acción en los términos en que inicialmente se propusieron y sin que comportara anticipo de criterio ni sobre la competencia, ni el fondo del asunto en orden a otros aspectos formales y esenciales. La legitimación colectiva permite con amplitud la apertura de las puertas de la justicia a cualquier ciudadano que vea afectados sus intereses legítimos por cuanto el hecho de que sean difusos no empece a su cotitularidad y por ende su interés jurídico relevante. Las vías procesales para el tratamiento de los conflictos colectivos deben exhibir notas propias que permitan la adecuación de institutos como las notificaciones, publicidad, acumulación de procesos, producción y carga de la prueba y cosa juzgada, entre los más relevantes (LL 22-03-05, "Inconvenientes procesales en el trámite de los procesos colectivos", José María Torres Traba).

3.- PROCEDENCIA DE LA ACCION DE AMPARO COLECTIVO:

Ingresando sobre este particular aspecto señalamos que hemos tenido a la vista las Resoluciones de la Sec. de Comunicaciones N° 192/96, N° 263/97, N° 1848/98 y N° 2475/98, las que establecen la modalidad de facturación CPP. ("abonado llamante paga"); la N° 2014/97 (abonado llamado paga); la N° 263/97; la N° 344/97 (determinación de valores de referencia en sistema CPP.), Decs. Nacs. N° 266/98 y N° 301/99 que aprueban pliego de bases y condiciones generales y particulares del concurso público nacional e internacional para la adjudicación de licencias para la prestación del servicio de comunicaciones personales; N° 1346/99 (banda de tarifa reducida); N° 3464/99 (prórroga implementación CPP.), N° 3198/99 (modifica banda horaria reducida), N° 1/01 del Ministerio de Infraestructura y Vivienda de la Nación, modificatoria de la N° 344/97; N° 122/01 (implementación CPP. entre móviles); N° 253/01 (valor referencia para servicios de telefonía móvil), N° 124/02 (llamadas al exterior), N° 206/02 (mecanismo para fijar valor referencia); N° 623/02 (nuevo valor de referencia); N° 22/03 (CPP., facturación por orden y cuenta de terceros); N° 48/03 (valores de referencia "abonado llamante paga"); N° 37/03 (establece deber de información sobre la totalidad de planes ofrecidos en todas las modalidades posibles de prestación del servicio) y N° 92/05 ("autorización a prestadores de PCS. para uso de numeración de SRMC.").

Asimismo, el Reglamento General de Clientes de los Servicios de Comunicaciones Móviles, aprobado por Resolución de la Sec. de Comunicaciones N° 490/97 (modificado por Res. N° 1714/97), el cual determina que en casos de discrepancias o dudas en la interpretación de algunas de sus cláusulas, prevalece la Ley del Consumidor N° 24240 por sobre el pliego del Servicio de Telefonía Móvil. Además, el art. 35 de dicho reglamento establece que los precios establecidos por el prestador deberán ser razonables.- -

En ese contexto, los supuestos denunciados en la demanda, el cobro de la llamada a partir de presionar la tecla SEND puede importar una práctica comercial abusiva dada la ausencia de comunicación efectiva entre quien llama y quien debería ser el receptor de tal llamado. La facturación basada en el uso realizado de la línea, cargada a quién en definitiva es la parte más débil de la relación de consumo, no tiene apariencia de justa -o "razonable" en la expresión del art.35 del reglamento supra aludido- de ninguna manera y amerita su revisión judicial aunque en un ámbito de mayor debate y prueba, máxime cuando en caso de duda las normas en esta materia deben ser interpretadas a favor del consumidor y usuario, tal como se señalara previamente.- - -

En este sentido, la cláusula 12.1 del Pliego (ratificado por Dec. N° 1461/93), que obra a fs. 64, la que indica: "Los precios correspondientes a los servicios de telefonía móvil serán libres y de exclusiva responsabilidad del licenciatario" es de fecha anterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994; de la ley 24240 las resoluciones derivadas de ellas; de todas maneras ya regía el art. 30 de la Const. Prov. y las Leyes N° 2817 y N° 2779 de Río Negro y por otra parte nunca puede entenderse como ilimitadas y sin control jurisdiccional. 4.-CONCLUSIONES:

Con esos fundamentos y la doctrina mayoritaria de relevancia en la materia, cabe considerar que en principio existen ciertos aspectos que dan andamiaje a la verosimilitud de la pretensión de la amparista en cuanto a una presunta actitud abusiva en el cobro de la tarifa desde el momento en

que se acciona la tecla SEND y no se efectiviza comunicación alguna, así como la colocación compulsiva y sin autorización del usuario de los servicios de contestador automático.

La Ley N° 24240 reguló en su cap.13 las acciones judiciales atinentes a esta problemática, permitiéndole al consumidor, al usuario, a las asociaciones de consumidores, a la autoridad de aplicación nacional o local y al Mrio.Público, promover las acciones judiciales cuando sus intereses resultaran afectados o amenazados; y el Dto. N° 2089/93 que vetó el original art. 54 en lo referido al alcance de la cosa juzgada sólo para el demandado, quedó sin aplicación, con lo cual le dio proyección "erga omnes" en cualquier tipo de procesos, aún en caso de desestimación de la demanda (J.C.Hitters, LL.24-10-05, ps.1/8). Las Resoluciones N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, Desregulación y Defensa del Consumidor, así como las N° 26/2003 y N° 9/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica (que amplían a la primera) han determinado las cláusulas que no pueden ser incluidas en los contratos de consumo por ser opuestas a los criterios establecidos en el art. 37 de la Ley N° 24240 y su reglamentación. Ello por cuanto en los términos del art. 42 de la C.N. los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, entre otros, a la protección de sus intereses económicos y a condiciones de trato equitativo y digno, correspondiendo a las autoridades la protección de los mismos, enunciándose las cláusulas que no pueden estar contenidas y establece el principio de que cuando otras normas generales y especiales establecieran condiciones de contratación más favorables al consumidor se estará a lo dispuesto por éstas. En particular se observa la enunciada en el inciso a) de la Res. N° 53/2003 que considera abusivas aquellas cláusulas que confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y las prestaciones respectivas.

Por tales motivos y en atención al plexo normativo citado, principalmente a las interpretaciones de reciente data por parte de la CSJN al respecto, la naturaleza jurídica de la cuestión planteada y la doctrina del STJ en cuanto al instuto del art.43 C.P. y de la C.N., y en particular en la ley 2779, anticipamos de la procedencia parcial del amparo colectivo, suspendiendo por noventa (90) días los términos y condiciones contractuales de las cláusulas por las que se impone unilateralmente a los usuarios residentes en la provincia de Río Negro: a) el pago de la tarifa desde el momento en que se acciona la tecla "SEND"; b) La instalación sin su previa autorización de los servicios de "UNIMEMO" o "MEMO FACIL", o cualquier otro contestador automático. Y dejar al arbitrio de los amparista canalicen en ese plazo por una vía ordinaria ulterior, con mayor amplitud de debate y prueba en la consideración y el pronunciamiento en definitiva del organo jurisdiccional competente sobre dichos aspecto de los alcances de la relación contractual, por ser "lo convencional" en principio ajeno a la acción de amparo según la propia doctrina legal del STJ, incluyendo las eventuales nulidades de cláusulas contractuales establecidas en los términos antes descriptos, que pudieran colisionar con la ley nacional N° 24240, la ley provincial N° 2817, el art.42 de la C.N. y el art.30 de la C.P. y complementarias; y en este plazo de 90 días las partes deberán cumplir fielmente las demás obligaciones contractuales que las vincula.

En conclusión, hay suficiente andamiaje para receptor de modo parcial la pretensión de la amparista por un plazo dentro del cual, si se cree asistida por tales derechos, (hasta aquí y en esta acción de amparo colectivo) ejerza por la vía ordinaria otra acción, de fondo, que revise, aclare y determine en forma definitiva el tenor, contenido y alcances del vínculo contractual entre el prestador y los usuarios en orden a lo que constituye el objeto del amparo que "prima facie" tiende al restablecimiento del derecho ante un hecho lesivo que requiere de la vía excepcional y urgente, dejando para una instancia de mayor debate y prueba la determinación final de la cuestión que motiva la litis.-ASI VOTAMOS.

El señor Juez doctor Víctor Hugo SODERO NIEVAS, amplía sus fundamentos y dijo:

5.- LA RELACION DE CONSUMO y PROCEDENCIA DEL AMPARO.-

La reforma constitucional ha sido clave en este terreno, tal como lo sostiene Alberto B. Bianchi (RAP. N° 235, Abril 1998), en tanto la unidad temática constitucionalizada en los Artículos 41, 42 y

43, ha adquirido un brillo e interés singular que se propaga diariamente y con ella el interés una vez más por el estudio de los derechos de incidencia colectiva. El Artículo 43 de la Constitución ha incluido la protección de los derechos colectivos en el marco procesal del amparo; y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia, en "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Pcia. de Buenos Aires", 22-4-97, La Ley 1997-C, 322), ha establecido los iniciales lineamientos que deben ser considerados al momento de abordar estas problemáticas. Corresponde en este estadio referirse a la "relación de consumo", relación que cuenta con recepción expresa en el art. 42 de la C. Nacional a través de la reforma de 1994, estableciéndose allí una serie de derechos esenciales de los consumidores y/o usuarios que exigen se implementen y respeten durante toda la "relación de consumo", y no al específico contrato de consumo, puesto que aquella relación va más allá del convenio celebrado entre las partes, cabiendo incluir al potencial consumidor durante las tratativas previas. Es decir, no se circunscribe a lo contractual y se refiere a algo mucho más amplio (cf. Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y o. s/Daños y perjuicios", CNCiv., Sala F, 13-03-00, LL. B, 511). Es decir, existe una extensión en relación al ámbito objetivo ya que no nos acotamos estrictamente a los efectos jurídicos generados durante la vigencia del contrato de consumo, sino que se extiende la tutela protectora de la parte débil al campo precontractual (por ej. La publicidad) y postcontractual (obligaciones posteriores a la extinción del contrato); agregándose a ello la extensión también al llamado ámbito subjetivo, por cuanto en contra de lo que sucede en el derecho común en donde los efectos del acuerdo se limitan a las partes contratantes, en la relación de consumo, de acuerdo a lo normado en los arts. 11 y 40 de la Ley N° 24240, se incluye al fabricante, distribuidor, importador, etc. (sujetos pasivos) y desde el punto de vista activo, no sólo al consumidor, sino también a lo que el common law denomina "bystander", sujeto que resulta perjudicado por el defecto de determinado producto, y que mediante la Ley N° 24240 se denomina usuario (cf. "La Obligación de Seguridad y el deber de información en la relación de consumo", Marcelo Carlos Quaglia, Rev. De Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año VIII, N° 1 enero de 2006). Ricardo Luis Lorenzetti y Gustavo Juan Schotz, en "Derecho del Consumidor", Ed. Abaco de R. Depalma, 1998, Univ. Austral, consideran el rango constitucional del principio protectorio, que se desarrolla a nivel infra constitucional basado en un criterio activante de la calificación protectoria (este elemento ha variado en distintos períodos históricos: "favor debitoris", "favor debilis", protección de grupos contratantes en función de la tipicidad contractual). Por supuesto, la extensión de la aplicación de dicho Principio depende de los elementos de la relación de consumo. Pero más allá de ello, de un juego armónico interpretativo de los mismos, se advierte en los arts. 1, 2, 40, 56, y 74 de la ley 24.240 que el consumidor como sujeto que ingresa al sistema del derecho privado, confiriéndole un sentido diferente, y acentuando el carácter protectorio de la parte más débil. Ver en particular el Capítulo II, "La relación de consumo", en la obra citada y en particular nota 23 y 24, páginas 63, 73/75, 84, 87, 93 y 95 in fine. Sobre la regla "favor debitoris" ver además el trabajo de Luis Moisset de Espanés y Guillermo Tinti, en la misma obra, Cap. II, en particular 103/105, 107, 109 in fine. En el caso de autos se trata de usuarios del servicio de telefonía móvil, relaciones que a entender de Lorenzetti en las legislaciones brasileña y argentina, aunque no se la menciona expresamente en la definición normativa, hay una relación de los servicios públicos que permite subsumir estas actividades dentro de las normas de consumo. (Conf. Ricardo L. Lorenzetti, "Tratado de los Contratos", Ed. Rubinzal y Culzoni, 1999, pág. 153).

Jaime Luis Anaya (en ED., 177-218), expresa que para configurar la relación de consumo debe mediar también la concurrencia de elementos objetivos. El marco regulatorio de esta ley sólo alcanza a los contratos que tengan por objeto: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la compra de inmuebles nuevos, destinados a vivienda y efectuada mediante oferta pública dirigida a personas indeterminadas, y c) la prestación de servicios, inclusive servicios públicos domiciliarios. Dado que el desenvolvimiento de los derechos de los consumidores se encuentra en un estadio inicial, por ende deja un amplio campo para la controversia que alcanza a su propio fundamento y aun a la justificación de su existencia. Las actuales proyecciones alcanzadas por la economía de mercado, los condicionamientos impuestos por la propaganda, la penetración de los medios masivos de difusión, son algunos de los más gravitantes factores que dejan sin adecuados contrapesos al consumidor, especialmente cuando actúa aislado y sin el apoyo de organizaciones. Las técnicas de comercialización y ciertas prácticas toleradas legalmente, que permiten el triunfo

de las empresas que engañan mejor, las características de los productos que no permiten una fácil apreciación de su calidad, como es corriente en los electrodomésticos, la escasez de tiempo para comparar, discutir, consultar, son otras tantas razones para que, como dijera BARRERA GRAF, de la misma manera que ayer se protegió a los trabajadores, se tienda hoy a proteger a los consumidores.

En tal sentido, Osvaldo Alfredo GOZAINI (en "Protección Procesal del Usuario y Consumidor", Derecho Procesal Constitucional, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, p.34 y ss.), nos explica que la novedad del siglo XX fue la consagración del derecho de masas, despersonalizado, que no tenía un dueño particular ni un único afectado. Los derechos de incidencia colectiva, fueron aquéllos que reconocían una parte de la titularidad procesal (la subjetividad del derecho de acción) en varios legitimados: grupos o asociaciones, Ministerio Público, defensor del pueblo, etcétera. Las necesidades pueden ser individuales, es cierto; pero también lo es que, en el caso del Derecho del consumidor o usuario fundamentalmente son colectivas o genéricas, y se integran al concepto de perdurabilidad de las situaciones afflictivas. Es decir, que aun siendo invocadas por uno solo de los afectados, existe un grupo también interesado por la magnitud de la crisis y su posible continuidad si la cuestión no se compone "para todos". Si el interés colectivo o difuso no tiene ubicación específica en nuestro ordenamiento legal, no hay duda de que se le debe abrir espacio partiendo de la base de los conceptos existentes a las exigencias de la realidad; paralelamente, las vías procesales vigentes tendrán que ser adecuadas a los fines del juego de los derechos inherentes a tales intereses. En el campo de los "intereses difusos" es evidente que no es solo la cosa pública la que aparece directamente dañada sino que es el conjunto de los habitantes de una manera personal y directa; respecto de ellos el derecho objetivo tiene que acordar un esquema de protección, dando legitimación para obrar al grupo o individuo que alegue su representación sin necesidad de norma específica al respecto (Conf. Ombudsman, class action, acción popular, acción civil pública brasileña, etc., cfr. Informe Anual 1988-89 de la Controladuría General Comunal de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, p. 12).

En principio, los derechos del consumidor genérico (derecho colectivo) con exclusión de los casos en los cuales los contratantes disputan el alcance de un contrato y pretendan, uno u otro, mantener provisoriamente una situación de hecho. En el mismo orden de ideas, se ha sostenido que el amparo no cubre los derechos patrimoniales, por cuanto los mismos se hallan suficientemente protegidos por el Derecho Privado y la legitimación común. No obstante, tan concluyente negativa ha sido morigerada por la doctrina y jurisprudencia en función de que en ciertos casos hay que aceptar la vía del amparo, para que no queden sin protección ciertas garantías constitucionales (CCCom. de Azul, 23-8-89, voto del Juez Céspedes, "Mirasur S.A. c/Municipalidad de Tandil s/Acción de amparo"). El supuesto previsto por el artículo 43, párrafo 2° de la Constitución Nacional presupone que el derecho o interés que aduce el afectado para entablar la acción de amparo presenta un adecuado nexo con su situación personal, que puede ser real como potencial y que no será exclusivamente de él. En consecuencia, tal supuesto no es un caso de acción popular, pues la legitimación no se reconoce a cualquiera sino a quienes participan de un determinado interés colectivo como es clásico reconocer en el Derecho de los Consumidores. Ello así, aun cuando todos quienes componen una sociedad compartan el mismo interés, pues en tal caso la legitimación no se inviste por ser cualquiera de ese grupo o sociedad, sino por participar en un interés tan amplio como cuantitativamente lo es el grupo o la sociedad.

La relación de consumo se instrumenta en un contrato de consumo, Gozaíni se pregunta: ¿Qué es un contrato de consumo? "según Wajntraub, contrato de consumo será todo aquél que se celebre entre un proveedor de bienes o servicios profesional y un adquirente a título oneroso que contrate para destinar dichos bienes o servicios para su consumo final o de su grupo familiar o social, siendo indistinta su concreción o no, mediante condiciones generales. Además, el acuerdo deberá versar sobre: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios, o c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda. Con este encuadre, la relación de consumo se establece entre quien tiene la cosa, bien o servicio, en calidad de usuario o consumidor final, y el proveedor de aquéllos, sin importar en la especie que entre ellos exista una vinculación directa". Contrato de consumo -dice Rubén S. Stiglitz- es el celebrado a título oneroso

entre un consumidor final -persona física o jurídica- con una persona física o jurídica, pública o privada, que actuando profesional u ocasionalmente, en calidad de productora, importadora o distribuidora, comercialice bienes o preste servicios, y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para uso privado, familiar o social. La amplitud del concepto permite deducir la dimensión tuitiva que tiene el Derecho del Consumidor, en virtud de que son numerosos los tipos de contratos que se pueden celebrar donde queden vinculadas partes en calidad de sujeto consumidor y agente de producción. ¿Cuál es la singularidad, entonces? Simplemente las diferencias que entre ellas existen para disponer sobre el objeto del negocio, sus particularidades y, en definitiva, quién tiene el poder de negociación. Por tanto, la protección procesal se dispensa al usuario o consumidor que goza de una herramienta jurídica contra el abuso de la posición dominante (ver además "Defensa del Consumidor", Javier H. WAJNTRAUB, Nota introductoria, Lexis Nexis- 2002, págs.8/16).

Con la sola finalidad de clarificar las características que rodean un contrato de servicio, es por demás ilustrativo el enfoque sistemático del contrato. Esta mirada se basa en la interacción de un grupo de contratos que actúa en forma relacionada, de modo que el contrato es un instrumento para la realización de negocios. Ello permite establecer que hay una finalidad negocial supracontractual que justifica el nacimiento y funcionamiento de una red, así para la comprensión de un vínculo individual se requiere la comprensión del sistema. En este contexto, si la finalidad supra contractual es de consumo, todos los contratos son de consumo por conexidad o accesoriadad. (Ricardo L. Lorenzetti y Claudia Lima Marques, "Contratos de Servicios a los Consumidores", Ed. Rubinzal y Culzoni, 2005). De ello surge gráficamente, que si la finalidad de un contrato –en el caso el que vincula a CTI con el usuario- es la prestación del servicio de telefonía móvil el contrato es de consumo, la relación es de consumo, el derecho aplicable es el derecho de los consumidores.

Las relaciones masivas –como la de autos- tiene como supuesto de hecho la adhesión a las condiciones generales. De esta manera la oferta basada en la apariencia y la aceptación basada en la confianza toman protagonismo y se tornan jurídicamente relevantes, al momento de analizar una relación en particular. Como principio jurídico y regla hermenéutica, tanto la confianza como la apariencia significan que se da primacía lo objetivamente declarado porque se protegen las expectativas creadas y a quien confió en ellas. La confianza es el fundamento de la celebración de los contratos, ya que "lo que funda la fuerza obligatoria del contrato es la confianza que unos de los contratantes inspira en el otro" (cita de Carbonnier *L'evolution contemporaine du Droit des Contrats*, Jorunées René Savatier, Presses Univ., París, 1986, p. 34, realizada por Ricardo L. Lorenzetti y Claudia Lima Marques, en "Contratos de Servicios a los Consumidores" Ed. Rubinzal y Culzoni, 2005). Por derivación de la seguridad y la confianza en el tráfico, es sabido que situaciones objetivas en las que la apariencia creada y la actuación en base a la confianza, autorizan a imputar obligaciones allí donde el sujeto no las estableció expresamente.

La adhesión como forma contractual es una respuesta a las relaciones masivas, para reparar las situaciones inequitativas que en base a ella se generan resulta imprescindible el control de contenido. Tanto el consentimiento como la adhesión resultan insuficientes porque existen asignaciones de efectos jurídicos que no están conectadas con una declaración de voluntad directa si no en comportamientos objetivos a los que el ordenamiento les adjudica consecuencias. Esta característica de masividad es a su vez la que genera el elemento "colectivo" para calificar la acción intentada para la protección del derecho, así Humberto Quiroga Lavié en "Título: Requiem al amparo colectivo" (La Ley, 1998-C, 1337) indica que la "incidencia colectiva" no convierte al colectivo en una mera suma de daños singulares, quebrando la unidad substancial del colectivo: la incidencia colectiva es una manera elegida por el constituyente para denominar a la tutela de los derechos colectivos de la sociedad, en su conjunto o de cada sector social: "En efecto, el colectivo, como centro de imputación de normas, ha quedado consolidado por la legitimación que el constituyente le ha otorgado al Defensor del Pueblo, que actúa en defensa de todo el pueblo, o de cada sector afectado, pudiendo siempre haber integrantes del sector que no estén de acuerdo con la posición del Defensor. Lo mismo ocurre con la legitimación que se les reconoce a las asociaciones que propenden a defender los derechos de cada sector social, así como a los

afectados, que lo son en tanto integrantes de un sector social, no como simples afectados individuales: así funciona la acción de clase en el derecho anglosajón, en beneficio de la economía social de mercado, con justicia social, como lo quiere el inciso 19 del art. 75(ref.MJLCONNAC0.75/1994) de la Constitución Nacional, no habiendo razón alguna para dejar de cumplir con las políticas constitucionales fijadas por el constituyente”.

Augusto M. Morello, en su trabajo “Dificultades en el tránsito del proceso individual al colectivo” (La Ley, 13-10-2004, 8) comentando el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros” (2004-07-13) expresa que el mismo tiene una especial importancia porque constituye el punto de inflexión en el recorrido acelerado que experimenta, en la realidad de las controversias, el fenómeno de la legitimación, por cuanto se asiste a una divisoria de aguas que desnuda las resistencias o dificultades de adaptación y de hermenéutica, por parte de los operadores jurídicos (jueces y abogados) ante una nueva y desafiante frontera de los "reclamantes" y en dicho caso, las "defensorías". También agrega que los avances técnicos de la ciencia procesal se van cubriendo de aperturas y sagaces flexibilizaciones técnicas mediante las cuales el paso vivo de la sociedad ve facilitada las respuestas de los jueces, acomodando a otros usos y diferentes modos de actuación colectiva de la defensa en juicio que permiten armonizar lo nuevo de lo sustancial del Derecho con las lógicas adaptaciones de lo instrumental. Y ello no es fácil ni logra consenso inmediato. El mismo Morello en “La tutela de los intereses difusos en la Cámara Federal de Bahía Blanca” (1999, jurisprudencia anotada, JA. 1999-III-249), alude a dos matices decisivos del derecho argentino que han hecho girar la lectura de las explicaciones: la dimensión social de ellas y la escala en que se manifiestan, señalando que lo dogmático clásico de los históricos conceptos y técnicas no pueden sustraerse a esos remolinos que colocan al pensamiento y accionar del derecho en otros niveles, en diferentes registros; y agrega que hay una nueva armonización de lo público y lo privado a partir de la irrupción de la acción civil colectiva, en las variantes del amparo, de la acción declarativa de certeza, de la tutela urgente y anticipatoria, desafiando a los nuevos operadores a que imaginen otros senderos en la búsqueda de la tutela efectiva para los derechos difusos, colectivos grupales, de clase o categorías. Que porfían por contar con una red de protección a través de la cual cubrir los derechos de todos, metaindividuales o transpersonales, o que son homogéneos respecto de muchos (a la protección y movilidad del haber jubilatorio), etc. Pero, además, y en el vuelo de esa categoría se ven dañados otros derechos singularizados en cabeza de legitimados particulares. Y agrega: “El medio, el paisaje (el aire que respiramos) es de "todos" y (fragmentadamente) "todos lo gozamos". Si es destruido, alterado, polucionado, se lo lesiona para todos porque están en una situación similar; ninguno de ellos deja de ser afectado. En otro registro, cada uno en singular podrá experimentar, a raíz de la misma causa un daño personal (no transpersonal) y circunscripto, diverso del primero. Distintos afectados que reclamarán, por ende, diversificadas formas de protección. En el horizonte del primero (social, público, dimensión pluripersonal) emergen el Defensor del Pueblo, un Ministerio Público cualificado (competente, modernizado, científico), la decisiva participación protagónica de ligas, entidades intermedias, asociaciones, que son las que dinamizan la protección en concreto -deben hacerlo- en sede administrativa y/o judicial, de manera fundamentalmente preventiva -aquí lo que cuenta es evitar, prohibir, actuar antes que, como ocurre con Bariloche, entre la polución y los incendios, que se llegue cuando "ya no importa" (Juan Carlos Onetti). Y es ese perjuicio superior y transpersonal (el interés difuso: al ambiente, al paisaje, a la ética colectiva) el que incita a actuar en justicia”.

También, María Gabriela Abalos (comentando el fallo de la Cámara 3a. del Trabajo de Mendoza - CT3a.Mendoza, del 2004-11-05 en Adaro, Lair M. y otros c. Ex Banco de Mendoza S.A. y otros; Publicado en: LL.Gran Cuyo 2005, junio, 485), señaló el hecho de que el Tribunal ponga de manifiesto que se estaría ante un "caso piloto" ya que, atento a la pluralidad de actores, monto económico considerable, diversidad de cuestiones sustanciales en juego, etc., se trataría de una acción compleja, acción colectiva o de clase, para la cual, el ordenamiento procesal no tiene prevista una tramitación especial y adecuada (recordamos que en R.N. están regladas desde las Leyes N° 2817 y N° 2779, legislación señera). Agrega que dicha afirmación de la Cámara, lleva a indagar someramente sobre este tipo de acciones, pero resultando esclarecedoras las consideraciones de Ekmekdjian quien entiende que la acción de clase es aquella que afecta a un

grupo más o menos amplio de personas y requiere la titularidad de un interés difuso, tal como el caso del fallo "Ekmekdjian c. Sofovich" (Fallos, 315:1492 -1992-; ED. 148-354 -La Ley, 1992-C-543) que podía afectar a todos los cristianos o al menos a todos los católicos. Mientras que en la acción popular, en cambio, el actor representa a la sociedad toda, tal el caso de los delfines o toninas "in re": "Kattan" (ED, 105-244), sustentándose en el interés simple de todo habitante. También se sostuvo que los intereses difusos son aquéllos que tiene por titulares a una pluralidad indeterminada de sujetos, pertenecientes a un grupo o comunidad social, que implican una pretensión general, insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, mientras que los intereses colectivos en cambio son los intereses de categoría que se imputan a grupos o asociaciones con un trasfondo corporativo (vgr. gremiales, profesionales, etc.) y finalmente los intereses individuales homogéneos son particulares de cada individuo, pero son idénticos entre todos los de la respectiva clase, correspondiendo las acciones de clase a estas dos últimas categorías. Coincide con Gelli en cuanto a que, luego de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, las acciones de clase constituyen una alternativa posible que brindan los arts. 43, 41, 42 y 120 de la Norma Fundamental, aunque requieren la adecuada reglamentación de los procedimientos y efectos. De esta forma, entiende que el caso que comenta supone un buen ejemplo de acción de clase ya que involucra intereses colectivos que pertenecen a un grupo con cierto trasfondo corporativo (trabajadores del ex Banco Mendoza) y de entidad económica considerable (aproximadamente cinco millones de pesos). Considera que ello nos muestra el vacío legislativo que posee el ordenamiento procesal y que obligó a los jueces de la causa a tomar ciertas medidas especiales, tales como la de subdividir la causa en grupos de cinco personas. El camino fijado por Río Negro en la Ley N° 2779, ha sido seguido por otras provincias como señala Horacio L. Bersten (en La Ley, 2004-B-1324) expresa que en razón del dictado del nuevo Código Provincial –de Buenos Aires- de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, sancionado mediante la Ley Provincial N° 13133, B.O. N° 24859 del 9 de enero del 2004, Adla, Bol. 2/2004, p. 105, promulgado por el Dec. N° 64/2003), se ha regulado el procedimiento judicial de consumo en ese ámbito, conteniendo modificaciones de gran importancia al punto de que se crean las acciones de clase de consumo, se regulan las acciones, la conciliación, la legitimación activa, se establecen efectos para las sentencias, se establecen condiciones para la apelación, entre otros aspectos de interés. Por ello se refiere a las nuevas normas en su relación con la normativa de fondo en la materia, es decir los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional y la Ley N° 24240 en su art. 23 establece, como principio de carácter general, el de admisibilidad de todas aquellas acciones que sean adecuadas a la protección de los usuarios y consumidores. En consecuencia, la determinación de la idoneidad de la vía utilizada por el accionante va a tener como parámetro de medida el cumplimiento de una premisa teleológica: la aptitud del medio procesal se evalúa en función de su relación con el fin perseguido. En consecuencia, las acciones posibles de intentar son las que devienen del art. 42 de la Constitución Nacional, de la Ley N° 24240, de otras normas conexas y de la interpretación otorgada por la jurisprudencia nacional. De tal forma los legitimados podrán reclamar ante la justicia, entre otros objetos procesales, la obtención de información adecuada y veraz, la protección de la salud, el cese de publicidad engañosa y/o abusiva, por incumplimientos diversos del proveedor, reclamando el cumplimiento de la garantía legal, el cese de la interrupción de un servicio público domiciliario y la reparación de los daños generados, el error en las mediciones de consumo, por percibir o intentar percibir sumas no adeudadas, etc..- Sostiene el autor que la L.D.C. es una ley de derecho común, tanto por modificar normas del Código Civil y del Código de Comercio, como por regular el comercio, así como por disposición de la propia norma -a la que expresamente se adhiriera la Provincia de Buenos Aires en su oportunidad- siendo derecho común, éste debe ser aplicado por los jueces de la Provincia. Especialmente, teniendo en cuenta que se trata de una ley de orden público, tendrán que cumplir con la manda de la ley a este respecto.

Por último, agrega el citado Bersten que cuando se trate de acciones para la prevención o solución de conflictos, si la demanda es acogida favorablemente por la sentencia, el art. 28 del Código bonaerense estatuye que "beneficiará a todos los consumidores o usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio", aun cuando el legitimado que la promueva fuere un consumidor o usuario individual, mediante un mecanismo expansivo de la cosa juzgada. En el caso de las acciones promovidas por sujetos legitimados para las acciones de incidencia

colectiva, el efecto erga omnes de las sentencias alcanzadas deviene del art. 43 de la Constitución Nacional así como del art. 52 L.D.C. -y en el caso de las asociaciones de consumidores por el art. 55 de esa misma ley- en razón de que el ordenamiento ha conferido esa posibilidad a ciertos sujetos como un mecanismo de control y participación ciudadana.

6.- OBJETO DEL AMPARO:

En autos, la actora, pretende la declaración de ilegalidad del cobro, al usuario de teléfono celular, de la tarifa desde el momento en que se acciona la tecla SEND más la declaración de nulidad e ineficacia y que se tenga como cláusula no escrita la establecida en los términos y condiciones del contrato que el usuario suscribe con CTI., SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CLÁUSULA V, por la que abusivamente se impone que el usuario acepte que las llamadas desde su celular sean facturadas desde que se presiona la mencionada tecla SEND; y además se declare la ilegalidad del cobro de todas las llamadas que sean respondidas por MEMOFACIL, UNIMEMO o contestador automático; y la colocación compulsiva y sin previa autorización del usuario de los servicios de contestador automático. La pretensión de la actora, enmarcada en una relación de consumo, entre usuario y proveedor de servicios, se encuentra protegida por la Ley de Defensa al Consumidor, su reglamentación y en el aspecto procesal encuadra en los alcances de la Ley N° 2779, que precisamente establece, tal como lo he señalado, un amparo específico para la protección de los derechos colectivo e intereses difusos, y en el inciso 2) ya citado, hace especial referencia a los usuarios y consumidores.

7.- ORDEN NORMATIVO QUE RIGE EL CASO:

La consagración de los derechos fundamentales -políticos, civiles, de libertad y sociales- en las Constituciones de todos los países civiles se han vuelto -siguiendo a Luigi Ferrajoli (LL, 6-12-05)- la principal fuente de legitimación y en caso de que sean violados, de deslegitimación de cualquier orden jurídico y político.- De esta manera cambian "la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la ilegalidad por parte de los poderes públicos.- En efecto la sujeción del juez ya no es, como en viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución" (Ferrajoli, "Derechos y Garantías. La ley del más débil", Ed. Trotta, Madrid, 2001, pág. 26, LL, 23-02-06).- --

Siguiendo el orden jerárquico normativo, la decisión que debemos abordar se enmarca dentro del precepto de tutela judicial efectiva cuya fuente es el art. 8 de la Decl. Univ. de los Dchos. Humanos y el art. 8.1 de la Conv. Americana sobre Dchos. Humanos de jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 por imperio de lo dispuesto en el art.75, inc.22 de la C.N., reconocen el derecho de toda persona a la tutela judicial mediante la presentación de un recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o dicha Convención. Igualmente el art.8 de la Decl.Univ.de Dchos. Humanos, también de jerarquía constitucional, reconoce a toda persona el derecho a un recurso efectivo contra los actos que violen los derechos fundamentales por ella reconocidos. Luego, al incursionar en las específicas cláusulas constitucionales, los arts. 42 y 43 de la CN., que garantizan expresamente el derecho de los consumidores y usuarios y establecen la acción de amparo en su protección, respectivamente, sin perjuicio, del análisis de la Constitución Provincial y del propio sistema de protección de usuarios y consumidores de Río Negro que se realiza más adelante.

Al interpretar estas normas el primer axioma a tener en cuenta es el elaborado por John Marshall en "Mc Culloch vs. Maryland" (17 US-316-1819): "No debemos olvidar que es la Constitución lo que estamos interpretando" lo que implica tener en cuenta siempre una interpretación originaria, pero también como señala Bidart Campos (JA 2003-II-.11, fascículo 5) nos obliga a realizar una historicidad dinámica para que podamos aplicarla en el momento que nos toca resolver con la mayor cuota de realismo y justicia. En otras palabras, la CSJN. a partir del caso KOT ha adelantado definiciones del mismo valor que las del juez Marshall: "No es adecuada una exégesis

estática de la Constitución Nacional y de las leyes de su inmediata reglamentación referidas a la circunstancia de su sanción, porque son normas destinadas a perdurar, regulando la evolución de la vida nacional, a la cual han de acompañar en la discreta y razonable interpretación de sus creadores. Tal interpretación jurídica importaría la paralización de la acción gubernativa y del progreso de la República”.

También corresponde destacar que la defensa del consumidor y la tutela judicial efectiva ya se encontraban vigentes en nuestra Provincia, con anterioridad a la reforma del año 1994, en los artículos 30 -defensa del consumidor y usuario- y en el 43 -amparo- (sobre los orígenes del amparo en Río Negro y sus antecedentes en el derecho anglosajón ver mi voto en "EMPLEADOS DEL PODER JUDICIAL DE RIO NEGRO", Aut.Int. N° 87/05). La tutela judicial efectiva responde a la más firme tradición del amparo y habeas corpus en el derecho público provincial. En la Constitución Provincial de 1957 se preveía expresamente en el art. 11 la protección de los derechos colectivos. El Convencional Constituyente Gadano al tratar dicho artículo expresaba que en la Constitución de 1853 existía un vacío ya que el "habeas corpus" sólo refería a los casos de detención física exclusivamente, dejando fuera del "ámbito garantizador a toda una gama de derechos esenciales a las actividades del hombre y a su libertad" que es precisamente a los que la nueva Constitución quiere proteger a través de estos remedios garantizadores.- Para evitar limitaciones la Comisión Redactora entendió necesario crear un sistema de recursos suficientes que abarquen todo el ámbito de la actividad del hombre y que asegure que el ejercicio de sus derechos sea real y no se convierta en un simple acto de declaración. Textualmente decía el Convencional Gadano "Es indudable, ..., que ni en la Constitución de 1853, ni en la de 1949 se mencionan los recursos de amparo necesarios para la protección de todos aquellos derechos constitucionales no cubiertos expresamente en el 'habeas corpus'".- Asimismo, "En esta Constitución provincial proyectamos, entiendo que la inclusión de los recursos de 'habeas corpus', referidos a la libertad física del hombre; de amparo relativo a todas las restricciones que hacen a la libertad y a la dignidad del individuo; del 'injunction' y 'mandamus' orientadas en el plano técnico del campo administrativo de la actividad del hombre frente al Estado, crean en conjunto un clima de defensa y seguridad para quienes vivimos en esta Provincia".- En la Constitución vigente está reglado en el citado art. 43 de la Const. de Río Negro que consagra una tutela genérica de amparo y especial de mandamus y prohibimus (arts. 44 y 45, C.Prov.), y conforme a los antecedentes -ya reseñados- de la Convención Constituyente de 1957 (anterior a "Siri" y "Kot", también comprende expresamente el "injunction", hoy asimilado por reiterada jurisprudencia de la CSJN. como medida cautelar innovativa).- Esto tiene trascendencia para las formas de resolver un caso constitucional.

En el art. 30 surge la facultad primigenia de las organizaciones del consumidor en defensa de sus intereses legítimos, estableciendo la lealtad como parámetro de comportamiento en la faz contractual. Es decir, a nuestro entender, la buena fe (art. 1198, CC.), creencia, tanto al tiempo de celebrar, modificar o extinguir el contrato de consumo, principios que se trasladan a la Ley de Lealtad Comercial.- Como antecedente de la legitimación de las asociaciones cabe mencionar al Convencional Constituyente Rajneri cuando al fundamentar el art. 14 de la Constitución de 1957 expresa que queda garantizada la libertad de asociación para fines lícitos, tanto en el plano del trabajo en sindicatos y demás asociaciones profesionales como en el plano político, cultural, religioso, espiritual, económico, asistencial o meramente recreativo.

Que tal como lo expresa Cassagne la tutela judicial efectiva apunta a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso y a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial, además de tender al ejercicio pleno de la jurisdicción en las distintas etapas del proceso (Conf. GONZALEZ PÉREZ, Jesús – CASSAGNE, Juan C.; "La justicia Administrativa en Iberoamérica", Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, pág. 49). Ahora bien, al analizar la Ley de Defensa al Consumidor (N° 24240), el primer concepto a desarrollar es el de consumidor-usuario como aquella persona física o jurídica que contrata a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar (artículo 1° de la Ley N° 24240). A los fines de la protección procesal este usuario-consumidor, resulta la parte más débil de la relación, pues en los hechos no existe la mentada igualdad económica y social que permita la paridad de condiciones para negociar, hay un mercado

desnivel que el derecho del consumidor pretende igualar protegiendo a la parte más débil del negocio –ver párrafo-. Esta protección fomenta cubrir las desventajas de quien es ajeno al proceso de producción y distribución, sin conocimientos ciertos sobre costos, forzado a creer, a confiar, a aceptar los precios y calidades que se le ofrecen; no participa del proceso de fabricación del o de organización del servicio y desconoce, por lo común, los costos y variables. Así, “el derecho del consumidor en Argentina abrió horizontes y esperanzas a un sector muy importante de la sociedad que bajo el rol de usuarios y consumidores lograron equilibrar, desde la normativa, las diferencias de poder negociador en las relaciones de consumo. Aunque la ley importa un marco acotado que cuenta con beneficiarios poco claros y exclusiones incomprensibles, ha significado la instalación de derechos sustanciales que permiten imponer principios y presupuestos que cambian las reglas tradicionales de la contratación y sus obligaciones consecuentes. Este nuevo derecho del consumidor debe colegirse por los jueces. A esto les cabe interpretar la axiología y, por supuesto, comprender que ante situaciones litigiosas las reglas tradicionales del proceso común no pueden aplicarse, ipso facto. Tanto la reforma constitucional, como el nuevo derecho de amparo que surge del artículo 43 y, en especial, las disposiciones del nuevo artículo 42, emplazan una lectura que no se puede soslayar. Los procedimientos donde se resuelvan derechos del consumidor son proceso constitucionales, y así habrá que interpretarlos con su lógica y consecuencias”. (El subrayado me pertenece, Conf. “¿Quién es el consumidor, a los fines procesales, Gozáini Osvaldo, LL. 2003-C, 1054).

Ahora bien, siguiendo con el análisis de las normas involucradas en autos, conforme a lo dispuesto en el art. 45 último párrafo de la Ley N° 24240, la Provincia de Río Negro ha organizado un sistema de protección integral de usuarios y consumidores asignándole al Poder Judicial en su primera instancia (justicia de paz) la resolución de los conflictos individuales vinculados con la resolución de controversias en la medida de la competencia de menor cuantía como así también de sanciones y multas derivadas de la misma (art. 63 inc. e de la Ley N° 2430, Orgánica del Poder judicial). A su vez conviene advertir que la materia en que se resuelve no se superpone con facultades de otros organismos de supervisión o control o en los cuales pueda comprometerse la materia federal, o el ejercicio del poder de policía del Estado, ya que como habíamos indicado anteriormente, al analizar las implicancias sociales, económicas y políticas del decisorio, no se afecta el sistema de comunicaciones vigente, ni se generan daños que puedan meritarse como irreparables sino que se decide estrictamente en el marco de la relación de consumo, usuarios y consumidores, representados por una asociación debidamente inscripta.

Respecto a la normativa que vengo analizando, Jorge Mosset Iturraspe, en su obra “Defensa del Consumidor” de Ed. Rubinzal y Culzoni (pág. 69), se pregunta ¿cuál es la normativa que tutela al usuario?. Y dice mientras los derechos del concesionario están defendidos en las normas privatizadoras y en los reglamentos de servicios –que constituyen, junto con los pliegos de privatización y los contratos de concesión o licencia, el “andamiaje” a partir del cual puede entenderse el vínculo contractual existente tanto entre el Estado y los prestadores, como entre éstos y sus clientes-, los derechos de los usuarios a tener tarifas más justas y razonables aparecen consagrados en la Ley N° 24240 de Defensa al Consumidor, y pueden ejercerse por la vía sumaria o sumarísima, indudablemente para la defensa de los derechos de incidencia colectiva y no solamente por la vía del amparo, a la que alude la Constitución Nacional.

La ley de defensa al consumidor, establece dos principios que resultan centrales en autos, uno es el deber de información, receptado en el artículo 4º; dice al respecto Lorenzetti: “La información es el tema, el gran asunto de los tiempos modernos que el Derecho recoge y regula” (Defensa al Consumidor, LL. 1996-E-1303, “La relación de consumo. Conceptualización dogmática en base al derecho del área regional Merocosur”). La información no es publicidad, persiguen objetos distintos, la información es un bien que tiene un valor jurídico y consecuentemente protección jurídica (CNCCom., Sala B, 28-4-98, ED. del 9-9-98, citada en Mosset Iturraspe, “Defensa al Consumidor”, Ed. Rubinzal y Culzoni, 2003, pág. 28). Ingresando en el campo relativo a la publicidad comercial, el artículo 8 de la Ley de Defensa al consumidor señala que las precisiones formuladas en los anuncios obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor. Su incumplimiento acarrea responsabilidad contractual. En este punto remarca Aída

Kemelmajer de Carlucci, (en su artículo "publicidad y consumidores, publicado en la revista de Derecho Privado y Comunitario N° 5, pág,138), "hay que ser conciente de algo muy significativo: el reconocimiento de la integración publicitaria del contrato significa equiparar la publicidad a la oferta". En el caso de autos estos conceptos toman relevancia para dejar establecido que en una relación de consumo, el Pliego (oferta) y el contrato que vincula a las partes no son los únicos preceptos que forman el contenido negocial.

También debe destacarse el carácter preventivo de las acciones prevista en los artículos 52 y 53 de la Ley de Defensa del Consumidor, reconoce la tutela inhibitoria por vía judicial, que deberá sustanciarse por el proceso más abreviado. Finalmente, en la pirámide jurídica, tenemos en consideración la legislación provincial, Leyes N° 2817 y N° 2779 y las numerosas resoluciones administrativas que como consecuencia de la Ley N° 24440 y el proceso de privatización de los servicios públicos, se han dictado y se enumeran detalladamente más adelante. Los legisladores Martínez y Solaro, en oportunidad de fundar el proyecto N° 524/93 que luego diera origen a la Ley N° 2779, expresaban, que en muchos casos la sociedad se encuentra en estado de indefensión ante, por ejemplo, publicidades que promocionan bondades inexistentes en determinados productos, por consiguiente engañosas, y dicen que todos estos problemas han sido recogidos por la doctrina jurídica, pasando a integrar el conjunto de los que denominan "intereses difusos o derechos colectivos". Los autores de dicha iniciativa legislativa, siguiendo la actual tendencia, afirman que con su proyecto pretenden no tanto la reparación personal del afectado, sino la paralización de los efectos dañosos, anteponiendo lo público y preventivo al concepto individualista de daño resarcible. Como modelo toman –siguiendo a Morello- el procedimiento del amparo colectivo, el más afín al espíritu de nuestras instituciones y el que, en la medida en que no se ahogue con una malla excesivamente ritual, demostrará su utilidad. Es precisamente este espíritu del legislador el que debemos tratar de no alterar al ejercer la tutela judicial efectiva de los derechos de usuarios y consumidores de la Provincia de Río Negro. No quiero dejar de mencionar que los principios informadores de la tutela del usuario y del consumidor, no solo han adquirido jerarquía constitucional en nuestro país, sino que se encuentran previstos en la mayoría de los países del Mercado Común del Sur (MERCOSUR.), prueba de ello son el Código del Consumidor de Brasil, la Ley N° 1334 de Paraguay de Defensa del Consumidor y del Usuario y la Ley N° 17189 de Uruguay ("América Latina e Tutela del Consumatore. Le Prospettive del MERCOSUR tra problema e tecniche di Unificazione del Diritto, de Sabrina Lanni, LL. 21-02-05).

8.- CLÁUSULAS PREDISPUESLAS Y ABUSO DEL DERECHO:

Si bien, la relación contractual, resulta ajena al estrecho ámbito de discusión que permite la acción de amparo, no debo soslayar un aspecto que resulta central para arribar a una solución, como son las denominadas cláusulas abusivas, cuestión fundamental en la materia que nos ocupa -defensa del usuario y consumidor-. El artículo 37 de la Ley N° 24240 considera que se tendrán por no convenidas las cláusulas, entre otras, las que desnaturalizan las obligaciones o que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. Por su lado el Decreto N° 1798/94, cuando reglamenta este artículo aclara que se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Es decir que considera nula ("no convenida") aquella cláusula que se considere abusiva, tal declaración requiere un juicio de concretización para su descalificación (conf. Ricardo L. Lorenzetti, "Consumidores", Ed. Rubinzal y Culzoni). Conforme al análisis realizado por Juan Farina (en "Defensa del Consumidor y del Usuario", Ed. Astrea, 2003), el artículo 37 de la Ley N° 24240, si bien se aplica a las cláusulas abusivas, no se limita a ellas, pues se refiere a cinco cuestiones distintas íntimamente conectadas: a) ineficacia de pleno derecho de las cláusulas abusivas; b) reglas sobre interpretación de los contratos; c) comportamiento abusivo del empresario (o proveedor); d) derecho del consumidor a demandar la nulidad (o ineficacia), y e) consecuencias de la nulidad parcial del contrato.

El concepto "desnaturalización de la relación obligacional" debe entenderse como el que altere significativamente la relación, ampliando los derechos del prestador, con daño al usuario, y que de todo ello resulte un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones recíprocos de tal

entidad que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses al afectarse la relación de equivalencia (R. Stiglitz, Lexis Nexis Nº 0003/011326). El derecho positivo propone un modelo que el legislador considera razonable, y que lo suministra a las partes para que lo tomen en cuenta y rijan sus relaciones contractuales sin apartarse de él. Si una cláusula se aparta de este modelo de razonabilidad sin un motivo justificado, será irrazonable, convirtiéndose en una cláusula que desnaturaliza lo natural, lo normal (Conf. Lorenzetti, citado por Juan M. Farina en "Defensa del Consumidor y del Usuario", Ed. Astrea, 2003). Rubén Stiglitz, considera que ese desequilibrio significativo ha sido identificado como la nueva fórmula que adopta la anterior de "ventaja excesiva" de la ley francesa. Entiende el autor, que la noción de desequilibrio significativo, como elemento caracterizante de la cláusula abusiva, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses. "La inequivalencia presupone ampliación de ventajas o provechos del profesional, o aligeramiento o supresión de sus obligaciones, y, correlativamente, agravamiento de las cargas y obligaciones del consumidor, sin que de la correlación de los polos provecho-sacrificio surja una contrapartida en beneficio del consumidor con relación al bien adquirido o servicio suministrado, ni a la definición o determinación del objeto sobre el que se contrata, pues, indiscutiblemente, éstas son cuestiones negociables o factibles de ser negociadas individualmente" (Lexis Nexis Nº 0003/011326).

Por el modo de llegar al consentimiento sin discusión y por adhesión a condiciones predispuestas, el contrato es proclive o inclinado a ser inequitativo, de ahí que estas cláusulas abusivas, leoninas o usurarias ameriten la intervención, muchas veces plural: del legislador, de la autoridad administrativa y del juez de la causa (Jorge Mosset Iturraspe, en su obra "Defensa del Consumidor", Ed. Rubinzal y Culzoni, págs. 115/117). En punto a la interpretación del contrato de consumo, dice Mosset Iturraspe, la regla es estar en caso de dudas, oscuridades o equivocidad de las cláusulas, a la interpretación más favorable al consumidor, parte débil y, en particular, parte ajena a la redacción del contrato. La carga de ser claro, transparente y coherente, pesa sobre el proveedor que predispone las cláusulas negociales. La búsqueda de un equilibrio más real entre los interlocutores económicos y de instrumentos nuevos que regulen las relaciones de consumo, por parte del derecho del consumo, conduce a reconsiderar ciertos principios jurídicos fundamentales. Así el desarrollo de la obligación de información profesional, la prohibición de las condiciones contractuales abusivas, la instauración del mecanismo de plazo de reflexión, proceden de una crítica del carácter ficticio, de principios tales como la libertad de las convenciones, o la igualdad de los derechos y de las obligaciones (Conf. "Defensa de los consumidores de productos y servicios", obra dirigida por Gabriel Stiglitz, Ed. La Roca, 2001).

Lo que debe rescatarse sustancialmente de lo expuesto es que en el contrato de consumo la relación se rige por las cláusulas convenidas, pero supletoriamente se aplica la Ley de Protección al Consumidor y esta aplicación supletoria resulta imperativa cuando existe una cláusula que podría desnaturalizar las obligaciones de la partes y afirmo "podría" porque ello deberá ventilarse por el proceso ordinario que corresponda, y aún así la duda respecto a la calificación debe resolverse a favor del consumidor-usuario, así lo establece la regla de interpretación más favorable al consumidor que recepta la citada ley.

9.- SOLUCIÓN DEL CASO:

No puedo dejar de puntualizar el contexto en el que tomamos esta decisión, es decir, el de un mercado que hoy representa, según datos oficiales (INDEC.), 22.200.000 de celulares, previéndose para el presente año que la cifra trepe a 26.000.000 (Suplemento Económico Diario Río Negro, 12 de febrero del 2006), con lo cual se puede visualizar que el marco normativo existente se puede vulnerar diariamente en proporción a las llamadas, según la misma fuente, refleja un crecimiento de las llamadas (en miles de llamadas) que van de 550.000 en diciembre del 2003 a 1.750.000 a diciembre del 2005. Con lo que el marco normativo existente es imposible de generar respuestas rápidas y útiles para dirimir todo tipo de controversias que se presentan, no solamente ligadas al consumo, al incumplimiento de los contratos, a la falta de cobertura o señal, y a las facturaciones excesivas, sino además a la insuficiente organización del Estado para dar respuesta a semejante problemática cuyas causas no vienen al caso analizar, pero que sí tenemos

la certeza que ni la Subsecretaría de Defensa del Consumidor ni los tribunales arbitrales de consumo pueden resolver con eficacia esta problemática. En este contexto, ver Clarín, del día domingo 12 de febrero del 2006, ps. 28 a 30, la tipología del usuario cautivo pretende sustituir a usuarios y consumidores, y no existen organizaciones de consumidores preparadas para canalizar todas estas irregularidades. En el caso puntual se analiza la circunstancia de entrar y salir del sistema, y los mecanismos de retención más frecuentes y una performance de los tribunales de consumo que se refleja en la existencia de 880 reclamos en el año 2005. La atención del caso y la resolución del conflicto es prácticamente nula y la necesidad de los usuarios del servicio de telefonía móvil es aprovechada al máximo por las prestadoras en un juego de libre mercado donde la capacidad de respuesta del Estado en la práctica ha desaparecido.-

-----Las propias empresas prestadoras del servicios son las que generan la necesidad del usuario, internalizando en el sujeto ese modo de vida particular que lo lleva a pensar que no se puede vivir de un modo diferente y simultaneamente se le genera la sensación de que es libre, y que puede elegir, juzgar y decidir. La ley de densa al consumidor incorporó elementos extrajurídicos para contemplar la situación antes descrita y en ese contexto el elemento objetivo,-económico previsto en el art.954 del C.C., (ventajas patrimoniales desproporcionadas) apunta a la gradación del beneficio económico obtenido en el negocio, como situación grosera y manifiesta, tratando de evitar que el desplazamiento económico que es previsible en el sistema no constituya una explotación, pero a diferencia del criterio impuesto por Velez Sársfield a esa ventaja económica se le impone un límite incorporándole un sentido ético, social o de teleología social. (Cf.Revista del Derecho Privado y comunitario, 2005-2 Contratos de Servicios- II, Graciela Lovece). Señala además, la autora citada, "en materia de telefonía móvil los usuarios adhieren a un contrato para la prestación de un servicio que carece de posibilidades fácticas de ser brindado, invirtiendo de tal modo los términos del capitalismo clásico, pues el tradicional criterio de "riesgo empresarial" queda absolutamente desvirtuado". (Obra cit.). En cuanto a las circunstancias de tiempo y espacio en las que nos toca resolver, es ilustrativo lo dicho por Luigi Ferrajoli (en artículo "Democracia y derechos fundamentales frente al desafío de la globalización" en LL. del 6-12-2005) cuando expresa que estamos frente al desarrollo de una desigualdad que no tiene antecedentes en la historia, así la humanidad en su conjunto es mucho más rica que en el pasado pero también es mucho más pobre si consideramos masas inmensas y en constante aumento de seres humanos. En cuanto al plano jurídico dice "los hombres son incomparablemente más iguales que en cualquier otra época, en virtud de las tantas cartas y declaraciones de derechos. Pero también son incomparablemente más desiguales en los hechos. El 'tiempo de los derechos' -para usar expresión de Norberto Bobbio- es también el tiempo de su violación masiva y de la desigualdad más profunda e intolerable. De tal suerte que frente a esta enorme diferencia entre el deber ser normativo y el ser efectivo de los sistemas políticos, es el constitucionalismo en cuanto tal el que corre el riesgo de ser desacreditado como un nuevo engaño y una nueva apariencia ideológica de Occidente". Sigue este autor, que hoy, más que diferenciar entre los distintos poderes se debe hacer otra distinción y separación: aquella entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, justificada por la diversidad de sus fuentes de legitimación: la representatividad política de las instituciones de gobierno, tanto legislativas o ejecutivas, y la sujeción al derecho y por ende a los derechos fundamentales positivamente estipulados, de las instituciones y garantía.

El autor, cita "Recuérdense las máximas romanas clásicas:

'Quaedam enim naturali iure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur' (Instituciones di Justiniano, 2, 1, pr.; D,1,8,2,1, pr); 'Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua, profluens, et mare, et per hoc litora maris' (ivi D 1,8,2,1)". Esta clásica definición de los bienes comunes de la humanidad, junto a la reivindicación en cabeza de los españoles del "jus migrandi" y del "jus communicationis", fue esgrimida por Francisco de Vitoria, al comienzo de la edad moderna, para legitimar la conquista y la colonización del nuevo mundo. Estos bienes, declaró Vitorio, son de utilidad pública: "ergo neminem licet ab illis prohibere. Ex quo sequitur quod barbari iniuriam fecerent Hispanis, si prohiberent illos a suis regionibus" (F. De Vitoria, "De indis recenter inventis relectio prior" -1539-, en De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII", a cargo

de E. Nys, "The Classics of International Law", Oceana, New York, 1964, sect. III, 2., prob. 10, p. 258). Estas mismas circunstancias de tiempo y espacio, ponen de manifiesto, tal como lo sostienen Morello y R. Stiglitz remitiendo a Garrigues, la tensión en que se coloca el pensamiento del jurista, porque aquí el Derecho tiene además, que hacerse cargo de la economía que por sí sola se muestra impotente para definir la estela justa de las relaciones humanas, recordándonos que uno y otra están para la vida, para servirla de manera que sean beneficiosos para la sociedad. Que no pueden divorciarse de ella (Derecho del Consumidor N° 12, Ed. Juris, pág. 35). Para tener en cuenta la trascendencia de este tema conviene recordar el trabajo realizado por Elena I. Highton y Gladys Stella Alvarez, "Consumidores" (Rev. De Derecho privado comunitario, N° 5, Ed. R. Culzoni, ps. 221/251), donde se analizan los antecedentes de los RAD en relación a los derechos de usuarios y consumidores, en el derecho comparado y con especial referencia a la organización del sistema en los Estados Unidos de Norte América donde existe la Oficina del Consumidor de los Estados Unidos que tiene registrados más de 500 programas especializados en el consumidor dedicados especialmente a la resolución de disputas entre las empresas y sus clientes, donde participan las asociaciones de comerciantes e instituciones privadas sin perjuicio de los programas de las propias empresas y, como ya lo hemos referido el espacio específico que ocupan las *class-action* para el supuesto de reclamos colectivos. Al solo efecto de ponderar el funcionamiento del sistema es conveniente recordar lo asentado en la nota N° 26 de este trabajo, p. 242 y ss.. Y transcribirlo textualmente: "El programa más grande para resolver disputas relativas a los automotores fuera de los tribunales es el Better Business Bureau's Autoline, que opera bajo contrato con varios fabricantes, incluyendo General Motors. Según este mecanismo, aproximadamente diez de las mayores productoras de automotores se han obligado anticipadamente a aceptar como vinculante el resultado del arbitraje, de acuerdo a los procedimientos del Better Business Bureau (BBB), quien cuenta con unos 20.000 árbitros voluntarios en todo el país; así el BBB maneja mucho más de 100.000 casos al año. La gran mayoría de estas quejas se resuelven por conciliación telefónica. En casi todos, BBB simplemente da al consumidor el nombre de la persona adecuada para contactar en la empresa; el consumidor luego negocia directamente con el fabricante o vendedor. En otros casos, el personal de BBB telefonea de ida y vuelta entre el fabricante y el consumidor hasta que llegan a un acuerdo. En algunas instancias no hay acuerdo y el consumidor puede elegir vender el vehículo, demandar, o abandonar totalmente el caso. En los casos restantes (33.275 en 1986 y la primera mitad de 1987), el consumidor opta por el arbitraje. Los árbitros son voluntarios que no tienen conexión con la industria automotriz; reciben un entrenamiento de tres horas. De las disputas que van a arbitraje, la BBB informa, al 20% de los consumidores se les acuerda todo o parte de su requerimiento. De acuerdo a las estadísticas de BBB, dos tercios de los consumidores eligen aceptar el resultado del arbitraje".

En síntesis, frente a la ausencia o insuficiencia de medios del Estado para proveer resoluciones adecuadas y razonables en el tiempo, atento a la elemental organización de la Secretaría de Defensa del Consumidor y los Tribunales Administrativos del Consumo, corresponde al Poder Judicial asumir en plenitud las facultades jurisdiccionales por las vías autorizadas en la Constitución Nacional (arts. 42 y 43, CN.), y conforme el marco que autoriza la Ley N° 24.240 dentro del espacio del derecho común, cuando no están en juego normas federales ni facultades excepcionales que se hayan delegado por el Congreso a los entes reguladores, ya que la regla, como lo dijo la CSJN. en el precedente "Ángel Estrada SA." es la intervención de los Tribunales de Justicia. Esto surge "in re ipsa" si se tiene en cuenta que el Sistema Nacional de Tribunales Arbitrales de Consumo que atiende la problemática de usuarios y consumidores de todo el país con asiento en Capital Federal cuenta con 169 árbitros que se constituyen en tribunales ad-hoc para resolver los reclamos que se presentan.- La requerida ha sustentado la incertidumbre sobre un fallo de un tribunal de la Capital Federal en una acción individualizada, más esta situación no puede atenderse teniendo en cuenta la operatividad del sistema normativo constitucional y los derechos en juego de millones de usuarios; dicha argumentación es descartable porque excede todo marco de razonabilidad pretender mantener a un país indefenso por el dictado de una medida cautelar; en el mismo andarivel se inscribe la pasividad del Estado que no debe consentir que la libertad de mercado se transforme en un sistema que permita excesivas ganancias, o desnaturalice las obligaciones o expectativas de los usuarios.

Cuando las organizaciones administrativas del Estado resultan totalmente inadecuadas para atender esta problemática, por más que existan, como hemos visto, numerosas normas que limitan los abusos de prácticas comerciales, como las Resoluciones N° 53 y N° 26 de la Sec. de Coordinación Técnica de la Nación. O dicho más claramente, cuando el Estado no previó ni puede alcanzar una estructura operativa para dar respuesta a un universo de millones de usuarios, la existencia de vías administrativas es simplemente una formalidad que no asegura ni la información ni el conocimiento adecuado ni respeta el tiempo y la libertad de los ciudadanos que no tienen que ser sometidos a trámites de ningún tipo ni recibir planteos litigiosos administrativos y judiciales por el simple hecho de acceder a un bien de consumo que están en el mercado. Es decir, que la existencia de vías administrativas son formalmente inadecuadas para la finalidad que tienen que cumplir, y no guardan ninguna relación entre la capacidad de respuesta y el universo de usuarios que debe proteger. Cuando esto ocurre, estas vías deben considerarse en la práctica como inexistentes y de allí que la única acción expedita es la que provee el Poder Judicial a través de la acción de amparo y ponderando la intermediación de las organizaciones de usuarios y consumidores que de alguna manera contribuyen a morigerar los efectos de las insuficiencias orgánicas y resolutorias, como así también la de brindar soluciones aunque sean transitorias hasta tanto el Estado asuma las responsabilidades que corresponden al ideario de una sociedad más justa y donde las cláusulas de la Constitución (arts. 42 y 43, C.N.), cumplan por sí la finalidad que les otorgó el constituyente de 1994, cosa que creemos lograr con el encuadramiento y resolución que brindamos para este caso siguiendo la más destacada y especializada doctrina nacional. El amparo se presenta así como la única vía idónea, expedita y eficaz en estas circunstancias, para hacer cesar una situación que si bien la litis se presentó por la propia requerida como dudosa de derecho, y de difícil interpretación, no puede impedir el dictado de medidas mínimas para atender a los amparistas. He ponderado adecuadamente la trascendencia y repercusión del caso, y el primado de razonabilidad (y sus sub principios) y de justicia que emergen del decisorio frente a un fenómeno nuevo donde están involucrados los usuarios y consumidores de telefonía celular de toda la Provincia de Río Negro. Y dentro de estas consideraciones hemos tenido especialmente en cuenta que las medidas que se dictan en manera alguna van a atentar contra la continuidad y normal prestación del servicio ya que la magnitud del caso se proyecta en el tiempo sobre pequeñas sumas de dinero que no afectarán a los prestadores, pero que restablecerán la justicia contractual en todos los planos, especialmente en el tarifario, ya que la mayoría de los usuarios se perfilan hacia el uso de tarjetas, siendo generalmente los sectores más desprotegidos de la sociedad.

No puede eludirse la complejidad de los derechos implicados en una relación de consumo, ello lo debemos decidir a la luz de la "estrecha interdependencia entre la vigencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos, (que) constituyen un todo indisoluble, erigen su base en la dignidad de la Persona Humana y exigen tutela y protección permanente conforme al Protocolo Adicional de San Salvador, CIDDHH-O. Cons. N° 10/1989 y ley nacional 24468" (Victor Bazán, "Impacto de la Reforma Constitucional en el ámbito de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", JA., Número Especial a diez años de la reforma Constitucional, del 25-08-2004). Nadie puede entonces aferrarse hoy a la estructura, política y normas de décadas pasadas sin dejar de advertir los profundos cambios sociales, económicos y políticos y el involucramiento de millones de ciudadanos en múltiples relaciones de consumo, lo que obliga a acentuar la tutela del sistema frente a las inocultables fallas de la sociedad y del Estado en el sistema de controles y contrapesos hasta llegar a un sistema justo de consumo.

Por otra parte, también considero oportuno recordar lo señalado por Juan B. MATIENZO (en Revista de Der. Administrativo, año 2005-17, págs. 319/320) referido a las facultades de la Provincia y a la aplicación de la Ley N° 24420, con sus doce conclusiones: 1- Hay facultades concurrentes de las Provincias, que éstas pueden ejercer en subsidio frente al silencio de la autoridad nacional.

2.- Es inadmisibles que el orden público establecido en el Art. 65 Ley 24240, ceda ante disposiciones en contrario contenidas en la legislación específica.

3.- La legislación específica de los servicios públicos domiciliarios debe armonizarse con la Ley de Defensa del Consumidor.

4.- La aplicación supletoria de esta ley no puede significar la violación del régimen tuitivo de los consumidores ni el olvido de los principios generales del derecho.

5.- La negativa de la concurrencia es incongruente e inarmónica con el espíritu del art.42 de la C. Nacional.

6.- Existen ámbitos en los cuales el poder de policía local se ejerce del modo previsto en el art. 41, ley de defensa del consumidor, sobre todo frente al reconocimiento generalizado del fracaso -al menos parcial- del sistema de los Entes Reguladores.-

7.- Ni los Entes reguladores, ni los marcos regulatorios han estado a la altura de las expectativas de los usuarios.

8.- Las provincias no tienen una real participación activa en los entes reguladores.

9.- Es totalmente equivocado pensar que las provincias han delegado a la nación las facultades que les son reconocidas expresamente en los arts. 41, 52 y 53, Ley 24.240.

10.- Existe un estatuto del consumidor fundado en normas y principios del derecho privado patrimonial que son aplicables a la relación de consumo según lo previsto en los arts. 1º y 2º de la ley de defensa del consumidor, lo que permite resolver cuestiones no contempladas o dar la respuesta más favorable al consumidor.

11.- No se está ante un campo normativo ocupado con exclusividad por el Estado Nacional.

12.- Admitir la falta de control provincial sobre las empresas de servicios públicos favorecería la competencia desleal en beneficio de grandes grupos económicos. He tenido a la vista los precedentes de la CSJN., in re: "Telefónica Comunicaciones Personales (TCP) contra Munic. de Rosario s/Amparo" (Tomo 205-XXXVII) del 15 de julio del 2003 y el precedente "CTI-CPS S.A. c/Hurlingam s/Amparo s/Competencia", Nº 780-XXXVI del 26-03-02, en los que la misma asignó competencia a la justicia federal por tratarse de litigios entre empresas prestadoras contra entes públicos y donde además estaba comprometido el aspecto interjurisdiccional, pero ninguno de los supuestos comprendía la aplicación de normas y derechos de usuarios o consumidores.

Que en cuanto al argumento, esgrimido por la requerida, en lo referente a la concesión del uso del espectro radioeléctrico y el canon –precio- que por el mismo abona, como justificativo para trasladar al usuario el costo por uso de red (independientemente de concretar la comunicación con otro sujeto), así como el dictamen de la CNT., de fs. 66/67, debo remarcar la irrelevancia de los mismos para la resolución del presente amparo.- En primer lugar porque tal como lo desarrollé in extenso nos encontramos ante una relación de consumo donde el plexo normativo específico que rige es otro y surge de las Constituciones Nacional y Provincial a las que el orden infraconstitucional debe someterse. Y en segundo lugar debo remarcar que: 1.- El Pliego que la requerida invoca, en sustento de su mejor derecho y de la competencia federal, es anterior a la vigencia del artículo 124 de la Constitución Nacional, por el que se estableció el dominio originario de los recursos naturales existentes en la provincia, y además por imperio del artículo 88 de la Constitución Provincial el espectro de frecuencia es un recurso natural de dominio público provincial.

2.-Aún así, y resultando ajeno a la discusión de autos tal extremo, si la accionada considera que solo lo dispuesto en el Pliego de Bases y Condiciones es la ley aplicable, dicho concepto es incompleto porque no es la única norma que rige entre las partes, máxime conforme la jurisprudencia que se cita de la CSJN., la relación entre prestador y usuario tiene su propio

reglamento en la Ley N° 24240 y normas concordantes y la interpretación restrictiva de los privilegios. Por ello la sola invocación del precio que por el uso del espectro radioeléctrico debe abonar y la facultad contractual de fijar la tarifa, son suficientes para mantener la situación denunciada como abusiva, corresponde a ella la carga de la prueba, que demuestre de qué manera tal situación incide en la tarifa para tener que trasladar dicho costo al usuario y cómo ello resulta un trato equitativo y equilibrado de la relación, más aún teniendo en cuenta que otras empresas prestadoras del servicio de telefonía móvil no lo trasladan.

En este tema referido al costo –precio- es por demás ilustrativo el concepto de: “servicios de consumo remunerados”, desarrollado por Claudia Lima Marques en la obra “Contratos de Servicios a los Consumidores”, Ed. Rubinzal y Culzoni, 2005, realizada con Lorenzetti. Allí, pondera el concepto del artículo 3° del Código de Defensa al Consumidor de Brasil, ya que la expresión “remuneración” permite incluir a todos aquellos contratos en que fuera posible identificar en el sinalagma escondido (contraprestación escondida) una remuneración indirecta del servicio de consumo. Es decir, aplicado al caso de autos, en el rubro denunciado, no se está ante un precio propio de la finalidad del contrato de consumo cual es la comunicación telefónica, sino que se está cobrando por otro concepto: el uso del espectro.

Quien es atrapado por la publicidad masiva y prolífica de las distintas ofertas del servicio de telefonía móvil, por todos los medios, difícilmente se encuentre debidamente informado sobre el servicio telefónico que desea contratar, pues son tantos los “paquetes” de productos y servicios – utilizando la terminología de Lorenzetti- que se direccionan más a los contratos conexos –como la compra del soporte- que a las características específicas del servicio que se contrata. Al respecto he tomado conocimiento privado de la numerosa publicidad en especial gráfica desde la fecha de presentación del amparo hasta el momento de elaborar este voto, y tal extremo resulta un hecho notorio, es decir un hecho generalizadamente percibido de tal manera que cualquier hombre razonable y con experiencia de la vida puede declararse convencido de su existencia. Es precisamente esta oferta masiva e indiscriminada la que pone en evidencia la desprotección del hombre común –consumidor o usuario- ajeno a tanto tecnicismo y que elige en base a la confianza y a la buena fe.

Estas relaciones son precisamente las que se intentaron regular y equilibrar con la reforma constitucional; así en el despacho de la Convención Constituyente, cuando se trató el artículo 42 de la CN., ya se advirtió a los consumidores y usuarios, como los nuevos débiles en el mundo de las relaciones contractuales contemporáneas y se remarcó la necesidad de que el Estado asumiera una posición tutelar en pro de los consumidores para romper la debilidad estructural que padecen, en particular por encontrarse sujetos a contratos de adhesión a los que se ven obligados a someterse (Convencional Roulet, cita tomada de Néstor P. Sagües, “Elementos de derecho Constitucional”, Tomo 2, Ed. Astrea, pág. 569).

Concluyendo, en relación a la decisión que se propone, y en el plano del derecho procesal constitucional la solución que se brinda responde al objeto del amparo y los hechos en que se fundó la acción y se han acreditado y al marco decisorio institucional que el Tribunal ejerce para evitar daños a los consumidores/usuarios (art.42 de la C.N. y ley 24.240) para lo que he tenido especialmente en cuenta la nueva doctrina de la CSJN. del 05-04-05 en “Ángel Estrada y Cía. S.A. c/Sec. Energía y Puertos”, donde definió la competencia de los entes reguladores y dejó aclarado que no tienen funciones jurisdiccionales ni competencia para dirimir conflictos sobre indemnización de daños y perjuicios derivados de la prestación del servicio. En consecuencia corresponde que cualquier cuestión patrimonial o indemnizatoria sea dirimida por los tribunales ordinarios competentes y no por los tribunales administrativos, arbitrales o entes reguladores. Este criterio se ha consolidado en el precedente “Sadegui S.C.A. c/Aguas Argentinas”, fallado el día 23-08-05 donde se asignó competencia al juez civil -ordinario- en un conflicto por recategorización de inmuebles que llevaba implícita una revisión tarifaria e involucraba directamente a un usuario-consumidor de un servicio de agua potable. Por ello que la solución que se adopta remite necesariamente a un trámite ordinario posterior a los efectos de que se diriman, entre usuarios y consumidores representados por DECOVI. y la prestadora del servicio, las diferencias

patrimoniales a que hubiere lugar según las circunstancias de hecho y prueba de cada caso.

10.- OBITER DICTUM.-

LAS ACCIONES DE CLASE Y EL AMPARO COLECTIVO EXISTENTE EN RÍO NEGRO: ART. 43 DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL Y LEY 2779.-

También se debe tener presente, además de los trabajos ya reseñados, las más recientes posiciones doctrinarias en lo referido a las acciones de clase y las generalidades y especificidades referidas a la tutela de los derechos de incidencia colectiva, que se relacionan –en particular- por la temática a resolver; la legitimación de una asociación y los efectos de la sentencia, a la problemática de autos. Juan V. SOLA en su trabajo “La Constitución y las Acciones de Clase” (JA. 2003-II-891, Lexis Nº 0003/009544) expresa que con la reforma de 1994, al incorporar el derecho a un ambiente sano y los derechos de consumidores y usuarios se ha iniciado un debate sobre los derechos colectivos en la Constitución, incluyendo las acciones de clase para una eficaz defensa de esos derechos. Define a éstas como la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. Es decir que si existe un número importante de actores o de demandados con cuestiones similares para resolver en un pleito, el juez puede permitirles integrarse dentro de una clase.

El fracaso de los acuerdos o de los litisconsorcios es –según Juan V. SOLA- lo que lleva a explicar la existencia de las acciones de clase. En este tipo de acciones normalmente existe un representante de la clase que es generalmente el abogado principal de la demanda; él es quien representa los intereses de todos los miembros de la clase, aun cuando no tenga un mandato de ellos. Integran la clase todos los que tengan agravios similares contra un demandado; la determinación de la similitud de los agravios debe ser apreciada por el juez que certifica la clase, lo cual no es una tarea sencilla ya que la extensión del daño recibido puede variar en cada actor. De este modo concluye que en este tipo de acciones se reducen los costos de prueba, de honorarios de letrados, del esfuerzo en demandas diferentes y, finalmente, del procedimiento en múltiples juzgados.

Alberto B. Bianchi (RAP. Nº 235, Abril 1998), sostiene que desde la privatización de los servicios públicos se han revitalizado palabras como cliente, usuario, o consumidor. Mientras la mayoría de los servicios públicos fueron prestados por empresas estatales, la defensa de los derechos de los consumidores, clientes o usuarios de dichos servicios era una cuestión jurídicamente no desarrollada y prácticamente inexistente. La reforma constitucional de 1994 ha sido clave en este terreno. No caben dudas –reitera- de que la unidad temática constitucionalizada en los Artículos 41, 42 y 43, ha adquirido un brillo e interés singular que se propaga diariamente y con ella el interés una vez más por el estudio de los derechos de incidencia colectiva. El Artículo 43 de la Constitución ha incluido la protección de los derechos colectivos en el marco procesal del amparo.

Cabía preguntarse entonces si ésa es la única vía de protección que poseen o existe otra. La Corte resolvió el interrogante en "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Pcia. de Buenos Aires", (22-4-97, La Ley 1997-C-322), estableciendo que también procedía la acción meramente declarativa a esos fines. Entiende Bianchi que uno de los problemas centrales cuando una sentencia se dicta en el marco de un proceso con legitimación colectiva, especialmente si el grupo de individuos es indeterminado, es el de los efectos de la misma. En nuestro derecho rige todavía el principio secular del efecto inter partes de la sentencia que ha dado lugar a posiciones doctrinarias encontradas cuando se trata de la impugnación judicial de reglamentos. ¿Hasta qué punto está preparado nuestro derecho procesal para enfrentar el cambio radical que la legitimación colectiva e indeterminada produce en los efectos de un pronunciamiento judicial? Tengamos presente que la admisión de los derechos de incidencia colectiva es la causa eficiente del abandono del viejo principio, o al menos de una importante morigeración. A partir de ahora las sentencias ya no tendrán solamente efectos inter partes. Tendrán efectos inter partes o erga omnes según como esté planteado el caso, y según la

naturaleza de los derechos en juego. Con vicisitudes varias, las asociaciones de consumidores van

ganando su espacio procesal. En esta línea pueden verse fallos como: "Consumidores Libres c/Telefónica de Argentina", CNFed. Cont. Adm., S. IV, 17-10-97, La Ley 1997-F-273.12; "Schroder c/Estado Nacional-Secretaría de Recursos Naturales", CNFed. Cont. Adm., S. III, 8-9-94, La Ley 1994-E-449.13; "Consumidores Libres Coop. Ltda c/Estado Nacional", CNFed. Cont. Adm., S. V, 20-10-95, La Ley 1995-E-470.

Otro problema muy vinculado al anterior, sigue el mismo autor, se presenta con los derechos de los individuos no presentes en el proceso pero alcanzados de hecho por los efectos de la sentencia.

El último de los problemas se presenta con la eventual producción de decisiones judiciales opuestas. Si bien ésta es una característica del sistema judicial que al ser difuso y contar con un sinnúmero de órganos diferentes puede producir y de hecho produce soluciones que en ocasiones pueden ser encontradas, la cuestión aquí presenta ribetes algo diferentes. Ya dije más arriba que con la legitimación colectiva a gran escala entra en crisis el principio inter partes de la sentencia y también el concepto mismo de caso judicial. Estamos habituados a pensar en un caso judicial dentro de lo que los norteamericanos llaman el contexto de adjudicación, es decir la resolución individual y concreta de una controversia, que en nuestro país tiene lugar a través de un acto administrativo de alcance individual o bien de una sentencia judicial en el sentido clásico. Así un caso judicial era un conflicto o controversia real y actual entre dos personas legitimadas para plantearlo, que de ordinario finalizaba con una sentencia que constituía el dictado de una norma individual de conducta para las partes. En este contexto la existencia de sentencias encontradas no ha constituido un conflicto serio para el sistema. De hecho en más de cien años de existencia, nadie ha pensado en un posible colapso originado en esta causa. Pero qué ocurre cuando elastizamos notablemente el concepto de caso judicial a fuerza de elastizar la legitimación de quiénes pueden plantearlo. Es evidente que en este caso la estructura del caso judicial cambia y lo que antes era el caso de uno o de algunos pocos es ahora quizás la causa de todos. Si bien es cierto que en caso de pronunciamientos opuestos de distintos tribunales, finalmente habrá una sentencia de la Corte Suprema que dirima la cuestión en forma unívoca, no lo es menos que mientras esperamos esa sentencia una apreciable dosis de incertidumbre se apodera de la situación. En síntesis es loable sin dudas que las puertas de los tribunales que otrora sólo permitían el ingreso de personas individualizadas y concretas, se abran ahora para dar paso a muchedumbres innominadas necesitadas de protección, pero es indudable al mismo tiempo que este cambio estructural requiere de un nuevo ordenamiento procesal susceptible de contenerlo. Toda nuestra estructura procesal está preparada para albergar al viejo caso judicial, pero ciertamente no lo está para las dificultades que presenta el caso colectivo.-

La antigua distribución de tareas efectuada por la Constitución sobre la base de la división de poderes clásica había trazado una clara línea divisora de aguas. Como principio las decisiones generales que alcanzan a un número indeterminado de sujetos corresponden dentro de los límites de sus respectivas competencias al Congreso y al Presidente (y a la Administración que depende de él); en cambio las decisiones de carácter individual que supongan la resolución de un caso o controversia son de resorte del Poder Judicial. Así, puede decirse que los llamados poderes políticos se ocupaban de las cosas generales mientras que el Poder Judicial se ocupaba de las cosas individuales. De allí parten las características típicas de la flexibilización del concepto "caso judicial" y no es ocioso recordar además que en buena medida la construcción de las cuestiones políticas no judiciales ha tenido en mira esta división de tareas, ya que en ciertas ocasiones la ausencia de legitimación ha sido encauzada por el andarivel de aquéllas. Pero ocurre que una evolución que insisto es saludable ha permitido que los tribunales puedan y deban ocuparse también de las cosas generales. La cuestión entonces es encontrar un mecanismo que sirva a dos fines: 1) permitir que los tribunales puedan ocuparse de las cosas generales y 2) que ello no los quite enteramente del ámbito propio dentro del cual actúan: el caso judicial.- - - -

Al respecto cabe una cita de Cassagne, en el artículo "Sobre la judicialización de las cuestiones políticas" (LL, del 14/12/05), afirma que la concepción de los actos de gobierno no tiene vigencia en nuestro sistema jurídico, imponiéndose su supresión ya que los supuestos actos traducen siempre una actividad administrativa controlable en sede judicial; cita a Marienhoff (Tratado de Derecho

Administrativo, T. II pág., 206, 703/704, 763 y ss) quien elaboró la teoría del “acto institucional” con el objeto de independizar esta figura del acto de gobierno o político que había desarrollado la jurisprudencia francesa, la cual respondía a un modelo distinto, basado en un sistema de control cuyo eje no es judicialista. Los problemas que se han descrito en los párrafos precedentes si bien son relativamente nuevos entre nosotros, han sido ya intensamente analizados en el mundo del common law donde se les ha encontrado una solución que data de más de un siglo atrás. La solución ha sido la de las llamadas class actions o acciones de clase, que pueden ser descritas como un sistema procesal en el cual una persona o un pequeño grupo de personas pueden representar a un gran número de individuos que posee un interés común. Para que pueda accionarse a través de este sistema debe demostrarse que es imposible actuar a través de litisconsorcio (joinder) por tratarse de una clase demasiado numerosa o bien que existan dificultades provenientes de la diferencia de jurisdicciones, etc. que también lo hagan imposible. Una cuestión importante a tener en cuenta es que quien representa a la clase puede actuar tanto como actor o como demandado. Si bien lo usual es que sea una clase quien demande, existen casos de clases demandadas. El origen de estas class actions que venimos enunciando, siguiendo a Bianchi, se remonta a Inglaterra, al siglo XVII en la Court of Chancery a través del llamado bill of peace y su propósito consistía en que aquellas personas que tuvieran pequeños reclamos unificados por un mismo interés no perdieran la posibilidad de ejercitarlos. Un bill of peace era permitido cuando el actor demostraba que debido al gran número de individuos que poseían el mismo interés el litisconsorcio (joinder) era imposible o impracticable y que las partes específicamente designadas podían representar adecuadamente los intereses de los no presentados. En los Estados Unidos el empleo de las class actions empezó en el siglo pasado y actualmente existe tanto en el procedimiento federal como en el de los estados. Uno de sus precursores fue Joseph Story en dos obras: Equity Jurisprudence de 1836 y Equity Pleadings de 1838. Sostenía allí Story, que los tribunales de justicia sólo conocían del caso individual planteado entre el actor y el demandado. Los tribunales de equidad por el contrario tenían la posibilidad de traer ante sí a todas las partes a fin de establecer el derecho en forma general y obligatoria. Así durante el siglo XIX las acciones de clase estuvieron limitadas a los procedimientos de equidad, pero en el presente siglo existen dos fechas clave en la historia de las class action que han determinado su extraordinario desarrollo actual. La primera data de 1938 cuando fueron incorporadas a la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal, lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho. Este paso si bien importante dejó subsistente algunos problemas, por ejemplo el de la obligatoriedad del fallo respecto de las personas que no integraron la litis, cuestión que suscitó una importante controversia, lo que tuvo una solución parcial con la redacción de la actual versión de la Regla 23 según la enmienda sancionada en 1966 (Alberto B. Bianchi RAP. N° 235, Abril 1998). Las acciones de clase han permitido el acceso a los tribunales a cientos de miles de personas que por su condición social y económica lo tenían denegado de hecho. Pensemos por ejemplo que el caso "Brown v. Board of Education" de segregación escolar, que constituyó una de las grandes revoluciones sociales en los Estados Unidos, fue planteado como una acción de clase por Linda Brown en ejercicio de sus propios derechos y en representación de todos los demás escolares negros víctimas de la discriminación o segregación racial. A partir de allí todo aquel que se considere representante de una clase puede accionar en nombre propio y en el de aquélla, lo que genera casos de los más diversos, que van desde los protectores del medio ambiente a los adquirentes de heladeras estafados por una empresa comercializadora (Alberto B. Bianchi (RAP. N° 235, Abril 1998).- -----El uso intensivo de las class actions ha generado además y desde hace ya varias décadas dos efectos. Uno sobre los tribunales, especialmente la Corte Suprema, y otro sobre los abogados y el ejercicio de la abogacía. A partir del uso masivo de las acciones de clase la Corte Suprema se ha convertido, en el sentir de algunos, en una suerte de tercera y tal vez la más importante cámara legislativa, ya que al tener potestades para decir el derecho en forma general para grandes grupos de personas, su tarea se asemeja mucho a la de un cuerpo legislativo. De todos modos y tal vez sea ésta una de las razones, las decisiones de la Corte Suprema posteriores a la enmienda de la Regla 23 han intentado poner límites a sus alcances.

-----En cuanto al ejercicio de la abogacía, han facilitado el crecimiento de la denominada Public-Interest Advocay (defensa de los intereses públicos) ejercida por organizaciones especialmente

dedicadas a llevar esta clase de litigios masivos en representación de los derechos de las minorías.

Las acciones de clase tienen un fuerte impacto sobre los denominados casos abstractos, ya que se ha resuelto que aun cuando el caso se haya convertido en abstracto para el representante de la clase el proceso continúa por los restantes miembros.----- En lo que a la Argentina se refiere, entiende Bianchi que resulta difícil establecer la conveniencia de adoptar este sistema, pues las diferencias de variado orden que existen entre nuestro país y los Estados Unidos exigen de una reflexión serena antes de iniciar cualquier intento. Por ello creo que una ley que estableciera el sistema requeriría de un estudio detenido no sólo de los aspectos jurídicos sino también de otros no menos importantes. El sistema impacta por igual entre los tribunales y los abogados. La jurisprudencia de los tribunales norteamericanos nos dice claramente que una de las primeras cuestiones que el juez verifica antes de disponer el trámite de la acción de clase es si el o los representantes de la clase están en condiciones operativas de llevar adelante el proceso. De modo que es necesario montar una organización profesional a estos efectos para que la acción de clase no fracase. Paralelamente el juez que interviene deja de desempeñar el papel que le asignan tradicionalmente nuestras leyes procesales para convertirse en el administrador de un sistema complejo que le exige adoptar decisiones no necesariamente jurídicas, para lo cual la estructura de nuestros tribunales no está preparada. Pues bien, sin pretender agotar con lo que dejo dicho una cuestión tan compleja y en buena medida desconocida para nosotros, me permito decir como primera conclusión que razones de seguridad jurídica imponen en forma imperativa encontrar una solución al problema de la legitimación colectiva a gran escala. Hace poco tiempo Gordillo se quejaba y con razón, de la gran repetición de fallos que existe sobre temas similares o iguales. Es evidente que las class action constituyen una respuesta que si no es la mejor, constituye por lo menos un sistema ya probado, que posee muchas décadas de existencia y que no ha sido reemplazado todavía por otro mejor. Por supuesto que nuestro país no está en condiciones de adoptar las acciones de clase todavía, y sería en consecuencia sumamente desaconsejable que lo hiciera sin haber estudiado antes su adaptación a nuestro medio. De lo contrario repetiríamos experiencias que sólo han servido para frustrar los institutos traídos desde lejos. De modo tal que, como segunda conclusión, me parece que deberíamos comenzar esta tarea, y si los resultados fueran positivos podría iniciarse una práctica de las acciones de clase limitada a ciertos supuestos, evitando caer al menos inicialmente en los puntos más conflictivos que son inevitablemente los que tienen que ver con los reclamos patrimoniales (Alberto B. Bianchi (RAP. N° 235, Abril 1998).- - - ----

-Se han señalado las sutiles diferencias entre la acción de clase y los intereses difusos aludiendo a que 1) las acciones de clases sólo pueden ser iniciadas por los afectados (ya sea uno o varios afectados que actúan en representación del resto); 2) los miembros de la clase deben ser notificados del comienzo de la acción judicial, lo cual permite que puedan ejercer oportunamente las acciones a las que tengan derecho; 3) las personas notificadas pueden presentarse y oponerse a la representación invocada por quien inició la acción; 4) con anterioridad a la notificación de la demanda, el Juez debe resolver si el proceso tramitará como acción de clase. Como puede observarse, el sistema de acciones de clase está diseñado de manera tal de permitir a sus eventuales opositores ejercer sus derechos de forma oportuna. (Julio César Rivera y Julio César Rivera (h.), en "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional" (La Ley, 07-03-2005, p.1).- -----A diferencia del sistema de acciones de clases estadounidense, las asociaciones o el Defensor del Pueblo no tienen la obligación de notificar a los miembros de la clase, a los fines de permitirles el oportuno ejercicio de sus derechos entre ellos, el de oposición a la acción. (Conf. Julio César Rivera y Julio César Rivera (h.), ya citado) - - - - -En síntesis los autores opinan que los intereses patrimoniales divisibles (por más homogéneos que sean) sólo pueden ser tutelados por sus respectivos titulares, ya sea individualmente o mediante la creación de algún sistema de representación colectiva como el de las acciones de clase (en donde los representantes de la clase son también afectados).- - - -----Por su lado Cueto Rúa, Julio, en el artículo "La acción por clase de personas" (LL. 1988-C-952), entiende que en la Argentina se ha seguido la jurisprudencia norteamericana contemporánea de las llamadas acciones por clase de personas (class actions). Este instituto procesal presenta considerables dificultades en su comprensión y en su operación por sus características intrínsecas y por sus significativas

repercusiones económicas, políticas, sociales y culturales. Los juristas de formación continental-romanista experimentan dificultades adicionales de comprensión por las significativas diferencias perceptibles en el derecho procesal vigente en países del common law, respecto de los países de tradición romanista y por los muy serios problemas de traducción planteados por instituciones procesales singulares, carentes de equivalentes en el derecho europeo-continental y latinoamericano.-

-----En los Estados Unidos, tal como extensamente los desarrollamos en anteriores párrafos citando a Bianchi, las acciones por clase fueron aceptadas tempranamente en el desarrollo de su derecho procesal, tanto federal como estadual. Una lista muy ilustrativa de ensayos y artículos y de casos jurisprudenciales se encuentra en Wright, Miller y Kane, "Federal practice and Procedure", t. 7 A, 2ª ed. West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1986. En el caso Smith v. Swormstedt", la Suprema Corte de los Estados Unidos autorizó una demanda representativa (representative suit) promovida en representación de todos los predicadores de la Iglesia Metodista Episcopal del Sur para lograr una sentencia declarativa de los respectivos derechos de cada grupo regional de la Iglesia Metodista Episcopal de los Estados Unidos respecto de fondos que originariamente pertenecían a toda la Iglesia en su conjunto.- - - - -

-----Agustín Gordillo (La Ley, 2005-A-818) en comentario al fallo del Juzgado Nacional de 1a. Instancia en lo Comercial N° 18, 2004-08-31 en autos: "Dirección General de Defensa del Consumidor c. Banca Nazionale del Lavoro", entiende que el mismo muestra muy claramente los problemas que resuelven cada una de las instituciones en análisis.

El fallo acepta una acción de clase, dirigida a la defensa de derechos de incidencia colectiva, incoada con éxito por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires ante un tribunal judicial. Lo hace como autoridad de aplicación defendiendo el interés patrimonial de los usuarios, tal como la legitima el art. 52 de la Ley N° 24240, que en su segundo párrafo dispone que la acción de defensa del consumidor le corresponde a los usuarios, al ministerio público, a las asociaciones de consumidores y a "la autoridad de aplicación nacional y local".- - - - -El autor citado entiende que el tema del fallo es los derechos de los miles o millones de usuarios de tarjetas de crédito, muy similar al problema de los miles o millones de usuarios de servicios privados de salud, de servicios públicos, etc.: los casos o problemas son innumerables, los tribunales judiciales no pueden materialmente atenderlos en forma individual, alguien tiene que hacerse cargo de los derechos de incidencia colectiva cuando los individuos de tantos millones de casos anónimos no pueden -materialmente- tener acceso a la justicia.

Lo que el individuo no puede en todos los casos materialmente hacer para la defensa de su derecho, lo hace mejor quien lo defiende ante las instituciones administrativas y judiciales, o sea la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires, y/o el Defensor del Pueblo de la Ciudad, de la Nación o de las Provincias en su caso. -----Entiende Gordillo que la nueva Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires está transitando el camino correcto, pero su ámbito de actuación es sólo local. No hay suficientes tribunales judiciales y no hay suficientes tribunales administrativos; no hay suficiente participación ciudadana.

Ricardo Lorenzetti comenta la sentencia dictada en fecha 16-3-2000, por la C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, con el voto de los Dres. Martín Farrel y Francisco de las Carreras. En aquellos autos, la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires interpuso demanda contra Edesur S.A., con el objeto de que se repararan los daños sufridos por los damnificados de la Ciudad de Buenos Aires, a raíz de la falta de provisión eléctrica ocasionada por el corte de energía que tuvo lugar el 15-2-1999.- -----Es importante señalar que la Defensoría solicitó la reparación de los daños sufridos por ella misma y por los ciudadanos de la ciudad que hubieran resultado afectados, los que a la fecha de la demanda son indeterminados, pero que serían individualizados en el procedimiento de ejecución de sentencia, mediante una citación pública para que éstos se presenten a estimar y demostrar el daño sufrido.- - - - -

-----En dicha sentencia se fijaron las siguientes reglas: 1) se reconoció la legitimación de la Defensoría del Pueblo para accionar en defensa de derechos individuales, y no sólo de los bienes de incidencia colectiva, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2) se declaró la responsabilidad de Edesur S.A. por los daños sufridos por los usuarios del servicio como consecuencia del corte de electricidad del 15-2-1999; 3) los usuarios que acrediten esa calidad "podrán ocurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que estimen pertinente, o que en cada caso se fije de acuerdo con las particularidades que cada uno pudiera presentar". En esos "eventuales juicios que se inicien para probar y determinar los daños y perjuicios de los usuarios afectados por el corte de energía en cuestión, la demandada podrá plantear -en lo que hace a los daños- aspectos propios de cada caso particular, que no hayan sido materia de este pleito". 4) esos procesos no se acumularán al pleito en el que se dictó sentencia condenatoria.

Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre la decisión, es innegable que tiene una importancia histórica, en el sentido de que mediante ella se crea un ordenamiento procesal específico para el caso. La decisión es trascendente también en relación a la calificación de los daños colectivamente sufridos por un grupo indeterminado de sujetos.-----El juez de grado, en una decisión ratificada por la Cámara, estimó aplicable la Ley N° 24240. Entiende el autor en comentario que la calificación es correcta, toda vez que dicha norma incluye a los que provean profesionalmente servicios (arts. 1 y 2), y específicamente contempla las obligaciones de los prestadores de servicios públicos domiciliarios (art. 25), dentro de los cuales se encuentra el servicio eléctrico. Existen supuestos que la ley excluye, como aquellos casos en que el servicio eléctrico sea utilizado como bien de capital, es decir, para integrarlo en procesos productivos o de comercialización o de prestación a terceros (art. 2), con lo cual quedarían excluidos los comercios, industrias y otros que hubieran sufrido estos perjuicios.-----En virtud de la calificación de la relación jurídica como de consumo, se resuelve que el litigio tramite por el proceso sumarísimo (art. 53, Ver Texto Ley N° 24240). La decisión es acertada, puesto que la ley señala expresamente la aplicación del proceso de conocimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal donde tramita la causa.

En lo que al caso de autos importa los jueces de la sentencia comentada por Lorenzetti, dicen "no desconocemos que no se encuentra prevista en nuestro ordenamiento procesal una acción con las particularidades que presenta la que aquí se deduce, ya que el proceso está regulado en base a una concepción de partes individuales y no colectivas. Sin embargo los jueces debemos acordar protección a los derechos y garantías constitucionales, sin excusarnos en la falta de una ley que los reglamente o de un rocedimiento legal apto para su ejercicio, y es razonable que frente a una gran cantidad de situaciones análogas se dicte una sola sentencia que comprenda a todas".-----
-Siempre siguiendo a Lorenzetti, tomamos su intento clasificatorio de este tipo de intereses: *
Interés individual: 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. Estamos acostumbrados a que se concedan acciones individuales como reconocimiento de un interés individual, sea un derecho subjetivo o un interés legítimo o de hecho no reprobado por la ley. *
Intereses pluriindividuales homogéneos: El interés es individual, la legitimación es individual, pero el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión. Puede haber también muchos individuos interesados en la misma cosa: por ejemplo cuando un jubilado reclama el reajuste de su haber, y el juez le da la razón, puede haber miles en la misma situación, como ha ocurrido en la Argentina. Por eso es razonable que se dicte una sentencia que sirva para todos los casos similares, dándosele efectos erga omnes a la cosa juzgada. El interés es individual, la legitimación es individual, pero hay homogeneidad objetiva entre todos ellos y es susceptible de una sola decisión. Este es el supuesto tratado en la sentencia. *
Interés transindividual 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 del Estado (interés público). En el interés individual, pluriindividual y grupal, hay una relación directa con su titular. Este vínculo se asemeja a la misma noción difundida en el derecho privado patrimonial: disfrute sobre un bien o una cosa, calcada sobre el modelo del dominio; hay

una relación de inmediatez. En cambio, en los colectivos, que importan a la sociedad en su conjunto o bien a una generalidad indeterminada de sujetos, no hay un vínculo directo entre una persona y ese tipo de interés. No hay nada que se le parezca al vínculo dominial ni a su inmediatez. Es característica de los intereses difusos su indivisibilidad: si son generales y no hay relación de inmediatez en el disfrute, no hay posibilidad de dividir su goce. En virtud de ello se designa a un representante, el Estado, y se da a ese interés general el carácter de público. El titular es la comunidad, el legitimado es el Estado, el interés es público. Es importante aclarar que esta cotitularidad no surge de un contrato ni de una obligación legal, sino de un contrato social, o de hecho, cuya cercanía es reconocida por el legislador como supuesto de hecho de la cotitularidad. En cambio, en los intereses colectivos, en los que hay un grupo, existe una relación jurídica, no de hecho, que funda la cotitularidad.- Los bienes transindividuales importan una mudanza de sede paradigmática, puesto que se ubican en el ámbito de un derecho privado colectivo, donde cambia también la mayoría de las categorías utilizadas para los bienes individuales.- - - - -

----Los bienes individuales homogéneos permanecen en el campo de los derechos individuales, pero su masividad perturba un modelo pensado para administrar conflictos individuales. Los problemas en este campo son básicamente de administración de justicia y orientados a garantizar el acceso de grandes grupos de dañados a una solución pronta y eficaz.- - - - -

--La terminología utilizada para calificar este fenómeno es todavía variada y no muy precisa. En Estados Unidos se los califica como Masive Tort litigation y en la Argentina se ha preferido la calificación de "Daños colectivamente sufridos". Es posible distinguir, entre "Derecho privado individual" y "Derecho privado colectivo"; dentro de este último se tratan una serie de problemas vinculados a bienes colectivos, pluriindividuales, grupos. Uno de los aspectos lo constituyen los daños colectivamente sufridos.

----Dentro del derecho privado colectivo se pueden distinguir los daños colectivamente causados de los colectivamente sufridos. Dentro de estos últimos existen las categorías de daños a intereses transindividuales (colectivos y difusos) y plurindividuales (daños masivos). Dentro de los daños masivos o colectivamente sufridos, se separan los "accidentes masivos" y los "daños masivos". Los accidentes masivos envuelven situaciones en las cuales una cantidad de personas es dañada en un solo evento, como ocurre en un accidente de aviación, o en la explosión de una bomba, incendios en estadios, etc.. En los de "daños masivos", se presentan supuestos en los que no hay un solo evento, sino múltiples actos, problemas de causalidad, de competencia, de oponibilidad de eximentes, arribándose a litigios de gran masividad y alta complejidad de resolución.- - - - - El problema es facilitar el acceso a la justicia de una gran cantidad de personas, lo cual plantea problemas procesales arduos, que involucran las relaciones entre "Comunidad y Proceso" y reformulación de la teoría misma en aras de un "proceso justo".

----En los últimos tiempos se han dictado varias sentencias con efectos erga omnes, lo que ha sido comentado favorablemente por Gordillo como una forma de solucionar la crisis del acceso a la justicia. En la doctrina procesalista también hubo numerosos pronunciamientos en favor de la interpretación amplia de los textos constitucionales para favorecer el amparo colectivo.- - - ----En el plano político, señala Quiroga Lavié "que la acción pública es un poder de control que tienen los integrantes de la sociedad, dirigido a lograr el equilibrio del sistema social,

conforme al programa legislativo vigente y a los principios fundamentales que garantizan su subsistencia. La acción pública es un activante de las funciones administrativas cuando éstas no son cumplidas espontáneamente por los poderes públicos".- - - - ----Jorge M. Galdós, comentando el mismo fallo expresa que comparte la solución del decisorio -suscripto por los jueces Francisco de las Carreras y Martín D. Farrell- en cuanto reconoce aptitud representativa a la Defensoría del Pueblo para aglutinar daños pluriindividuales diferenciados, derivados de la irregular prestación de un servicio público y -entre muchos otros tópicos sobresalientes- consagra jurisprudencialmente el proceso colectivo.

----El interés grupal, entonces, se transmuta en colectivo cuando es ejercido administrativa o

jurisdiccionalmente por un ente, organización o sujeto singular, con aptitud representativa, que aglutina a todos y a cada uno de los intereses individuales que, de ese modo, se diluyen (sólo en su titularidad o pertenencia). Así "todos" están representados en esa entidad u órgano que concentra en sí la totalidad de los perjuicios.- - Es suficiente que el interés lesionado sea legítimo, lícito, serio y justo aunque, cuando ese interés grupal es de naturaleza objetiva, el bien lesionado no esté expresamente protegido jurídicamente con status normativo.

-----Este autor propone que el interés diferenciado autónomamente e indeterminado o determinable grupal o comunitariamente, sea el criterio que permita categorizarlo, por lo que -de ese modo-, no son acumulables los daños colectivos, así concebidos, con daños individuales o plurales si no conculcan otro u otros intereses particularizados del damnificado o de una pluralidad de víctimas.

-----El derecho del usuario del servicio público incluye que su prestación sea adecuada, de calidad y eficiente generador del pertinente derecho resarcitorio, canalizado generalmente a través del reclamo individual o colectivo, por la actuación del Defensor del Pueblo de la Nación, el de la Ciudad de Buenos Aires y, muy activa y provechosamente, por las entidades de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.- - - - -Concluye, Galdós, que el proceso colectivo admite, al menos, una doble funcionalidad: la tutela de los derechos colectivos condensados en órganos públicos o privados que ejerciten una acción de prevención, reposición o resarcimiento del perjuicio que "es de todos y por ello no es de nadie en particular" y el reclamo por daños pluriindividuales diferenciados y acumulables, por razones de celeridad y economía, que pueden también recaer en idéntico legitimado activo.- - - - -En nuestra Provincia, la situación se simplifica sustancialmente, y ya era así con anterioridad a la reforma de la Constitución Nacional del año 1994. En efecto el artículo 43 de la Constitución Provincial, texto vigente desde 1988 se prevé el derecho a promover la acción para el ejercicio de los derechos individuales y colectivos. A su vez el ejercicio del amparo de los intereses difusos y derechos colectivos se encuentra regulado expresamente por la Ley N° 2779.- - - - -En el artículo 2° de la citada norma provincial, se estatuye que el amparo procederá –entre otros supuestos- cuando se entable en relación con la protección y defensa de los derechos del consumidor, tanto de productos como de servicios de cualquier tipo, sean éstos públicos o privados, individuales o colectivos.- - - - -Además la misma norma prevé tres tipos soluciones: 1.- La acción de prevención; 2.- La acción de reparación en especie y 3.-La acción de reparación pecuniaria por el daño producido a la comunidad.- El presente resolutorio se inscribe en el marco preventivo (arts. 3° y 18 Ley 2779).- ASI AMPLIO MI VOTO.

A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:- - - - -

-----Atento la coincidencia de los señores jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión (art.39 L.O.).

A la segunda cuestión los señores Jueces doctores Luis LUTZ y Víctor H. SODERO NIEVAS dijeron:- - - - -Según ya lo anticipamos al concluir la consideración de la "primera cuestión", en los supuestos denunciados en la demanda, el cobro de la llamada a partir de presionar la tecla SEND puede importar una práctica comercial abusiva dada la ausencia de comunicación efectiva entre quien llama y quien debería ser el receptor de tal llamado. La facturación basada en el uso realizado de la línea, cargada a quien en definitiva es la parte más débil de la relación de consumo, no tiene apariencia de justa -o "razonable" en la expresión del art.35 del reglamento supra aludido- de ninguna manera y amerita su revisión judicial en un ámbito de mayor debate y prueba, máxime cuando en caso de dudas las normas en esta materia deben ser interpretadas a favor del consumidor y usuario, tal caso como señalara previamente.- - - - -Conforme ya sostuvimos, en este sentido, la cláusula 12.1 del Pliego (ratificado por Dec. N° 1461/93) que luce a fs. 64, indica: "Los precios correspondientes a los servicios de telefonía móvil serán libres y de exclusiva responsabilidad del licenciatario...", es de fecha anterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, de la Ley N° 24240 y las resoluciones derivadas de ellas; y por otra parte nunca puede entenderse como ilimitada y sin control jurisdiccional.- - - - -Con esos

fundamentos, y la doctrina mayoritaria de relevancia en la materia, cabe considerar que en principio existen ciertos aspectos que dan andamiaje a la verosimilitud de una presunta actitud abusiva en el cobro de tarifa desde el momento en que se acciona la tecla SEND y no se efectiviza comunicación alguna, así como la colocación compulsiva y sin previa autorización del usuario de los servicios de contestador automático.

Reiteramos que la Ley N° 24240 reguló en su capítulo 13 las acciones judiciales atinentes a esta problemática, permitiéndole al consumidor, al usuario, a las asociaciones de consumidores, a la autoridad de aplicación nacional o local, y al Ministerio Público, promover las acciones judiciales cuando sus intereses resultaran afectados o amenazados; y el Decreto N° 2089/93 que vetó el original art. 54 en lo referido al alcance de la cosa juzgada sólo para el demandado, quedó sin aplicación, con lo cual le dio proyección "erga omnes" en cualquier tipo de procesos, aún en caso de desestimación de la demanda (Juan Carlos Hitters en LL. 24 oct. 2005, ps.1 a 8).

Asimismo, que las Resoluciones N° 53/2003 de la Secretaría de la Competencia, Desregulación y Defensa del Consumidor, así como las N° 26/2003 y N° 9/2004, de la Secretaría de Coordinación Técnica (que amplían a la primera) han determinado las cláusulas que no pueden ser incluidas en los contratos de consumo por ser opuestas a los criterios establecidos en el art. 37 de la Ley N° 24240 y su reglamentación. Ello por cuanto en los términos del art. 42 de la C.N. los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, entre otros, a la protección de sus intereses económicos y a condiciones de trato equitativo y digno, correspondiendo a las autoridades la protección de los mismos, enunciándose las cláusulas que no pueden estar contenidas y establece el principio de que cuando otras normas generales y especiales establecieran condiciones de contratación más favorables al consumidor se estará a lo dispuesto por éstas. En particular se observa la enunciada en el inciso a) de la Res. N° 53/2003 que considera abusivas aquellas cláusulas que confieran al proveedor el derecho exclusivo de interpretar el significado, alcance y cumplimiento de las cláusulas contractuales y las prestaciones respectivas.

-----Por tales motivos y en atención al plexo normativo y reglamentario citado, principalmente a partir de las interpretaciones de reciente data por parte de Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto; la naturaleza jurídica de la cuestión planteada; y la doctrina del S.T.J. en cuanto a los institutos de los arts. 43, 30 y cc de la Constitución Provincial y 43, 42 y cc. de la Constitución Nacional, y en particular de la Ley 2779, corresponde declarar la procedencia parcial de la acción de amparo colectivo, suspendiendo por noventa (90) días los términos y condiciones contractuales que en ese contexto se presentan como abusivas al ser cláusulas por las que se impone unilateralmente a los usuarios de la requerida residentes en la Provincia de Río Negro: a) el pago de la tarifa desde el momento en que se accione la tecla "SEND"; b) la instalación sin su previa autorización de los servicios de "UNIMEMO" o "MEMOFACIL" o similar o cualquier otro contestador automático.- En ambos casos, mientras no medie nuevo y expreso consentimiento del usuario.- Y dejar al arbitrio de los amparistas canalicen –si se consideran con derecho- por una la vía ordinaria ulterior con tal mayor debate y prueba la consideración y el pronunciamiento en definitiva sobre dichos aspectos de la relación contractual ante el órgano jurisdiccionalmente competente, por ser esa materia en principio ajena a la acción de amparo según la propia doctrina legal del S.T.J., incluyendo las eventuales nulidades de cláusulas contractuales establecidas en los términos antes descriptos, que pudieran colisionar con la Ley Nacional N° 24240, la Ley Provincial N° 2817, el art. 42 de la Constitución Nacional y el art. 30 de la Constitución Provincial y complementarias, plazo en el cual las partes deberán cumplir fielmente las demás obligaciones contractuales de la relación que les vincula y las que en definitiva resulten del pronunciamiento del órgano jurisdiccional competente que conozca y resuelva en el fondo del asunto.- ASI VOTAMOS.- -----

A LA SEGUNDA CUESTION: El Señor Juez doctor Alberto I. BALLADINI dijo:

Atento la concidencia de los señores jueces preopinantes, me abstengo de emitir opinión (art.39 L.O.).

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E:

Primero: HACER LUGAR PARCIALMENTE a la acción de amparo colectivo interpuesta por la Asociación Civil "DEFENSA AL CONSUMIDOR DE VIEDMA" (DECOVI), suspendiendo por noventa (90) días –según los considerandos- los términos y condiciones contractuales de las cláusulas por las que se impone unilateralmente a los usuarios del servicio de telefonía celular de la requerida, residentes en la PROVINCIA DE RIO NEGRO: a) El pago de la tarifa desde el momento en que se accione la tecla "SEND".- b) La instalación con cargo sin su previa autorización de los servicios de "UNIMEMO" o "MEMOFACIL" o similar o cualquier otro contestador automático.- Segundo: COSTAS POR SU ORDEN en atención a la naturaleza y la opinabilidad de la cuestión planteada.

Tercero: Regístrese, notifíquese y oportunamente, archívese.

Fdo.:LUIS LUTZ JUEZ VICTOR HUGO SODERO NIEVAS JUEZ ALBERTO I. BALLADINI JUEZ
EN ABSTENCIÓN(art.39 L.O.) ANTE MI: GUSTAVO GUERRA LABAYEN SECRETARIO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

PROTOCOLIZACION Tomo I-Se. N* 19-Folios 154/230-Sec. N* 4.