

Amparo Colectivo Inexistencia De Homogeneidad Factica Rechazo De La Demanda

JURISPRUDENCIA

Amparo colectivo. Inexistencia de homogeneidad fáctica. Rechazo

de la demanda Se revoca el fallo que había acogido parcialmente la demanda, admitiendo la defensa de falta de legitimación por falta de acción y rechazando, por ende, la acción de amparo colectivo deducida con fundamento en el cobro de precios diferenciados en la comercialización de productos al contado y a crédito. En Buenos Aires, a los 14 días del mes de junio de dos mil diecinueve reunidos los Señores Jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por: ?ACYMA ASOCIACION CIVIL c/ PERCOMIN I.C.S.A. s/ ORDINARIO?, en los que según el sorteo practicado votan sucesivamente los jueces Ángel O. Sala, Hernán Monclá y Miguel F. Bargalló. Estudiados los autos, la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 647/691? El Juez Ángel O. Sala dice: I. a) La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la acción de incidencia colectiva incoada por Acyma Asociación Civil (en adelante, ?Acyma?) contra Percomin I.C.S.A. (en adelante, ?Percomin?) -quien desarrolla su actividad bajo el nombre comercial de ?Las Malvinas?-, con fundamento en el cobro de precios diferenciados en la comercialización de productos al contado y a crédito.

En atención a lo solicitado por la accionante, el magistrado de grado condenó a la encartada a: (i) la restitución de las sumas ilegalmente percibidas -con más sus respectivos intereses desde la fecha de facturación de cada suma-; (ii) el cese inmediato de la infracción repudiada; y (iii) el pago de \$ 1.000.000 en concepto de daño punitivo. Asimismo, rechazó la excepción de falta de legitimación activa y la petición de aplicación de multa a la parte actora y a su asistencia letrada. La excepción de prescripción intentada por Acyma encontró parcial acogida, en tanto el a quo aplicó al caso el plazo prescriptivo decenal del artículo 4023 del CCiv. b) Para decidir del modo indicado precedentemente, el juez de la primera instancia, al tratar la legitimación de la asociación civil, consideró que para la procedencia de la acción resultaba un requisito esencial la presencia de una homogeneidad fáctica, o sea que los integrantes del grupo se encuentren en una situación de hecho sustancialmente análoga frente al conflicto, mas destacó que ello no giraba en derredor de una estricta noción de indivisibilidad. Pues, tal como lo señaló, la propia Corte Suprema habría consagrado la posibilidad de que las asociaciones de defensa al consumidores lleven a cabo la tutela de ?intereses individuales homogéneos?. Por su parte, juzgó que las particularidades señaladas por la encartada en torno a la identidad del sujeto que llevó a cabo la compra y su proceder resultaba insustancial, en tanto el fin de la causa está dado por determinar si la citada a juicio ha violado el artículo 37, inciso c), de la ley 25.065 y no en el modo en que las asociaciones acceden a las denuncias. En lo atinente a la procedencia parcial de la defensa de prescripción, concluyó que el encuadre jurídico impuesto por la accionante importó el ejercicio de una acción de ?enriquecimiento incausado? (CCiv. 794) y siendo que la misma no contaba con un plazo especial para su ejercicio, cabía remitirse al decenal establecido por el artículo 4023 del CCiv. A la hora de tratar el fondo del asunto, resultó dirimente para el a quo la prueba de la práctica contra legem, acreditada -según su entender- a la luz de la pericia contable producida en autos. Tal proceder produciría confusiones en el consumidor y desatendería no sólo la estipulación del inciso c) del artículo 37 de la ley 25.065 de Tarjetas de Crédito, sino también los artículos 5 y 9 de la ley 22.802 de Lealtad Comercial, los artículos 4, 8 bis y 10 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y el artículo 42 de la Carta Magna. Destacó, asimismo, una serie de resoluciones de los organismos de aplicación -la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor y la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción- que adecuaron sus disposiciones a los principios rectores expuestos por la normativa enunciada. A ello lo agravaba el hecho de que la situación de quien se dedica a comercializar un producto haciendo de ello su profesión habitual no es equiparable a la del comprador profano o a la del consumidor, por lo que se prevén soluciones a fin de elevarlo a una posición de igualdad real y seguridad jurídica a la hora de informarse sobre los productos y servicios ofrecidos. Estimó el magistrado que al momento de esbozar su defensa, la encartada no cuestionó la constitucionalidad de la norma sino que afirmó haber acatado el mandato legislativo, por lo que correspondía acudir a la prueba producida, no haciendo al objeto de la controversia atender la virtualidad de los tickets de compra, como así tampoco la identidad del documento del adquirente señalado o la titularidad de la tarjeta de créditos comprometida. Resaltó que la suerte de la accionada quedó supeditada al resultado de los puntos periciales formulados por la contraria en torno a sus libros, documentación respaldatoria y registros informáticos, en tanto no ofreció dicha probanza, desistió de las pruebas confesional y testimonial y fue declarada negligente en la informativa dirigida a la AFIP. Los resultados de la experticia brindaron la suficiente convicción al magistrado para decretar la procedencia de la acción. Pues, conforme expuso, la planilla de cálculo elaborada en base a muestreos de los años 2011 a 2014 permitía concluir que la demandada facturó sus artículos a diferentes precios, verificándose al menos tres situaciones

distintas: (i) a pesar de haber abonado un determinado producto con tarjeta de débito o crédito y de obtener descuentos o bonificaciones bancarias, el precio seguía siendo menor para las operaciones al contado; (ii) con presupuestos idénticos, el consumidor abonaba un precio igual o similar al de las operaciones de contado; (iii) no obstante persistir los mismos antecedentes, el precio era superior para las operaciones de contado. Concluyó el sentenciante que las planillas elaboradas por el perito oficial eran ilustrativas del manejo discrecional evidenciado, de cuyo estudio se puede desprender que la diferencia porcentual promedio en los montos de las operaciones efectuados al contado o a crédito fue de 12,37% para el año 2011, 17,42% en 2012, 22,57% durante el año 2013 y 15,34% en 2014. El informe pericial, inobservado por la defensa, reflejaría así una práctica abusiva, de mala fe y contraria a la ley. Ordenó el magistrado además la inmediata declaración de cese de la práctica verificada en transgresión con lo dispuesto por el artículo 37, inciso c) de la ley 25.065, imponiendo a los expertos designados de oficio verificar dicho estado de situación, para lo cual habrán de concurrir a todos los locales de la demandada, y a la sede social de la misma, en condición de Oficiales de Justicia ad-hoc y labrar un acta de constatación dando cuenta del cumplimiento de la manda de la ley en tal sentido. Luego de analizar el daño punitivo y su carácter, valoró el sentenciante que se encontraba cabalmente acreditado el menoscabo del conjunto de consumidores cuya tutela procurara Acyma, con un enriquecimiento cuyo porcentual promedio era aproximadamente del 17% de la facturación. Por ello, determinó la aplicación de la multa civil en la suma de \$ 1.000.000 -a la fecha del dictado del pronunciamiento-, para lo que tuvo en consideración la gravedad del incumplimiento, el carácter de comerciante profesional y las dificultades por las que debieron atravesar los usuarios a fin de obtener el reconocimiento de su derecho. Dicha cifra habrá de ser distribuida en forma proporcional al perjuicio entre todos los afectados, quedando a cargo de Acyma el llevar a cabo las cuentas al efecto y debiendo la multada afrontar los costos de la publicidad edictal que ello demande a través de los mecanismos a delinarse en la ejecución de la sentencia. Finalmente, estimó la inexistencia de justificación alguna para la aplicación de la multa que se pretendía por el supuesto falseamiento del hecho fundante del reclamo, pues ponderó que la conducta ilegal de la defensa en el ejercicio de su actividad comercial importó un enriquecimiento injustificado en detrimento de los usuarios. Asimismo, aclaró que la demandada obvió acreditar por medios idóneos la participación que atribuye a los nombrados en el concilium fraudis, por lo que correspondería aplicar el principio de presunción de inocencia. II. El pronunciamiento de grado fue apelado por la demandada a fs. 698 y la actora a fs. 701. Mientras la primera fundó su queja a fs. 719/743, Acyma hizo lo propio a fs. 744/749. Los mismos obtuvieron respuesta de las contrapartes a fs. 757/786 y 751/755, respectivamente. Los agravios de Percomin versaron sobre: (i) el rechazo de la excepción de falta de legitimación activa (inexistencia de caso y de intereses individuales homogéneos); (ii) la aplicación del plazo decenal de prescripción; (iii) la arbitraria interpretación de la prueba producida en autos; (iv) la extensión de la condena por los diez años anteriores a la fecha de la demanda cuando la prueba producida refiere a los 3 años inmediato anteriores; (v) la falta de aplicación del derecho vigente y aplicable al caso (Resolución 51-E/2017 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Producción); (vi) la ausencia de determinación de las sumas por las que se condena a Percomin restituir a los consumidores; (vii) la incorporación del impuesto al valor agregado cuando se trata de consumidores finales; (viii) la arbitraria, injustificada e irrazonable aplicación de la sanción punitiva; y (ix) la irrazonabilidad y el exceso en la publicidad dispuesta para el anociamiento a los eventuales beneficiarios. De su lado, Acyma se agravó por: (i) la admisión parcial de la defensa de prescripción incoada por la accionada (dies a quo del lapso e interrupción por la reiteración de infracciones); y (ii) la fecha de inicio para la actualización de la suma otorgada en concepto de daño punitivo. III. La Fiscal General ante esta Cámara se expidió a fs. 618/638 propiciando la confirmación de lo decidido en la sentencia recurrida. IV. a) Corresponderá, en primer lugar, avocarse al análisis del agravio de la accionada relativo a la falta de legitimación activa. Percomin I.C.S.A. sustenta su queja en dos cuestiones centrales. La primera de ellas está dada por la inexistencia de controversia o ?causa judicial?, afirmación que reposa sobre los antecedentes fácticos de las compras cuyos comprobantes Acyma aportó a los fines de demostrar la procedencia de su reclamo. Además de ciertas apreciaciones respecto de diferencias entre el nombre y número de DNI del adquirente, puso de resalto una primera operación realizada con tarjeta de crédito -posteriormente anulada- que no había sido informada por la accionante. En conjunción con ello, consideró que la asociación civil no pudo demostrar la infracción al artículo 37 de la ley 25.065 que le pretende achacar; en este sentido, subrayó que lo expuesto no se centra en determinar ?cómo la asociación actora llegó a una denuncia? sino que se trata de una operación artificiosa exhibida parcialmente para poder alegar la presencia de una controversia judicial ficticia e irreal. La restante columna de su agravio estuvo basada en la inexistencia de derechos individuales homogéneos en el sentido expuesto por la Corte Suprema en el fallo ?Halabi?. Pues consideró que quedó demostrada la multiplicidad de situaciones fácticas que conllevarían a que no se pueda dictar válidamente una misma sentencia respecto de todos ellos. b) En lo tocante al segundo de los argumentos esbozados por Percomin, destáquese que esta Sala ha admitido la legitimación para obrar de las asociaciones de consumidores o de los organismos de defensa del consumidor en resguardo de intereses patrimoniales individuales (esta Sala, 10.05.05, ?Dirección General de Defensa del Consumidor G.C.B.A. c/ Banca Nazionale del Lavoro?; ídem, 12.05.06, ?Unión de Usuarios y Consumidores c/ Citibank N.A.?

ídem, 30.04.15, "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ BNP Paribas"), pero siempre sobre la base de un denominador o interés común homogéneo que justifique razonablemente esa alegada representatividad (esta Sala, 17.02.10, "Damnificados Financieros Asociación Civil p/su Defensa c/ Lehman Brothers"). En el caso de marras, no se encuentra cuestionada la legitimación de una asociación civil frente a la existencia de intereses individuales homogéneos, sino que el reclamo de Acyma reúne esas características. Para dilucidar esa cuestión son de fundamental importancia las consideraciones formuladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en la causa "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25.873 Dto. 1563/04" del 24.02.09 (Fallos 332:111), respecto de las cuales la encartada también hizo referencia. El Máximo Tribunal destacó que "...en materia de legitimación procesal corresponde (...) delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos..." (considerando 9°; el subrayado me pertenece). Puntualizó que "...la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular... (pues) ...esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados" (considerando 10°). Asimismo, refirió que "la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos", agregando que "En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea". Y dijo que esa homogeneidad fáctica y normativa "lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño". Expuso que frente a la inexistencia en nuestro derecho de una ley que reglamente el ejercicio de estas acciones, la disposición constitucional "...es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular" (considerando 12°; el subrayado me pertenece). Profundizando lo expuesto, precisó que "...la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado..." (considerando 13°; el subrayado me pertenece). La doctrina relativa a la posibilidad de accionar colectivamente en tutela de intereses individuales homogéneos y sus requisitos, fue reiterada luego por el Alto Tribunal en otros antecedentes similares, en los que remitió al fallo "Halabi", reafirmando la aplicabilidad de tal criterio (CSJN, 21.08.13, "Padec c/ Swiss Medical S.A s/ nulidad de cláusulas contractuales"; ídem, 24.06.14, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A."; entre otros).

A tenor de tales argumentos, resulta insoslayable que para lograr la viabilidad de la acción es necesario que se presenten los tres elementos que la Corte estableció en el precedente "Halabi": a) la verificación de una causa fáctica común -esto es la existencia de un hecho que podría causar lesión a los derechos de varios sujetos individuales-, b) la pretensión debe estar enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y no en lo que cada individuo puede peticionar, y c) el interés individual considerado aisladamente no justifica la promoción de la demanda. Si bien la forma en que ha sido planteada la acción (v. fs. 25) guarda la apariencia de sostener una causa fáctica común de un colectivo que habría efectuado "compras de productos en los locales de la demandada y abonaron un precio distinto al de contado al pagar con tarjeta de crédito o débito, en abierta violación de las normas vigentes, especialmente del art. 37 de la ley 25.065 de tarjetas de crédito", lo cierto es que luego de analizar la prueba producida en el sub-lite, incluso el caso que habría dado origen al pleito, es que concluyo que esa homogeneidad fáctica requerida por el Alto Tribunal no es tal. Y aquí es donde este tópico se debe analizar junto con el primero de los argumentos esbozados por la accionada relativo a lo que denomina "inexistencia de controversia o causa judicial".

c) Detengámonos en primer lugar en el caso que llevó a la asociación civil a presentar esta acción colectiva. Acompañó Acyma dos facturas originales del día 1.12.12 instrumentando, cada una de ellas, la compra de una sandwichera Arma SM 8910. El documento Nro. ... da cuenta de la adquisición del mencionado electrodoméstico por la suma de \$ 200 pagaderos con "VISA 1 pagos cupón 139/280 [sic]", por el señor Pablo Huerta, DNI ... (v. fs. 24). Por su parte, la restante factura Nro. ..., emitida tres minutos más tarde, donde consta el nombre del mismo vendedor, revela la adquisición de idéntico producto por \$ 190, abonado al contado ("CAJA EFECTIVO PERCOMIN"). En esta última no fue individualizado el nombre del comprador (v. fs. 23). De su lado, al contestar demanda, Percomin no sólo acompañó el cupón de pago con tarjeta de crédito al que refiere una de las facturas (y que no había sido presentado por Acyma) sino que hizo lo propio con dos cupones adicionales que cambian el cuadro de situación que venía planteado inicialmente en la acción colectiva. De los comprobantes de fs. 112 y 113 puede extraerse que el mismo 1.12.12, con anterioridad a las dos operaciones relatadas, se llevó a cabo una compra (factura Nro. ..., inmediata anterior a la de fs. 24) por la suma de \$ 190, con tarjeta Visa en una sola cuota (v. fs. 112). Dicho comprobante luce suscripto por Pablo Huerta (el nombre está impreso) con DNI ... Exactamente seis minutos más tarde, fue emitido un nuevo cupón gestionando la devolución o cancelación de dicha operación (v. fs. 113), con el mismo nombre

impreso, firmado y con idéntico número de documento escrito a mano. Si bien no obra en el expediente la factura por esa adquisición, la suma de coincidencias (adquirente, momento de la operación y cifra) hacen presumir con un alto grado de certeza que se trata de una primer compra de la sandwichera que posteriormente fue cancelada. Asimismo, Prisma Medios de Pago S.A., en su carácter de prestadora de servicios a los bancos licenciatarios de la marca Visa, informó que no podía expedirse acerca de la autenticidad de las copias de los comprobantes de ventas (cupones) y comprobante de devolución, sin perjuicio de que afirmó que las operaciones indicadas en éstos son coincidentes con los datos registrados en sus sistemas informáticos (v. fs. 435). Llegado este punto, cuadra preguntarse qué circunstancias cambiaron para que minutos después el mismo producto sea facturado a \$ 200, tal como consta en la factura de fs. 24. Esta diferencia reposaría además de en la extensión de la garantía por \$ 20 -razón por la cual el total de la operación alcanzó los \$ 220- en la financiación. Pues, si bien la nota al pie del documento acercado por Acyma expresamente dice "1 pagos [sic]", del comprobante de fs. 114 -cuyos datos relativos a lote, ticket y Nro. de factura son coincidentes con los de fs. 24 y su autenticidad afirmada por Prisma a fs. 435- fluye que la compra se realizó en tres cuotas. Destáquese asimismo que aún cuando el número de tarjeta de crédito que figura en la factura no es coincidente con la finalización del mismo que obra en el cupón, ello obedece a que al primer documento le falta una cifra (sólo cuenta con quince, cuando deberían ser dieciséis, por eso finaliza en 777 sin el 1); no obstante, la finalización 7771 de los cupones coincide con lo informado por Prisma Medios de Pago (v. fs. 435) y Banco Santander Río (v. fs. 454). En este estado de situación, juzgo que la prueba aportada por la asociación civil no es conteste en confirmar el incumplimiento al artículo 37 de la ley 25.065. Recordemos que el inciso c) de esa norma expresamente obliga al proveedor a "no efectuar diferencias de precio entre operaciones al contado y con tarjeta". Sin embargo, aquí contamos con dos operaciones realizadas por la suma de \$ 190, una de ellas con tarjeta de crédito Visa en un pago (v. fs. 112) y otra en efectivo (v. fs. 23); mientras que la restante por \$ 200 fue abonada en cuotas (v. fs. 113). Así pues, la diferencia no estuvo dada por el medio de pago (contado o crédito/débito) sino POR LA FINANCIACIÓN. Todo ello sin contemplar la extraña situación -cuanto menos- suscitada en torno a la identidad del consumidor. Pues, según la prueba de autos: (i) el documento consignado en los comprobantes de compra con tarjeta de crédito y en la factura corresponde al señor Marcelo Javier Fernández (v. informe del Registro Nacional de las Personas a fs. 431/433); (ii) la tarjeta de crédito finalizada en ... pertenece al señor Pablo Huerta o Pablo Andrés Huerta, con DNI ..., sin existir registros de persona alguna con ese nombre y el DNI ... (v. informe de Prisma Medios de Pago a fs. 435 y de Banco Santander Río a fs. 453/454). Advierto además que extrañamente las firmas insertas en los cupones de fs. 112/114 resultan disímiles entre sí y tampoco coinciden con la registrada por ante el Banco Santander (v. fs. 453). En lo que respecta tanto a estas llamativas circunstancias como a la compra anterior cancelada, Acyma no se ha manifestado más que para aclarar que así fue denunciado el hecho por el señor Pablo Huerta, quien acompañó los comprobantes correspondientes, por lo que desconoce si el DNI consignado es el correcto, pudiendo -eventualmente- originarse en un error de tipeo del vendedor. Tampoco ofreció al señor Huerta como testigo, cuyo relato resultaría de importancia al haber sido éste quien presenció y, de cierto modo, participó del hecho que da origen a este pleito. La falta de promoción de una acción penal por parte de Percomin no puede generar ninguna presunción, ya que la misma no está establecida legalmente ni existe obligación de efectuarla. Tampoco se suministró fundamento adecuado que respalde esa tesis. Si bien no soslaya el suscripto que el objeto del presente es el incumplimiento de Percomin a la ley 25.065, no es menos cierto que la sombra que se ciñe sobre la forma de obtención de la prueba que da origen a un escrutinio sobre sus libros contables no puede pasar inadvertida. Máxime cuando tampoco se ha demostrado la falta que se le achaca a la encartada, no contando la asociación civil con inmunidad alguna que la libere de atenerse a las pautas generales que gobiernan la materia probatoria (CPr. 377). Por otra parte, los presupuestos acompañados con posterioridad, carecen de virtualidad a los fines de demostrar el incumplimiento inicial argüido, pues se trata de un relevamiento privado consistente en impresiones y un manuscrito no respaldados por ninguna otra evidencia (v. fs. 149/151). Incluso, pese a haber sido aceptados en la anterior instancia como prueba por contar con fecha posterior a la demanda, lo cierto es que la accionante podría haber llevado a cabo tal "investigación" con anterioridad a incoar la presente demanda, a fin de darle sustento. No se trata aquí de poner en duda las afirmaciones de la actora respecto del revelamiento que dice haber efectuado, sino que ésta debe acreditar los extremos que invoca como cualquier sujeto de derecho. Así, la orfandad probatoria respecto de la existencia de un perjuicio o incumplimiento que diera sustrato a la acción que se pretendía promover no resulta un dato menor reparable con eventuales futuras probanzas, pues las implicancias de dar inicio a un proceso colectivo como el de marras conllevan la necesidad de contar ab initio con una controversia que así lo habilite. Pues, ¿se encuentra fuera de discusión la necesidad de exigir que el actor acredite un perjuicio efectivo y concreto para sustentar un reclamo en sede judicial, en virtud de que (...) en nuestro sistema constitucional los tribunales no deben evacuar consultas abstractas, sino actuar en casos contenciosos con partes adversas? (Verbic, Francisco, "Procesos colectivos", Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 98).

d) En definitiva, la asociación civil no ha podido proponer un caso que permita a posteriori formar un colectivo con todos aquellos otros que guarden homogeneidad fáctica y jurídica; situación que conlleva a admitir la defensa de falta de legitimación por falta de

acción. V. a) A mayor abundamiento, las resultas de la pericia contable colaboran también para terminar de dirimir la cuestión hacia el rechazo de la acción por falta de legitimación activa (falta de acción; falta de causa judicial o atipicidad). Del análisis de los diez pares de compras anuales (2011-2014) identificadas por el experto contable, sobre idéntico objeto y cercanía de fecha, sintetizadas en la planilla de fs. 358/361, procede formular una serie de apreciaciones: (1) deben restárseles aquellos pares respecto de los cuales una de las operaciones no se terminó concretando por lo que no pudo obtenerse el comprobante correspondiente, entonces son 37 pares de operaciones sobre 40 (v. fs. 358, Nros. 7, 10 y 13); (2) en los casos en los que Percomin no proporcionó la fotocopia del duplicado o triplicado de la factura, sino una impresión del sistema informático, tal como lo expone el perito contador en el Anexo II de fs. 280, no es posible obtener del documento mismo el dato que revele la forma de pago. Aún cuando dicha circunstancia se puede suplir con las planillas elaboradas por el experto a fs. 358/361, lo cierto es que no se ha consignado si las compras con tarjeta por éstos instrumentadas fueron realizadas con financiación (v. fs. 284, 286, 288/289, 291/292, 294/303, 306, 308, 311, 313/318, 320, 322, 324, 326, 333, 336/342, 344/357); y (3) no obstante Acyma englobó en el colectivo por el cual reclamó sólo a las personas físicas (v. fs. 25 y pto. 4 de fs. 158 vta.), algunas de las operaciones consideradas por el perito han sido llevadas a cabo por personas jurídicas (v. fs. 294, 295, 311, 317, 336, 337 y 357), Tan solo a los fines probatorios y toda vez que podría tratarse de consumidores a tenor del artículo 1 de la ley 24.240, no se hará distinción con éstas. Sentado lo expuesto, resulta menester avocarse a las conclusiones que se extraen de los casos traídos por el perito con la limitación detallada en el punto (2) precedente. Veamos: (i) en un par de operaciones, la compra realizada al contado resultó ser de un precio superior a pesar de que no existieron descuentos en la adquisición con tarjeta (v. fs. 294/295); (ii) en 10 pares de operaciones, la compra con tarjeta de crédito resultó de un precio similar o menor al habido en efectivo como consecuencia de diversos descuentos cuyos porcentajes varían en cada caso, denominados en el concepto de las facturas como "banco - bonif" o "bonificación bancaria" (v. fs. 281/282, 283/284, 298/299, 300/301, 302/303, 306/307, 312/313, 318/319, 326/327 y 328/329). Si bien no pudieron ser aportados mayores detalles sobre el modo en que operaban estos descuentos (v. respuesta del experto a observación de la actora al pto. 3 a fs. 414), resalto que una de las adquisiciones que fue detallada por el perito como abonada al contado, también contó con la denominada "bonificación bancaria", que -en ese caso- alcanzó el 18,11% (v. fs. 292), por lo que es presumible que no fuera concretada por una entidad bancaria sino por la misma demandada; (iii) pese a la dificultad dada por la escasa información que surge de las impresiones del sistema informático, en los casos que se cuenta con fotocopia de la factura, pudo comprobarse que en 7 transacciones la compra a crédito se realizó con financiación en cuotas (v. fs. 281, 283, 285, 310, 312, 332 y 334). De éstas, 3 corresponden a las detalladas en el anterior punto (ii), es decir, a aquellos en los cuales el precio terminó siendo similar o inferior que el de contado (v. fs. 281/282, 283/284 y 312/313). En lo tocante a las 4 restantes, si bien el consumidor abonó una suma mayor a la que lo hizo el que compró al contado, no puede pasarse por alto la mencionada financiación, toda vez que no quedó demostrado que las cuotas eran sin interés; (iv) 2 operaciones con tarjeta se concretaron a través de la venta telefónica (v. fs. 285 y 330). Una de ellas, está incluida dentro de las 4 del punto anterior en las que se abonó un precio mayor pero con financiación (v. fs. 285); a su vez, la compra al contado que le es correlativa, se realizó el día de Nochebuena (v. fs. 286), por lo que resulta probable la existencia de alguna promoción especial; (v) 4 operaciones con tarjeta se concretaron a través de Mercado Pago (v. fs. 300, 304, 326 y 328), 3 de las cuales fueron con un precio inferior o similar a la operación al contado debido a bonificaciones (situación ya reseñada en el punto (ii) precedente). Señálese que la aplicación digital de Mercado Pago que permite a los vendedores la posibilidad de contar con una unidad de cobro en un smartphone o tableta recién se lanzó en octubre de 2014 ("MercadoPago presentó su lector de tarjetas para realizar cobros desde un dispositivo móvil" en La Nación / Tecnología, 2.10.14), vale decir, con posterioridad a estas adquisiciones que se llevaron a cabo entre 2012 y 2013, por lo que no caben dudas que fueron realizadas a través de la web; (vi) respecto de los restantes 20 pares de operaciones -más 7 casos que ya fueron encasillados en algunas de las categorías anteriores-, no puede arribarse a una conclusión, pese al mayor precio que se habría abonado con tarjeta, toda vez que se desconoce si los pagos fueron realizados en una sola cuota, con financiamiento o a través de la web (Mercado Pago) o venta telefónica (v. fs. 288/289, 291/292, 294/295, 296/297, 298/299, 300/301, 302/303, 306/307, 308/309, 314/315, 316/317, 318/319, 320/321, 322/323, 324/325, 326/327, 336/337, 338/339, 340/341, 342/343, 344/345, 346/347, 348/349, 350/351, 352/353, 354/355, 356/357); (vii) teniendo en cuenta que no todos los pares de operaciones se llevaron a cabo el mismo día, también es viable la existencia de ofertas, cambios de precio de mes a mes, promociones temporales o especiales, etc. Es en este marco que resulta insoslayable que la accionante no ha podido demostrar su punto. Pues no existe un solo caso -ni el inicialmente presentado ni los acercados por el perito contador- que permita afirmar con alguna certeza que Percomin incumplía el inciso c) del artículo 37 de la ley 25.065 al cobrar un precio superior para compras con tarjeta de crédito o débito respecto del de contado. Adicionalmente, al verificar el sistema informático para la emisión de los comprobantes (facturas) que respaldan las operaciones de venta de bienes con que contaba la demandada en el punto de venta sito en Av. Maipú 245 de la localidad de Vicente López y efectuada una prueba testigo de tal sistema, el experto contable

concluyó que ¿no se pudo verificar que el mismo estuviera configurado de forma automática para emitir las facturas a diferentes precios según sea la condición de venta del producto (Efectivo o Tarjeta de Crédito/Débito)? (v. respuesta a pto. 2 de la parte actora a fs. 364; el subrayado me pertenece). Incluso, los porcentajes de diferencia entre las sumas abonadas en efectivo y con tarjeta no resultan uniformes ni aun tomando lo que la actora ha señalado como ¿precio de venta bruto? (sin bonificaciones) y así ha sido plasmado por el perito en la tabla que acompañó sus aclaraciones a fs. 410/413. Pues éstos fluctúan según el caso entre el 2,50 y el 48,34%, habiendo incluso un caso de -5%. Tampoco coinciden con los supuestos presupuestos presentados por Acyma a fs. 149/151, en los que constaba que el descuento por pago en efectivo sería del 10%. Aun en los 10 pares de operaciones del punto (ii) en los que la compra con tarjeta de crédito resultó de un precio similar o menor al habido en efectivo como consecuencia de diversos descuentos, lo cierto es que respecto de los que no fueron abonados con financiación (3 operaciones) o adquiridos a través de la venta telefónica (1 operación), se desconoce si el pago se llevó a cabo es una sola cuota o más (6 operaciones). La salvedad de los casos en los que hubo financiación ha sido expuesta incluso por la propia actora al analizar las implicancias de la Resolución 51-E2017 de la Secretaría de Comercio (v. fs. 570/573), cuando afirmó que la distinción prohibida por el artículo 37 de la ley 25.065 alcanza a pagos con tarjeta en una cuota únicamente. b) En este contexto, destáquese que ¿si bien los jueces gozan de amplias facultades para el esclarecimiento de la verdad, asegurando una decisión conforme a justicia, ello no implica abandonar el principio de que el material de cognición debe ser proporcionado principalmente por las partes (confr. CNCiv., sala B, 10.4.60, La Ley, 137-776). No existen dudas acerca de que el ideal es alcanzar la verdad material, pero siempre respetando el derecho de igualdad de los litigantes, para lo cual se requiere un mínimo de actividad por parte de éstos, de modo de poder comprobar su real interés en demostrar su derecho. Proceder de otra forma implicaría suplir negligencias u omisiones de las partes, excediendo las facultades conferidas a los magistrados en virtud de lo dispuesto en el art. 36, inc. 2º del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, y violando el principio dispositivo sobre el que se asienta el proceso judicial? (CNCont. Adm. Fed., Sala IV, 9.3.98, ¿Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios de la Argentina c. Ente Nac. Regulador del Gas?, y sus citas). En el sub-lite, aun cuando alguna de las operaciones hubiera demostrado acabadamente la afirmación vertida por Acyma en su líbello inicial -lo que no aconteció-, lo cierto es que quedó evidenciado que hay casos que cumplen con el presupuesto fáctico de haber abonado con tarjeta de crédito y, sin embargo, no se da la misma consecuencia (v. fs. 281/282, 283/284, 294/295, 298/299, 300/301, 302/303, 306/307, 312/313, 318/319, 326/327, 328/329), por lo que tampoco hallaríamos la homogeneidad fáctica que habilite la vía de la acción colectiva. Es que, como ya expuse, cuando no hay un bien colectivo, sino que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, debe existir un hecho, único o continuado, que provoque la lesión a todos ellos y por lo tanto sea identificable una causa fáctica homogénea. En tales casos, ¿la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio en lo que hace a la prueba del daño? (Lorenzetti, Ricardo Luis, Justicia Colectiva, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, págs. 22/23). La pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo pueda peticionar. La existencia de causa o controversia se relaciona con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho. Aquí, el único elemento común de la ¿clase? que se dice representar podría haber sido (de mediar un caso, que no lo hubo como ya expuse) que sus integrantes han abonado un precio diferente con tarjeta al que podrían haberlo hecho al contado -aunque no se da en el 100% de los supuestos-. No obstante, la plataforma fáctica homogénea no se aprecia configurada en los demás elementos determinantes, pues su consecuencia ni siquiera es perjudicial en muchos de ellos, ni se tuvieron en cuenta circunstancias diferenciadoras tales como la financiación y la compra a través de la web. Así, aunque se tratara de acciones con idéntico o similar objeto, la procedencia de cada una de ellas dependería de circunstancias particulares imposibles de considerar en abstracto para arribar a un resultado justo e inequívoco. Recuérdese que para considerar la colectivización de procesos en los que se discuten derechos individuales divisibles, es un requisito esencial la presencia de la referida homogeneidad fáctica; es decir, que los integrantes del grupo se encuentren en situaciones de hecho sustancialmente análogas frente al problema que origina el pleito (cfr. Sigal, M., ¿los derechos de incidencia colectivo y su relación con los derechos individuales y colectivos?, Revista LexisNexis del 21.06.06, Número Especial: ¿Acciones Colectivas?, pág. 34). Es que el reclamo debe ser representativo o típico de la clase, ¿ello significa que (...) debe estar basado en el mismo curso de eventos y envolver los mismos argumentos legales que los que involucran al resto de la clase. (...) Es preciso entonces que la pretensión tenga tipicidad porque describe los elementos que hacen posible el efecto preclusivo de la decisión judicial? (Lorenzetti, ob. cit., pág. 131). Todo lo expuesto confluye en la inexistencia de un caso. Recuérdese que el artículo 2 de la ley 27 preceptúa que la justicia nacional nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte, entendidos éstos como pleitos o demandas en derecho instituidos con arreglo a un curso regular de procedimientos. Sin ello, la Corte y los demás tribunales dispondrían de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso en que los demás poderes del Estado le quedaran

supeditados (Fallos 326:3007 y sus citas). VI. Como corolario de lo expuesto, propicio el rechazo de la acción colectiva incoada por Acyma atento carecer de legitimación activa como consecuencia de la atipicidad, falta de causa judicial y ausencia de homogeneidad fáctica de las que adolece su reclamo. Ello torna abstracto expedirse sobre el resto de los agravios puestos a consideración de este Tribunal por ambas partes litigantes. VII. En virtud de las facultades otorgadas por el artículo 279 del CPr. y la ausencia de motivos que me convenzan de apartarme del principio objetivo de la derrota (CPr. 68), es que propicio la imposición de costas de ambas instancias a la asociación civil vencida. Recuérdese que si bien el actual artículo 55 de la ley 24.240 establece que las acciones iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el "beneficio de justicia gratuita", ello debe ser entendido en el sentido de que se ha pretendido mediante esta norma dotar a las asociaciones de consumidores de la facultad de acceder a la justicia sin el pago de tasas, sellados u otros cargos. Ese beneficio, se ha entendido, está destinado a no trabar por razones patrimoniales el acceso pleno a la jurisdicción e implica -desde una perspectiva protectoria- la imposibilidad de gravar el ejercicio de las acciones judiciales o de las peticiones administrativas; pero de ninguna manera puede interpretarse que impide la condena en costas o que desplaza las disposiciones de los arts. 68 y ccdtes. del Código Procesal. En tal sentido, se diferencia del beneficio de litigar sin gastos, pues éste sí está expresamente destinado a eximir total o parcialmente de las costas a aquellas personas que carecen de recursos (cfr. CNTrab. Sala III, "Chavez, Julio c/ Sarmiento 1499 s/ despido", del 15/12/93; en igual sentido, ídem, Sala IV, "Avalos, María Helena c/ Amplitone SRL", del 29/5/86; "Fresco, Luis c/ Pesquera Santa Cruz S.A. s/ accidente ley 9688", del 22/4/98; Sala VII, "Dichano, María c/ ENTEL s/ accidente ley 9688", del 16/7/98; Sala IX, "Griglione, Miguel c/ Administración Nacional de Seguridad Social s/ diferencias de salarios", del 5/11/98; Sala VI, "Oro, María c/ Silver Cross America Inc. S.A. s/ despido", del 29/8/05, entre otros). VIII. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por Percomin I.C.S.A., con el efecto de rechazar la acción intentada por Acyma Asociación Civil, con costas. Así voto. El Señor Juez de Cámara, Hernán Monclá, dice: Comparto los fundamentos vertidos por el Señor Juez preopinante por lo que adhiero a la solución por él propiciada. Voto, en consecuencia, en igual sentido. Por análogas razones, el Señor Juez de Cámara, Miguel F. Bargalló, adhiere a los votos que anteceden. Con lo que termina este Acuerdo, que firman los Señores Jueces de Cámara doctores Hernán Monclá, Ángel O. Sala y Miguel F. Bargalló. Ante mí: Francisco J. Troiani.

Es copia del original que corre a fs.....del libro n° 39 de Acuerdos Comerciales, Sala "E". FRANCISCO J. TROIANI SECRETARIO DE CÁMARA Buenos Aires, 14 de junio de 2019. Y VISTOS: Por los fundamentos del acuerdo precedente, se resuelve: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por Percomin I.C.S.A., con el efecto de rechazar la acción intentada por Acyma Asociación Civil, con costas. Notifíquese a las partes al domicilio electrónico o, en su caso, en los términos del CPr. 133 y la Acordada C.S.J.N. 3/2015, pto. 10. Comuníquese (cfr. Acordada C.S.J.N. N° 15/13). HERNÁN MONCLÁ ÁNGEL O. SALA MIGUEL F. BARGALLÓ FRANCISCO J. TROIANI SECRETARIO DE CÁMARA 041987E