

“Procesos colectivos en el proyecto de código de defensa del consumidor”

por Francisco Verbic

I. Introducción

Este trabajo presenta una lectura crítica sobre el modo en que están regulados algunos aspectos de los procesos colectivos en el marco del “Proyecto de Código de Defensa del Consumidor”, actualmente en trámite ante la Cámara de Diputados de la Nación.¹

Las previsiones en esta materia se encuentran en el Capítulo 5, Sección segunda, bajo el título “Procesos colectivos de consumo” (arts. 171 al 182). Se trata de una docena de artículos que no llegan a constituir una regulación sistémica y completa para atender la problemática. Según veremos, algunas reglas incluidas en la propuesta configuran avances en este campo, pero hay otras que se presentan como claros retrocesos.

A continuación, analizaremos brevemente las cuestiones que nos parecen más relevantes. El objetivo es aportar argumentos y líneas de enfoque para la discusión que, necesariamente, debería profundizarse en caso de que esta propuesta avance en el trámite legislativo.

II. Beneficio de justicia gratuita

Esta cuestión se encuentra regulada en el art. 168, aplicable a procesos colectivos por el reenvío efectuado por el art. 171 inciso 2º, párrafo 2º. Dicha previsión establece: *“Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprendido del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o pluspetición inexcusable”*.²

¹ Expediente 3143-D-2020.

² “Art. 168. Beneficio de justicia gratuita. Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprendido

La propuesta se presenta como un importante avance, ya que termina de zanjar una discusión de larga data sobre los alcances del beneficio de justicia gratuita establecido actualmente en el art. 55 de la LDC.

En este sentido, la iniciativa equipara dicho beneficio al de litigar sin gastos, siguiendo para ello la doctrina de la CSJN³ que numerosos tribunales, entre los cuales se cuentan la mayoría de las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, se niegan a reconocer.⁴

Asimismo, la regulación propuesta es interesante ya que condiciona este beneficio a la ausencia de *“temeridad o malicia o pluspetición inexcusable”*, en línea con el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, cuyo art. 15, Par. 2º, establece que *“Los actores en los procesos colectivos no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales”*.⁵

III. Legitimación activa

El proyecto reconoce en su art. 171 distintas legitimaciones según el tipo de derechos que se busque proteger (individuales homogéneos / “de incidencia colectiva y difusos”).⁶

del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable”.

“Art. 171, inc. 2º, párr. 2: Los procesos colectivos de consumo en defensa de los derechos de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita, con los alcances y efectos establecidos en el art. 168”.

³ Entre otras decisiones de la CSJN que han equiparado el beneficio de justicia gratuita al beneficio de litigar sin gastos, ver *“Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/ Sumarísimo”*, sentencia del 11/10/2011; *“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Nuevo Banco de Entre Ríos S.A. s/ Ordinario”*, sentencia del 30/12/2014; *“Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/ Nación Seguros S.A. s/ordinario”*, sentencia del 24/11/2015.

⁴ Sobre las distintas interpretaciones del instituto en el fuero nacional comercial, Galeazzi, Mariela – Verbic, Francisco *“Acciones colectivas y beneficio de justicia gratuita”*, L.L. 2014-E-462. Sobre la relevancia de este tema en clave de incentivo o desincentivo para el desarrollo del sistema de tutela colectiva, Sucunza, Matías – Verbic, Francisco *“Del modo de imponer las costas en casos de interés público. ¿Hermosos autos sin motor?”*, Diario La Ley del 27/10/2016

⁵ El Código Modelo es una iniciativa del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, cuya versión final se aprobó en el año 2014 y busca ser una referencia para reformas legislativas en la región. Disponible en http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf (último acceso 04/08/2020).

⁶ *“Art. 171. Legitimación activa en los procesos colectivos de consumo. Tienen legitimación activa en los procesos colectivos de consumo:*

Advertimos acá que se priva al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa de su legitimación colectiva para proteger derechos individuales homogéneos. Solo se la reconoce en el inc. 2 con relación a derechos colectivos propiamente dichos.

Se trata de un claro retroceso en términos normativos, ya que las leyes orgánicas de ambos espacios institucionales expresamente contemplan el derecho de accionar colectivamente frente a cualquier tipo de afectación colectiva.⁷

Otro punto relevante es la no contemplación de las autoridades de aplicación como legitimadas para este tipo de casos, lo cual también configura un retroceso con relación a lo dispuesto actualmente por el art. 52 de la LDC.

IV. Presupuestos de admisibilidad

De la regulación propuesta en el art. 171 se destaca como un avance haber dejado de lado la exigencia de demostrar problemas para acceder individualmente a la justicia, establecido por la CSJN en “Halabi” y posteriormente incorporado en el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos aprobado por la Acordada N° 12/2016.⁸

1. Fundada en derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la Nación y los Defensores del Pueblo de las Provincias y de los Municipios, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación;

2. Con sustento en derechos de incidencia colectiva y difusos, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la Nación y los Defensores del Pueblo de las Provincias, las asociaciones que tengan por objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación, el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa, la autoridad nacional de aplicación y las locales. Los procesos colectivos de consumo en defensa de los derechos de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita, con los alcances y efectos establecidos en el art. 168.

En los procesos colectivos, excepto que los mismos hayan sido iniciados por el Ministerio público, el Ministerio Público Fiscal actuará obligatoriamente como fiscal de la ley y se aplica el artículo 165 en cuanto fuere pertinente”.

⁷ Arts. 1, 35 inc. b) de la Ley N° 27.149 y arts. 1 y 31 inc. b) de la Ley N° 27.148.

⁸ “Art. 173. Presupuestos de admisibilidad en acciones de daños. Para la admisibilidad de los procesos colectivos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos, además de los presupuestos de admisibilidad generales, es necesario que:

1. El enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados;

2. Exista un predominio de las cuestiones comunes de origen fáctico o jurídico, por sobre las individuales. El procedimiento de mediación previa no resulta de aplicación obligatoria en los procesos colectivos. Pero de agotar las partes dicha instancia ante las autoridades de aplicación de la ley, éstas determinarán los requisitos relacionados con los mecanismos de transparencia y adecuada participación de los interesados,

Como venimos sosteniendo hace años,⁹ no hay fundamentos constitucionales, legales ni de principio para sostener un requisito de admisibilidad del género. El art. 43 CN no contiene ningún tipo de restricción en tal sentido. Lo mismo puede decirse de los principios jurídicos en general, y de los procesales en particular.

Además, la CSJN ni siquiera intentó ensayar en “Halabi” una justificación para esta restricción. Dicho precedente no provee explicación alguna sobre por qué la tutela colectiva de derechos en Argentina sólo debería ser admisible cuando se encuentra comprometido el derecho de acceso individual a la justicia de los miembros del grupo afectado.¹⁰

Por otra parte, también es bienvenida la eximición del trámite de mediación prejudicial obligatoria. En atención a las características del mecanismo de enjuiciamiento colectivo representativo, todo aconseja que cualquier acuerdo se realice en el contexto del proceso (bajo control del órgano judicial y del Ministerio Público).

V. Representatividad adecuada

El art. 174 se ocupa de regular este tema fundamental, estableciendo que la idoneidad del representante debe controlarse al inicio y mantenerse a lo largo de todo el proceso.¹¹ Además, provee algunos “parámetros” para su

que deberán regir el trámite de las audiencias respectivas. Ello, sin perjuicio de la actuación judicial ulterior que resulte pertinente, en caso de no arribarse a acuerdos conciliatorios”.

⁹ Verbic, Francisco “*Acciones de clase y eficiencia del sistema de justicia*”, JA 2015-III; Salgado, María José – Verbic, Francisco “*Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia*”, Diario La Ley del 25/08/2016

¹⁰ Al respecto, Giannini sostiene que el requisito “*deriva de una errónea interpretación del art. 43 de la CN, que transforma indebidamente uno de los fundamentos de los procesos colectivos en un requisito sine qua non de procedencia. Se mantiene así una injustificada hermenéutica limitativa en este campo, que contrasta con la elogiada claridad y apertura con la que se receptan en el fallo otras instituciones sustanciales, como la importancia de la participación ciudadana, de las audiencias públicas, de la democracia deliberativa y del respeto de la opinión no vinculante de usuarios y consumidores en la definición de los cuadros tarifarios*” (Giannini, Leandro J. “*La insistencia de la Corte Suprema en un recaudo para la tutela de derechos de incidencia colectiva (a propósito de los casos “CEPIS” y “Abarca”*”, L.L. 12/09/2016).

¹¹ Art. 174. Certificación de la adecuada representación. Acción promovida por un sujeto de derecho privado. En el supuesto de que el proceso colectivo sea iniciado por un sujeto de derecho privado, el tribunal efectuará una evaluación previa de la existencia de representación adecuada, para determinar si el actor cuenta con aptitudes suficientes para garantizar la correcta defensa de los intereses colectivos.

Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta los siguientes parámetros: la experiencia y antecedentes para la protección de este tipo de intereses, y, la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo,

análisis. Esto último configura un avance, más allá de los cuestionamientos puntuales que pueden hacerse respecto de los parámetros elegidos y de la omisión de considerar otros que son relevantes.

En otro orden, la iniciativa puede criticarse por al menos dos motivos.

Primero, por el hecho de prever el control del requisito solo respecto de “sujetos de derecho privado” y no con relación a los demás legitimados. Podría incorporarse para ellos una presunción de su idoneidad, siempre que admita prueba en contrario. Lo que no puede suceder es que deje de controlarse, porque se trata del reaseguro fundamental del debido proceso de los miembros del grupo ausentes en el debate. Y porque, además, incluso las organizaciones de defensa del sector y los organismos públicos pueden tener inconvenientes o conflictos de interés que les impidan llevar adelante una buena defensa del caso.¹²

Segundo, por la terminología utilizada para referirse a miembros del grupo que pretendan ejercer su legitimación colectiva. En lugar de “sujeto de derecho privado”, sería conveniente utilizar el término “afectado” (en línea con el art. 43 CN).

VI. Objeto del proceso colectivo de consumo

El art. 175 establece qué tipo de pretensiones pueden promoverse en clave colectiva en defensa de consumidores y usuarios.¹³ A nuestro modo de ver, se trata de una regulación muy peligrosa.

categoría o clase y el objeto de la demanda así como la ausencia de potenciales conflictos de intereses con el grupo afectado o los derechos en juego. La representación adecuada constituye un estándar que deberá ser mantenido a lo largo de todo el proceso, incluyendo las eventuales instancias transaccionales.

La representación adecuada podrá ser sustituida por razones fundadas, y en su caso, nombrarse nuevos representantes por parte del juez, a los fines de cumplir con el referido principio durante todas las instancias del proceso”.

¹² Sobre el análisis del requisito de representatividad adecuada en el precedente “Halabi”, Oteiza, Eduardo – Vervbic, Francisco “*La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?*”, Lexis N° 0003/014882, SJA 10/03/10. Para un análisis general de los alcances del requisito en el sistema estadounidense, Vervbic, Francisco “*La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas*”, Revista de Derecho Comercial Abeledo-Perrot n° 233, Nov/Dic. 2008).

¹³ “Art. 175. Objeto del proceso colectivo de consumo. El objeto del proceso colectivo podrá consistir en:
1. La prevención con el fin de evitar la afectación de los derechos de incidencia colectiva o la continuidad futura de la afectación;
2. La reparación de los daños ya producidos;

Afirmamos esto porque, si es interpretada en modo taxativo (otro sentido no podría tener), excluiría del campo de acción de los legitimados colectivos a distintos tipos de pretensiones que son estratégicas y esenciales para la defensa del sector. Entre ellas, pretensiones declarativas de nulidad (tan relevantes en las discusiones sobre los aumentos de servicios públicos) y pretensiones declarativas de inconstitucionalidad.

No deberían limitarse los tipos de pretensiones que pueden canalizarse en clave colectiva. De aprobarse el proyecto en estos términos, consideramos que se trataría de una limitación inconstitucional de la garantía de debido proceso colectivo establecida en el art. 43 CN.¹⁴

VII. Notificación pública

Bajo el título “notificación pública”, el art. 177 prevé en su primer párrafo lo siguiente: *“La existencia del proceso colectivo de consumo deberá notificarse del modo y por los medios que aseguren, de la mejor manera posible, su efectivo conocimiento. Los legitimados activos deberán acreditar que cuentan con los medios para asegurar su cumplimiento. A tales efectos deberán presentar un proyecto de notificación pública”*.¹⁵

3. La restitución de sumas percibidas sin derecho por los proveedores. Esas pretensiones podrán acumularse en un mismo proceso.

Cuando se trata de derechos de incidencia colectiva colectivos o difusos, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador de la afectación. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.

En los casos en que el proceso tuviere por objeto la reparación de los daños el juez podrá, a los fines de la mejor gestión del proceso, individualizar subclases de consumidores en razón de la existencia de elementos comunes a cada una de ellas”.

¹⁴ Sobre la garantía de debido proceso legal colectivo, Verbic, Francisco “La Corte Suprema argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo”, Int'l Journal of Procedural Law, Volumen 5 (2015); Sucunza, Matías A. “El derecho constitucional-convencional al debido proceso colectivo: conceptualización e interpelaciones en pos de su efectividad”, Revista de Derecho Público Rubinzal Culzoni 2016-1

¹⁵ “Art. 177. Notificación pública. La existencia del proceso colectivo deberá notificarse del modo y por los medios que aseguren, de la mejor manera posible, su efectivo conocimiento conforme el principio de razonabilidad. Los legitimados activos deberán acreditar que cuentan con los medios para asegurar su cumplimiento. A tales efectos deberán presentar un proyecto de notificación pública.

Los consumidores que no deseen ser alcanzados por los efectos de la sentencia, deberán expresar su voluntad en ese sentido en un plazo de noventa (90) días, contados a partir de la finalización del funcionamiento del dispositivo dispuesto para la notificación pública de la existencia del proceso”.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 4

Se trata de un tema de absoluta importancia en el contexto de los procesos colectivos. Importante en sí mismo, porque la publicidad avanza transparencia y habilita una mayor participación de voces en la discusión. Importante como instrumento para permitir el ejercicio de otros derechos (como el de excluirse, previsto en el segundo párrafo de este mismo artículo).

Respecto de la regulación propuesta, se advierte como primer problema el exigir fondos para las notificaciones cuando, al mismo tiempo, el beneficio de justicia gratuita comprende *“todo gasto”* vinculado con el proceso.

En segundo lugar, existe el riesgo de interpretar el estándar *“de la mejor manera posible”* en forma tal de poner en cabeza del actor una carga imposible de cumplir y, muchas veces, innecesaria (cuando no hay incentivos para actuar individualmente). Sería conveniente utilizar como estándar *“de manera razonable de acuerdo con las circunstancias del caso y las características del grupo a las cuales van dirigidas”*, o algo del género.

En tercer lugar, puede criticarse la falta de consideración de modalidades específicas para notificar y dar a publicidad el proceso. Modalidades que son mucho más efectivas y económicas que la tradicional publicación de edictos y que, además, ya han sido implementadas por numerosa jurisprudencia de tribunales inferiores en todo el país (emails, web, TV, radio, msn telefónicos, entre otros).

En este sentido, también podría aprovecharse la oportunidad para eliminar expresamente los edictos como medio de comunicación en este tipo de casos. Se trata, insólitamente, del principal medio elegido por los tribunales a pesar de su altísimo costo y su absoluta ineficacia.

Dos cosas más que podrían haberse regulado y no están.

La primera es el deber de los proveedores de utilizar para estas notificaciones los canales de comunicación que mantiene abiertos con sus clientes. Canales que, en la mayoría de los casos, tiene costo nulo o muy bajo en comparación con otras modalidades.

La segunda es la exigencia de utilizar un lenguaje simple y claro para permitir que las notificaciones y la publicidad cumplan con las finalidades para las cuales fueron pensadas.¹⁶

VIII. Liquidación de la sentencia

El art. 179 establece en su 4to párrafo que *“Una vez notificada la sentencia, los damnificados podrán solicitar la liquidación de sus daños individuales ante el mismo tribunal por vía incidental”*.¹⁷

Esto traerá muchos problemas, especialmente cuando se trate de sentencias dictadas en procesos colectivos de amplio alcance territorial. Por un lado, provocará un cuello de botella difícil de gestionar. Por otro lado, provocará serias barreras para acceder a esa liquidación cuando las personas beneficiadas se domicilien lejos del órgano judicial.

Sería conveniente habilitar que la liquidación de daños individuales se realice ante el juez con competencia territorial en el domicilio del consumidor. En este sentido, el Código Modelo prevé en su art. 23, Par. Único, que *“En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante”*.

IX. Transacción

¹⁶ Para ampliar sobre estas ideas, Verbic, Francisco *“Publicidad y notificaciones en los procesos colectivos de consumo”*, Diario La Ley del 15/04/2015; Kalafatich, Caren - Verbic, Francisco *“La notificación adecuada en los procesos colectivos”*, ponencia presentada en el “I Congreso Sudamericano de Derecho del Consumidor” celebrado en la ciudad de Santa Fe del 2 al 4 de Septiembre de 2015.

¹⁷ *“Art. 179. Contenido de la sentencia. La sentencia que ponga fin a la acción de incidencia colectiva declarará en términos generales la existencia o no del derecho para la clase, resultando aplicable lo establecido en el art. 170.*

Si la cuestión tuviese contenido patrimonial, establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación plena. En los casos en los cuales se reclamen daños o la restitución de sumas de dinero percibidas indebidamente, la sentencia contendrá una condena genérica.

Una vez notificada la sentencia, los damnificados podrán solicitar la liquidación de sus daños individuales ante el mismo tribunal por vía incidental. Cada uno de los afectados deberá acreditar sus daños, los que serán cuantificados de manera individual en cada sentencia particular.

Si se trata de la restitución de suma de dinero, se hará por los mismos medios en que las sumas fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación. Si éstos no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que la restitución será instrumentada, de la manera que más beneficie al grupo afectado”.

Un avance en materia de transacción colectiva es habilitar la posibilidad de discutir sus alcances en audiencia pública.¹⁸ Si bien esto siempre ha sido posible, su incorporación normativa puede concurrir a extender (o más bien activar) la práctica en tal sentido.

En este orden, cabe destacar que diversos acuerdos fraudulentos homologados por distintos órganos del Poder Judicial muy probablemente hubieran obtenido una resolución diferente en caso de haberse sometido a escrutinio y discusión pública.

X. Audiencias públicas

Finalmente, se destaca como un avance lo dispuesto en el art. 182. Allí se establece que *“En cualquier instancia del proceso el juez podrá disponer la realización de audiencias públicas con fines informativos, probatorios o para evaluar la representación adecuada o durante el proceso de transacción”*.

La relevancia social y pública de la tutela colectiva de derechos del consumidor torna necesaria una mayor publicidad de lo actuado. Esta expresa facultad, que también ha sido siempre una posibilidad en términos ordenatorios, podría concurrir a mejorar nuestras prácticas y generar, así, discusiones más transparentes.

XI. Cierre

El proyecto en análisis debe ser discutido y mejorado. Si bien propone algunos avances, preocupan más los serios retrocesos que implicaría en temas

¹⁸ “Art. 181. Transacción. La negociación del acuerdo transaccional estará guiada por el principio de transparencia a cuyos fines el juez podrá instrumentar audiencias públicas.

Del acuerdo transaccional deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los afectados. La homologación requerirá de auto fundado.

El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los afectados individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso, dentro del plazo que ordene la sentencia respectiva, que nunca podrá ser inferior a sesenta (60) días. El plazo comenzará a correr al día siguiente a su inscripción en el Registro de Procesos Colectivos, a cargo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o quien en el futuro lo tenga a su cargo. La representación adecuada podrá ser sustituida por razones fundadas, y en su caso, nombrarse nuevos representantes por parte del juez, a los fines de cumplir con el referido principio durante todas las instancias del proceso”.

DECONOMI

AÑO III – NÚMERO 4

de central importancia para la tutela colectiva de consumidores y usuarios (algunos de los cuales intenté señalar en este trabajo).

Más allá de eso, en términos de política pública y no solo de aspectos procedimentales, creo que el Congreso no debería repetir el error de abordar la regulación de los procesos colectivos en una materia específica. Necesitamos, de una buena vez, una regulación de procesos colectivos completa, sistémica y transubstantiva.

Esto implica, por un lado, hacerse cargo de la conexión e interdependencia interna de los distintos aspectos de la regulación del proceso colectivo. Por otro lado, exige construir una verdadera y propia tutela diferenciada que tenga por objeto procesar y resolver conflictos colectivos de cualquier tipo (sin limitar su ámbito de aplicación a ciertas áreas del derecho sustantivo, como en este caso se propone para el derecho del consumidor).¹⁹



DECONOMI

¹⁹ Sobre el conflicto colectivo como justificación de esta tutela diferenciada, Verbic, Francisco “*Los Procesos Colectivos. Necesidad de su Regulación*”, L.L. 2010-A-769.