

CONTRATOS*

Director de área: JORGE MOSSET ITURRASPE

Colaborador: RICARDO LUIS LORENZETTI

LA CONSTRUCCIÓN DE LAS ACCIONES DE CLASE EN LA ARGENTINA POST “HALABI” (II): LAS ACCIONES DE CLASE EN EL CAMPO DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO

I. Las sentencias

En los últimos meses la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha escrito un nuevo capítulo en la novela de las acciones de clase en la Argentina. En particular ha delineado una subespecie de las acciones de clase de contenido patrimonial en el Derecho del Consumidor: las acciones de clase referidas a cuestiones contractuales que tienen por efecto una restitución de sumas de dinero. Los fallos que jalonan esta construcción son:

a) En el caso Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de agosto de 2013, “Padec c/Swiss Medical SA”¹ en el que “la cuestión debatida se reduce exclusivamente a determinar si, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, “Padec” se encuentra legitimada para demandar a “Swiss Medical SA” a fin de obtener la declaración de ineficacia de la cláusula contractual que autoriza a esa sociedad a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados y la consecuente supresión de los aumentos ya dispuestos”.

b) Luego en el caso Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 24 de junio de 2014, “Consumidores Financieros Asociación Civil p/Su defensa c/La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/Ordinario”², donde la Corte dictó sentencia en una acción de amparo que tenía por objetivo detener

* El presente trabajo es de autoría del Dr. GONZALO SOZZO.

¹ L. L. del 23-9-2013, L. L. 2013-E-290.

² Sup. Const. 2014 (julio), 16-7-2014, p. 93; L. L. del 23-7-2014, p. 11; Sup. Const. 2014 (agosto), p. 56; AR/JUR/27336/2014.

“la práctica de cobrar a sus clientes, en los contratos de seguro con cobertura patrimonial, intereses sobre las cuotas de la prima que no se encontraban vencidas al momento en que se producía el siniestro y que eran descontadas de la indemnización cuando ésta se abonaba”.

c) Finalmente el caso resuelto por al CSJN, “Unión de Usuarios y Consumidores c/Telefónica Comunicaciones Personales SA, ley 24.240 y otro s/Amparo proceso sumarísimo” (art. 321, inc. 2º, CPCC) del 6 de marzo de 2014³ se “promovió demanda en los términos del artículo 53 de la ley 24.240 contra Telefónica Comunicaciones Personales SA, con el fin de que cese su conducta de imponer a los usuarios de sus servicios el pago de la ‘Tasa de Control, Fiscalización y Verificación’ (la ‘tasa’) y del ‘Aporte al Fondo Fiduciario del Servicio Universal’ (el ‘aporte’), y a restituirles las sumas ilegítimamente percibidas por tales conceptos durante el período comprendido entre el 1º de enero de 2001 y la fecha en que se produjera el efectivo cese del obrar cuestionado”.

Son casos en los que existen elementos comunes –de ahí que pueda hablarse de un subtipo de acción de clase: a) inmediatamente se dirigen a debatir “cuestiones contractuales”; b) mediatamente, este debate repercute en la devolución de sumas abonadas oportunamente por los consumidores.

II. La historia, los últimos episodios

Desde hace varios años la Corte Suprema de Justicia de la Nación viene perfilando las acciones de clase en Argentina.

Las sentencias que comento constituyen las últimas sentencias que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado en materia de acciones de clase.

Las sentencias tienen en común algunos elementos que permiten encuadrarlas en un “subtipo”: (a) refieren a problemas de contratos de consumo; (b) en las sentencias se discute el problema de la legitimación activa de las asociaciones de defensa del consumidor para accionar por los intereses de los consumidores; (c) en los fallos se delimita el perfil de lo que se conoce como “intereses individuales homogéneos”; (d) en las sentencias la Corte vincula los casos con lo que ya ha decidido en otros precedentes como “Halabi”.

III. Las acciones de clase en los contratos de consumo

Muchas veces perdemos de vista al trabajar en la cuestión de las acciones

³ L. L. del 6-5-2014, p. 4; L. L. 2014-C-120.

de clase que existe una gran heterogeneidad en este universo de las acciones colectivas y que en otras geografías ya se encuentra muy avanzado un proceso de tipificación de sub especies de acciones de clase que tienen condiciones de base específicas.

Quizá el caso más conocido –y desarrollado– sea el de las acciones de clase por daños y perjuicios –*class actions for damages*– que han encontrado ya identidad no sólo en el campo de la dogmática de las acciones colectivas sino también en el plano legislativo⁴.

Desde mi perspectiva el análisis de los casos que comento permite afirmar que estamos frente a un nuevo subtipo de acciones de clase: las acciones de clase en los contratos de consumo. Los perfiles de este subtipo recién comienzan a delimitarse, a especificarse en el fértil terreno de las acciones de clase en general y con la mira en la problemática de fondo del Derecho del Consumidor, ámbito en el cual algunas cosas son más fáciles y otras infinitamente más complejas.

IV. Las ONG de defensa del consumidor y las acciones de clase

1) *El perfil de los intereses individuales homogéneos*

a) *La insistencia en el perfil delimitado en la causa “Halabi”*

En las sentencias la Corte Suprema de Justicia de la Nación insiste en el perfil que dio a los intereses individuales homogéneos en el caso “Halabi”.

Cabe recordar aquí que en el considerando N° 9 de la sentencia “Halabi” la Corte clasificó los derechos en: (a) individuales, y (b) de incidencia colectiva –siguiendo el lenguaje constitucional– para luego diferenciar entre estos últimos; (b.1.) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto un bien colectivo, que pueden ser; (b.1.a) intereses colectivos en sentido estricto, y (b.1.b) intereses difusos, y (b.2) los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto un bien individual homogéneo.

Luego estableció en el considerando N° 12 un “test” para calificar a un derecho como de incidencia colectiva sobre bienes individuales homogéneos. El test consta de tres pasos que permiten calificar el derecho: (1) primer elemento de calificación: se afectan derechos individuales, es decir, derechos subjetivos; (2) segundo elemento de calificación: la causa de las afectaciones

⁴ Sobre el proceso de construcción de las acciones de clase por daños en Argentina, vid. SOZZO, Gonzalo, *La construcción de las acciones de clase en argentina post “Halabi”*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2014-1, *Problemática contractual. Contratos en general*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

homogéneas, pudiendo originarse esa homogeneidad en: (2.a.) una causa fáctica común, “homogeneidad fáctica”, es decir, en un “hecho único o continuado”, o (2.b.) una causa jurídica común: es decir, una “homogeneidad normativa”; (3) tercer elemento de calificación: los derechos individuales resultan directamente afectados; (3.b.) no justificándose el ejercicio de acciones individuales (3.c.) la pretensión debe estar concentrada en los “efectos comunes” (consid. 13).

Estos casos que anoto constituyen “ejercicios” de aplicación de la doctrina “Halabi” en los cuales la Corte ensaya una y otra vez el test que elaboró en aquella oportunidad y al mismo tiempo son oportunidades que no desaprovecha para profundizar aquella construcción.

Así en el caso del 21 de agosto de 2013, en la causa “Padec c/Swiss Medical SA” (publicada en L. L. del 23 de septiembre de 2013 y L. L. 2013-E-290), la CSJN señaló en relación con la delimitación de los intereses individuales homogéneos efectuada en “Halabi”:

8º) Que a los efectos de esclarecer la cuestión cabe recordar que esta Corte ha sostenido que para evaluar la legitimación de quien deduce una pretensión procesal resulta indispensable en primer término determinar “cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte” (*Fallos*: 332:111, “Halabi”, consid. 9º). En este orden de ideas, se estimó pertinente delimitar con precisión tres categorías de derechos tutelados: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

9º) Que esta última categoría de derechos se encuentra admitida en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional e incluye, entre otros, los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, a los derechos de los usuarios y consumidores y a los derechos de sujetos discriminados. En estos casos puede no haber un bien colectivo involucrado, 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. Ese dato tiene relevancia jurídica porque 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 con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño (confr. consid. 12 del fallo citado).

10) 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. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

De manera que, el primer elemento a comprobar es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el fallo diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

11) Que desde la perspectiva señalada cabe concluir que el derecho cuya protección procura la actora en el sub examine es de incidencia colectiva, referente a intereses individuales homogéneos, y que –según se expone– se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva, en los términos del precedente de esta Corte citado.

En efecto, en el caso se cuestiona el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a “Swiss Medical SA” para acceder al servicio de medicina prepagada en cuanto contempla el derecho de esta última a modificar unilateralmente las cuotas mensuales. De manera que existiría un hecho único que sería susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos.

Este período de la sentencia es relevante no sólo para este caso, sino para casos similares ya que el sistema de control judicial de cláusulas abusivas y la aplicación del instituto del abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civ.) a los fines de corregir usos abusivos de facultades y derechos contractuales por una de las partes, generalmente la dominante, siempre tuvo una enorme debilidad desde la perspectiva social: el proceso judicial empleado para promover el control era siempre individual aunque se sabía que el problema era general, pues se encontraba causado en una o más condiciones negociales generales. Ahora se ajustan los aspectos procesales a la dimensión de la problemática de base.

La pretensión está concentrada en los “efectos comunes” para toda la clase de sujetos afectados, lo que permite tener por configurado el segundo

requisito expuesto en el considerando 10. Al respecto debe repararse en que el contrato impugnado contiene cláusulas que alcanzan por igual a todo el colectivo de afiliados de la demandada.

Luego en el caso “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA” –al igual que en los demás comentados aquí– la CSJN sostuvo:

...el derecho cuya protección procura la actora en el sub examine es de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos, y se encuentran cumplidos los recaudos para hacer viable una acción colectiva en los términos de la doctrina sentada por esta Corte en el precedente ‘Halabi’ (*Fallos*: 332:111) y del artículo 52 de la ley 24.240 (confr. consids. 11 y 15 de la citada causa ‘Padec’).”.

En particular ello es así pues:

(a) en el caso “existe un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a los derechos de una pluralidad de sujetos: la detracción del saldo de cuotas pendientes al momento del pago de las indemnizaciones por siniestros, sin discriminar entre capital e intereses. Asimismo, se alega que tal conducta habría sido implementada, en forma sistemática, respecto de un conjunto de asegurados (personas físicas sin facturación mensual), lo que permite tener por configurada la existencia de una causa fáctica común, es decir, un comportamiento del demandado que se repite en situaciones similares”.

Es decir, que la homogeneidad es de base factual pero no por la existencia de un hecho “único” que afecta al grupo como suele ocurrir en el subtipo de las acciones de clase por daños y perjuicios sino por la existencia de una “práctica” de ejercer las facultades que el contrato le otorga siempre de la misma manera.

En segundo lugar sostiene la CSJN que existe un interés individual homogéneo pues:

.....
(b) “la pretensión de la actora está concentrada en los ‘efectos comunes’ para toda la clase involucrada, en tanto se ha puesto en cuestión la procedencia de una conducta que perjudicaría por igual a todos aquellos asegurados a quienes se les abona la indemnización por un siniestro acaecido. En este punto, los fundamentos jurídicos de la pretensión son uniformes respecto de la totalidad del colectivo que se pretende representar”.

Finalmente mantuvo que

(c) “Las particulares características del tipo de seguro contratado o la exis-

tencia de distintos montos pendientes de cancelación –aspectos propios de las relaciones de consumo como la aquí examinada– podrán resultar relevantes a la hora de evaluar la repercusión que el proceder cuestionado produjo en cada uno de los asegurados, mas no impiden que la materia de fondo planteada pueda decidirse, útilmente y con efecto expansivo, en el marco de un único proceso judicial. No se advierte que dichas singularidades de la relación aseguradora-asegurado tengan una entidad tal como para descartar la existencia de una homogeneidad fáctica y normativa que habilite la vía intentada”.

c) *El acceso a la justicia como argumento final*

En general en todas las sentencias que comento la Corte emplea como argumento de cierre para explicar que se trata de un interés individual homogéneo que existe un riesgo para el derecho fundamental de acceso a la justicia si no se rechaza la excepción de legitimación activa.

En particular en la causa “Padec c/Swiss Medical SA”, se señaló al respecto de este “tercer elemento” para la configuración de los intereses individuales homogéneos: “Finalmente, de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia. En efecto, en el caso se impugna una cláusula con sustento en la cual, según señala la actora, se habrían dispuesto, entre los años 2002 y 2004, tres aumentos de la cuota mensual en el orden del 11% y del 12%, por lo que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así, puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insu- miría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable”.

Luego en la causa “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA” afirma que “*de no reconocerse legitimación procesal a la demandante podría comprometerse seriamente el acceso a justicia de los integrantes del colectivo cuya representación se pretende asumir en autos.*

”En efecto, a los fines de valorar adecuadamente este aspecto, corresponde atender, en el caso concreto, a las dificultades de acceso consideradas globalmente.

”En ese orden de ideas, dadas las características que presenta la materia objeto del pleito es dable presumir que los costos (económicos y no económicos) que se derivarían de la iniciación de una demanda individual resultarían muy superiores a los beneficios que produciría un eventual pronunciamiento favorable. En consecuencia, frente al riesgo cierto de que la promoción de

acciones individuales resulte inviable o de muy difícil concreción, la acción colectiva aparece como el medio idóneo para garantizar a los consumidores involucrados el derecho a la tutela judicial efectiva”.

Este elemento de calificación de los intereses individuales homogéneos es una manera de establecer la presencia del requisito de la “superioridad” que en la técnica de las acciones de clase se ha desarrollado con relación al test específico de las acciones de clase del subtipo de las acciones de clase masivas. En otras palabras, en el caso de la existencia de intereses individuales homogéneos la técnica de las acciones de clase para ser empleada debe ser el mejor modo de litigar el caso, es decir, el mejor mecanismo procesal para poner fin al conflicto⁵ –superioridad por sobre las individuales–, y esto ocurre cuando el derecho de acceso a la justicia podría quedar conculcado si no se emplea el mecanismo de la acción de clase.

b) *Los argumentos contra los cuales se construye el perfil “Halabi”*

Según el racconto de la CSJN en el caso “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA”, la Cámara de Apelaciones sostuvo para hacer lugar a la excepción de falta de legitimación activa de la asociación actora que “la pretensión efectuada debía examinarse desde la categoría de las acciones de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos y que no se encontraban configurados en el caso los elementos que, según lo establecido por esta Corte en el precedente ‘Halabi’, permitieran otorgar legitimación a una asociación como la actora para demandar en defensa de un universo de consumidores.

”Señaló que ‘el objeto de la acción involucra contrataciones diversas, realizadas por distintas personas y con diferentes características tanto en las condiciones del seguro, el tipo de siniestro acaecido o el monto pendiente de cancelar por lo que no se presentaba la característica de homogeneidad que se requería para habilitar la vía intentada’. Agregó que la pretensión ‘no se encontraba concentrada en los efectos comunes del actuar cuestionado sino que se dirigía a aquello que cada individuo podía peticionar, por lo que la intención de la demandante no era restringir o detener un hecho que estuviera provocando una lesión a derechos individuales homogéneos’.

”Finalmente, destacó que tratándose de montos descontados al momento de pago de cada una de las individuales indemnizaciones acordadas no se advertía

⁵ Ver el excelente trabajo de CUETO RÚA, Julio, *La acción por clase de personas (“class actions”)*, en L. L. 1988-C-952 y ss.

cuál era la dificultad que impedía a los asegurados reclamar en esa oportunidad, por lo que podría presumirse una renuncia individual a ese derecho”.

**V. Los subtipos de acciones de clase
en el Derecho del Consumidor y el
trámite del artículo 52 de la ley 24.240**

a) *Los subtipos de acciones de clase en el Derecho
del Consumidor: las acciones de clase de
contenido patrimonial y no patrimonial*

La Corte venía ya enunciando la diferenciación capital entre acciones de clase de contenido patrimonial y no patrimonial. Como se sabe las acciones de clase de contenido patrimonial tienen sede legal en el campo del Derecho del Consumidor (art. 54) y en el campo del Derecho Ambiental. Ambas regulaciones tienen sus reglas propias producto de sus particularidades.

En el caso “Padec” se recuerda:

13) Que, por otra parte, tampoco es posible soslayar que, a partir de las modificaciones introducidas en el año 2008, la Ley de Defensa del Consumidor admite la posibilidad de que por vía de una acción colectiva puedan introducirse planteos como el que en autos se formula. En efecto, sólo de esta forma puede explicarse que el legislador, al regular las “acciones de incidencia colectiva”, haya expresamente contemplado un procedimiento para hacer efectivas las sentencias que condenen al pago o restitución de sumas de dinero. Tal intención se advierte en el artículo 54 del precepto, que prevé para este tipo de procesos que “...Si la cuestión tuviese contenido patrimonial [la sentencia] establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para la determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado...”

En la norma del artículo 54 subyace una clasificación de acciones de clase según su objeto. Puede haber acciones de clase con contenido patrimonial, es decir, un primer subtipo, o sin contenido patrimonial, un segundo subtipo. Las acciones que no tienen un contenido patrimonial –segundo subtipo– son las acciones del tipo de la causa “Halabi” o una acción que, por ejemplo, intentara que el derecho fundamental de los consumidores a la participación (art. 42, Const. Nac.) se desarrollara en la legislación inferior o en alguna decisión administrativa puntal.

b) *Las distinciones en el subtipo acciones de clase del Derecho del Consumidor de contenido patrimonial: acciones por reparación y por restitución de sumas de dinero*

Luego, en el campo de las acciones de clase del Derecho del Consumidor en el subtipo de acciones de clase patrimoniales –primer subtipo– hay una subclasificación posible: (a) acciones de clase del Derecho del Consumidor con objeto patrimonial directo originadas en un “accidente de consumo”⁶, que son una de las especies de “*class actions for damages*”: las *class action for damages* por accidentes de consumo, y (b) acciones de clase del Derecho del Consumidor con origen en una “cuestión contractual” con objeto patrimonial indirecto consistente en la restitución o devolución de sumas de dinero oportunamente abonadas. A nivel de las normas fundamentales la diferencia es sumamente relevante: en el primer subtipo se afecta el derecho fundamental a la salud del consumidor –producto del accidente de consumo– y en el segundo solamente el derecho fundamental a la protección de los intereses económicos del consumidor (art. 42, Const. Nac.).

c) *Las “class action for damages” originadas en accidentes de consumo*

La constatación de que la primer especie de acciones del primer subtipo de acciones de clase del Derecho del Consumidor –patrimoniales originadas en accidentes de consumo– existen, es que la norma del artículo 54 incorporada en 2008 en su párrafo 3º dispone que el juez “establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral”. La regla legal empodera al juez otorgándole una serie de facultades muy relevantes para el caso de las acciones de clase del Derecho del Consumidor del primer subtipo referido que tienen por objeto directo la reparación de un daño. Para empoderar al juez emplea como directriz para su actuación el principio de reparación integral. La regla legal se refiere a la cuantificación del daño que pretende se repare a través de la acción de clase. Lo usual en las acciones de clase de este subtipo es que exista una primera etapa del proceso en la que se decide sólo sobre la existencia de responsabilidad y, luego, una segunda en la cual se cuantifica el daño para cada uno de los damnificados. La norma se refiere implícitamente a la sentencia que pone fin a la primera etapa y, al establecer quién o quiénes son responsables, deja determi-

⁶ Sobre la idea de “accidente de consumo” ver SOZZO, Gonzalo, comentario a la ley 24.240, en BUERES, Alberto (dir.) y HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, t. 8-A.

nadas también las pautas para que se desarrolle la segunda etapa consistente en la prueba de los daños concretos sufridos por cada consumidor.

Para el caso de las acciones de clase de contenido patrimonial directo que tienen por objeto el pago de una indemnización de daños y perjuicios a la salud del consumidor producto de un “accidente de consumo”, la norma del artículo 54 de la ley 24.240 dispone que los “daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos”, es decir que el juez deberá procurar establecer subclases de consumidores dañados. Esta regla no es usual, en los Derechos que tienen más tradición en este tipo de acciones –por ejemplo, en Brasil o los Estados Unidos–, en los cuales la creación de subclases ha sido siempre una construcción jurisprudencial no siempre bien considerada. Por último, se dispone que los consumidores afectados “por vía incidental” podrán “estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda”. La norma debería decir luego: “En una etapa posterior cada uno de los afectados deberá acreditar sus daños, los que serán cuantificados de manera individual en cada sentencia particular”. Una regla de este tipo lograría dejar especificado expresamente algo que hasta ahora se encuentra “implícito”: que en el caso de las acciones de clase con relación a daños y perjuicios podrán existir daños que afecten derechos subjetivos, en cuyo caso existirá una última etapa de la acción de clase en la cual cada uno de los damnificados deberá acreditar y le será cuantificado su daño, tal como ocurre en el trámite usual que desarrollan este tipo de acciones de clase en el Derecho Comparado.

En Brasil, el Código de Defensa del Consumidor les da un régimen legal específico en el que se resuelven cuestiones relevantes a esta especie de acciones de clases por daños y perjuicios.

d) *“Padec” y la creación de la acción de clase contractual como subespecie del subtipo de acciones de clase patrimoniales del Derecho del Consumidor*

La sentencia “Padec” es sumamente relevante pues establece con claridad que en el primer subtipo de acciones de clase –con objeto patrimonial– existen dos subespecies y entre ellos –la primera explicada en b– el segundo subtipo tiene un objeto patrimonial indirecto o mediato consistente en la restitución de sumas de dinero (no la reparación de un daño). La distinción se basa en una antigua diferenciación técnica que existe en el Derecho contractual, en el sector de las acciones que derivan de la teoría general del contrato, entre efecto indemnizatorio y efecto restitutorio.

El razonamiento de la Corte es que la ley 24.240 luego de la reforma de la ley 26.361 incorporó las acciones de clase en el campo del Derecho del Consumidor de manera general, es decir, para atender (a) daños colectivos a consumidores, verbigracia, generado por un producto elaborado; (b) casos como “Padec” en los cuales el objeto inmediato es: (b.1.) la declaración de una cláusula como abusiva; (b.2.) la declaración de que un Derecho Contractual ha sido ejercido abusivamente por el proveedor y el efecto mediato es –en cualquiera de los dos casos– la restitución de las sumas de dinero que el proveedor percibió como consecuencia de haber empleado el derecho o facultad que la cláusula abusiva le permitía.

Con relación a las acciones de clase de contenido patrimonial mediato que tienen por objeto obtener la restitución de sumas de dinero –como ocurre con el caso “Padec”– el artículo 54 establece que “Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado”.

La regla legal debería ser objeto de una pequeña modificación en el último renglón pues allí se dice incorrectamente: “que el resarcimiento sea instrumentado”; este tramo de la regla legal debería ser sustituida por la referencia a la restitución, lo cual aparece como más adecuado para evitar confundir lo que técnicamente son dos efectos diferentes: el efecto indemnizatorio y el efecto restitutorio. Se regula aquí un particular aspecto del contenido de la sentencia de la acción de clase en cuanto se corresponda al primer subtipo regulado –esto es, la acción de clase por afectación de intereses o derechos fundamentales– y ello conlleve como un efecto colateral la restitución de sumas de dinero.

En definitiva, la Corte perfila en estos fallos una subespecie de acciones de clase de contenido patrimonial específicas del Derecho del Consumidor: las acciones de clase “contractuales” –es decir en las que se ventila como objeto inmediato una cuestión como la declaración de abusividad de una cláusula contractual o el juzgamiento del ejercicio abusivo de una facultad contractual– que mediatamente generan un derecho de devolución o restitución de sumas de dinero –efecto patrimonial restitutorio–.

e) *La aplicación del “trámite” de la Ley de Defensa del Consumidor*

Estableció la CSJN en el caso “Padec”:

“16) Que, finalmente, se impone señalar que el tribunal de origen debe-

r  encuadrar el trámite de la presente en los términos del artículo 54 de la ley 24.240. A tales efectos, deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso; supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso; arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte, e implementar medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con idéntico objeto al presente (confr. consid. 20 de la causa ‘Halabi’ ya citada)”.

Más adelante en el caso “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/La Meridional Compa a Argentina de Seguros SA” se orden  que “el mismo tribunal deberá encuadrar el trámite de la presente en los términos del artículo 54 de la ley 24.240”.

Como sabemos, la regulación del artículo 54 de la ley 24.240 incorporado por la ley 26.361 es deficitario pues: (a) no regula aspectos centrales que hacen a las acciones de clase, cualquiera sea su objeto; (b) algunos de los contornos regulatorios que enuncia merecen fuertes críticas.

f) *Los mandatos complementarios*

En el caso “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/La Meridional Compa a Argentina de Seguros SA” luego de indicar que debe seguirse el trámite de la ley 24.240, la CSJN precisó algunos aspectos no regulados en dicha norma y que son centrales en el procedimiento de la acción de clase: “...deberá: identificar en forma precisa el colectivo involucrado en el caso, supervisar que la idoneidad de quien asumió su representación se mantenga a lo largo del proceso, arbitrar un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar afuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte (confr. consid. 20 de la causa ‘Halabi’ ya citada)”.

Son dos temas bien conocidos en la literatura sobre las acciones de clase aquellos sobre los cuales se expide la Corte:

(a) La *certification* del representante de la clase; la “certificación” de la representatividad es como sintéticamente señala la Corte un análisis de la “idoneidad” y que dicha idoneidad debe mantenerse a lo largo del proceso, lo cual constituye una pauta nueva, probablemente derivada de la experiencia

de la causa. La regla actual del artículo 54 tiene un vacío al respecto. Debería establecerse en una futura reforma la necesidad de que el juez de la causa efectúe un juicio de certificación en el cual evaluará la existencia o no de una representación adecuada considerando las condiciones de antecedentes, calidad del expertise, capacidades instaladas y recursos financieros entre otros. Este juicio sólo es necesario en las hipótesis en las cuales el legitimado activo que actúe iniciando la acción de clase sea un ciudadano consumidor o una ONG.

(b) La notificación adecuada del comienzo de la acción de clase, que debe ser garantizada mediante un “procedimiento apto” a tales fines. En la norma vigente no se desarrolla este aspecto que es central en la acción de clase y de ahí la remarca que hace la Corte sobre este punto. La notificación es central pues tiene como funciones las de (a) permitir que ésta tenga efectos sobre el resto de las acciones de clase y (b) que comience a correr el plazo para que los consumidores puedan afectar sus opciones. La existencia de la acción de clase deberá notificarse del modo y por los medios que aseguren de la mejor manera posible el efectivo conocimiento público de la misma. Cabe recordar que en este último punto –el de las opciones– la ley 24.240 ha elegido el sistema *opt out*, con todo lo que ello implilca.

VI. El problema de la coexistencia de diferentes acciones de clase

La CSJN en el caso “Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA” avanzó sobre una cuestión que hasta ahora no había sido objeto de opinión: la pluralidad de acciones de clase sobre un mismo objeto.

Señaló al respecto:

...el tribunal no puede dejar de advertir que la asociación actora ha iniciado contra diversas entidades aseguradoras otros procesos colectivos con idéntico objeto al de autos y que éstos tramitaron ante distintos tribunales del fuero comercial de la Ciudad de Buenos Aires. Esta situación fue especialmente considerada por esta Corte en la causa “Halabi” (consid. 20), en la que señaló que la multiplicación de procesos colectivos con un mismo objeto podría traer aparejado el riesgo de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre una misma materia. Es por eso que se exhorta a los tribunales de grado a implementar adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos y se hace saber a la actora que, en el futuro, deberá informar en forma clara e indubitable en su primera presentación procesal la iniciación de más de una acción colectiva con idéntico objeto.

Este problema de la pluralidad de las acciones de clase es uno de los puntos críticos de la regulación de las acciones de clase que la ley 24.240 no prevé ni regula.

VII. La legitimación activa en las acciones de clase en el Derecho del Consumidor

El problema central que se presenta en la causa “Padec” es si las asociaciones de defensa del consumidor tienen o no legitimación activa para iniciar este tipo de acciones:

5º) Que de tal modo, el Congreso ha creado una acción, que no es estrictamente una acción de amparo, a favor de las asociaciones de consumidores y usuarios cuando ‘resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores y usuarios’ (art. 55, de la ley 26.361) que no se ve impedida por la circunstancia de que existan consumidores o usuarios con un interés patrimonial diferenciado e incluso contrapuesto con el defendido por la asociación accionante, pues contempla una vía por la cual dichos intereses pueden ser puestos a salvo de la cosa juzgada mediante una oportuna petición de exclusión.

Al ser ello así, la legitimación activa de la entidad surge directamente del artículo 55 de la ley 24.240, más allá del régimen constitucional de la acción de amparo en relación con este tipo de derechos, para promover el dictado de una sentencia con efectos sobre todo un grupo de personas que no son parte en el juicio, conclusión que, cabe aclarar, no implica abrir juicio sobre el fondo del asunto.

En diferentes precedentes la Corte viene aplicando la idea de que la “pauta general” es la regla de legitimación activa establecida por el artículo 43 de la Constitución Nacional.

En particular en esta subespecie de acciones de clase reguladas por el Derecho del Consumidor, la norma actual del artículo 54 no establece con claridad quiénes se encuentran legitimados para iniciar una acción de clase de las que regula. Sin embargo, la Corte encuentra en el artículo 55 de la ley 24.240 una “pauta específica”.

En efecto, el artículo 55 les concede legitimación para actuar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores. La regla legal se refiere a la legitimación activa de las asociaciones para iniciar acciones judiciales pero también administrativas.

Esta legitimación, como señala el artículo 55 *in fine* es otorgada “sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del artículo 58”.

La cuestión que debe ser analizada con detenimiento es: ¿Qué tipo de intereses puede defender la asociación? El artículo dice que pueden accionar cuando “resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores”. Un adecuado funcionamiento del sistema requiere que se discrimine con claridad el cuadro de intereses que pueden estar en juego antes de dar una respuesta al interrogante.

Además de los intereses individuales (derechos subjetivos, interés legítimo e interés simple) existen intereses supraindividuales. En este segundo grupo, se encuentran los intereses que versan sobre bienes comunes que se subclasifican en: (a) intereses colectivos, y (b) intereses difusos. Dentro de los intereses supraindividuales existe una tercera categoría de intereses que está más allá de los de los individuos porque no versa sobre un bien colectivo: es la del interés individual homogéneo.

En este último caso –que es el que nos interesa en los antecedentes que comento– hay un grupo de titulares, que puede o no estar preconstituido, cada uno de cuyos miembros detenta un derecho subjetivo pero que tiene la característica que recae sobre el mismo objeto que el de los otros titulares; dicho en otras palabras, cada derecho subjetivo incluso puede tener un mismo origen en una misma causa fuente o en una causa fuente idéntica que se repite, dando lugar a un conjunto de relaciones jurídicas homólogas; el bien es divisible, los titulares son individualizables y existe una relación directa e inmediata de cada titular con el bien.

En el caso de los intereses individuales homogéneos y colectivos, en los países que los admiten pueden ejercerse las denominadas acciones de clase en las cuales un representante del grupo inicia la acción a nombre del mismo y la decisión judicial obliga al grupo aunque formalmente no hayan sido parte del juicio. Entre sus posibles objetos está el de obtener la indemnización de los daños y perjuicios. Mediante un procedimiento que se denomina *certification* un miembro de una clase acredita tal circunstancia ante un juez y realiza una petición a nombre de la categoría. Este sujeto es un representante de la clase. Durante el curso del proceso el juez controla permanentemente al representante de la clase.

En el Código de Defensa del Consumidor de Brasil existe una acción civil colectiva para la defensa de estos derechos. El Código les acuerda legitimación a los damnificados individualmente para iniciarla o al Ministerio Público, el Estado nacional, los estados federados, el distrito federal o los municipios, los organismos estatales encargados de la defensa de los consumidores y las asociaciones.

De conformidad con el artículo 55 es absolutamente indiscutible que las ONG pueden accionar para tutelar intereses individuales de los consumidores.

La norma del artículo 55 tiene en este tema un punto de contacto muy fuerte que refuerza la idea de que pueden actuar sobre la base de un interés individual con la regla del segundo párrafo del artículo 52 ubicado en el capítulo anterior “De las acciones” que señala que el consumidor puede accionar para la defensa de “sus intereses”, es decir los individuales y que “La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas...” Desde mi perspectiva el problema de la legitimación activa de las asociaciones para la defensa de un interés individual de los consumidores se encuentra perfectamente resuelto a partir de la regla del artículo 52, por lo que en realidad la regla del artículo 55 sólo aporta una respuesta en el campo de los intereses plurindividuales.

En el sector de los intereses plurindividuales, en mi opinión, la asociación de consumidores se encuentra legitimada para actuar en razón de la defensa de un interés plurindividual homogéneo, pues se trata de intereses básicamente individuales sólo que con el mismo objeto. Ésta ha sido la conclusión de la Corte en el caso “Padec”.

La mayor duda se presenta frente a los intereses supraindividuales como los colectivos y difusos. Sobre los primeros me inclino por pensar que las asociaciones tienen legitimación activa, pues en general están reconocidos en el Derecho del Consumidor. Mientras que con relación a los intereses difusos la respuesta que proporciona la dogmática consumerista es en general favorable a esta posibilidad. Existe en este sentido, un fenómeno de claro empoderamiento a la sociedad civil, es decir al tercer sector.

En una futura reforma de la ley 24.240 es necesario establecer con claridad la legitimación activa. La futura norma debería transitar la dirección general existente en Argentina –tanto en la ley 24.240 como en la Constitución Nacional– en el campo del Derecho del Consumidor que consiste en empoderar al sector público, concretamente al Ministerio Público y a los defensores del pueblo y al mismo tiempo al sector privado, particularmente allí a los ciudadanos consumidores y a las organizaciones de la sociedad civil que tienen por objeto la Defensa del Consumidor.

VIII. Los contratos frente a los intereses individuales homogéneos

a) El diseño del círculo cerrado del pacto contractual

A través de algunas ideas rectoras la teoría general del contrato moderna logró desvincular el contrato de todo contexto.

Así para producir este efecto, la teoría general del contrato, fiel a los postulados liberales, pretendió impulsar relaciones sociales individuales en las que sólo se visibilizaban los aspectos económicos y no se consideraban otro tipo de estratos que integran los lazos sociales como los sentimientos o los contextos sociales, económicos y culturales evolutivos.

En segundo lugar, la teoría del contrato se basó en la no estabilidad de las relaciones; por ello se llamó a esta teoría del contrato “modelo contractual discontinuo” dado que se basa en la instantaneidad de las relaciones sociales y en su consecuente falta de regularidad; dicho de otro modo: el contrato, cada contrato, es un artefacto singular.

En tercer lugar, la teoría contractual moderna se caracterizó por la depuración respecto de los elementos y contenidos públicos.

Finalmente, en cuarto lugar, recurrió al individualismo contractual, en el sentido de que su función social y política central consistió en la construcción del individuo moderno –junto con el resto de los elementos (propiedad, obligación, sujeto de derecho) que integraban el dispositivo del Derecho Privado Moderno; en otras palabras: el contrato no interesa –y no se interesa– más que por los sujetos que integran las partes del negocio. Lo social, la salud, la naturaleza o la cultura son problemas ajenos al contrato.

Los principios decimonónicos de la teoría del contrato y algunas reglas caracterizadas de los Códigos Civiles del siglo XIX reflejan este proyecto político. Una de esas reglas centrales es el “principio” del efecto relativo del contrato que intenta limitar la eficacia del contrato más allá del círculo de las partes evitando así que el negocio pueda, por regla, beneficiar a terceros o perjudicarlos.

Los factores mencionados, más el individualismo de los derechos fundamentales de primera generación combinados con una teoría plenamente compatible de los derechos subjetivos y la absoluta invisibilidad que los bienes colectivos o, como prefiero ahora denominarlos, “bienes comunes”, produjeron para el Derecho Privado de la primer modernidad –y que nuestro Código Civil redondeó de manera extrema al no consagrar la categoría de los bienes comunes y hacerlo sólo con la de cosas *res nullius*–, un efecto general único: la impenetrabilidad del pacto. Dicho de otra manera, una especie de efecto de blindaje del producto de lo acordado por las partes. Ninguna consideración a elementos extra, supra, intra acuerdo económico de las partes.

b) *Abrir el pacto: la dimensión grupal*

En otras oportunidades he explicado qué es lo que ocurre cuando la

teoría del contrato enfrenta los intereses supra individuales que versan sobre bienes comunes⁷.

La pregunta con la que estos fallos interpelan a la teoría contractual es otra: ¿qué transformación implica el reconocimiento de la existencia de los “intereses individuales homogéneos” en la teoría del contrato?

Mi respuesta es: el descubrimiento de la homogeneidad, que es lo mismo que decir el descubrimiento de la regularidad. En otros términos: mientras la teoría contractual moderna aislaba cada negocio a través de la discontinuidad y desconexión de un contrato respecto del otro, el reconocimiento constitucional de los intereses individuales homogéneos –que en nuestro país ya tiene veinte años– obliga a abrir el círculo del contrato, pretendidamente limitado a las partes, a una especie de dimensión colectiva.

La dimensión colectiva del contrato implica reconocer que diferentes contratantes son parte de una historia común, que se encuentran vinculados por una base fáctica o jurídica común que los liga. Que el mercado no está constituido sólo de relaciones sociales contractuales construidas individualmente mediante la negociación *face to face* por medio de mecanismos pensados para homogeneizar y disminuir los costos y riesgos de la contratación.

Los contratos celebrados por adhesión a condiciones negociales generales, que han dado lugar a toda una construcción destinada a controlar el contenido de los negocios, tienen aquí otra dimensión a la que la teoría del contrato ha prestado relativamente poca atención hasta ahora: el proceso judicial ideal para combatir las cláusulas que pueden ser consideradas abusivas o el uso abusivo de ciertas cláusulas contractuales, tiene que ser un procedimiento judicial que resuelva el problema del grupo de consumidores de un solo golpe.

Lo que la teoría del contrato moderno identificó como una parte subjetiva individual o plurindividual aquí se redimensiona pues comienza a visibilizarse que ese contratante forma al mismo tiempo parte de un colectivo social: integra un grupo de consumidores que tienen un mismo interés jurídico afectado por una cláusula o el ejercicio de una facultad o derecho otorgado por el contrato a los proveedores.

⁷ SOZZO, Gonzalo (autor), *Pasado, presente y futuro del principio de orden público referido a los bienes colectivos (del orden público al principio cosmopolita en el Derecho Privado)*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2007-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 349 a 417; mismo autor: *Riesgos ambientales (contratos creadores de riesgos y principio de precaución)*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2008-2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

IX. Las acciones de clase en el Derecho del Consumidor

Una futura reforma de la ley 24.240 en este punto de las acciones de clase requiere que se regule íntegramente el proceso.

En la elaboración de una regulación de este tipo deberían seguirse los principales modelos de Derecho Comparado, particularmente el modelo regulatorio del Código de Defensa del Consumidor de Brasil –por lejos el régimen legal más evolucionado en el espacio de Mercosur–, que ha sido capaz de catalizar la tradición de la regulación de la cuestión de las acciones de clase de los EE. UU. a través de un elogiado ejercicio de traducción y adaptación aunque sujetado a una particular reflexión crítica de las respuestas otorgadas por los modelos de otros países a la cultura jurídica argentina.

Deberían considerarse, particularmente, las recomendaciones que han sido efectuadas en el campo dogmático y la agenda establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diferentes precedentes, principalmente en el renombrado caso “Halabi”.

Por último, el régimen futuro debería constituir una regulación integral que se ocupe de manera detallada de los aspectos centrales que involucra el instituto de la acción de clase en el campo del Derecho del Consumidor, salvando así el principal problema de la actual regulación que es haber dejado cuestiones esenciales al buen funcionamiento de la acción de clase sin tratar y resolver.