

**PROCESOS COLECTIVOS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL
PARA LA JUSTICIA EN LAS RELACIONES DE CONSUMO DE LA CIUDAD
AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES**

Francisco Verbic ¹

I. Introducción y objetivo del trabajo

En este trabajo realizaremos una primera lectura de la regulación sobre procesos colectivos de consumo establecida en el Capítulo 4 del Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo (en adelante “el Código”) sancionado el 11 de marzo de 2021 como Anexo A de la Ley N° 6.407 de la Ciudad de Buenos Aires.²

Según veremos, se trata de una normativa que significa importantes avances en términos de previsibilidad, acceso a la justicia y debido proceso colectivo, aunque también contempla previsiones que configuran un retroceso para esos mismos derechos y garantías y que plantean cuestiones problemáticas en términos constitucionales.

¹ Abogado (UNLP, 2001). LL.M. in International Legal Studies (NYU, 2011 - Becario Fulbright Master). Especialista en Derecho Civil (UNLP, 2008). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA, 2004). Profesor Adjunto de Derecho Procesal II (UNLP). Secretario Académico y Profesor de “Litigios Complejos, Procesos Colectivos y Acciones de Clase” en la Maestría en Derecho Procesal (UNLP). Autor de los libros “Procesos Colectivos” (Astrea, 2007), “La Prueba Científica en el Proceso Judicial” (Rubinzal Culzoni, 2008) y “Más allá del papel. Lecturas críticas sobre procesos colectivos” (Editores del Sur, 2020). Autor de trabajos publicados en revistas y obras colectivas de Argentina y del extranjero. Traductor al español de artículos sobre procesos colectivos en portugués, italiano e inglés. Abogado litigante. Correo electrónico: verbicfrancisco@gmail.com

² Boletín Oficial del 19/03/21.

Esta regulación viene a determinar las reglas procesales que deben aplicarse en el fuero especial creado por el art. 41 de la Ley N° 26.993, conforme surge de lo dispuesto por el art. 5 del Código: “La Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires será competente para conocer: (...) 3. En los procesos colectivos que involucren relaciones de consumo descritas en el inciso 1 de presente”.

El Capítulo 4 se ocupa de regular legitimación colectiva, beneficio de gratuidad, mediación prejudicial, requisitos de admisibilidad, adecuada representación, objeto de los procesos colectivos de consumo, trámite, notificaciones, contenido de la sentencia, cosa juzgada colectiva, destino de las indemnizaciones y transacción.

Como puede advertirse, la sola lectura de los institutos procesales abordados confirma un claro avance en comparación con las escasas normas contempladas actualmente en la Ley N° 24.240 y modificatorias (en adelante “LDC”). Al mismo tiempo, evidencia que numerosas cuestiones de relevancia para el trámite de este tipo de procesos han quedado sin tratamiento expreso. Entre ellas y entre otras, pueden destacarse los poderes de gestión del jueces y juezas en este contexto de enjuiciamiento, las medidas cautelares, la intervención de terceros e integrantes del grupo representado, los amigos y amigas del tribunal, la vinculación entre procesos colectivos, y la vinculación entre procesos individuales y procesos colectivos.³

En los desarrollos que siguen nos ocuparemos de analizar el modo en que han sido diagramadas las cuestiones efectivamente reguladas en el Código, identificando sus bondades y posibles problemas. Asimismo, aportaremos algunos desarrollos conceptuales y de derecho comparado que permitan poner los temas en contexto y colaborar en el entendimiento, interpretación y aplicación del Código.⁴

³ Sobre las cuestiones fundamentales que entendemos deben ser contempladas, como mínimo, en regulaciones sobre la materia, nos remitimos a Giannini, L. - Pérez Hazaña, A. - Kalafatich, C. - Rusconi, D. - Salgado, J.M. - Sucunza, M.A. - Tau, M.R. - Ucín, C. - Verbic, F. “Propuesta de bases para la discusión de una ley que regule los procesos colectivos”, Revista de Derecho Procesal 2016-2, editorial Rubinzal Culzoni.

⁴ A pesar de su carácter netamente colectivo, no analizaremos la acción de cese de publicidad ilícita regulada en los arts. 248 a 253 del Código porque ella será tratada por otra autora de esta obra colectiva.

II. **Clave de lectura: acceso colectivo a la justicia y debido proceso legal de las personas que integran el grupo como piso mínimo de garantía federal**

Antes de comenzar con el análisis del articulado, es necesario subrayar que la lectura, interpretación y aplicación de las reglas sobre procesos colectivos de consumo establecidas en este Código debe realizarse, ineludiblemente, en el marco de la interpretación que nuestra corte federal ha acordado al derecho de acceso colectivo a la justicia y a la garantía de debido proceso legal de las personas que integran el grupo representado.⁵

Ante todo, debemos considerar que los procesos colectivos regulados por el Código son procesos colectivos de tipo representativo (solo una entre las distintas alternativas legislativas que podrían utilizarse para procesar y resolver conflictos de masa).⁶ Este modelo de tutela colectiva supone la presencia de una determinada persona pública o privada (o un pequeño conjunto de ellas) que se autodenomina como representante del grupo afectado para llevar adelante el caso en sede judicial.

Esta representación es atípica ya que no hay autorización expresa de las personas que integran el grupo para que la legitimada colectiva pueda actuar en su nombre. Más aun, en muchos supuestos tal representación se da en ausencia de conocimiento por parte de tales personas, y –en ciertos casos- incluso contra la voluntad expresa de algunas de ellas.

⁵ Verbic, F., “La Corte Suprema argentina y la construcción del derecho constitucional a un debido proceso colectivo”, *Int’l Journal of Procedural Law*, Vol. 5 (2015), No. 1.

⁶ Para una breve reseña sobre instrumentos procesales alternativos para el tratamiento de litigios repetitivos, nos remitimos a Didier JR., F., “Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos – Espécies de processo coletivo no direito brasileiro: aproximações e distinções”, *RePro* Nº 256 (2016), pp. 209-218; Mendonça Sica, H.V., “Brevísimas reflexiones sobre la evolución del tratamiento de los litigios repetitivos en el ordenamiento brasileño: del CPC de 1973 al CPC de 2015”, traducción de Francisco V., *Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni* 2019-I; y Ostolaza, Y.- Hartmann, M., “Overview of Multidistrict Litigation Rules at the State and Federal Level”, *26 Rev. Litig.* 47.

En este sentido es fundamental tener presente que, al resolver la causa “Halabi”⁷, la CSJN sostuvo la plena vigencia de la garantía de debido proceso colectivo establecida en el art. 43 CN a pesar de la falta de regulación sobre la materia. Asimismo, afirmó la existencia de un deber en cabeza de jueces y juezas para dotarla de eficacia.

Todo esto en un contexto de mora legislativa a nivel nacional que también se ocupó de subrayar: “Frente a esa falta de regulación -la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido-, cabe señalar que la referida 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”.⁸

Las citas de “Siri” y “Kot” para fundar esta afirmación permiten comprender con claridad el estado de situación en torno al tema, por entonces a 15 años de la reforma constitucional: “Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”.⁹

En “Halabi” la Corte también estableció requisitos de admisibilidad de lo que denominó “acción colectiva”, y se refirió a las “pautas adjetivas mínimas” que deben ser respetadas durante el trámite para asegurar la garantía de debido proceso legal de las personas representadas.

⁷ CSJN, 24/02/09, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/09, Fallos 332:111.

⁸ Considerando 12° del voto de la mayoría.

⁹ Considerando 12° del voto de la mayoría.

En otro orden, se refirió especialmente a la necesidad de garantizar el acceso colectivo a la justicia de ciertos grupos o sectores de la sociedad que calificó como “tradicionalmente postergados” o “débilmente protegidos”,¹⁰ así como respecto de pretensiones en las cuales cobren preeminencia “otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud”.¹¹

Como sabemos, la tutela colectiva del consumidor abarca ambas dimensiones mencionadas por la Corte. La subjetiva, en tanto el sector ha sido tradicionalmente considerado como estructuralmente desigual y desaventajado frente a proveedoras de bienes y servicios. Y la dimensión objetiva, porque se trata, obviamente, de “materia de consumo” (en ocasiones, adicionada a una materia de salud, de ambiente y de muchos otros derechos que cortan transversalmente la posición de toda persona frente al mercado de bienes y servicios).

Estas premisas establecidas por la corte federal condicionan la constitucionalidad de la regulación local, su interpretación y su aplicación. Especialmente a partir del precedente “Kersich”, donde la CSJN se ocupó de dejar en claro que su propia interpretación del art. 43 CN (realizada para entonces principalmente en “Halabi”) resulta obligatoria para los jueces locales, debido a la esencia federal de la garantía de debido proceso colectivo allí establecida. En ese orden de ideas, sostuvo que una resolución local era descalificable porque “los jueces de la causa no aplicaron las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, cuyas características principales y modalidades fueron enunciadas por esta Corte Suprema en el caso ‘Halabi’”.¹²

III. Legitimación activa

¹⁰ Sobre grupos desaventajados en Argentina ver en general los trabajos reunidos en el libro Gargarella, Roberto (Compilador) “Derechos y grupos desaventajados”, Ed. Gedisa, Buenos Aires, 1999.

¹¹ Considerando 13° del voto de la mayoría.

¹² CSJN, 02/12/14, "Recurso de hecho deducido por Aguas Bonaerenses S.A. en la causa Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros si amparo", causa CSJ 42/2013 (49-K), Fallos 337:1361, considerando 9°.

La legitimación activa en los procesos colectivos se define por una habilitación normativa. Será legitimada aquella persona que, de conformidad con la ley que corresponda aplicar al caso, se encuentre habilitada para que se resuelva por sentencia de mérito si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda en beneficio de un grupo de personas allí determinado.

No resulta necesario ser titular del derecho o la relación jurídica material que se busca proteger, sino del interés en que se decida si efectivamente existe y ha sido afectada o puesta en riesgo. Así, la legitimación será perfecta desde el momento en que las personas con interés en la declaración y discusión sean el demandante y el demandado.¹³

A nivel nacional, la legitimación colectiva de la usuaria o consumidora afectada para promover procesos colectivos de consumo se encuentra regulada por los arts. 52¹⁴ y 55¹⁵ de la LDC. A pesar de que alguna doctrina ha sostenido que la reglamentación del art. 43 CN

¹³ Devis Echandia, H., "Teoría general del proceso, Ed. Universidad, Buenos Aires (1984), Tomo I. En esa misma línea, Morello y Vallefin sostienen que la legitimación activa "no es más que la posibilidad jurídica del pronunciamiento de fondo apreciada por el órgano con base en la invocación de un interés tutelado jurídicamente justificativo, en su caso, de la posición subjetiva de la parte en relación con el pedimento de conformidad con el ordenamiento jurídico..." (Morello, A. M., - Vallefin, C. A., "El amparo. Régimen procesal", 5ª edición, Ed. Librería Editora Platense, 2004).

¹⁴ El art. 52, texto según Ley N° 26.361, establece lo siguiente: "Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal".

¹⁵ El primer párrafo del nuevo art. 55 establece que "Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley".

en el campo del consumo no debería conceder legitimación colectiva a las personas físicas,¹⁶ lo cierto es que una interpretación del género es claramente insostenible por tres motivos fundamentales: (i) sería inconstitucional a la luz del art. 43 CN; (ii) implicaría avanzar a contracorriente de la directriz política de acceso a la justicia que subyace en la LDC; y (iii) difícilmente pueda justificarse constitucionalmente a la luz del principio de igualdad con respecto a sujetos afectados en derechos de incidencia colectiva de otra índole.¹⁷

El art. 52 LDC también reconoce la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor (habilitación con la cual contaban desde la sanción de la ley original en el año 1993). Estas asociaciones, de acuerdo con los términos en que quedó redactada la ley, pueden promover una demanda o actuar como litisconsorte en defensa de un grupo de consumidoras o usuarias en cualquier tipo de conflicto. Asimismo, la norma reconoce la legitimación colectiva de las autoridades locales de aplicación de la LDC.

En cuarto lugar tenemos al Defensor del Pueblo de la Nación. Si bien tanto el art. 43 CN como el art 86 CN reconocen claramente la legitimación colectiva de esta figura, hasta la sanción de la ley N° 26.361 la jurisprudencia no parecía haber tomado nota de ello en el campo del consumo. Para algunos autores la jurisprudencia era “vacilante”,¹⁸ aunque, en rigor de verdad, en la órbita de la CSJN la figura encontró una barrera infranqueable.¹⁹ En algún momento la Corte pareció comenzar a repensar el asunto, al menos en algunos

¹⁶ Ver Arazi, R., “Propuesta de ley de la Asociación de Bancos Argentinos para regular los procesos colectivos sobre derechos individuales homogéneos”, RDP 2012, Número Extraordinario “Procesos Colectivos”, pp. 429 y ss.

¹⁷ En igual sentido, al analizar el proyecto luego de obtener media sanción en la cámara baja, Giannini, L. J. “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 226. El autor considera que este agregado lisa y llanamente debe tenerse por no escrito atento anular la potestad del particular de accionar en calidad de afectado.

¹⁸ Ver Arazi, R. “Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24240 (ley 26361): Legitimación y cosa juzgada”, J.A. 2008-III-1193.

¹⁹ Me remito al análisis efectuado en Verbic, F., “La (negada) legitimación activa del defensor del pueblo de la nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2007-I. Para un desarrollo más general de la jurisprudencia en la materia, Verbic, F., “Procesos colectivos” Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 154-175.

aspectos.²⁰ Sin embargo, la decisión recaída en la “causa del corralito financiero” (promovida por la figura) confirmó una vez más que la CSJN no está dispuesto a admitir planteos en defensa de derechos que considera “patrimoniales, puramente individuales”, por entender que éstos se encuentran marginados de la previsión del art. 43 CN y sólo pueden ser defendidos en justicia por sus titulares directos.²¹

Anotando dicha sentencia algunos vaticinaron el fin de la discusión sobre los límites de las acciones colectivas iniciadas por el Defensor del Pueblo o las Asociaciones de Defensa de los Consumidores.²² Si bien uno podría pensar que “Halabi” dio por tierra con esa idea, lo cierto es que todavía está por verse que sucederá cuando llegue a estrados de la CSJN una causa de este tipo (derechos individuales homogéneos puramente patrimoniales), ya que en

²⁰ Me refiero a los votos concurrentes de la causa “Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. – P.E.N. – M°. E. – dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”, CSJN, Sentencia del 24/05/05, causa D. 90. XXXVIII.

²¹ CSJN, 26/06/07, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional”. Como destaca Giannini, en este fallo primó la postura restrictiva de considerar que “...sólo los derechos transindividuales de objeto indivisible (difusos stricto sensu) pueden ser llevados a juicio mediante la legitimación extraordinaria reconocida en el art. 43” (Giannini, L. J. “Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de ‘derechos de incidencia colectiva’”, L.L. 2008-A-97). Wajuntraub ensaya una interpretación de este fallo desde otra óptica, considerando que “Lo que se plantea en el caso es que muchos de los ahorristas, tal vez la mayoría, habían iniciado a esa altura su reclamo individual, los que en ningún caso se referían a sumas insignificantes. Probablemente, lo que se trató de establecer es que lo que determina la existencia de derechos de incidencia colectiva no es si lo que se discute son reclamos patrimoniales divisibles o indivisibles sino, en todo caso, la imposibilidad material de que un particular lleve a cabo una acción individual por una suma insignificante, siendo que el hecho habría importado una afectación masiva” (Wajuntraub, J. H. “Las acciones colectivas tras la reforma de la ley de defensa del consumidor”, J.A. 2008-II-1286).

²² Laguige, E., “Límites de las acciones colectivas”, L.L. 2007-F-33 (nota a fallo). Este autor asume una posición restrictiva sobre el tema al sostener que “nuestro derecho establece que la nota característica de las acciones colectivas es velar por los intereses colectivos de naturaleza indivisible”. Para justificar esa afirmación señala que “Es fundamental no extender irrazonablemente los alcances de la legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones a la tutela de intereses patrimoniales divisibles. Si bien es cierto que sería conveniente encontrar un canal procesal adecuado para la tutela de estos intereses (como las acciones de clases del derecho estadounidense), el otorgamiento de legitimación al Defensor del Pueblo y a las asociaciones del art. 43 CN, segundo párrafo, crearía aún mas problemas de los que se pretende solucionar”. Más allá de algunas citas doctrinarias y de la afirmación transcripta (que nada dice sobre qué problemas se crearían de reconocerse legitimación colectivas para la defensa de derechos individuales homogéneos), no encontré argumentos plausibles que sostengan la posición del autor.

“Halabi” se dejó expresamente a salvo la opinión de Highton de Nolasco en lo que hace a la legitimación de la figura para demandar en defensa de este tipo de derechos.²³

Por último, encontramos entre los legitimados colectivos al Ministerio Público Fiscal ya que el primer párrafo del art. 52 mantiene en cabeza de este organismo la competencia para accionar colectivamente en defensa de los consumidoras y usuarias, así como su participación en los procesos colectivos relativos a esta materia en carácter de fiscal de la ley. El cuarto párrafo, al mismo tiempo, hizo lo propio con el mandato legal que exige a esta institución asumir la calidad de actor en aquellos procesos iniciados por una asociación y luego desistidos o abandonados.²⁴

²³ Considerando 28° del voto de la mayoría.

²⁴ En otro lugar he destacado que el Ministerio Público cuenta con la suficiente autonomía para asumir un rol activo en la arena de los procesos colectivos, no obstante lo cual poco ha hecho hasta ahora en tal sentido (ver Verbic, F., “Procesos Colectivos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 235 y ss). Teniendo presente que la Ley N° 26.361 nada ha innovado sobre el asunto, me permito tres reflexiones. La primera de ellas tiene que ver con la poca utilidad de exigir la continuación del proceso abandonado o desistido en el marco de un sistema donde, como veremos, la cosa juzgada desfavorable no afecta el derecho de los miembros del grupo. Si una sentencia recaída sobre el mérito del asunto no puede perjudicar los intereses de aquellos, mucho menos podrá hacerlo una sentencia que pone fin al pleito por desistimiento o caducidad de instancia (consecuencia del abandono). ¿Qué sentido tiene entonces imponer al Ministerio Público semejante carga? Asumiendo por un momento que alguna utilidad pudiera tener la participación del Ministerio Público en el sentido previsto por la norma, la segunda reflexión gira en torno a la conveniencia de imponer como exigencia insoslayable la necesidad de asumir la titularidad de la acción. La norma es loable en tanto permite controlar de alguna manera que no se produzca connivencia entre la asociación actora y el demandado (utilidad que cobra especial relevancia ante la ausencia de control de la representatividad del legitimado colectivo). Sin embargo, parece razonable suponer que no siempre que se desista de una acción o se abandone la lucha en un proceso, ello tendrá por causa una conducta fraudulenta. También puede suceder, por ejemplo, que la actora se dé cuenta que ha planteado mal el caso, o bien que no le asiste razón en su pretensión. Si no hay mérito para continuar con la discusión, no tiene sentido imponer al Estado la (gravosa) carga de litigar por litigar. La última idea que quiero presentar respecto a este tema también guarda relación con los supuestos en que habrá de operar la mentada obligación de continuar con el proceso, aunque desde otra perspectiva. Según el texto de la norma, dicho deber sólo se presenta cuando la demanda colectiva hubiera sido interpuesta por una asociación. Puedo conceder (no sin algún reparo) que en los supuestos de demandas promovidas por el Defensor del Pueblo y por las autoridades de aplicación, la intervención del Ministerio Público no resulte necesaria dado que se trata de entidades públicas. Sin embargo, no advierto razón alguna para omitir la intervención de aquel cuando el proceso es promovido (y desistido o abandonado) por un consumidor que actúa en calidad de afectado en los términos del art. 43 CN y 52, 1er. párrafo, de la LDC. Parece razonable suponer que también en este tipo de supuestos debería darse intervención al Ministerio Público para que actúe como lo prevé la norma (suponiendo que fuera útil y conveniente, ambas cuestiones

El Código regula esta legitimación para promover procesos colectivos de consumo en sus artículos 35 y 255.²⁵

que –como sostuve hace un momento- pueden ponerse en tela de juicio). A mi modo de ver, lo ideal hubiera sido que el legislador se ocupara en términos generales de regular el modo de disponer del proceso y del derecho, acordando al Ministerio Público, en ese escenario, un importante rol de control (tal como lo hizo al regular los acuerdos transaccionales).

²⁵ **“Art. 35.-** Se encuentran legitimados para iniciar las acciones individuales o colectivas o interponer los recursos previstos en este Código:

- a) Las personas enunciadas en el artículo 1° de la Ley N° 24.240 y en los artículos 1092, 1096 y 1102 del Código Civil y Comercial de la Nación.
- b) Los proveedores conforme a los términos del artículo 2 de la Ley N° 24.240 y 1093 del Código Civil y Comercial de la Nación. Los proveedores no gozarán del beneficio de gratuidad previsto en esta ley y no podrán tramitar ante la justicia en las relaciones de consumo juicios ejecutivos en los que sean demandados consumidores.
- c) El consumidor solicitante de daño directo en términos del 40 bis de la Ley N° 24.240 a los efectos del recurso directo contra la resolución de la autoridad de aplicación que lo deniegue u otorgue en menor medida que la solicitada.
- d) El adquirente o fiduciante-beneficiario que adquiera, en términos del artículo 1666 del Código Civil y Comercial de la Nación, mediante un contrato de fideicomiso inmobiliario inscripto en el Registro Público de Contratos de Fideicomiso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bienes inmuebles como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.
- e) La autoridad de aplicación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- f) Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y registradas.
- g) La Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- h) El Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con los alcances previstos en el inciso 2 del Art. 53 de la Ley N° 1903 (Texto Ordenado por la Ley 6347), promover o intervenir en causas concernientes a la protección de los derechos como consumidor de las personas menores de edad, incapaces e inhabilitados y requerir todas las medidas conducentes a tales propósitos, cuando carecieren de asistencia o representación legal, fuere necesario suplir la inacción de sus asistentes y representantes legales, parientes o personas que los tuvieren a su cargo, o hubiere que controlar la gestión de estos últimos.
- i) El Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- j) El Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley, encontrándose legitimado para proponer medidas de prueba e interponer recursos en salvaguarda del orden público en las relaciones de consumo.
- k) El Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la CABA”.

“Art. 255. Legitimación activa en los procesos colectivos de consumo: Tienen legitimación activa en los procesos colectivos de consumo:

1. Fundada en derechos de incidencia colectiva individuales homogéneos, los afectados que demuestran un interés razonable, el Defensor del Pueblo de la CABA, 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 CABA, la autoridad de aplicación, las asociaciones que tengan por

En una primera lectura del art. 35, lo que se advierte es que se trata de un gran elenco de legitimados y legitimadas en el cual se reconocen aquéllas establecidas en la CN y la LDC, y se construye sobre ese piso para habilitar una mayor apertura del sistema judicial frente a estas pretensiones.

La segunda cuestión que parece novedosa es el reconocimiento de legitimación colectiva a “proveedores” para promover este tipo de casos frente a usuarias o consumidoras (art. 35, inc. “b”). Una legitimación que se encuentra en parte limitada porque “no gozarán del beneficio de gratuidad previsto en esta ley” (veremos los alcances de este beneficio más adelante).

En tercer lugar, se destaca la articulación con la Constitución Nacional, la LDC y el Código Civil y Comercial (en adelante, “CCyC”) al reconocer con claridad la legitimación colectiva de la usuaria o consumidora “afectada”. Esto surge de lo dispuesto por el inc. 1º, que refiere

objeto la defensa de los consumidores reconocidas por la autoridad de aplicación, el Ministerio Público Fiscal, Tutelar y de la Defensa”.

a “Las personas enunciadas en el artículo 1° de la Ley N° 24.240²⁶ y en los artículos 1092,²⁷ 1096²⁸ y 1102²⁹ del Código Civil y Comercial de la Nación”.

Por último, se establece la figura del Ministerio Público Fiscal como “fiscal de la ley” cuando no interviene como parte, con la particularidad –respecto del régimen nacional- que se lo faculta expresamente para “proponer medidas de prueba e interponer recursos en salvaguarda del orden público en las relaciones de consumo” (art. 35 inc. “j”).

Como contracara de estos avances, advertimos una inconsistencia entre la regla general del art. 35 y la regla especial del art. 255. Recordemos que el art. 35 reconoce legitimación general “para iniciar las acciones individuales o colectivas”, mientras que el art. 255 opera como regla especial y señala que las personas físicas y jurídicas, así como los organismos públicos allí identificados, “tienen legitimación activa en los procesos colectivos de consumo”.

El problema surge porque la regla especial establecida en el art. 255 limita y restringe aquella enumeración general del art. 35, ya que priva de legitimación colectiva para proteger

²⁶ Texto actual: “ARTICULO 1º —Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

²⁷ “ARTICULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

²⁸ “ARTICULO 1096.- Ámbito de aplicación. Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el artículo 1092”.

²⁹ “ARTICULO 1102.- Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

derechos individuales homogéneos al Ministerio Público Fiscal, Tutelar y de la Defensa, así como a la autoridad local de aplicación de la LDC. Ello así en la medida que el art. 255 inc. 2° solo reconoce legitimación a tales organismos públicos para actuar en defensa de derechos colectivos propiamente dichos (“derechos de incidencia colectiva y difusos”).

Consideramos que esta limitación es irrazonable y regresiva, ya que no hay razones de principio, legales ni constitucionales que justifiquen restringir de tal manera el derecho de proponer pretensiones colectivas ante el Poder Judicial.

IV. Beneficio de gratuidad

El Código regula el beneficio de gratuidad para casos colectivos de consumo en el art. 256, el cual remite en cuanto a sus alcances y efectos a lo dispuesto por el art. 66 (que regula el instituto para los casos individuales, aunque también hace referencia a pretensiones colectivas).³⁰

Esta regulación del beneficio de gratuidad configura un importante avance, ya que termina de resolver una discusión de larga data sobre los alcances del instituto.

³⁰ **“Art. 66. —Gratuidad a favor del consumidor o usuario:** Las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios individuales o colectivas, se regirán por el principio de gratuidad establecido en los artículos 53 último párrafo y 55 último párrafo de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, lo que importa que se encuentran exentas del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, contribuciones, costas y de todo gasto que pueda irrogar el juicio.

En caso de consumidores o usuarios que actúen en interés propio, en reclamos superiores a un monto que exceda las (cien) 100 UMA, el demandado podrá acreditar por incidente separado y sin suspensión del trámite principal, que el/los actor/es dispone/n de recursos económicos suficientes para soportar los gastos del juicio, conforme se regula en el presente Código en lo relativo al incidente de solvencia. En ningún caso el incidente de solvencia que prospere importará la obligación del consumidor actor de abonar la tasa de justicia”.

“Art. 256. Gratuidad: 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. 66. 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 35 en cuanto fuere pertinente”.

En tal sentido, el señalamiento de que el beneficio abarca el “pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, contribuciones, costas y de todo gasto que pueda irrogar el juicio” claramente lo equipara al beneficio de litigar sin gastos regulado en el CPCCN. De esta manera el Código se alinea con la doctrina de la CSJN, que en reiterados precedentes había ya realizado tal equiparación.³¹

Decimos que se trata de un importante avance ya que, a pesar de la consolidada jurisprudencia del máximo tribunal en esta materia, numerosos tribunales continúan sosteniendo que el beneficio solo exime del pago de la tasa de justicia (entre los cuales se cuentan la mayoría de las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial).³²

V. Mediación prejudicial

En esta materia el Código trae como novedad la eximición del trámite de mediación prejudicial obligatoria para casos colectivos de consumo, conforme lo establece su art. 213, último párrafo.³³

En atención a las características del mecanismo de enjuiciamiento colectivo representativo, hay buenas razones para que cualquier acuerdo transaccional colectivo se realice en el contexto del proceso, bajo estricto control del órgano judicial y del Ministerio Público Fiscal.

³¹ 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.

³² Sobre las distintas interpretaciones del instituto en el fueron nacional comercial, Galeazzi, M. – Verbic, F., “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, M. – Verbic, F., “Del modo de imponer las costas en casos de interés público. ¿Hermosos autos sin motor?”, L.L. del 27/10/2016

³³ “**Art. 213.** (...) No será necesaria la instancia previa para los procesos ejecutivos, los de ejecución de sentencia, la acción contra la publicidad ilícita, las medidas autosatisfactivas, las acciones de amparo y los procesos colectivos”.

VI. Presupuestos de admisibilidad

El Código regula los presupuestos de admisibilidad del proceso colectivo de consumo en sus arts. 257 (general) y 258 (proceso de daños).³⁴

De la regulación establecida en el art. 257 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.

Sostenemos hace años que no hay fundamentos constitucionales, legales ni de principio para sostener un requisito de admisibilidad del género.³⁵ El art. 43 CN no contiene ningún tipo de

³⁴ **Art. 257. Presupuestos de admisibilidad.**

Para que sea admisible un proceso colectivo de consumo es necesario:

1. Un número razonable de interesados, que dificulte la sustanciación individual de las respectivas pretensiones;
2. Intereses comunes a todos los integrantes de la clase;
3. Argumentos comunes;
4. Representación adecuada que sustentan la pretensión de la clase, acreditada mediante la certificación prevista en el art. 259.
5. En las acciones previstas en el inc 2) del art 255 de este Código, se deberá acreditar la existencia de la relación de consumo que funda la pretensión, la imposibilidad de sustanciación individual y los antecedentes particulares y/o colectivos de los que se dispone que justifican el impulso del proceso colectivo de consumo”.

Art. 258. 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, 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”.

³⁵ Verbic, F., “Acciones de clase y eficiencia del sistema de justicia”, J.A. 2015-III; Salgado, M. J. – Verbic, F., “Un estándar inconstitucional para el acceso colectivo a la justicia”, L.L. del 25/08/2016

restricción en tal sentido. Lo mismo puede decirse de los principios jurídicos en general, y de los procesales en particular.

Además, es importante tener presente que la CSJN en “Halabi” ni siquiera intentó ensayar una justificación para esta restricción (que tampoco encuentra fundamentos expresos en la Acordada CSJN N° 12/2016). En efecto, 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.

Como ha señalado Giannini, en opinión que compartimos, 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”³⁶

Por lo demás, los requisitos de admisibilidad establecidos en dicho art. 257 replican, con variaciones terminológicas, aquéllos que fueron establecidos por la CSJN en “Halabi” y toda su progenie, luego regulados en la Acordada CSJN N° 12/2016.

VII. Certificación de la adecuada representación

El Código regula en su art. 259 lo que denomina “certificación de la adecuada representación”.³⁷

³⁶ Giannini, L. 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.

³⁷ **Art. 259. 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

Esta norma se ocupa de un instituto constitucional y procesal fundamental, considerado de manera consistente por la doctrina como el requisito de debido proceso más importante en el contexto de sistemas de tutela colectiva representativa como el nuestro.³⁸ Su raíz constitucional ha sido reconocida reiteradamente en el contexto de la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23, que regula las acciones de clase en el orden federal estadounidense y que es fuente indudable de toda la jurisprudencia de la CSJN en la materia.³⁹

En este sentido, y en línea con lo establecido por la CSJN en *Halabi*” y *PADEC c. Swiss Medical*”, se establece la necesidad de control previo del requisito (lo cual lo coloca entre aquellos de admisibilidad, de allí el art. 257 inc. 4°) y de supervisión constante durante el trámite del proceso al determinar que “constituye un estándar que deberá ser mantenido a lo largo de todo el proceso” (lo cual lo coloca entre las “pautas adjetivas mínimas” para el trámite, en la terminología de *Halabi*”).

La norma también se presenta como un avance respecto de la regulación nacional en la medida que provee algunos “parámetros” para su análisis. Más allá de los cuestionamientos puntuales que pueden hacerse a la norma por omitir contemplar otros que son relevantes en este campo, debe destacarse la intención de proveer a los operadores jurídicos de

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, 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”.

³⁸ En general, ver Giannini, L. J. *“La Tutela Colectiva de Derechos Individuales Homogéneos”*, Librería Editora Platense, La Plata, 2007; Salgado, J. M., *“Tutela individual homogénea”*, Ed. Astrea, 2011; Verbic, F., *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

³⁹ Para un análisis general de los alcances del requisito en el sistema estadounidense nos remitimos a Verbic, F. *“La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas”*, RDC Abeledo-Perrot n° 233, Nov/Dic. 2008.

herramientas concretas para analizar la configuración del requisito. Además, los “parámetros” regulados abarcan las dos grandes líneas de análisis del tema: condiciones para desarrollar una buena defensa del grupo y ausencia de conflictos estructurales de interés.

Una tercera cuestión se identifica en este artículo es la posibilidad de que la jueza o juez pueda sustituir al representante colectivo “por razones fundadas” (las cuales deberán justificar debidamente por qué la representante colectiva ha dejado de ser “adecuada”) y nombrar otros legitimados o legitimadas para que lleven adelante la discusión.

De este modo se evita dejar indefenso al grupo cuando la representante colectiva pierde su carácter de “adecuada” o bien pierde su condición de legitimada por incumplimiento de requisitos administrativos, tal como ocurrió en algún caso relativamente reciente frente a la baja de una organización del Registro de Asociaciones de Defensa del Consumidor.⁴⁰

Este poder del juez o jueza es imprescindible en estos contextos de enjuiciamiento. La regla que recepta el Código encuentra antecedente en el art. 3, Par. 4° del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual establece que "En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada (...) el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción".

Como contracara de estas cuestiones, advertimos al menos dos problemas en el modo de regular la representatividad adecuada.

El primero es que se prevé el control del requisito solo respecto de “sujetos de derecho privado” y no con relación a los demás legitimados y legitimadas colectivas. Recordemos que el art. 257 inc. 4° regula la representatividad adecuada como un requisito de admisibilidad general para todos los procesos, pero luego señala que tal idoneidad debe ser

⁴⁰ CSJN, 26/12/2018, "Asociación Sepa Defenderse c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ amparo colectivo" (Expte. Competencia FLP 39652/2014/CS1). Ver un breve comentario en Verbic, F. "Falta de representación colectiva sobreviniente. Efectos de la baja del Registro Nacional de Asociaciones de Defensa del Consumidor", L.L. del 13/02/2019.

“acreditada mediante la certificación prevista en el art. 259”. O sea, no se trata de un requisito general de admisibilidad, sino de un requisito que aplica exclusivamente para las consumidoras que pretendan actuar como representantes colectivas.

Se trata de un defecto legislativo que entendemos debe corregirse cuanto antes, en la medida, desde ya, que estemos de acuerdo en las premisas conceptuales sobre las que estamos trabajando. Esto es, en la medida que estemos de acuerdo en que el control de la idoneidad de la representante colectiva es esencial para proteger el debido proceso de los miembros del grupo ausentes en el debate.

En este sentido, respecto de las otras legitimadas (todas aquellas que no son un “sujeto de derecho privado”) podría incorporarse en el Código una presunción de idoneidad, siempre que admita prueba en contrario.⁴¹ Lo que no puede suceder es que el requisito deje de controlarse respecto de tales legitimadas porque, insistimos: (i) se trata del reaseguro fundamental del debido proceso de los miembros del grupo ausentes en el debate; y (ii) 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 de ciertos casos puntuales.⁴²

El segundo problema que vemos, mucho menos grave que el anterior, está en la terminología utilizada para referirse a miembros del grupo que pretendan ejercer su legitimación colectiva. En lugar de “sujeto de derecho privado”, hubiera sido conveniente utilizar el término “afectado” o bien “consumidor o usuario afectado” para estar en línea con el art. 43 CN y

⁴¹ Señalamos esto en un trabajo donde analizamos el requisito de representatividad adecuada y el modo que la CSJN lo trató y resolvió en “Halabi” (Oteiza, E. – Verbic, F. “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).

⁴² En general sobre el tema, ver Giannini, L. J. “La transacción en los procesos colectivos”, RDP 2011-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 309-311; Verbic, F., “Introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase”, Editores del Sur, en prensa, capítulo 6, apartado 4; Salgado, J. M. – Carestía, F. S., “La transacción en las acciones de clase”, L.L. 2012-B-781.

poder aprovechar toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial que se ha desarrollado desde el año 1994 hasta la fecha en torno a ese concepto.

VIII. Objeto del proceso colectivo de consumo

El art. 260 del Código regula el “objeto del proceso colectivo de consumo” mediante la enumeración de 3 tipos de pretensiones que pueden promoverse en clave colectiva. En este sentido, refiere a: (i) prevención “con el fin de evitar la afectación de los derechos de incidencia colectiva o la continuidad futura de la afectación”; (ii) reparación “de los daños ya producidos”; y (iii) restitución “de sumas percibidas sin derecho por los proveedores”.⁴³

Esta es una norma problemática ya que, de interpretarse en forma taxativa y restrictiva, podría llevar a sostener que el Código excluye del campo de actuación de la tutela colectiva otros tipos de pretensiones. En este sentido, nos preocupa especialmente que este art. 260 pueda utilizarse para rechazar pretensiones declarativas de nulidad y de inconstitucionalidad, tan relevantes en los casos vinculados con servicios públicos y contratos con cláusulas predisuestas en general.

Cabe destacar que este tipo de pretensiones declarativas no siempre tienen una finalidad preventiva, lo cual permitiría tenerlas por comprendidas en el primer inciso del art. 260 y resolver esta preocupación. En este orden, debe considerarse que en muchos casos esas

⁴³ **“Art. 260. 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;
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”.

pretensiones declarativas son la antesala lógica y necesaria (la verdadera causa) de pretensiones conexas de condena que tienen por objeto el pago de indemnizaciones o la restitución de lo cobrado de manera ilegal.

El objeto del proceso colectivo de consumo está definido por la CN y por la CSJN desde “Halabi” en adelante: la tutela de derecho de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos y referidos a intereses individuales homogéneos. Hubiese sido conveniente no limitar en el Código el tipo de pretensiones procesales que pueden plantearse para proteger ese objeto, insisto, definido ya en el piso mínimo de derechos y garantías federales que resulta obligatorio para los Estados locales. En otras palabras: el proceso colectivo de consumo debería poder canalizar cualquier tipo de pretensiones para proteger el señalado objeto. Una lectura restrictiva en este campo sería regresiva y, por tanto, inconstitucional.

Desde otra perspectiva, el análisis del art. 260 nos muestra que, en medio de este elenco de pretensiones, también puede identificarse el poder de jueces y juezas para determinar el destino de las indemnizaciones pagadas cuando no es posible “la reposición al estado anterior”. La norma prevé que ese dinero tendrá “el destino que le asigna el juez por resolución fundada”.

Este poder de jueces y juezas para resolver sobre el destino de indemnizaciones pagadas con causa en la afectación de derechos “de incidencia colectiva o difusos” tendría una mejor ubicación sistémica como parte del art. 265, que refiere al destino de las indemnizaciones.

IX. Trámite del proceso colectivo de consumo

En su art. 261 el Código regula tres cuestiones relativas al trámite de estos procesos.⁴⁴

⁴⁴ **Art. 261. Trámite del proceso colectivo de consumo.** Cuando el proceso colectivo tenga por objeto la prevención de daños, podrá tramitarse por vía de amparo colectivo o emplearse cualquier otra vía procesal que sea más adecuada a la satisfacción de los intereses de los consumidores. En estos casos el juez debe armonizar dichas reglas con las que el Código Civil y Comercial establece para la pretensión de prevención del daño.

La primera es el tipo de vía procesal habilitada para canalizar ciertas pretensiones colectivas. Por un lado, la de prevención de daños (amparo o cualquier otra vía más eficaz), por el otro, la de reparación de daños (derivada a aquella vía procesal que resulte “más adecuada a la satisfacción de los intereses de los consumidores”).

Aquí puede advertirse cierta inconsistencia con la LDC, en tanto esta última establece en su art. 53 que las controversias de consumo, sin distinción del tipo de pretensión que involucren, se registrarán por “las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado”.

La segunda cuestión que regula el art. 261 del Código es la competencia por prevención para determinar qué juzgado corresponde intervenir en el supuesto de procesos colectivos paralelos y superpuestos.

De acuerdo con lo dispuesto en esta materia, los procesos colectivos iniciados “sobre el mismo objeto” serán “atraídos y acumulados en el tribunal que primero notificó la existencia del proceso colectivo, sin perjuicio de la notificación ante el Registro de Procesos Colectivos”.

La redacción es problemática porque no resulta claro si notificar “la existencia” del proceso colectivo debe interpretarse como notificación del traslado de demanda (regla tradicional en la materia, art. 188 CPCCN), así como tampoco resulta claro que significa “sin perjuicio de la notificación ante el Registro de Procesos Colectivos”. ¿Prevalece la notificación del

Los casos que tengan por objeto la reparación de daños tramitarán por la vía procesal más adecuada a la satisfacción de los intereses de los consumidores.

Si se hubieran iniciado varios procesos sobre el mismo objeto, estos serán atraídos y acumulados en el tribunal que primero notificó la existencia del proceso colectivo, sin perjuicio de la notificación ante el Registro de Procesos Colectivos.

En caso de desistimiento o abandono de la acción la titularidad activa podrá ser asumida por el Ministerio Público Fiscal”.

traslado de demanda (asumiendo que notificar “la existencia del proceso” se refiera a eso) o prevalece la inscripción en el Registro en caso de haberse efectuado previamente?

Por otra parte, tampoco está claro dónde deben registrarse estas causas colectivas de consumo.⁴⁵ A menos que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA haya celebrado

⁴⁵ Maurino, Nino y Sigal fueron los primeros que impulsaron en Argentina la idea de implementar este tipo de Registros, en el entendimiento que permitiría a terceros conocer la existencia del litigio en similares condiciones a lo que ocurre con los procesos concursales y sucesorios a través de los registros de juicios universales establecidos en las distintas jurisdicciones (Maurino, G. – Nino, E. – Sigal, M. “Las acciones colectivas. Análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado”, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 266 y ss). La importancia de este tipo de mecanismos fue también destacada en las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Mendoza en el año 2005 (punto 8, donde se sostuvo la conveniencia de implementar un sistema de orden nacional mediante convenios interjurisdiccionales). Luego fue la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires la primera en implementar un sistema del género por vía de la Acordada SCBA N° 3660/13, de fecha 21/08/2013, por medio de la cual se dispuso la creación del Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva en el cual quedó subsumido el Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva previsto en la Ley N° 13.928. Desde su puesta en funcionamiento comenzaron a anotarse en el Registro “todos los procesos en que se debatan derechos colectivos o de incidencia colectiva en general, a excepción de los procesos de hábeas corpus” (art. 2) y es deber de los jueces intervinientes comunicar la información necesaria para ello (art. 3). También se toma nota allí de los procesos colectivos que tramiten en extraña jurisdicción y sean voluntariamente informados por los jueces pertinentes (art. 6). El Registro es público y accesible desde el sitio web de la SCBA, y la información que contiene puede ser libremente consultada en forma gratuita (art. 9). El Registro también proporciona informes a pedido de ciertos sujetos determinados en la propia normativa (arts. 10 y 11) (ver una nota sobre el tema en Cappaccio, J. - Verbic, F., “La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires innova con la creación y reglamentación de un Registro de Procesos de Incidencia Colectiva”, LLBA 2014 (febrero), 1). Poco más de un año después del dictado de la señalada Acordada de la SCBA, fue la CSJN quien resolvió seguir el mismo camino al dictar sentencia en autos “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo” (23/09/14, causa M.1145.XILX). Allí el máximo tribunal argentino señaló que “durante el último tiempo este Tribunal ha advertido un incremento de causas colectivas con idénticos o similares objetos que provienen de diferentes tribunales del país. Esta circunstancia genera, además de dispendio jurisdiccional, el riesgo cierto de que se dicten sentencias contradictorias y de que las decisiones que recaigan en uno de los procesos hagan cosa juzgada respecto de las planteadas en otro. También favorece la objetable multiplicación de acciones procesales con objetos superpuestos tendientes a ampliar las posibilidades de obtener alguna resolución -cautelar o definitiva- favorable a los intereses del legitimado activo o de interferir en la decisión dictada en el marco de otro expediente” (Considerando 7° del voto de la mayoría, replicado por el considerando 10° del voto concurrente de Highton de Nolasco). Por dichas razones y “en atención a que los aludidos inconvenientes podrían conllevar a situaciones de gravedad institucional”, la CSJN estimó “necesaria” la creación por medio de Acordada de un “Registro de Acciones Colectivas en el que deban inscribirse todos los procesos de esa naturaleza que tramiten ante los tribunales del país”. Una semana después de pronunciar esa sentencia la CSJN dictó la Acordada N° 32/2014, cuyo art. 1 dispone “Crear el Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante los tribunales del Poder Judicial de la Nación, que funcionará con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de la Secretaría General y de Gestión de esta Corte” para todas tomar razón de

convenio con la CSJN en los términos del art. 3 de la Acordada CSJN N° 32/2014⁴⁶ (cuestión que desconocemos), no debería ser en ese Registro ya que el Código regula procesos de jurisdicción local.⁴⁷

Esta breve referencia contenida en el art. 261 es la única oportunidad en que el Código refiere al Registro de Procesos Colectivos. Era una buena oportunidad para regular este fundamental recurso técnico para enfrentar el fenómeno de la litigación paralela y superpuesta de casos colectivos. El único registro de este tipo con vigencia en la CABA lo encontramos en el fuero contencioso administrativo y tributario local, regulado por los Acuerdos Plenarios de la Cámara del fuero N° 5/2005 y N° 4/2016.⁴⁸ Quedará a jueces y juezas resolver la modalidad de inscripción y, en caso de considerarlo oportuno y conveniente, avanzar con la celebración de convenios con la CSJN para unificar la registración.

La tercera y última cuestión de trámite que regula este art. 261 es la posición subsidiaria del Ministerio Público Fiscal frente a casos de “desistimiento o abandono de la acción”. En este punto se sigue la línea de la LDC, aunque sin aclarar si, frente a supuestos como los señalados, su intervención se encuentra limitada exclusivamente a casos propiamente colectivos o también involucra los relativos a derechos individuales homogéneos (ver más arriba lo que señalamos sobre la limitación que establece el art. 255, 2do párrafo, del Código).

las causas que tramitan ante la justicia nacional y federal (si bien se invita a las Provincias y a la CABA a celebrar convenios en la materia). Puede accederse al Registro desde la página principal del sitio web de la CSJN (www.csjn.gov.ar).

⁴⁶ “Art. 3.- Invitar a los superiores tribunales de justicia de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con esta Corte, según lo establecido en el considerando 4°”.

⁴⁷ El considerando 4° de la Acordada, al cual remite su art. 3, limita expresamente su competencia material en los siguientes términos: “Que las atribuciones que mantienen las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en materia procesal y de administración de justicia exigen limitar materialmente la competencia del registro que, como principio, recibirá y sistematizará la información que le proporcionen los tribunales que integran el Poder Judicial de la Nación, sin perjuicio de invitar a los superiores tribunales de justicia de las Provincias y de la Ciudad de Buenos Aires a celebrar convenios con esta Corte que permitan compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos”.

⁴⁸ Breves apuntes sobre la última modificación en <https://classactionsargentina.com/2016/07/05/la-ccayt-de-la-caba-en-pleno-modifico-el-registro-de-amparos-colectivos-cba/>.

X. Notificación pública

En el art. 262, bajo el título “notificación pública”, el Código regula sobre notificaciones a las personas que integran el grupo, responsabilidad por sus costos y derecho de optar por excluirse del proceso.⁴⁹

X.1. Notificaciones y publicidad. Medios para utilizar, asignación de costos y lenguaje claro

Si tenemos en consideración el diagrama procesal de los sistemas de tutela colectiva representativa, los mecanismos de publicidad del proceso y de notificaciones a las personas que integran el grupo adquieren una importancia mayúscula.⁵⁰

Cuando uno piensa en notificaciones o publicidad de un proceso judicial y los actos procesales ocurridos durante su tramitación, rápidamente imaginamos edictos, cédulas y registros de juicios universales, así como otras modalidades tradicionales de comunicación e información hacia las partes y la comunidad sobre la existencia y avances del trámite.

⁴⁹ **Art. 262. 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 sin perjuicio de la publicidad por medios públicos pertenecientes al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuya realización debe ordenarse gratuitamente.

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”.

⁵⁰ Los desarrollos de este apartado resumen y actualizan lo expuesto en Verbic, F., “Publicidad y notificaciones en los Procesos Colectivos de Consumo”, L.L. del 15/04/2015, y en Kalafatich, C. - Verbic, F. “La notificación adecuada en los procesos colectivos”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones N° 274, Sept/Oct 2015, pp. 1390-1395.

Sin embargo, las cédulas son costosas y de complicado trámite, los registros de juicios universales se encuentran muy lejos de la comunidad, y muy poca gente desayuna leyendo los edictos del diario (mucho menos los del Boletín Oficial). A pesar de esto, los abogados nos hemos puesto de acuerdo en que estas modalidades de comunicación son aptas para permitir que la discusión procesal avance y también para resguardar los derechos de las partes y terceros con interés en el conflicto a resolver. Hemos aprendido a convivir con ellas sin cuestionarlas demasiado. Tan es así que, de hecho, las experiencias recientes que buscan utilizar (y utilizan) nuevas tecnologías y mecanismos alternativos a los tradicionales recién señalados para mejorar nuestras comunicaciones han sido resistidas por grandes sectores de la comunidad jurídica.

Si esta falta de modernización en el modo de comunicarnos en el marco del proceso es cuanto menos delicada en el campo de los procesos individuales, en el contexto de casos colectivos de consumo asume, lisa y llanamente, un carácter peligroso. Peligroso para las personas que integran el grupo representado, peligroso para la efectividad de la eventual sentencia a dictarse y peligroso para la legitimidad del sistema frente a la sociedad.

Sucede que, y esto debe ser bien subrayado, la publicidad del proceso y las notificaciones dirigidas a las personas que integran el grupo adquieren en el campo colectivo un carácter esencial para garantizar un debido proceso legal y, en ciertos casos al menos, para garantizar la posibilidad de ejercer el derecho de autonomía individual de grandes números de personas que, en atención a la estructura de los procesos de tutela colectiva sobre los que estamos trabajando (recordemos, procesos colectivos representativos), no están presentes en el debate.

En este sentido, sostenemos desde hace muchos años que “la necesidad de acordar una amplia publicidad a la promoción de un proceso colectivo tiene por causa y objetivo permitir la participación en el debate de todos aquellos sujetos afectados y del resto de los legitimados extraordinarios habilitados para intervenir en el asunto (siempre en las condiciones y con los límites que prevea la legislación específica en la materia, puesto que la intervención de todos

acabaría por obturar la posibilidad de acceder a la tutela colectiva). En este sentido, conocer de la existencia del proceso y sus principales aspectos de trámite permite a los interesados controlar la actuación y la adecuación del representante, contribuir con las pruebas e información que dispongan y, en algunos casos, ejercer su derecho de autoexclusión si no desean ser afectados por la cosa juzgada de la sentencia a dictarse, siempre que el sistema prevea tal posibilidad. En otras palabras: como el instrumental colectivo descansa sobre la ficción de considerar presentes a tales sujetos a través de un representante atípico que no eligieron, la publicidad del proceso tiende fundamentalmente a garantizar su derecho de defensa.⁵¹

Desde otra perspectiva, un adecuado sistema de publicidad y notificaciones resulta esencial para que la sentencia colectiva pueda desactivar el conflicto definitivamente. Esto es, sin dejar abiertos flancos de ataque fundados en la falta de respeto a las señaladas garantías. Podría pensarse que esto apunta a una cuestión meramente pragmática, pero lo cierto es que también se juega allí uno de los corolarios de la garantía de debido proceso legal: la efectividad de la decisión (en este caso, colectiva).

Por último, una debida publicidad y un sistema razonable de notificaciones también resultan de gran trascendencia para dotar de legitimidad al sistema de tutela colectiva frente a la sociedad, asegurando una mayor transparencia en el proceso⁵² y también minimizando las posibilidades de sentencias contradictorias sobre una misma cuestión colectiva.

Para comprender los alcances de este tema, resulta clave recordar que, al resolver “Halabi” y en todos los precedentes que siguieron su línea,⁵³ la CSJN sostuvo que “es esencial,

⁵¹ Verbic, F., “Procesos Colectivos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, Capítulo IV.

⁵² Sobre los problemas que tuvieron diversos acuerdos transaccionales colectivos en Argentina debido a la utilización de medidas de publicidad y notificaciones abiertamente insuficientes, me remito a Bengolea, A.– Verbic, F., “Acuerdos transaccionales colectivos en el derecho de consumo”, L.L. del 04/04/13; Verbic, F., “Control judicial de acuerdos colectivos de consumo”, DPI del 24/04/14.

⁵³ Especialmente las causas “PADEC c/ Swiss Medical S.A.”, CSJ 361/2007 (43-P), sentencia del 21/08/13; “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A. ley 24.240 y otro s/ ampo proc. sumarísimo (artículo 321, inc. 2°, C.P.C. y C.)”, CSJ 2/2009 (45-U), sentencia del 06/03/14; “Consumidores

asimismo, que se arbitre en cada caso 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 quedarse fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos”.⁵⁴

Ahora bien, la norma en comentario establece que “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”. En resumidas cuentas, este art. 262 del Código establece un estándar de “razonabilidad” para definir los medios por los cuales debe ser notificada la existencia del proceso colectivo.

¿Significa esto, interpretado a la luz del carácter esencial del sistema de notificaciones, que jueces y juezas deben asegurar una notificación personal y fehaciente a todas las personas

Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A s/ ordinario”, CSJ 519/2012 (48-C), sentencia del 24/06/14; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario”, CSJ 1074/2010 (46-C), sentencia del 24/06/14; y “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo”, CSJ 1145/2013 (49-M), sentencia del 23/09/14.
⁵⁴ Considerando 20° del voto de la mayoría. También vale señalar la existencia de jurisprudencia de tribunales inferiores que, siguiendo la línea marcada por la CSJN, resolvieron con distinto alcance cuestiones vinculadas con esta problemática. En este sentido se destaca la sentencia dictada por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en “Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario” (sentencia del 22/08/13), donde los magistrados intervinientes recalcaron que “la importancia de la información en los juicios donde se invocan derechos individuales homogéneos es nodal en el proceso [colectivo]” y que, por tanto, “se impone efectuar la notificación de la existencia del litigio de la mejor manera posible, de acuerdo a las circunstancias del caso, a todos los miembros afectados en forma individual, siempre que éstos puedan ser identificados con un esfuerzo razonable, además de una notificación general para el resto”. La decisión cita expresamente a Salgado, J. M. “Certificación, notificaciones y opción de salida en el proceso colectivo”, RDP Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011-2, p. 193 y ss. (trabajo cuya lectura completa recomendamos en atención al análisis claro y sistémico que propone sobre este tema).

que integran el grupo representado como única forma de respetar sus garantías constitucionales? La respuesta es no.⁵⁵

Tal como se explica con claridad en la introducción a los Principios de los Procesos Colectivos del American Law Institute “Es claro para todos que las notificaciones tienen una chance muy pequeña de convertir en activos participantes de las acciones de clase a aquellos miembros del grupo que tienen pequeños intereses en juego. Enviar notificaciones a este tipo de personas es una pérdida de tiempo y dinero. A pesar de ello la práctica continúa, reflejando una bien intencionada creencia según la cual el aparente potencial de participación individual provee mayor legitimidad al proceso colectivo. Las notificaciones son un pilar fundamental del debido proceso en los procesos tradicionales, donde las partes cuentan con intereses de relevancia y pueden protegerse sólo mediante una activa participación. La práctica de notificar a miembros de la clase que tienen pretensiones de escaso valor pone en evidencia la convicción de que ellos también tienen derecho a un debido proceso. Pero las buenas intenciones producen malos resultados cuando los encargados de generar políticas públicas no comprenden los incentivos de los litigantes. Cuando los miembros ausentes de la clase tienen pretensiones de escaso valor y pueden obtener un mejor resultado siguiendo el liderazgo de representantes nominales, los esfuerzos de convertir a aquéllos en activos litigantes mediante el uso de notificaciones están sepultados de antemano”.⁵⁶

⁵⁵ Compartimos lo sostenido por Martínez Medrano cuando afirma que “Las acciones colectivas deben ser comunicadas a los eventuales beneficiarios (los consumidores) pero esta comunicación debe ser en favor de los consumidores, y si la misma representa un obstáculo para la promoción o trámite del proceso colectivo, el remedio es peor que la enfermedad. O dicho de otra forma, quienes se ponen la piel de corderos y se manifiestan rigurosos a la hora de notificar uno por uno a los consumidores, saben que dicho meticuloso requisito se transforma en un obstáculo que precisamente impide que los consumidores puedan ser representados colectivamente” (Martínez Medrano, G., “Publicidad de las acciones colectivas”, L.L. 2013-F-272).

⁵⁶ Issacharoff, S. (Reportero General) “Principios del Derecho de los Procesos Colectivos”, American Law Institute – UNAM, Traducción al español de Verbic, F., México, 2014, p. XXI-XXII (disponible en https://www.academia.edu/7545598/Principios_del_Derecho_de_los_Procesos_Colectivos).

Por tanto, el tipo y modalidad de notificación a implementar dependerá de las particulares características del caso en discusión y, muy especialmente, del grado de incentivo que sus destinatarios y destinatarias puedan tener para participar en el proceso o excluirse del mismo.

Lejos de tratarse de una cuestión simple que pueda resolverse automáticamente (por ejemplo, por medio de una previsión legal que impusiera determinada forma de comunicación de manera obligatoria), en este campo se debe acordar al órgano judicial suficiente discreción para ponderar todas estas cuestiones y tomar las medidas que sean necesarias a fin de asegurar un sistema de notificaciones razonable y adecuado para el caso concreto.

¿Qué modalidades se encuentran disponibles para poner en conocimiento de las personas que integran el grupo la existencia del proceso y sus principales movimientos? A título ejemplificativo es posible identificar cuanto menos las siguientes, algunas de las cuales cuentan con concreta aplicación en la experiencia jurisprudencial argentina:

(i) La publicación de banners destacados en las páginas web de las demandadas. Distintos fallos de tribunales de alzada han confirmado órdenes de publicar un banner en la página web de la demandada para informar a sus clientes (miembros del grupo ausentes en el debate) sobre la existencia del caso colectivo.⁵⁷

⁵⁷ Entre ellos tenemos la sentencia interlocutoria de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos “Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario”, al cual ya hice referencia, donde el tribunal revocó la decisión del Juez de primera instancia que había ordenado el envío de una nota simple a todos los miembros del grupo afectado por cuenta y cargo de la demandada, reemplazando tal obligación por la de transmitir “en el plazo de 48 horas de notificada la presente (...) el contenido de la información en un banner destacado de su página web —que deberá mantenerse vigente durante treinta días desde su publicación— y arbitrar todos los otros medios conducentes, sin limitación alguna”. Otro precedente en esta línea fue dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, Provincia de Buenos Aires, en autos “Usuarios y Consumidores Unidos c/ AMX S.A. y otro s/ Materia a categorizar” (Expte. N° 65.109). En este caso el tribunal siguió un criterio similar al recién señalado de la Sala F, revocando la decisión del Juez de primera instancia y, recordando las exigencias que la CSJN impuso en “Halabi” en torno a la publicidad de estas acciones, invocando (con citas doctrinarias) la necesidad de hacer un uso más fuerte de las facultades ordenatorias de los jueces en este tipo de procesos, y basada también en el principio de colaboración de las partes, ordenó la publicación del caso en medios gráficos y en la página web de la demandada mediante un banner destacado y durante 30 días. Un tercer fallo que resolvió también en este sentido el problema de la publicidad del proceso colectivo

- (ii) La publicación de anuncios televisivos.⁵⁸
- (iii) La utilización de notas simples, cartelería, redes sociales y otras modalidades que involucran el uso de nuevas tecnologías como ser el envío de correos electrónicos de mensajes de texto por vía de telefonía celular.⁵⁹

corresponde a la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial en los autos “Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c/ Banco Santander Río S.A. s/ Ordinario” (Expte. N° 29.369/2010, sentencia del 30 de Octubre de 2014). Aquí el tribunal redujo de 5 a 2 los días de publicación de edictos con base en razones de índole económica y, aparentemente como medida para mejor proveer dirigida a complementar esa publicidad edictal, ordenó publicar un banner durante veinte días corridos en la página web de la demandada y a costa de ésta.

⁵⁸ En torno a esta modalidad encontramos un importante antecedente en el breve pero sustancioso fallo dictado por la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos “Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario” (sentencia del 22/08/13), donde se sostuvo que “dada la dispersión geográfica de los clientes de la compañía demandada, la masividad en el alcance que suponen los medios de difusión televisiva y el rol social que cumplen, se aprecia de suma utilidad recurrir a las señales de la televisión pública —canal 7— y privadas de aire —canal 2, 9, 11 y 13”. A dichos canales televisivos se les solicitó que “en las ediciones centrales de los noticieros hagan conocer la existencia de este pleito y su estado (...) la cual podrá ser comunicada —no exclusivamente— mediante videograph o especie similar u otra alternativa o formato idóneo”. Sobre estas premisas, la Cámara ordenó librar oficio a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) “a fin de que por su intermedio se arbitren los medios necesarios a los fines del efectivo cumplimiento de lo ordenado precedentemente (cfr. art. 10 de la ley 26.522)”. El fallo invoca como autoridad una decisión previa de la misma Sala F, dictada en fecha 23/05/2013 en autos “Asociación Protección Consumidores del Merc. Común Sur c. Galeno Argentina S.A. s/sumarísimo”.

⁵⁹ Tanto el fallo de la Sala F en “Liderar” como el dictado por su par de Pergamino en “AMX” revocaron decisiones de primera instancia que habían dispuesto el envío de notas simples a los miembros del grupo. Ambos tribunales lo hicieron por considerar que se trataba de una carga demasiado gravosa para la demandada. Sin embargo, tales decisiones carecen en este punto de argumentos que sostengan esta afirmación. Si consideramos la señalada relevancia que tiene una debida publicidad y notificación del caso colectivo a los miembros del grupo afectado, y consideramos también la posición económica que tienen las empresas usualmente demandadas en este tipo de asuntos, la afirmación de que una simple nota configura una carga demasiado gravosa no parece sostenerse por sí sola. A esto debemos sumar la relación directa y contacto permanente que estas empresas tienen con sus clientes en la gran mayoría de los casos, así como también el hecho de que la incorporación de este tipo de notas (en formato papel o digital) junto con la factura a pagar garantiza en gran medida la efectiva toma de conocimiento por parte de los afectados. En el caso de las compañías de telefonía móvil encontramos todavía un recurso más sencillo, útil y directo para utilizar a modo de nota simple: el envío de sms a sus clientes. Un recurso que, además, no insume costo alguno para las empresas y garantiza la recepción del mensaje por parte del destinatario. Este medio de comunicación es utilizado permanentemente para publicidades e información relativas al servicio, ¿por qué no emplearlo para comunicar a los usuarios afectados la existencia de un proceso judicial que involucra sus intereses? Lo mismo puede decirse del envío de emails masivos, por parte de cualquier tipo de empresa hacia sus clientes. También este tipo de medio de comunicación es utilizado con gran asiduidad para comunicar publicidad, promociones

(iv) La inscripción de la causa y de sus pasos procesales más relevantes en Registros Públicos de Procesos Colectivos, tal como hemos visto se regula –en forma poco clara- en el art. 261 del Código.

El menú de alternativas para notificar a las personas que integran el grupo es, como puede advertirse, muy amplio. Destacamos también que se trata de modalidades que pueden utilizarse en conjunto, ya que no son excluyentes entre ellas. Modalidades que además –esto no es menor- en varios supuestos son totalmente gratuitas o bien tienen un costo ínfimo.

Destacamos la importancia de la gratuidad (o ínfimo costo) de muchas de estas modalidades, ya que los costos de las notificaciones pueden operar como un factor determinante para la viabilidad misma de este tipo de causas colectivas. Exigir a la parte actora que cargue con el costo de producción de tales acciones de comunicación puede en muchos casos condenar al fracaso la tutela colectiva intentada y, con ello, impedir el acceso a la justicia de grandes grupos de personas (así como garantizar la impunidad de conductas y prácticas comerciales manifiestamente ilícitas, pero generadoras de afectaciones de escasa cuantía individual).

En este sentido, el órgano judicial debería gozar de discreción para asignar razonablemente la carga de tales costos, de forma tal de impedir que se erijan como un obstáculo para el

e información relacionada con el servicio. Y también se trata de un medio de comunicación de muy bajo costo, si es que alguno. Sin embargo, tampoco se lo utiliza para comunicar la existencia de este tipo de procesos. La colocación de cartelera en lugares visibles dentro de los locales de la parte demandada también es otro recurso de relativo bajo costo y muy interesante para utilizar. Si bien la eficacia de este mecanismo no es tan alta como la de los señalados hasta aquí, pues supone la presencia física del afectado dentro del local en cuestión, no deja por ello de ser una modalidad complementaria que concurre a profundizar la difusión del caso colectivo (sobre esta modalidad ver MARTINEZ MEDRANO, Gabriel “Publicidad de las acciones colectivas”, L.L. 2013-F-272, refiriéndose a “La colocación de cartelera en lugares de tránsito de los clientes abarcados por la clase como ser supermercados (criterio sostenido por la Fiscalía de Primera Instancia en el expediente “ADDUC c. CENCOSUD”, Juzgado Comercial Nro. 11) y sucursales bancarias (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 21/07/2012 “PADEC c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”). Por último, pero no por eso menos importante, tenemos disponible la herramienta de las redes sociales. Vías de comunicación como Facebook, Twitter, Instagram y tantas otras configuran en la actualidad una de las herramientas más importantes para difundir la existencia de procesos colectivos. Lo mismo puede decirse de la posibilidad de desarrollar blogs o páginas web exclusivas para cada proceso judicial colectivo, dotando así al asunto de presencia propia y directa al público en la web.

avance de la discusión colectiva del conflicto. Un proceso colectivo que configura en ocasiones (por ejemplo, asuntos de escasa cuantía), la única vía realista de acceso a la justicia.

De acuerdo con lo normado en el art. 262, “Los legitimados activos deberán acreditar que cuentan con los medios para asegurar su cumplimiento sin perjuicio de la publicidad por medios públicos pertenecientes al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuya realización debe ordenarse gratuitamente. A tales efectos deberán presentar un proyecto de notificación pública”.

En este marco regulatorio, el menú de alternativas que identificamos hace un momento cobra especial relevancia ya que es la parte actora quien debe proponer al órgano judicial el modo de notificar.

Más allá de eso, encontramos problemática la exigencia de que la actora acredite que cuenta con “medios para asegurar su cumplimiento”. Sucede que esta exigencia es inconsistente (más bien, lisa y llanamente contradictoria) con los alcances acordados al beneficio de justicia gratuita establecido en el art. 66, aplicable por la remisión que hace el art. 256. Recordemos que este beneficio determina que los procesos colectivos de consumo “se encuentran exentos del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, contribuciones, costas y de todo gasto que pueda irrogar el juicio”.

¿Cómo compatibilizar la exigencia del art. 262 con el reconocimiento de que la actora se encuentra exenta de pagar “todo gasto que pueda irrogar el juicio”? El único modo que encontramos es considerar que los “medios” que el art. 262 exige demostrar no se refieren a dinero, sino a canales de comunicación mediante los cuales se pueda implementar el “proyecto de notificación pública” presentado.

Fuera de esta interpretación que proponemos, la colisión entre normas es irresoluble y, a la luz de los propios principios que propone el Código en su art. 1 incs. 1º, 6º, 7º y 10º,⁶⁰ debería inclinarse por la preeminencia del art. 66 para asegurar el acceso colectivo a la justicia y evitar que barreras económicas se interpongan en el camino.

Para terminar con este tema nos interesa señalar dos cosas.

La primera es que, si realmente buscamos que la existencia de los casos colectivos de consumo que tramitan ante el nuevo fuero llegue a conocimiento de quienes se verán afectados y afectadas por lo que allí se resuelva (en otras palabras: si pretendemos respetar sus garantías constitucionales), es fundamental que comiencen a utilizarse soluciones innovadoras en este aspecto y que todos los operadores jurídicos nos hagamos cargo de la realidad que impone la sociedad de la información en que estamos viviendo. Sólo sobre estas bases podremos comenzar a desterrar viejas y costosas modalidades de comunicación que se encuentran muy lejos de poder cumplir con esta función (me refiero especialmente a los edictos).

⁶⁰ **Art. 1º.- Principios.** El proceso ante la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se rige por los principios que emergen de las normas constitucionales y legales de protección del consumidor, y en particular, por los que a continuación se detallan:

1. Informalidad procesal a favor del consumidor, celeridad, inmediatez, concentración, economía procesal, oralidad y gratuidad.
2. Digitalización de las actuaciones conforme lo disponen los reglamentos del Consejo de la Magistratura de la CABA.
3. Diligenciamiento de pruebas, notificaciones y realización de audiencias y actos procesales en forma virtual conforme lo establezca la reglamentación del Consejo de la Magistratura de la CABA.
4. Impulso de oficio con el alcance previsto en este Código.
5. Conciliación de las partes, cuando ello fuera posible, en toda instancia procesal previa al dictado de sentencia.
6. Principio de protección al consumidor.
7. Aplicación de la norma o de la interpretación más favorable al consumidor en caso de duda.
8. Orden público y operatividad de las normas.
9. Consumo y producción sustentable.
10. Criterios de tutela judicial efectiva con especial rigurosidad en el caso de consumidores hipervulnerables y reparación integral”.

La segunda es la importancia de que juezas y jueces determinen no sólo la modalidad de notificación a utilizar (y asignen razonablemente entre las partes la carga de sus costos), sino también el contenido de la comunicación y –esto es verdaderamente fundamental- el lenguaje a utilizar en ese contexto.⁶¹ Téngase presente que, aun cuando podamos asegurar que la información llegue a conocimiento de sus destinatarios y destinatarias, de nada servirá si el lenguaje utilizado para comunicar les resulta inaccesible.

Es bien sabido que el lenguaje jurídico sufre de vaguedad, ambigüedad y otra serie de problemas propios del lenguaje vulgar que utiliza para expresarse.⁶² Se supone que a mayor técnica y especificidad en la terminología utilizada, menor será el margen de error en lo que se busca comunicar. Y es justamente por ello, en teoría, que el lenguaje judicial se encuentra plagado de términos, frases, conceptos y construcciones semánticas que difícilmente pueden ser entendidas por quienes no son especialistas en la materia o, al menos, se encuentran habituados a trabajar con textos jurídicos.

Mucho de ese lenguaje es esencial para explicar determinados conceptos, teorías y doctrinas (entendiendo por “esencial” que su reemplazo podría hacer incurrir en error a los operadores jurídicos). En esto estamos de acuerdo. Sin embargo, también existe un amplio vocabulario que no resulta esencial y que bien podría abandonarse para permitir que las decisiones judiciales sean más comprensibles por la sociedad.

En el marco de la publicidad y notificaciones implementadas en los procesos colectivos de consumo regulados por el Código debería cuidarse que el contenido a transmitir sea expresado en un lenguaje claro y accesible que, sin incurrir en errores conceptuales, pueda ser entendido por la población a la cual se dirige. Sólo de ese modo las notificaciones podrán

⁶¹ Distintos ejemplos de notificaciones en acciones de clase pueden consultarse en Hensler, D. R. y otros “Class action dilemmas: pursuing public goals for private gain”, RAND Institute, 2000.

⁶² Sobre el particular ver el clásico trabajo de Carrió, G. “Notas sobre derecho y lenguaje”, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968.

cumplir con su objetivo primordial de asegurar la plena vigencia de las garantías de debido proceso y autonomía individual de las personas que integran el grupo.⁶³

X.2. El derecho de optar por excluirse del proceso colectivo

Según adelantamos, el art. 262 del Código también regula, en su tercer párrafo, el derecho de las personas que integran el grupo para excluirse del proceso colectivo: “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”.

Este derecho es una parte esencial del debido proceso legal de las personas ausentes en el debate en sistema donde, como propone implícitamente el Código, el grupo representado por la legitimada colectiva se configura por defecto. Esto es, invocada la representación colectiva y definido el grupo que se busca representar, el sistema considera comprendido en el proceso colectivo todas las personas que lo integren. De esta manera, se presume que los miembros del grupo identificado por el representante desean involucrarse en la resolución del litigio, condicionando su exclusión a una manifestación expresa en tal sentido.

Este modo de diseño del proceso colectivo implica, naturalmente, el riesgo de que una persona que ni siquiera tiene conocimiento de la existencia del proceso colectivo resulte afectada por la cosa juzgada de la sentencia. Sin embargo, la presunción de que tales personas tienen interés en “participar” del proceso (como integrantes del grupo) es mucho más eficaz para la solución del conflicto ya que la inercia opera para ampliar el número de la clase abarcada por la tutela colectiva.

⁶³ He postulado esto en términos generales con relación a la motivación de las decisiones judiciales en Verbic, F., “Motivación de la sentencia y debido proceso en el sistema interamericano”, L.L. 2014-A-867.

Así, en este tipo de sistema de tutela colectiva representativa, los integrantes del grupo se consideran por defecto defendidos judicialmente por la legitimada, lo cual aumenta en gran parte el tamaño del grupo y, consecuentemente, el poder de éste frente a la contraparte.⁶⁴ Estos sistemas de *opt out* (optar por excluirse, optar por excluirse) se contraponen a los sistemas de *opt in*, donde el grupo sólo se encuentra conformado por quienes expresamente manifiesten su voluntad de ser parte del mismo. Diversos factores hacen que este último tipo de diseño procesal resulte claramente ineficaz, tal como han demostrado recientes experiencias en el derecho comparado.⁶⁵

Existen muchas razones de peso para justificar la implementación de sistemas de tutela colectiva de tipo representativo del tipo de los regulados en el Código (con modalidad de *opt out*). Además de lograr un grupo más numeroso y, por tanto, equilibrar la balanza de fuerzas para litigar el caso, estos instrumentos procesales aparejan importantes ventajas en términos de política pública en el área de justicia. Entre ellas se destacan fundamentalmente tres: (i) lograr una mayor eficiencia en el sistema de administración de justicia mediante el juzgamiento concentrado de numerosos reclamos similares, lo cual evita malgastar recursos humanos y materiales para discutir miles de veces las mismas cuestiones frente a los mismo sujetos; (ii) facilitar el acceso a la justicia de conflictos que de otro modo quedarían afuera del sistema debido al excesivo costo que implica litigar para solucionarlos y la escasa cuantía que pueden revestir los reclamos cuando se los considera individualmente, además de otras

⁶⁴ Ver una clara explicación del tema en Gidi, A., "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil", UNAM, México, 2004, pp. 35 a 37.

⁶⁵ Particularmente ilustrativa en este sentido es la situación del tema en Italia, donde las acciones de clase reguladas en el art. 140 bis del Código de Defensa del Consumidor (introducido por el Decreto Legislativo N° 206 del 6 de Septiembre de 2005 y modificado posteriormente en diversas oportunidades) establecen un mecanismo de *opt in* que –junto con otros factores complicantes– ha derivado en una práctica casi inexistente en la materia y en un impacto drásticamente menor al que podrían alcanzar en caso de regularse en base al sistema de *opt out* (algunos casos jurisprudenciales y una lectura general del sistema puede consultarse en Principe, G. "Italian Class Actions. An Update", research paper disponible en <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Italian%20Class%20Actions%20Principe.pdf>). Un análisis más profundo, orientado a demostrar específicamente el fracaso del sistema de *opt-in* implementado por la norma italiana, puede consultarse en Nashi, R. "Italy's Class Action Experiment", Cornell International Law Journal: Vol. 43: Iss. 1, Article 5.

barreras de acceso que descansan fundamentalmente en cuestiones socioculturales, y (iii) servir como instrumento de prevención y disuasión de conductas ilícitas colectivas mediante su efectiva punición, conductas que de no ser por este tipo de procesos se perpetuarían en el tiempo y carecerían de sanciones concretas por razones de diversa índole sobre las cuales no es posible profundizar aquí por razones de espacio.⁶⁶

Sin embargo, cualquiera de estos objetivos sería inconstitucional si no asegura a las personas que integran el grupo un mínimo margen de autonomía individual, permitiéndoles cuando fuera posible según el caso (ya que en ocasiones pueden existir procesos colectivos “cerrados”, por ejemplo en atención al objeto indivisible de las pretensiones allí discutidas) optar por excluirse del proceso colectivo e iniciar su propio camino para vindicar sus derechos.

Ello presupone, por supuesto, que existe un incentivo suficiente para que los miembros del grupo prefieran seguir su camino y no participar del caso colectivo. Aclaro esto ya que en ocasiones el argumento del respeto a la autonomía individual –utilizado por ejemplo para exigir modalidades estrictas de notificación- puede convertirse en una falacia y ser utilizado para obturar la tutela colectiva de los derechos del grupo.

La norma en comentario regula, en definitiva, un derecho central de la garantía de debido proceso colectivo reconocida desde “Halabi” en adelante: el derecho de los miembros del grupo a optar por excluirse del proceso. Sin embargo y como adelantamos en la introducción de este trabajo, el Código no regula la forma de ejercer el otro derecho constitucional reconocido en esa misma sentencia y toda su línea jurisprudencial: el derecho de “participar como parte o contraparte”.

⁶⁶ Para profundizar sobre estas y otras ventajas de este tipo de instrumental procesal me remito a Verbic, F. “Procesos Colectivos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, Capítulo I.

Por otro lado, debemos señalar que el art. 262 peca por defecto al establecer tan solo el plazo en que debe ser ejercido este derecho, más no así su forma y contenido, si debe ser fundado o no, si admite algún tipo de sustanciación con las partes, etc.

Desde esta perspectiva, recordemos que el segundo párrafo del art. 54 de la LDC, texto según Ley N° 26.361, establece actualmente que en “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

Esta norma exige a jueces y juezas determinar “términos y condiciones” para el ejercicio del derecho de optar por excluirse. En comparación con eso, el art. 262 del Código avanza claridad al establecer el plazo para hacerlo. Sin embargo, hubiese sido conveniente que incorporase también las “condiciones” o “modalidades” con que debe hacerse efectivo tal derecho.

Al respecto, y en tanto este derecho es un reconocimiento de la autonomía individual de las personas que integran el grupo, no debería exigirse más que una clara y expresa manifestación de la voluntad de excluirse del proceso colectivo. Sin fundamentos para justificar esa decisión, sin necesidad de que tenga forma de escrito judicial y, en un mundo ideal, ni siquiera debería exigirse patrocinio letrado.

XI. Alcance de la cosa juzgada, contenido de la sentencia y destino de las indemnizaciones

Los arts. 263 a 265 del Código se ocupan de regular la cosa juzgada de los efectos de tal sentencia, (art. 263, bajo el título “Alcances de la sentencia”) y el contenido de este acto procesal (art. 264, bajo el título “Contenido de la sentencia”).

XI.1. Alcance de la cosa juzgada

El art. 263 regula, técnicamente, la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia colectiva.⁶⁷

La cosa juzgada puede ser definida como la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de una sentencia cuando esta ha quedado firme o consentida. Se trata de una cualidad específica de la sentencia que abarca sus efectos con relación a ciertas personas, y supone, fundamentalmente, su inimpugnabilidad.⁶⁸

Tradicionalmente, el principio rector de la cosa juzgada fue la limitación de su alcance subjetivo a las partes que efectivamente participan en el litigio, sea por sí mismos o por un representante tradicional elegido al efecto. Sin embargo, con el advenimiento de los conflictos de masa y repetitivos, este principio de limitación subjetiva se evidenció como inadecuado y surgió la necesidad de dotar a las sentencias de un alcance mayor. Ese alcance se logró ampliando la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia a todo el grupo o clase de personas representado por la legitimada colectiva en el proceso.

La cosa juzgada de carácter expansivo se deriva lógicamente del reconocimiento del carácter colectivo de la legitimación y del tipo de proceso colectivo representativo regulado en el Código. Se trata de cara y cruz de una misma moneda: si hay legitimación colectiva debe haber cosa juzgada colectiva.⁶⁹ Si no se reconoce esta última, la primera no es más que un eufemismo.

En este orden de ideas, es necesario recordar que la CSJN reconoció esta premisa lógica y sistémica de cualquier mecanismo de tutela colectiva representativa al resolver “Halabi”. El

⁶⁷ **“Art. 263. Alcances de la sentencia.** La sentencia recaída en un proceso colectivo referido a derechos individuales homogéneos produce efectos "erga omnes", excepto que la pretensión sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa cuando el consumidor optó por quedar fuera.

La sentencia que rechaza la pretensión no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado. Otro proceso colectivo por la misma causa y objeto puede iniciarse cuando existan nuevas pruebas”.

⁶⁸ Verbic, F., “Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina”, Civil Procedure Review, Vol. 4 (noviembre 2013).

⁶⁹ Verbic, F. “Procesos Colectivos”, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, capítulo III.

tribunal se refirió allí en los siguientes términos a la raíz constitucional de la cosa juzgada expansiva, su carácter inherente a la acción colectiva y su falta de novedad en nuestro ordenamiento jurídico:

“El verdadero sustento de la proyección superadora de la regla inter partes, determinante de la admisibilidad de la legitimación grupal, es inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger. Tal estándar jurídico, como se ha expresado, reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional y, lejos de ser una construcción novedosa, aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente”.⁷⁰

En el derecho comparado pueden identificarse dos sistemas de vinculatoriedad de la cosa juzgada colectiva.

Por un lado, el denominado *pro et contra*, que implica un efecto inmutable de la sentencia con independencia del resultado. Gane o pierda el legitimado colectivo, el conflicto queda resuelto y no podrán iniciarse en el futuro nuevas acciones colectivas ni individuales por parte de los miembros del grupo para intentar discutir nuevamente lo allí resuelto. Este sistema es el adoptado por las acciones de clase en el orden federal estadounidense.

Por el otro lado, tenemos un sistema de vinculatoriedad relativa de la cosa juzgada conocido como *secundum eventum litis*. A diferencia del anterior, este sistema hace depender la expansión de la cosa juzgada al modo en que se resuelve el proceso. En general, en este sistema la sentencia colectiva solamente obliga con cosa juzgada si el resultado es favorable al grupo. En caso que el representante colectivo tenga un resultado adverso, las acciones individuales de los miembros del grupo seguirán vigentes (aunque no así la acción colectiva, que muchas veces es la única alternativa realista para obtener tutela oportuna y efectiva de los derechos afectados).

⁷⁰ Considerando 21° del voto de la mayoría.

El Código se inclinó por un modelo *secundum eventum litis* (según el resultado del proceso), similar al establecido en el sistema del Código de Defensa del Consumidor de Brasil. En virtud de ello, la sentencia colectiva hará cosa juzgada para las personas que integran el grupo salvo que:

- (i) La demanda sea rechazada, en cuyo caso podrán plantearse acciones individuales y nuevas acciones colectivas. Esta última posibilidad es condicionada por la norma a que “existan nuevas pruebas”, lo cual configura una especie del sistema *secundum eventum litis* que se denomina *secundum eventum probationem* (similar al establecido por la Ley General del Ambiente N° 25.675).
- (ii) Tales personas hubiesen ejercido su derecho de optar por excluirse del proceso colectivo. Esta situación no está contemplada expresamente en el art. 263 del Código, pero es la consecuencia necesaria de reconocer el derecho de optar por excluirse en el art. 262.

XI.2. Contenido de la sentencia

El Código se ocupa de regular esta cuestión en su art. 264,⁷¹ donde podemos identificar distintos institutos procesales colectivos que cabe brevemente comentar.

⁷¹ **Art. 264. 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 y deberá ser dada a conocer conforme el artículo 261, al igual que las medidas cautelares que se dicten durante el proceso.

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”.

En primer lugar, además de determinar si la legitimada colectiva tiene razón o no en sus planteos, se establece que la sentencia “deberá ser dada a conocer conforme el artículo 261, al igual que las medidas cautelares que se dicten durante el proceso”. De este modo podemos ver cómo la inscripción registral regulada en el art. 261 no se limita a la existencia del proceso, sino que también involucra las medidas cautelares y la propia decisión de mérito.

En segundo lugar, en línea con el art. 54 de la LDC, se exige que la sentencia establezca “las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación plena” cuando se trate de una pretensión de contenido patrimonial.

Además, prevé el dictado de una sentencia de “condena genérica” para los casos “en los cuales se reclamen daños o la restitución de sumas de dinero percibidas indebidamente”.

Este instituto procesal permite dividir el proceso colectivo patrimonial en etapas, dictando primero una sentencia de condena genérica y dejando para una eventual etapa procesal la liquidación y ejecución de dicha condena. De esta manera, se habilita juzgar en forma concentrada la cuestión común y dejar para una eventual etapa las cuestiones individuales de cada uno de los miembros del grupo (tipo de daños, alcance de la indemnización, monto de la restitución).

Tenemos una experiencia cercana de aplicación de un régimen similar en el Código de Defensa del Consumidor de Brasil con relación a los procesos en tutela de derechos individuales homogéneos.⁷²

La liquidación y ejecución de la condena genérica establecida en el art. 264, a su turno, puede darse en forma individual o colectiva. En el primer supuesto, exigirá llevar adelante una multiplicidad de procesos individuales regulados por las pautas tradicionales de discusión,

⁷² Art. 95 del CDC brasileño. Ver Gidi, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, UNAM, México (2004), pp. 62-63.

donde habrá que determinar el alcance del daño sufrido, la relación de causalidad individual y la pertenencia del reclamante al grupo afectado (beneficiado por la decisión colectiva).⁷³

Para la liquidación individual, el art. 264 prevé que podrá ser solicitada “ante el mismo tribunal por vía incidental”, y que en tales incidentes “Cada uno de los afectados deberá acreditar sus daños, los que serán cuantificados de manera individual en cada sentencia particular”.

La norma también regula la modalidad de restitución de sumas de dinero, estableciendo que “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”.

XI.3. Destino de las indemnizaciones

El art. 265 regula esta materia recogiendo experiencias de derecho comparado y de diversos proyectos de ley actualmente en discusión, avanzando así de manera notable sobre la regulación actual establecida en la LDC.⁷⁴

⁷³ Esta es la solución prevista por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica en su art. 23, el cual dispone lo siguiente: “Art. 23. Liquidación y ejecución individuales.- La liquidación y la ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados para la acción colectiva.

Parágrafo único –En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a éste probar, tan solo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización”.

⁷⁴ “**Art. 265. Destino de las indemnizaciones.** Cuando la sentencia condene a pagar daños a intereses individuales homogéneos la regla será que la indemnización se destine en su totalidad a las víctimas conforme el criterio emergente del artículo anterior.

Podrá hacerse excepción a esta norma, cuando se trate de atender al aspecto común del interés afectado o a la existencia de un daño progresivo, en cuyo caso el juez deberá promover la creación de un fondo de reparación en cuya administración y gestión establecerá que intervengan todos o alguno de los legitimados activos.

Más allá del principio obvio según el cual las indemnizaciones deben destinarse a las personas que sufrieron daños, lo interesante de esta previsión –que se alinea en términos general con el art. 54 de la LDC- es que contempla lo que se denomina “liquidación y ejecución colectiva de la sentencia”.

Entre las circunstancias que pueden obturar el acceso individual a la reparación (dando lugar a este tipo de liquidación y ejecución colectiva), cabe mencionar los casos en que la prueba individual del daño resulta sumamente costosa, dificultosa de administrar o bien de producir por parte de los damnificados. Asimismo, los supuestos en que resulta muy difícil o imposible localizar a las personas que integran el grupo (ya no solo por una cuestión de costos sino porque puede desconocerse quiénes son parte de la misma). Por último, las situaciones en que los costos que insumiría localizar a las personas que integran el grupo, comunicarse con ellas, evaluar la prueba que aporten y distribuir los fondos resultantes son demasiado altos y, por tal motivo, la compensación final puede convertirse en algo prácticamente simbólico cuando no antieconómico.

En el contexto de todas estas situaciones, juezas y jueces debe tener la posibilidad –como reconoce el Código- de liquidar colectivamente la condena y lograr una ejecución y distribución de los fondos que, siguiendo la experiencia estadounidense, puede denominarse como *fluida*.

En este campo resulta de ayuda la jurisprudencia estadounidense en torno al concepto de *cy pres distribution* o *fluid recovery*, donde se reconoce el poder de juezas y jueces para disponer discrecionalmente de la indemnización a efectos de poder invertirla de manera que beneficie

Si el proceso colectivo se basa en intereses colectivos o difusos las indemnizaciones se deberán destinar a la constitución de un fondo especial que tendrá por objeto directo la promoción de políticas públicas de consumo; corresponde a la autoridad de aplicación su administración y gestión.

En el caso de las sentencias que establezcan el deber de reparar daños en favor de los afectados, si luego de transcurridos dos años desde la fecha de la notificación respectiva, restaren sumas de dinero que no han sido objeto de pedido de liquidación por parte de los afectados individuales, el remanente se destinará a un fondo público destinado a la promoción de políticas públicas activas de educación de los consumidores administrado por la autoridad de aplicación”.

–del modo más directo posible, aunque ya no sea individualmente– a los miembros del grupo afectado.⁷⁵

En cuanto a los fondos especiales para distribución o aplicación a finalidades de bien público, tenemos como antecedente a nivel nacional lo previsto en la Ley General del Ambiente (nunca reglamentado...),⁷⁶ mientras que en clave comparada podemos señalar la propuesta del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica⁷⁷ y la Ley de Acciones Populares y de Grupo de Colombia.⁷⁸

XII. Transacción colectiva

Como última regla en la materia, en su art. 266 el Código regula los acuerdos transaccionales colectivos.⁷⁹

⁷⁵ Sobre el tema en general y con análisis de sistemas e instrumentos de derecho comparado en estas materias, Verbic, F. “Necesidad de Sancionar Reglas Especiales para la Ejecución de Sentencias Colectivas de Condena”, *Doctrina Judicial* del 19/12/12; Giannini, L. J. “La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos de defensa de consumidores y usuarios”, Ponencia General en el XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, septiembre de 2013; Verbic, F. “Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de fluid recovery. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil”, *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1 (2012), Nº 6 (Portugal), Oct 2012; Verbic, F. “Ejecución de sentencias en litigios de reforma estructural. Dificultades políticas y procedimentales que inciden sobre la eficacia de estas decisiones”, en Arenhart, S. C. – Jobim, M. F. (Organizadores) “*Processos Estruturais*”, Ed. Juspodivm, pp. 63 y ss., Jun 2017; Verbic, F. “El Caso ‘Mendoza’ y la Implementación de la Sentencia Colectiva” (nota a fallo), *Suplemento Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *Jurisprudencia Argentina*, octubre 2008; Verbic, F. “El remedio estructural de la causa ‘Mendoza’. Antecedentes, principales características y algunas cuestiones planteadas durante los primeros tres años de su implementación”, en Henriques da Costa, S. – Watanabe, K. - Pellegrini Grinover, A. (Coordinadores) “*O processo para solução de conflitos de interesse público*”, 287 y ss., Jun 2017; Verbic, F. “Cuestiones procesales y problemas del remedio estructural del caso ‘Mendoza’”, en “*Más allá del papel. Lecturas críticas sobre procesos colectivos*”, capítulo 6, pp. 101 y ss.

⁷⁶ Art. 34 LGA “Fondo de Compensación Ambiental”.

⁷⁷ Art. 8 CM “Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos”.

⁷⁸ Arts. 70 a 73 de la Ley Nº 472/98.

⁷⁹ **Art. 266. Transacción.** La negociación del acuerdo transaccional estará guiada por el principio de transparencia a cuyos fines el juez podrá instrumentar audiencias públicas. El acuerdo transaccional deberá incluir, expresamente, los honorarios pactados a percibir por los profesionales intervinientes los que, asimismo, deberán integrarse en la difusión del acuerdo homologado que oportunamente se ordenare.

El principal problema que se presenta en este campo colectivo a la hora de trabajar con medios alternativos de solución de controversias se encuentra, nuevamente, en el hecho característico de estos mecanismos de tutela colectiva, según el cual los representantes colectivos estarán disponiendo del derecho de personas que no le acordaron mandato al efecto.

La interrogante principal que se plantea es si la legitimada colectiva puede transigir con la demandada sobre el objeto de la pretensión y obligar con ese acuerdo a las personas que integran el grupo, ausentes en el debate. Dicho interrogante merecería una respuesta afirmativa por razones de principio, en la medida que los derechos en disputa resulten de naturaleza disponible. No obstante, tal principio general requiere adaptaciones inherentes a las características del conflicto involucrado en el caso colectivo y a las particularidades que configuran el fenómeno de la representación extraordinaria.

En este orden cabe destacar que las prestaciones involucradas en una transacción pueden afectar de manera diferente a las personas interesadas, lo cual obliga al tribunal a seguir de cerca las negociaciones, ya que (además de las complejidades intrínsecas que presentan los acuerdos) siempre está latente el potencial conflicto de interés entre las personas que integran el grupo y entre ellas y la representación colectiva, a lo cual se suman los intereses de abogados y abogadas que han prestado sus servicios profesionales a la representante.

Este ámbito específico dentro del proceso colectivo es uno de los que demanda de los jueces la mayor atención, cuidado y gestión posible. Es por ello que, como regla, los acuerdos transaccionales colectivos se encuentran sometidos a procedimientos especiales y requieren de aprobación judicial. Estos procedimientos generalmente están orientados a dotar de

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”.

publicidad a la propuesta de acuerdo y a permitir la intervención de otros interesados y ciertos organismos públicos con el objetivo de garantizar control y transparencia⁸⁰

La regulación que propone el Código en esta materia se hace cargo de estas particularidades, y trae novedades de relevancia en comparación con el modo en que está regulado el tema en la LDC.

La primera de ellas es la posibilidad de instrumentar “audiencias públicas” para discutir sobre el acuerdo que se somete a estudio del tribunal.

La segunda es el deber de incluir “los honorarios pactados a percibir por los profesionales intervinientes los que, asimismo, deberán integrarse en la difusión del acuerdo homologado que oportunamente se ordenare”.

Por otra parte, se mantiene la necesidad de que el acuerdo sea homologado y la exigencia de vista previa del Ministerio Público “salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva” para que se expida sobre “la adecuada consideración de los intereses de los afectados”.

La norma no contempla, como el art. 54 de la LDC, la necesidad de habilitar una nueva oportunidad para excluirse del proceso una vez presentado el acuerdo. En este punto, consideramos que se trata de una exigencia que debe igualmente cumplirse debido al carácter protectorio de ese derecho y del carácter de orden público de la LDC.

XIII. Cierre

Con el análisis realizado hasta acá intentamos identificar fortalezas y debilidades de la nueva regulación sobre procesos colectivos de consumo establecidas en el Código, así como

⁸⁰ Para un panorama del tema en nuestra región, ver Pereira Campos, S., “Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos / class actions en América”, en Oteiza, E. (Coordinador) “Procesos Colectivos. Class Actions”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe (2012), pp. 203-246.

analizar posibles inconsistencias en el texto normativo que probablemente abrirán espacios de discusión en la práctica.

El objetivo central, en un análisis necesariamente abstracto ante la falta de aplicación de tales reglas, fue aportar elementos de trabajo para interpretar y aplicar esta herramienta procesal sin perder de vista la premisa constitucional que debe sostenerla. Esto es, la protección de la garantía de debido proceso legal de las personas integrantes del grupo representado por la legitimada colectiva.

Submetido em 03.11.2021

Aceito em 10.01.2022