

November 12, 2009

SOBRE HOMOGENEIDAD Y DELIMITACIÓN DE LA CLASE EN LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONSUMIDORES. (Critica a un fallo).

Gabriel Martinez Medrano

SOBRE HOMOGENEIDAD Y DELIMITACIÓN DE LA CLASE EN LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONSUMIDORES. (Crítica a un fallo).

Gabriel Alejandro Martinez Medrano

Publicado en Microjuris 12-nov-2009 | Doctrina | SOC,MJ | Martínez Medrano, Gabriel A. | MJ-DOC-4430-AR | MJD4430

1. Introducción
2. La delimitación de la clase en la acción colectiva.
3. La homogeneidad de la causa petendi de los miembros de la clase.
4. El fallo comentado.
5. Crítica a la solución adoptada.

1. Introducción.

La presente nota critica la solución adoptada por el Juez de Primera Instancia en la acción colectiva **PADEC PREVENCIÓN ASESORAMIENTO Y DEFENSA DEL CONSUM. C/ CITIBANK N.A. S/ SUMARISIMO**, sentencia de fecha 8 de octubre de 2009, por la cual se rechazó una acción colectiva pretendida por una asociación de consumidores, utilizándose como argumento para el rechazo del caso la falta de delimitación de la clase representada y la consecuente falta de homogeneidad en el reclamo de los miembros de la clase.

Consideremos que si bien la cuestión pudo haber sido planteada con alguna imprecisión en su inicio, la decisión adoptada implicó la creación artificiosa de diferencias entre miembros de la clase (titulares de cajas de ahorro) como justificación para determinar la imprecisión de ella, resultando una decisión, cuya generalización implicaría la adopción de mecanismos limitativa de la importante herramienta que representa la acción colectiva para los consumidores.

La acción fue rechazada por falta de legitimación activa sin entrar el Magistrado a considerar el reclamo de fondo.

A los fines de esbozar nuestra crítica – constructiva y leal que se entienda – seguiremos el siguiente método.

En el punto siguiente analizaremos en que consiste la “delimitación de los miembros de la clase” como requisito para la acción colectiva.

Una vez establecida cual es la clase, examinaremos en que consiste el requisito de homogeneidad.

Posteriormente desarrollaremos los argumentos del decisorio glosado para posteriormente verter nuestra crítica a la solución adoptada.

2. La delimitación de la clase en la acción colectiva.

El caso en cuestión se trataba del reclamo de una ONG contra un banco cuyo fundamento era que se cesara el cobro del cargo de mantenimiento para los clientes de cajas de ahorro de la entidad y que se restituyeran los fondos debitados. En la decisión judicial no se entra a determinar la legalidad o ilegalidad del cobro del gasto de mantenimiento ya que la acción fue desestimada por una cuestión procesal. Aquí tampoco examinaremos la legalidad o justicia del fondo del reclamo sino los argumentos esgrimidos para rechazar la acción.

De acuerdo al derecho litigado – reclamo para el cese de un cargo que se reputa ilegal y restitución del mismo – estamos en presencia de un reclamo por “derechos individuales homogéneos”.

Esta categoría es definida por la CORTE SUPREMA en el caso H. 270. XLII. Halabi, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 de fecha 24 de febrero de 2009 que fue citado expresamente por el Juez del fallo comentado y a cuyos estándares dice, ajusta su decisión.

En la causa Halabi se reconocen los derechos individuales homogéneos en los siguientes términos: *“la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados..... en estos casos hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.”*

La CORTE fija los estándares de las acciones por derechos individuales homogéneos en el considerando 13).

“13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

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

En los considerandos 17 y 18 la CORTE resume los sistemas de acciones colectivas de Estados Unidos, España y Brasil como modelos de posible adaptabilidad al caso argentino.

En el considerando 20, la Corte establece para futuro que las acciones colectivas deben contener los siguientes requisitos:

1. la precisa identificación del grupo o colectivo afectado
2. la idoneidad de quien pretenda asumir su representación
3. la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo

En el caso que estamos glosando, la acción fue rechazada por ausencia del primer y tercer requisito. El segundo requisito se entiende cumplido desde el momento que quien acciona es una asociación reconocida legalmente para ejercer su función de representación colectiva (art. 55 y cctes Ley 24.240).

Veremos entonces que quiere decir “delimitación del grupo, colectivo o clase afectada”.

La demanda colectiva intenta proteger a un grupo. En el caso de derechos individuales homogéneos, por lo general, los miembros del grupo están unidos entre sí o respecto del demandado por una cuestión de hecho o de derecho, es decir por un acontecimiento o sucesión de acontecimientos fácticos o por una relación jurídica.

Cuando se trata de acciones colectivas de consumidores por derechos individuales homogéneos, existe una relación jurídica – de consumo – entre cada uno de los miembros de la clase y el demandado. La relación de cada uno de los miembros del

grupo con el demandado es similar, de las mismas características, ello permite que el reclamo sea planteado de forma colectiva. La causa u origen es común, se ven afectados por la misma situación o relación jurídica respecto del demandado.

Así, refiriéndose al derecho brasileiro, Guidi indica que “La ley prescribe que los miembros del grupo estén vinculados por “circunstancias de hecho” en la definición de derechos difusos, por una relación jurídica común en la definición de los derechos colectivos y por un origen común en la definición de derechos individuales homogéneos.”¹

Para que la demanda pueda prosperar, el reclamante debe identificar quienes son los miembros del grupo que pretende representar. Mejor que identificar llamémosle caracterizar, esto es determinar el sujeto tipo que es destinatario de la protección. Ej: titulares de cuentas corrientes que hayan contratado con el Banco X en el período 2005 a 2008 y a los que se les cobró el cargo por seguro de robo en cajeros automáticos sin que en las cláusulas de sus contratos se hubiera pactado.

El actor, al inicio del reclamo, puede desconocer cuantos clientes son, su localización geográfica, edad y otras características, pero debe conceptualizar, lo mas preciso posible, cual es el sujeto tipo al que va dirigida la tutela que pretende.

Es conveniente delimitar no solo el sujeto tipo sino también el período por el que se establece la tutela. P.ej: si se reclama contra la sobrefacturación de un servicio público es conveniente delimitar el período de facturación al que se hace referencia, el tipo de usuario – residencial, comercial, etc.

Es decir, cuantas más características se puedan brindar del sujeto, mas concreta será la delimitación del grupo afectado.

En los EEUU, a nivel federal se entiende que la delimitación de la clase o grupo es un requisito implícito, pero algunos Estados establecen explícitamente en sus leyes procesales de acciones de clase el requisito en cuestión.²

Así el Art. 591 (A) del Código Procesal Civil del Estado de Louisiana establece: “*Uno o mas miembros de la clase pueden demandar o ser demandados como partes representativas en representación de los demás solo si...*”

Inc 5) La clase esta o puede ser definida objetivamente en terminos de un criterio de probabilidad, de modo tal que el Tribunal pueda determinar la delimitación de la clase al momento de dictar la sentencia o alguna otra resolución que tenga que adoptar en el proceso.

¹ Guido Antonio, “Las acciones Colectivas y la Tutela de Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil”, Doctrina Jurídica num 151 (2004), Univ. Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pg 66.

² Rowe, Thomas D, “State and Foreign Class Actions Rules and Statutes: Differences From and Lesson For? Federal Rule 23. duke Law School Legal Studies, Research Paper Series, Research Paper nro 185, February 2008. Western State University Law Review, Vol 31.1 pg 106.

Es decir que la delimitación de la clase es un elemento que permite al juez ejecutar las resoluciones ya que puede conocer los eventuales destinatarios de la misma.

La doctrina señala que la aplicación práctica de la regla aparece como flexible, no se requiere la identificación de todos los miembros de la clase, la precisión geográfica de los miembros no es requerida. Incluso en el curso del proceso se autoriza la redefinición de la clase si en la demanda no era muy precisa y con el transcurso del mismo se va precisando.³

En nuestro país Giannini – que posee un libro pionero en acciones individuales homogéneas – indica que el requisito de “origen común” se manifiesta en dos vectores principales. “En primer lugar – dice – para que la afectación a una pluralidad de sujetos pueda ser tutelada por la vía estudiada, debe tener una causa-fuente única. Esto requiere que el hecho dañoso – o la sucesión de eventos dañosos – sea causa adecuada de los perjuicios cuyo resarcimiento o cesación se reclama.... Pero además de la comunión respecto del origen causal de la lesión, también puede darse un nexo que enlace a los miembros del grupo en torno a los fundamentos jurídicos de la pretensión incoada. Es decir que la uniformidad puede operar no solo sobre un capítulo fáctico (la causa del daño) de la pretensión, sino también respecto de los argumentos normativos sustanciales utilizados en el reclamo.”⁴

En definitiva, el actor – asociación de consumidores – debe indicar al juez cuales son los sujetos eventuales beneficiarios de la medida solicitada, de modo tal que el juez tenga un horizonte de previsibilidad en la posible ejecución de la resolución adoptada.

En la jurisprudencia norteamericana se ha dicho:

“La definición de la clase obedece a tres propositos (a) identificar a aquellas personas que tienen un potencial reclamo por daños contra el demandado (b) definir los parámetros de la demanda, así como identificar a las personas que serán obligados por la sentencia y (c) describir quien está legitimado para entablar la demanda. En beneficio mutuo del actor y del demandado la definición de la clase no debe ser demasiado estrecha o demasiado amplia”. *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172

Este Tribunal requiere en esta acción una definición de “clase” y “sub-clases” que sea cierta, objetiva y fácilmente comprobable por una persona no letrada (lay person). Requiero una definición que permita a los reclamantes y a los no reclamantes que puedan, rápidamente, diferenciarse a si mismos, unos de otros. *Cotter v. Levy et al*, (1998), 24 C.P.C. (4th) 92; [1998] O.J. No. 5842; [2000] O.J. No. 1086; [2000] O.J. No. 3287

3. La homogeneidad de la causa petendi de los miembros de la clase.

³ Mullenix, Linda S. “State Class Actions: Practice and Procedure” (2007, vol 1, punto 4.01 at 20,035, cit por Rowe, op cit, pg 106.

⁴ Giannini, Leandro J. “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense La Plata, 2007, p. 51.

Otro de los requisitos que la Corte establece en “Halabi” es la homogeneidad del reclamo.

Este requisito ya había sido una valla para el progreso de la acción colectiva en los autos “Damnificados Financieros Asoc Civil c/ Merryll Lynch Argentina SA, en el cual la Juez de Primera Instancia rechazó la acción, lo que fuera confirmado por la Sala E de la CNCOM, previo dictamen de la Fiscal de Cámara.

La Dra Villanueva (Juez de Primera Instancia) decidió rechazar la demanda colectiva de mala praxis contra la firma de asesoría financiera, entendiendo que cada caso debía ser justipreciado de manera individual ya que debía tenerse en cuenta las condiciones personales de los adquirentes de los bonos en default supuestamente mal aconsejados por la demandada.

En este caso se argumentaba que la demandada había omitido asesorar correctamente a los compradores de títulos cotizantes en bolsa, y tras la caída de dicha cotización, los compradores había sufrido un perjuicio por la mala praxis del demandado. Para analizar la mala praxis – en el criterio de la Juez – debía analizarse caso por caso (no es lo mismo asesorar a un jubilado sobre el destino de sus fondos de pensión que al director financiero de una empresa industrial). Aquí parece claro que no están en la misma categoría todos los compradores de los bonos.

En el dictamen de la Fiscal de Cámara, la Dra Gils Carbó recuerda casos anteriores en los cuales se aprobó la acción colectiva indicando que en aquellos casos había homogeneidad y no era necesario el análisis de las particularidades de cada consumidor.

Sin embargo destaca que *“en el presente caso, el reclamo carece de homogeneidad y requiere un análisis de las particularidades de hecho de cada consumidor, por ejemplo, en relación a sus conocimientos del mercado financiero... es imposible en el sub lite dictar una unica sentencia que satisfaga los derechos de todos los usuarios”*.

En la Sentencia de la Excma Cámara – que confirma la decisión inferior – se dice:

“el único elemento común de la "clase" que se dice representar sería que todos sus integrantes han sufrido la pérdida de parte de sus inversiones por la cesación de pagos del Estado Nacional; es decir, el daño. Pero, aunque se pudiera determinar que en este aspecto el interés es colectivo -no en cuanto a la cuantificación del daño, sino respecto de su naturaleza- la plataforma fáctica homogénea no se aprecia configurada en los demás elementos determinantes del éxito o fracaso de la pretensión.

Recuérdese que para considerar la colectivización de procesos en los que se discuten derechos individuales divisibles, es un requisito esencial la presencia de la referida homogeneidad fáctica; es decir, que los integrantes del grupo se encuentren en situaciones de hecho sustancialmente análogas frente al problema que origina el pleito (v. Sigal, M., "Los derechos de incidencia colectiva y su relación con los derechos individuales y colectivos", publicado en la Revista de LexisNexis del 21/6/06, Número Especial: "Acciones Colectivas", p. 34).

Como acertadamente lo ha destacado la jueza de grado no puede juzgarse de igual modo en una sola causa si ha existido el debido asesoramiento e información de cuatro distintos bancos respecto de un universo de inversores, sin ponderar las cualidades individuales de estos últimos y aún considerando que sólo se pretende accionar por los consumidores financieros "no profesionales"; por ejemplo: la posibilidad de conocer los riesgos de la inversión, el manejo de información institucional, económica y financiera, la habitualidad en la colocación de capital en inversiones de alto riesgo, la atención y asesoramiento brindados por el personal de la entidad en cada caso, el porcentaje del total de inversiones colocado en los bonos de la deuda pública, el modo de adquisición de los títulos en cada caso, etc.

Falta, por ende, en el caso, la aludida homogeneidad frente al derecho esgrimido."

De la lectura del fallo de la Excma Cámara – que se encuentra en este momento a revisión por la Corte Suprema – se desprenden varias conclusiones:

Homogeneidad no es igualdad. Esto es que el reclamo puede ser distinto en cuanto a su extensión, pero debe tener el origen en una conducta común y que afecte de manera similar a cada uno de los damnificados.

Lo que se juzga al momento de determinar la homogeneidad es la causa y no la consecuencia. Esto es la conducta del demandado y no las consecuencias de la misma. Quiere decir que si una misma o similar conducta causa resultados diferentes, ello no es obstativo para la formación de la clase. A todo evento, una vez declarada la responsabilidad del demandado, mediante incidente por separado se podrán liquidar los daños. Otra solución es la creación de subclases tal como lo prevé el art. 54 de la ley 24.240 (reformado por ley 26.361)⁵.

En los Estados Unidos el requisito de homogeneidad se conoce como “questions of law or fact common to the class”

La jurisprudencia norteamericana ha repetido que la regla solo requiere el predominio de las cuestiones comunes por sobre las cuestiones individuales de cada miembro de la clase, pero no requiere identidad en todas las situaciones. (Fiore v. Hudson County Employees Pension Comm., 151 N.J. Super. 524, 528 (App. Div. 1977); Lusky v. Capasso Bros., 118 N.J. Super. 369, 372 (App. Div.), certif. denied, 60 N.J. 466 (1972)).

Así se ha certificado la clase aunque existieran cuestiones que individualmente eran distintas, tales como la cuantía de los daños sufridos por cada miembro de la clase 266 N.J. Super. at 181; Strawn v. Canuso, 140 N.J. 43, 67 (1995)

⁵ Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda.

En definitiva, tanto en la definición de la clase, como en la determinación de la homogeneidad del reclamo habrá de tenerse en cuenta que la eventual decisión a adoptarse sea factible de ser ejecutada, para lo cual debe saber el Magistrado a que personas alcanzará y que el reclamo de cada uno es “acumulable” dentro del grupo, de este modo la decisión adoptada podrá beneficiarlo.

4. El fallo comentado.

El fallo comentado – que no está firme – rechaza la demanda según la cual los actores pretendían el cese del cobro del cargo por mantenimiento de cajas de ahorro y la restitución de los mismos.

El argumento del magistrado es que el reclamo no define adecuadamente la clase y que la petición carece de homogeneidad. En este punto nos limitaremos a transcribir los argumentos y en el siguiente los analizaremos.

Luego de analizar las categorías de la Corte en Halabi, el Tribunal indica:

III.- La Asociación Civil que impetró esta demanda se arrogó la representación de los actuales titulares de las cajas de ahorro existentes en el Banco demandado y también de aquellos que se hubieran desvinculado de tal entidad a la fecha de la sentencia. Reclamó la nulidad de los actos jurídicos relativos al cobro del cargo mantenimiento de cuenta y el reintegro a todos los usuarios del cargo impugnado durante el plazo no prescripto, en tanto éste - sostuvo- distorsiona la función del ahorro individual, desalienta la acción de ahorrar, reduce la masa prestable de dinero, disminuye la confianza en las instituciones públicas y privadas, y atenta contra el constitucional derecho de propiedad de cada usuario.

Que la pretensión procesal se refiera a una pluralidad de sujetos afectados en sus derechos subjetivos, no predica per se que se trate de un derecho de incidencia colectiva y menos aún que lo sea en defensa de intereses individuales homogéneos.

El planteo de PADEC carece - a mi juicio- de determinación del grupo o clase que pretende representar y defender.

Esto digo pues, por una parte sustenta la impugnación del “costo de mantenimiento” que cobra el Citibank a sus clientes de “caja de ahorro” - cuya nulidad como acto jurídico propugna- en la distorsión que tal precio del servicio irrogaría en el ahorro individual, desalentando la acción de ahorrar con nefastas consecuencias para el mercado bancario, materializadas a su juicio- en la reducción de la masa prestable de dinero y la disminución de la confianza en las instituciones públicas y privadas. Es decir, pareciera desde tal prédica que enarbola la defensa de la sociedad toda, la que, por la conducta antifuncional que atribuye a la entidad financiera vería amenazada la función económica y social que tiene la intermediación financiera en la sociedad.

Véase que al referirse a su legitimación, PADEC dijo que la notoria y manifiesta vulneración sistemática a la garantía del derecho de propiedad de los titulares de cuentas de Caja de Ahorro en el Citibank y la distorsión del mercado bancario afecta en forma indirecta y difusa los intereses económicos de la sociedad en su conjunto (sic. fs. 14v. último párrafo).

Pero de otro lado, denuncia que ese mismo hecho costo de mantenimiento de la caja de ahorro- vulnera el derecho de propiedad de los usuarios pues, -dijo- ninguna actividad específica del banco existe como contraprestación.

Aún considerase esta última alternativa, aquella que PADEC tuvo en mira para promover esta acción en representación y defensa de los titulares de cajas de ahorro en el Citibank, a mi juicio, los intereses individuales de cada uno de sus componentes no son homogéneos con el resto, lo cual altera, ciertamente, la necesaria conjunción en el caso, de los presupuestos definidos por la C.S.J.N. para considerar la acción entre aquella de que goza legitimación la Asociación Civil para impetrar.

Como surge de la experticia contable llevada a cabo sobre los libros del Banco demandado, son múltiples y variadas las relaciones jurídicas anudadas entre la entidad bancaria y sus clientes de caja de ahorro.

En la respuesta al segundo punto de pericia propuesto por la actora, la experta informa que el Citibank posee **cuatro tipos de cajas de ahorro en pesos** (Blue, Gold, Payrrol y Tier, v. fs. 455), **y otro tanto en dólares**; también que se aplican siete planes distintos de cargo, según la denominación de la cuenta de que se trate (Jumbo, Standard, Pribank, Open Market, Mayo Física, Común Citigold y ME Standard,. V. fs. 455v.), cargo o costo que varía según el tipo de producto que adquiera cada cliente (v. fs. 462v. respuesta al punto de pericia 3 propuesto por la demandada). Basta consultar el detalle de los distintos cargos por mantenimiento que ilustra el cuadro que -en respuesta al punto 4 de pericia propuesto por la actora- confeccionó la perito designada, para verificar la variedad de contrataciones que puede el cliente elegir, en razón de sus necesidades y preferencias.

Es decir que el universo o colectividad de derechos individuales cuya representación se atribuye PADEC no es homogéneo, su sustrato fáctico **no es idéntico para todos** los casos, sino que reconoce precisas variantes.

Los contratos de caja de ahorro que la entidad financiera demandada ofrece y concerta con sus clientes, reconocen diferencias en sus condiciones objetivas y subjetivas, de modo que, cualquier distorsión o vulneración de derechos que pudieran generar esos contratos a los clientes, podría ser dirimida en una acción colectiva que involucrara a pares, pero no como pretende la Asociación Civil actora a titulares de cajas de ahorro sujetas a otras condiciones contractuales.

La colectividad de consumidores cuya representación PADEC se atribuye, carece definitivamente a mi juicio- de intereses homogéneos. Es que no se halla, en lo que José Carlos Barbosa Moreira ha denominado una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye ipso facto, lesión a la entera comunidad (autor citado en La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño?, citado por la C.S.J.N in re Defensor del Pueblo de la Nación c. PEN s. amparo?, 27.06.2007). El sustrato fáctico de los clientes de caja de ahorro varía según el producto adquirido, de manera tal que los efectos del impugnado costo de mantenimiento que son también distintos en cada caso- no son comunes a todos y cada

uno de sus componentes, rasgo que caracteriza a los derechos individuales homogéneos, cuya defensa sí procede a través de la acción colectiva.

A modo de conclusión señalo -invocando nuevamente al Superior Tribunal- que son derechos patrimoniales, personales y diferenciados, respecto de los cuales cada uno de sus titulares conserva su libre disposición (C.S.J.N., in re "Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c. Estado Nacional" 26.8.2003, LL, 2004-A, 93).

La decisión que se avisa, torna abstracto el tratamiento de las restantes defensas.

5 Crítica a la solución adoptada.

Dos críticas se pueden hacer al fallo comentado. Por un lado la ambigüedad de la resolución sobre la determinación o definición de la clase.

Si bien es cierto que la demanda pudo haber sido planteada con cierto grado de imprecisión ello es explicable porque es de fecha anterior al caso Halabi en el cual se reconocieron los derechos individuales homogéneos. Por ello el actor, a la par de los intereses individuales de cada uno de los titulares de cajas de ahorro, pretendió introducir un argumento general sobre la distorsión del mercado, en aras a un posible rechazo de la acción por la falta de "interés difuso". De allí que hace consideraciones generales sobre el efecto de la decisión sobre el mercado en general.

Sin embargo – sin haber leído la demanda y manejándonos con la sentencia – aparece claro que el actor pretende representar a los titulares actuales y anteriores de cajas de ahorro del banco demandado. Aquí la clase aparece bien delimitada y no carece de precisión como dice la sentencia. Recordemos que la definición de la clase es solo un estado inicial, es decir la mera indicación de los eventuales beneficiarios de una sentencia favorable.

En la sentencia comentada, para justificar la impresión en la definición de la clase – que no es tal – el Magistrado mezcla el requisito de "definición de la clase" con el de "homogeneidad" ya que dice que no hay clase porque sus intereses no son homogéneos.

Tal como vimos anteriormente se trata de dos requisitos diferenciados. Primero habrá de determinarse la clase para conocer los alcances de la decisión, y luego habrá de verse si, entre los miembros de la clase, existen cuestiones comunes de hecho o de derecho – homogeneidad – en cuanto a la causa petendi.

En el ejemplo de "Damnificados financieros" había una clase claramente delimitada: "tenedores de bonos adquiridos con el asesoramiento del demandado que habían caído en default". Sin embargo no había homogeneidad porque la situación de cada uno de ellos en cuanto a su conocimiento o información previa sobre el mercado financiero era distinta.

En el caso en comentario, la clase está bien delimitada: son los actuales y ex titulares de cajas de ahorro del banco demandado.

Por ello la decisión de no considerar delimitada la clase no parece razonable.

La segunda crítica a la decisión reposa en el alcance que el Magistrado otorga al requisito de homogeneidad.

En su decisión dice: *el universo o colectividad de derechos individuales cuya representación se atribuye PADEC no es homogéneo, su sustrato fáctico **no es idéntico para todos** los casos, sino que reconoce precisas variantes.*

Tal como indicamos en el punto respectivo, el requisito de homogeneidad establecido por la CORTE no implica que todos los reclamos sean iguales, sino que tengan características comunes que permitan su reclamo por la vía de una acción colectiva.

La propia legislación permite al juez formar subclases de consumidores (art. 54 Ley 24240), solución propugnada por la doctrina⁶.

En el caso en cuestión, el Magistrado dice que no hay homogeneidad ya que el Citibank posee cuatro tipos de cajas de ahorro en pesos y otro tanto en dólares, siendo distintos en todos los casos los cargos de mantenimiento.

Sin embargo, a los fines del reclamo se advierte que existe homogeneidad ya que en todos los casos se trata de clientes de caja de ahorro a los que se le cobran cargos.

La operatoria bancaria de “caja de ahorro” es un contrato innominado que, no obstante, está reglamentado por el BCRA como autoridad de aplicación bancaria.

La Comunicación A 3336 del BCRA (t.o al 14.8.09) regula la operatoria bancaria de caja de ahorro estableciendo derechos y obligaciones de los clientes y entidades bancarias.

Todos los clientes que contrataron una caja de ahorro con el banco rigen sus relaciones por la respectiva Comunicación. Las diferencias advertidas en la sentencia son variantes sobre un mismo contrato en sus modalidades accesorias. Obedece a meras estrategias de marketing de los bancos que otorgan nombres de fantasía a la operatoria bancaria (vg. Cuenta “Gold”), pero que en definitiva se trata de una caja de ahorro con variantes en cláusulas accesorias. La accesoriedad de las cláusulas está dada por el hecho de que la Comunicación A 3336 regula las características esenciales de la operatoria y deja lugar a las entidades para modificar aspectos colaterales.

En consecuencia, entendemos que si una entidad reclama la devolución de los cargos de mantenimiento de las cajas de ahorro de una entidad, la cuestión es homogénea ya que la variación de los cargos (en su cantidad, en el período en que se perciben, etc) son cuestiones accesorias que no empecen a su reclamo por la vía colectiva. El Magistrado debe formar las subclases pertinentes – de acuerdo con la modalidad de cada subtipo de caja de ahorro – tal como lo establece el art. 54 de la Ley 24240.

⁶ Giannini, op y pg cit.

En definitiva, entendemos que la sentencia contiene dos yerros, el primero es resolver la falta de delimitación de la clase aplicando una supuesta falta de homogeneidad. Ya hemos visto que son dos cuestiones diferenciadas. La segunda es interpretar el requisito de homogeneidad como de igualdad de todas las características, incluso las accesorias, como argumento para negar la homogeneidad.

Desconocemos cual será la suerte del recurso que se entablará y sobre todo lo ajustado o no de la cuestión de fondo planteada, pero entendemos que la resolución comentada es un precedente negativo para el desarrollo de una teoría sobre la acción colectiva como vehículo para la protección de los derechos de los consumidores que, no está de más recordar, tienen jerarquía constitucional.

Por último queremos concluir con una cita de la CORTE SUPREMA en el caso Halabi: “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)”.