

June, 2011

EL REQUISITO DE “TIPICIDAD” PARA LA HABILITACIÓN DE UNA ACCIÓN COLECTIVA DE CONSUMIDORES.

Gabriel Martinez Medrano

EL REQUISITO DE “TIPICIDAD” PARA LA HABILITACIÓN DE UNA ACCIÓN COLECTIVA DE CONSUMIDORES.

Autor: Gabriel Martínez Medrano (gabrielmartinezmedrano@gmail.com)

Comentario al fallo “Consumidores Financieros Asociación Civil c/ Banco de San Juan”. CNCOM, Sala A.

Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones (RDCO), tomo 2011 – A p. 778.

Abstract: el presente artículo parte del comentario a una sentencia de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial que interpretó el requisito de “tipicidad” del fallo Halabi en un sentido que entendemos no resulta ajustado al espíritu de las acciones colectivas, ya que exigió que la conducta ilícita del demandado estuviera en curso de ejecución al momento de la demanda. Para fundamentar nuestra posición desarrollamos el concepto de “tipicidad” como requisito para la homologación de una acción colectiva en el Derecho Comparado y en el fallo “Halabi”.

1) PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. MARCO GENERAL.

Las acciones colectivas de consumidores, cuando se dirigen contra Entidades Financieras por lo general tienen un doble objeto: el cese del cobro a los consumidores de un cargo, comisión o interés ilícito y la restitución de lo percibido en forma ilegal por el demandado.

Usualmente se trata del cobro de una pequeña suma per cápita, pero que si se considera en forma global llega a cantidades considerables que el Banco percibió ilícitamente de sus clientes y que, para evitar su enriquecimiento sin causa, debe restituir.

Ahora bien, existen dos alternativas para la restitución: o se exige que cada consumidor deba reclamar – incluso judicialmente – la restitución de lo que individualmente le fue expropiado o se habilita que un legitimado activo pueda ejercer una acción colectiva que represente a todos los consumidores afectados para que les sean restituidos los fondos ilícitamente apropiados.

El final del camino es bien conocido, cuando se restringe la legitimación activa, por lo general la conducta queda impune puesto que resulta más oneroso contratar los servicios de un abogado que el monto que se pretende reclamar en forma individual. De otro modo, si se abre la legitimación colectiva se producen dos consecuencias, por un lado se obtiene la restitución para los consumidores – algunos que ni siquiera estaban enterados que tenían derecho a ella – y las sentencias colectivas obran como disuasivo de conductas ilícitas futuras.

En ese contexto se enraíza la sentencia que motiva nuestro comentario.

A los fines de nuestro trabajo, partiremos de la base que, en cuanto al fondo de la cuestión, lo que el Banco cobró fue ilícito, ya que solo nos detendremos en la legitimación activa de la Asociación de Consumidores para reclamar el cese del cobro de un cargo, comisión, interés ilícito y para la restitución del mismo.

En un trabajo anterior¹ analizábamos la tendencia jurisprudencial del Fuero Comercial en materia de acciones colectivas, y concluíamos que se avizoraban dos tendencias en la Excma Cámara, una de apertura sustentada por las Salas C, E y F y una sumamente restrictiva, de la cual participaba la Sala B y las Salas D y A.

Más recientemente hemos observado nuevas sentencias de la Sala A que fijan una posición intermedia, que será objeto de análisis y de crítica en este trabajo.

2) **EL MARCO DE REFERENCIA. EL FALLO “HALABI” Y LA LEY 24.240.**

En materia de acciones colectivas de consumidores debemos acudir a dos fuentes para el análisis.

En primer lugar no ha de olvidarse que las acciones colectivas en materia de consumo están legisladas, aunque sea parcialmente, en la Ley 24.240, artículo 54 que fue reformado por la Ley 26.361. Impresiona ver que los fallos examinados no se detienen siquiera a considerar dicha norma que es derecho positivo vigente y resuelven las cuestiones como si la cuestión no estuviera legislada, por ello, aunque parezca básico transcribiremos el artículo en forma completa:

ARTICULO 54. — *Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, 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 consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.*

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.

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 integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en

¹ Martínez Medrano, Gabriel. “Procesos colectivos en el sector bancario”, LL diario del 9 de junio de 2010, pg 1.

la forma que más beneficie al grupo afectado. 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.

(Artículo incorporado por art. 27 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

El último párrafo del artículo establece claramente la viabilidad de las acciones de incidencia colectiva para obtener la restitución de sumas de dinero, criterio que, como veremos más adelante, resulta abandonado por la jurisprudencia, sin explicación o motivo alguno acerca de la no aplicación de una norma de derecho vigente.

En segundo orden de importancia, para estudiar las acciones colectivas debemos detenernos en el fallo “Halabi” dictado por la Corte Suprema el 24 de febrero de 2009².

El fallo Halabi ha derramado en los Tribunales inferiores, incluso es citado por la Sala A en la Sentencia que se comenta; sin embargo la interpretación que los Tribunales inferiores le dan, dista de la que la Corte Suprema pergeñó en el leading case.

Cabe mencionar que el caso Halabi no se trata de consumidores y por ello no aplica el art. 54 de la Ley 24.240, con lo cual, para evaluar una acción colectiva de consumidores necesariamente debe hacerse una compaginación y armonización del precedente de la Corte con el texto legal expreso que regula, en forma parcial, las acciones de incidencia colectiva.

En el caso Halabi, la Corte especifica que la tutela colectiva se brinda no solo a los derechos colectivos indivisibles, sino también a los “derechos individuales homogéneos” (divisibles), los que define como 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.

Y continúa textualmente:

“En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. 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 primera cuestión de relevancia es que la Corte habilita la acción colectiva para derechos “individuales” y “divisibles”, es decir que no se limita la protección a derechos de pertenencia difusa.

² 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.

La segunda cuestión pasa por hacer hincapié en el concepto de “homogeneos”. Los derechos individuales y divisibles, pueden ser protegidos colectivamente si son “homogeneos”.

A los fines de precisar el concepto de “homogeneidad” el fallo Halabi dice al respecto que 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.”*

Es decir que todos los consumidores resultan afectados por una medida adoptada por el proveedor. La afectación puede ser instantánea o a lo largo del tiempo (*hecho único o continuado*). Más adelante volveremos sobre el concepto de hecho único o continuado para rebatir el argumento de la Sala A acerca de que el hecho lesivo debe estar vigente a la fecha de la demanda o de la sentencia para aceptar la legitimación activa.

Esta medida adoptada por el proveedor puede afectar a los consumidores de manera diferente, lo importante es que los miembros de la clase son afectados por esa misma medida. (así se dice: *los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre*).

La consecuencia de la homogeneidad es que resulta 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.

Es decir que la homogeneidad es requerida en la “causa” y no en sus “consecuencias”, ya que las consecuencias pueden ser similares o distintas según cada consumidor.

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)

En la justicia comercial se trató la cuestión de la homogeneidad en el caso *Damnificados Financieros v. Meryll Lynch*, en el cual se dijo que no era homogéneo el reclamo si había que detenerse en el estudio de las condiciones personales y particulares de cada uno de los miembros de la clase, pues esto impedía el juzgamiento colectivo del reclamo. La Sra Fiscal General, Dra Alejandra Gils Carbó dijo: 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. No sólo la cuantía del daño diferirá en cada caso, sino que también la

procedencia de la acción dependerá de tales particularidades, por lo que es imposible en el sub lite dictar una única sentencia que satisfaga los derechos de todos los usuarios.

Es decir que no hay homogeneidad si es necesario determinar la situación individual de cada reclamante.

Con este criterio coincide Lorenzetti, que indica que si se discute la responsabilidad de una empresa por un daño masivo, pero en ese perjuicio tiene incidencia la actuación de las víctimas, podría pensarse que la imputación del demandado es un hecho común. Sin embargo, en cada juicio individual deberá volver a discutirse el hecho de la víctima con relación a la imputabilidad, lo que presenta una seria restricción para las ventajas de la unificación.³

Ello no quiere decir que la situación de todos deba ser igual, ya que en el caso de diferencias entre varios grupos en los cuales no es necesario analizar la situación “personal” de cada consumidor, el juez debe formar sub clases tal como lo ordena el art. 54 LDC.

Lorenzetti, avanza sobre la caracterización de la “homogeneidad” y pone como ejemplo de ella “el descuento ilegítimo de aranceles efectuado por una empresa que perjudica a cientos de contratantes”⁴.

El autor dice “si se iniciaran procesos individuales, debería acreditarse ese hecho en cada uno de esos pleitos, y por lo tanto puede decirse que es común”⁵.

En un caso de fraude al consumidor, si cada consumidor en forma individual inicia un juicio debe probar cuestiones comunes tales como: la relación contractual (con cláusulas predispuestas y homogéneas en todos los contratos), el acto o accionar del proveedor contraria a la ley o al contrato, el elemento de antijuridicidad, la culpa o dolo y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el perjuicio sufrido.

La prueba de la cuantía del perjuicio puede ser efectuada en el mismo juicio colectivo si es de facil liquidación o deberá hacerse en juicio individual si depende de las características individuales de cada sujeto.

A esos efectos la doctrina norteamericana⁶, agrupa las acciones colectivas en dos tipos: “*upstream*” y “*downstream*”.

En los casos *upstream* el daño deriva de una conducta única del demandado y es uniforme para todas las víctimas afectadas por dicha conducta ilícita. Siendo que el daño es uniforme, su liquidación es relativamente sencilla, ya sea porque aparece en los libros del demandado (ej. Cargos ilícitamente cobrados) o porque se efectúa una distribución a pro rata entre los damnificados. Según Issacharoff, la mayoría de los

³ Lorenzetti, JUSTICIA COLECTIVA, Ed Rubizal Culzoni, 2010, pg 123, con cita de los “Principles” del American Law Institute, punto 2.03.

⁴ Lorenzetti, op cit p.122.

⁵ Lorenzetti, op cit, p.123.

⁶ Issacharoff, Samuel “Group Litigation of Consumer Claims: Lesson from de U.S. experience”, Texas International Law Journal, nº 135, 1999, p 146/7.

casos que involucran a consumidores son de este tipo y por ello existe un gran desarrollo de acciones de clase en materia de fraudes a consumidores.⁷

El segundo tipo de acciones que identifica el experto son las que llama “downstream cases”, siendo el prototipo de estos casos las acciones de clase por daños personales, en las cuales existe un tramo común que establece la responsabilidad del demandado (culpa, relación de causalidad y determinación de daños), pero la liquidación de los daños sufridos por cada consumidor deben ser liquidados en forma individual.⁸ Un ejemplo de esta tipo de casos es el del Apagón de EDESUR de febrero de 1999 en el que se estableció la responsabilidad genérica de la empresa de energía y se derivó a cada consumidor a ejercer su reclamo en forma individual.

En el primer grupo de casos, llamados “upstream”, entendemos que la sentencia debe establecer los parámetros de condena y fijar un plazo al cumplimiento de la misma. En los casos “downstream” será más dificultoso liquidar los daños en la sentencia y por lo general deberá tramitarse vía incidente la liquidación ya sea en forma individual o colectiva.

Así entonces tenemos como principios fundamentales de las acciones colectivas, según Halabi, los siguientes:⁹

1) Requisitos Generales

- 1.a) hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.
- 1.b) pretensión enfocada a los aspectos comunes de la clase.
- 1.c) que no se justifique la promoción individual de reclamos (dificultad estructural de acceso a la justicia en forma individual).

2) Requisitos particulares

- 2.a) precisa identificación de la clase.
- 2.b) idoneidad del representante
- 2.c) planteo que involucre cuestiones comunes u homogéneas
- 2.d) procedimiento idóneo para informar a los miembros de la clase sobre la promoción de la acción.
- 2.e) procedimiento de publicidad o registro para evitar la multiplicidad de acciones colectivas con el mismo objeto.¹⁰

⁷ Op y pg cit en nota anterior.

⁸ Issacharoff, cit, p 147. En Brasil, la doctrina enseña que, en la liquidación de sentencia de condena genérica, cada liquidante deberá probar, en contradictorio, la existencia de su daño personal y su nexo causal con el daño globalmente causado, además de estipular su cuantía. El proceso de liquidación de esta sentencia difiere del procedo de liquidación tradicional, principalmente en cuanto a su objeto. Además de la cuantificación del daño se exige la prueba del nexo causal entre el daño individualmente reclamado y la responsabilidad que, en forma general, se estableció en el proceso colectivo. Conf. Thais Helena Pinna da Silva, “Liquidacao de sentenca nas acoes coletivas”, Jus Navigandi, Teresina, año 9nº 531 del 20/12/2004.

⁹ Clasificación efectuada por Gil Domínguez, Andres, “Derechos colectivos y acciones colectivas”, LL 2009 C 1128 y ss.

¹⁰ El análisis detallado de cada requisito lo efectuamos en nuestro trabajo “Certificación de una acción de clase” LL diario del 3.12.2009.

3) EL FALLO EN COMENTARIO. PRIMERA INSTANCIA.

La Asociación Civil Consumidores Financieros demandó al Banco de San Juan con el siguiente objeto:

Pidió que condene a la entidad demandada por las sumas requeridas a sus clientes cuentacorrentistas, en concepto de “riesgo contingente”, y/o “exceso de acuerdo”, en oportunidad en que éstos hubiesen efectuado sobregiros, y luego cubierto lo girado en más, en el transcurso del mismo día.

También pidió la condena del banco, por su proceder que calificó de “antijurídico”, cuando la proyección financiera de lo cobrado por tales conceptos exceda los límites razonables.

Agregó: “Dicha condena deberá ordenar que se devuelva a esos afectados, con más sus intereses, todo lo percibido de más por tales conceptos ...”. Pidió que se ordene al banco el cese de este proceder, en lo futuro (fs. 9 in fine y vta.).¹¹

El juez de Primera Instancia rechazó la demanda haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva, es decir que el rechazo se debió a una cuestión formal, sin estudiar el reclamo.

El juez de grado sentenció que no existía homogeneidad señalando que “*cada individuo que contrata con la entidad financiera lo hace en el marco del convenio que suscribe, aceptando generalmente un paquete de servicios bancarios que adoptará conforme la oferta que le fue formulada, y con condiciones establecidas para cada servicio que serán propias de esa relación, según el alcance de lo contratado*”

Es decir que según el Juez de Grado al haber distintos tipos de contratación no habría homogeneidad ya que cada cliente estaría sujeto a su propio contrato.

Este criterio sería aceptable si estuviéramos en el marco de contratos del Código de Napoleón del Siglo XIX, en el que se discutía cada una de sus cláusulas en forma personal, pero dicha argumentación no se sostiene en una sociedad de contratación masificada en el cual la Entidad Financiera estipula un contrato tipo para cada operación bancaria y los clientes pueden adherir o no al mismo, pero sin modificar su contenido.¹²

¹¹ Objeto extraído del fallo de Primera Instancia.

¹² La doctrina que estudia los contratos de adhesión ha señalado: el contrato por adhesión a cláusulas predisuestas o condiciones generales “es aquel en que la configuración interna del mismo (reglas de autonomía) es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc.), de manera que la otra (adherente, consumidor, no profesional), si es que decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido o no contratar.” (Stiglitz, 1994, p. 250) Las características de los contratos de adhesión, a partir de los textos de Stiglitz y Yuri Vega son: 1) La unilateralidad: Este, tal vez sea uno de sus rasgos más característicos. La configuración interna del contrato viene modelada sólo por una de las partes, precisamente identificada como el predisponente. No es característica del contrato por adhesión que el predisponente ejerza un monopolio de hecho o de derecho. 2) La rigidez del esquema predeterminado por el empresario: Ello significa que su contraparte carece del poder de negociación que consiste en discutir o en intentar influir en la redacción del contrato o tan siquiera de una cláusula. 3) La predisposición contractual es inherente al poder de negociación que concentra el “profesional” y que generalmente (no siempre), coincide con la disparidad de fuerzas económicas. Ésta no parece ser una característica que atrape todos los supuestos, pues quien ostenta poder

Entendemos que no resulta apropiado sostener que se tratare de derechos patrimoniales, personales y diferenciados, ya que la diferencia entre ellos pasa por estar encuadrado en alguna de las categorías de contratos homogéneos que redacta la Entidad Financiera y para ello, la Ley 24.240 permite la formación de subclases de consumidores. En definitiva, el fallo de Primera Instancia se sostenía en un razonamiento imposible de compartir, tal como el que cada cliente tiene una relación personalísima con el Banco y por ello el descuento o cobro de comisiones ilegales debía ser reclamada por cada cliente en el marco de su contrato individual.

4) EL FALLO DE LA EXCMA CÁMARA. EL REQUISITO DE ACTO CONTÍNUO CARECE DE APOYATURA LEGAL.

La Excma Cámara revoca el fallo de grado y ordena que el expediente continúe tramitando en otro Juzgado, en virtud que el magistrado de la instancia anterior había emitido opinión sobre la legitimación de la actora.

El fallo de la Cámara transcribe los Considerandos del fallo Halabi en el cual se fijan los criterios de admisibilidad de las “acciones de clase”, sin embargo omite el tratamiento de la cuestión a la luz del art. 54 de la Ley 24.240, cuestión que no podemos dejar pasar por alto y que merece una crítica de nuestra parte.

El propio fallo “Halabi”, en su Considerando 21 establece:

“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. En efecto, las regulaciones especiales que instauran instrumentos de carácter colectivo para obtener reivindicaciones en materia de defensa a los usuarios y consumidores y en lo atinente a daño ambiental, prevén expresamente soluciones de la índole referida. Así el art. 54, párrafo segundo, de la ley 24.240 establece que “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”.

económico también formaliza contratos por adhesión en calidad de adherente. En cambio, aparece como más convincente distinguir a las partes según el poder de negociación de que dispongan. Así, predisponer un contrato presupone poder de negociación y ello sólo lo ejerce el profesional. A su vez, adherir a un contrato implica carecer de dicho poder. Y esa carencia se sitúa en cabeza del consumidor o usuario (Stiglitz, 1994, pp. 250-251). 4) La predisposición se complementa con su carácter abstracto y general, pues se trata de condiciones a ser incorporadas en una pluralidad de negocios (Vega, 1994, p. 548). Verónica María Echeverri Salazar, “Del contrato de libre discusión al contrato de adhesión” publicado en Opinión Jurídica, Vol. 9, No. 17, pp. 127-144 - ISSN 1692-2530 • Enero-Junio de 2010 / 222 p. Medellín, Colombia

Lorenzetti, sin dudas artífice de la Sentencia “Halabi”¹³ en su obra “Justicia Colectiva” indica: “*cuando hay una relación de consumo es admisible una acción colectiva conforme el art. 54 de la ley 24.240 (t.o. ley 26.361). En este caso la causa de la agregación surge del supuesto que describe la propia ley y que hay que demostrar.*”¹⁴

Sin embargo, la Sentencia de la Sala A no se detiene en la aplicación de la norma de Derecho que se encuentra en vigencia, por el contrario resuelve la cuestión aplicando los parámetros de “Halabi”.

Para ello analiza y considera que estamos en presencia de una *acción de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos*, acción que puede ser promovida por una entidad de la naturaleza de la actora, por ser esta la alternativa que, por proximidad podría comprender este supuesto.

Al analizar la existencia de los requisitos de Halabi, la Excma Cámara menciona que: del análisis del *objeto de esta acción* se aprecia que se configurarían, *prima facie* al menos, los tres requisitos que son necesarios para caracterizan a esta tercera "categoría" de derechos denominada "*derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*", en tanto cabría distinguir: la invocación de un hecho único como lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; la pretensión concentrada en sus efectos de alcance común y no en lo que cada individuo puede peticionar y que el interés individual considerado aisladamente, no justifica, en principio, la promoción de una demanda.

La Excma Cámara señala que “habría, un hecho único que provocaría la lesión de todos ellos y por lo tanto podría ser identificable entonces una causa fáctica homogénea, la cual tendría relevancia para sostener que la pretensión incoada en autos es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Y en este último aspecto, obsérvese que la reclamación de la asociación colectiva, si bien escuetamente explicitada (ver fs. 9 y vta), no se relacionaría con un daño diferenciado que cada individuo pudiera sufrir eventualmente en su esfera sino que se proyecta la pretensión hacia los efectos comunes del hecho generalizable a un universo de consumidores, esto es, el monto que se sostiene supuestamente percibido ilegítimamente por el banco demandado por los conceptos cuestionados ("riesgo contingente" y/o aplicación de una tasa efectiva anual abusiva), de todos sus clientes.- Así las cosas, la intención expresada por la actora tendería a **detener el hecho que estaría provocando**, según se dice, la lesión de los derechos individuales homogéneos de los clientes de la entidad accionada. (subrayado me pertenece).

Del párrafo transcripto se observa que la Excma Cámara considera que existe un hecho único en la medida en que todos los consumidores resultan abarcados por la misma conducta de aplicación de cargos ilícitos, es decir que – contrariamente al criterio de Primer instancia – el Tribunal encuentra que el reclamo tiene homogeneidad, decisión que compartimos.

¹³ La sentencia de mayoría en Halabi se basa sin dudar en el voto en disidencia de Lorenzetti en el caso “Mujeres por la Vida - Asociación Civil sin Fines de Lucro -filial Córdoba- c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”. 31/10/2006.

¹⁴ Lorenzetti, op cit, p 126.

En el estudio del segundo requisito, la Excma Cámara lo considera cumplido en la medida que el hecho único continúa desarrollándose y la acción pretende su cesación. Por ello – interpreta la Cámara – la pretensión se enfoca en los aspectos comunes de la clase. A contrario sensu, la Excma Cámara entiende que el reclamo de restitución de fondos no tiene el carácter de colectivo si la conducta lesiva hubiera cesado antes de la promoción de la demanda.

De este modo agrega: *“la intención expresada por la actora tendería a detener el hecho que estaría provocando, según dice, la lesión de los derechos individuales homogéneos de los clientes de la entidad accionada. Es decir, se observa, en principio, la existencia de una pretensión activa dirigida a incidir sobre un aspecto colectivo de los efectos del hecho por el cual se reclama”*.

La interpretación que la Sala A da al requisito de acción dirigida a los aspectos colectivos del caso es sumamente restrictiva y no condice con el art. 54 de la ley 24.240 y con el espíritu de las acciones colectivas.

En primer lugar, bastaría que el demandado – en el curso del proceso – detenga la comisión del hecho ilícito para que quede impune respecto de la restitución que le fue reclamada. Este es, quizá, un aspecto no deseado de la decisión, pero es perfectamente posible.

En segundo lugar, la interpretación del fallo en comentario solo podría sustentarse cuando el hecho que da lugar a la acción es un hecho continuado en el tiempo, ya que debería continuar sucediendo al momento de la demanda (o de la sentencia, ya que no se aclara). Sin embargo hemos visto que la Corte Suprema nos habla de hecho ÚNICO o continuado, con lo cual en los supuestos de hechos únicos, la acción colectiva sería viable cuando dicho hecho ya sucedió y lo que se intenta es reparar sus consecuencias.

En un trabajo anterior¹⁵ sosteníamos que el requisito implica una directiva al operador jurídico de plantear la demanda enfocando su reclamo hacia los aspectos comunes del mismo y no hacia las consecuencias particulares de dicho reclamo. Así indicábamos que en caso del “apagón de EDESUR” la demanda se dirigió a establecer la existencia de un hecho ilícito (el apagón) y los factores de imputación del demandado (negligencia, relación de causalidad) y no en el daño particular de cada usuario de luz. De esa forma fue resuelto, y así se fijó una sentencia declarativa de responsabilidad genérica.

Si aplicáramos la teoría de que la conducta lesiva debiera continuar desarrollándose a la fecha de la demanda (o de la sentencia), sería menester iniciar la demanda aún en medio del corte de luz, lo que sería absurdo. En el caso de una publicidad engañosa que motivó fraude a los consumidores sería necesario iniciar la demanda (o aún que se dictara la sentencia) antes de la finalización de la campaña, cuando tal vez el consumidor ni siquiera advierta el engaño de la misma.

Observamos entonces que el hecho de que el acto lesivo continúe en ejecución no es un requisito de la acción colectiva y que su implementación resulta un peligroso cercenamiento del derecho a reclamar colectivamente, sin que dicho requisito resulte de norma alguna. Para más datos, el propio fallo “Halabi” señala que el hecho que

¹⁵ Martínez Medrano, “Certificación de una acción de clase”..op cit p 3.

desencadena la responsabilidad colectiva puede ser “único” es decir que se produce en un solo instante, lo cual da por tierra con la exigencia de que el requisito continúe vigente. Piénsese por ejemplo en el vertido de petróleo en un curso de agua que se produce en un momento único, pero sus consecuencias continúan por años.

En definitiva, encontramos que el requisito de que el acto continúe en desarrollo y por lo tanto que la acción colectiva sea una mera acción de cesación de dicho acto, no resulta acorde con la legislación y jurisprudencia de nuestro medio.

Ello porque no cabe distinguir entre el cese del cobro de un cargo ilícito y su restitución ya que lo segundo no es más que la remoción de los efectos persistentes del acto ilícito.

De este modo resolvió la Excma Cámara en lo Comercial hace algunos años:

“En una acción iniciada por una asociación de consumidores en la que se condeno a una entidad bancaria a restituir las sumas de dinero debitadas en concepto de "cargo financiero" y "comisión por diferimiento de pago" a los titulares de cierta tarjeta de Crédito, con mas sus intereses calculados a la misma tasa que aplicó el banco, cabe desestimar la defensa de legitimación activa opuesta por la demandada. Es que no resulta comprensible la distinción entre la acción dirigida al cese de debitos erróneos y la pretensión enderezada a obtener la restitución de las sumas ya debitadas, según la cual seria procedente la primera y no la segunda, pues ambas pretensiones son de claro contenido patrimonial. En ese sentido, puede si distinguirse, entre el reintegro de las sumas debitadas y los daños Individuales o propios de cada usuario como podría ser, por Ejemplo, el lucro cesante o el daño moral¹⁶.

El fallo comentado en el párrafo anterior es anterior a la Ley 26.361 que modificó el art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor.

En la actualidad dicha doctrina tiene aún mayor predicamento porque, tras la reforma, la propia Ley 24.240, en su artículo 54 habilita las acciones colectivas para obtener la restitución de sumas de dinero, con lo cual el interpretar que la restitución “per se” no es motivo de una acción colectiva violenta la letra de la mencionada norma y por ello es motivo de descalificación del decisorio.

5) EL REQUISITO DE TIPICIDAD. SU RECTA INTERPRETACIÓN.

Para sostener que el acto lesivo debe ser continuo y estar en curso de ejecución, se intenta justificar dicho requerimiento en virtud del segundo requisito del fallo Halabi, que consiste en que “la pretensión del actor esté concentrada en los efectos de alcance común al grupo de consumidores y no en lo que cada individuo puede peticionar en forma particular”.

Estimamos que dicho requisito no sirve como base para cercenar el reclamo de restitución tal como lo aplica el fallo en comentario.

¹⁶ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, PROCONSUMER C/ BANCO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/ SUMARISIMO. 13/10/06

El requisito en cuestión es considerado por Lorenzetti en sentido similar al elemento de de “tipicidad/typicality” requerido en el sistema de las class actions norteamericanas.

Según Lorenzetti, autor intelectual del voto de Mayoría en “Halabi”, la Corte Suprema estableció que *“el reclamo debe concentrarse en los efectos comunes para que exista un caso colectivo en materia de intereses individuales homogéneos. Este aspecto tiene relación con lo que dice la “Regla 23.a” ya citada, que requiere que la reclamación sea representativa o típica de la clase como un todo (typicality). Ello significa que el reclamo del individuo que promueve la acción debe estar basado en el mismo curso de eventos y envolver los mismos argumentos legales que los que involucran al resto de la clase”*.¹⁷

La “tipicidad” del reclamo también implica que las defensas del demandado son comunes y no basadas en circunstancias personales de algún miembro de la clase. Si se presentaran varias demandas individuales, la defensa sería la misma para todos los casos. De este modo, por ejemplo, se rechazó una demanda colectiva cuando se alegó discriminación para el ascenso a un trabajo por considerarse que debía analizarse las condiciones particulares de cada candidato.¹⁸

Nuestra doctrina, al analizar el requisito de tipicidad de las class actions señala que para el progreso de una acción colectiva se requiere, además de la existencia de una cuestión común entre los integrantes de la clase, que el representante comparta los mismos intereses. La pretensión del representante debe originarse en el mismo evento, práctica o conducta que serviría de causa a los demás miembros del grupo y la acción debe estar basada en el mismo fundamento jurídico. La finalidad del requisito de tipicidad reposa en la necesidad de extremar recaudos para evitar que los intereses del legitimado activo sean incompatibles con los de los miembros del grupo representado.¹⁹ Lo que se quiere evitar es el conflicto de intereses.

Alguna doctrina extranjera considera que el requisito de tipicidad es sobreabundante ya que se encuentra comprendido en el de homogeneidad.²⁰ Del mismo modo la Corte Suprema de los EEUU ha dicho que el requisito de tipicidad tiende a fusionarse con el de homogeneidad.²¹ Otra doctrina asimila la tipicidad con el requisito de representación adecuada, ya que al juzgar que las pretensiones del miembro de la clase que reclama son de contenido similar con el resto del grupo de afectados, no habrá conflicto de intereses.

La tipicidad no quiere decir que todos los miembros de la clase reclaman la misma cantidad de dinero o que su daño sea idéntico, sino que el daño proviene del mismo

¹⁷ Lorenzetti, op cit, p 131.

¹⁸ Gen. Tel. Co v. Falcon, 457, U.S. 147 (1982) citado en Manual for Complex Litigation, Fourth, Federal Judicial Center, p 258.

¹⁹ Verbic, F. “Procesos colectivos”, Astrea, Bs As, 2007, pg 18

²⁰ Giuggioli, “Class actions e azione di gruppo”, cit por Verbic, op cit pg. 17.

²¹

The commonality and typicality requirements of Rule 23(a) tend to merge. *Id.* Typicality measures whether a sufficient nexus exists between the claims of the named representative and those of the class at large. See, *Prado-Steinman ex. rel. Prado v. Bush*, 221 F. 3d 1266, 1279 (11th Cir.) (2000).

curso de acción del demandado, es decir que el requisito es asimilable al de origen común (homogeneidad del reclamo).

El principal tratadista en materia de “class actions” de Estados Unidos define el concepto de “typicality” de la siguiente forma:

“El requisito de tipicidad se cumple si existe una relación suficiente entre el daño personal del actor y una conducta que afecte al grupo o clase que se pretende representar de modo tal que el Tribunal adecuadamente pueda atribuir un carácter colectivo a la conducta denunciada.

En otras palabras, cuando esa relación es apreciable, las lesiones del demandante surgen o se relacionan directamente con un daño a un grupo y ese daño general al grupo, incluye el daño individual causado al reclamante.

En consecuencia, el reclamo del actor es típico si proviene de un mismo hecho o conducta o de un mismo curso de conducta que el que da lugar a los reclamos de otros miembros de la clase y si su reclamo está basado en los mismos argumentos jurídicos que los del resto de la clase.”²²

Como se aprecia, el requisito de tipicidad está dirigido a determinar si una persona, miembro de la clase, acciona invocando hechos que afectan al resto o si lo hace en forma individual y personalizada. Este requisito cobra importancia en sistemas como el de Estados Unidos donde el reclamante es una o varias personas físicas que pertenecen al grupo o clase. Sin embargo, en el sistema argentino de acciones colectivas de consumidores, la legitimación activa es institucional, ya que descansa en los legitimados del art. 52 de la ley 24.240, es decir en las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, e la autoridad de aplicación nacional o local de la Ley, en el Defensor del Pueblo y en el Ministerio Público Fiscal.

No está previsto, en el régimen de consumidores, que el consumidor individual pueda plantear una acción colectiva.²³ En consecuencia, el legitimado activo para entablar una acción colectiva no tiene porque cumplir el requisito de tipicidad ya que no ha sufrido un daño per se, sino que representa – en forma general – a los consumidores afectados, miembros de una clase o grupo. Por ello entendemos que el requisito de tipicidad se encuentra cumplimentado si existe “homogeneidad” en el reclamo, ya que al no ser un miembro de la clase, el legitimado activo no debe acreditar que “su” daño es típico.

En este sentido se ha pronunciado GIDI para el sistema brasileño, quien menciona “por ahora los individuos, sean o no miembros del grupo afectado, carecen de legitimación para demandar a nombre de los intereses del grupo... Puesto que los miembros individuales del grupo no tienen legitimación para demandar en nombre del grupo, el requisito de la tipicidad (typicality) – común en el derecho norteamericano – no existe en el derecho brasileño. El legislador dio legitimación colectiva a entidades en

22

Newberg & Conte, *Newberg on Class Actions* (3d ed. 1992), sec. 3.13, pp. 3-76 to 3-77

²³ Vease la cuestión en “Martínez Medrano, G, “Certificación de una” op cit punto 5 “idoneidad del representante”.

reconocimiento a un interés social o comunitario de una acción colectiva y no – como en los EEUU – en referencia a un interés e iniciativa individual.”²⁴

Hasta aquí tenemos entonces una conceptualización de la tipicidad y su caracterización en el sistema de class actions cuando el reclamante es una persona física miembro de una clase. También que en el sistema de Defensa del Consumidor las acciones colectivas son institucionales y por lo tanto el miembro de la clase no está legitimado para demandar por los demás.

En consecuencia debemos analizar si el segundo requisito de “Halabi” es aplicable en materia de acciones colectivas de consumidores que se rigen por la Ley 24.240.

Al respecto resulta útil la lectura del art. 54, en particular cuando señala que en caso de daños diferenciados, el juez podrá en juicio colectivo establecer la responsabilidad del demandado y la formación de grupos de afectados, debiendo cada consumidor en forma individual estimar su perjuicio propio.

Este artículo nos da una pauta de que, para cumplir con el requisito estudiado, la demanda debe enfocarse hacia la conducta única del demandado y a la proyección homogénea sobre los consumidores.

En el caso que los daños causados sean de fácil cuantificación – eg. un cargo ilícito, el cobro de intereses usurarios – la demanda colectiva también avanza sobre la liquidación y restitución de dichos daños homogéneos (acciones upstream). En el caso de daños diferenciados pero que surgen de un mismo hecho o de hechos que forman parte de un patrón de conducta determinado, la demanda se enfoca en la existencia del hecho, en la determinación de la responsabilidad del demandado y en la existencia de daño como consecuencia del hecho (relación de causalidad). La estimación del daño individual, en la medida que requiere determinar aspectos personales de las víctimas serán liquidadas por la vía incidental como lo marca la norma (acciones downstream).²⁵

La Corte Suprema lo puntualiza en “Halabi” cuando señala que *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. (cons. 13)*

En consecuencia, sostenemos que la acción de restitución de cargos, comisiones, intereses y demás conceptos ilícitamente cobrados por un proveedor a un grupo de consumidores, califica como acción colectiva, incluso si al momento de la demanda el cobro ha cesado. Ello porque el requisito de tipicidad de ningún modo requiere que el cobro del cargo continúe a la fecha de la demanda y no de la sentencia. La restitución de lo indebidamente cobrado es la contracara de la cesación, y por ello no es más que la

²⁴ GIDI, Antonio. “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil”, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, p 72.

²⁵ Este último mecanismo de liquidación individual se utiliza en Brasil, donde se ha dicho que “las peculiaridades del reclamo de cada integrante, en la medida que no entorpezcan el juzgamiento general no imponen la eliminación del requisito” y ello porque “las cuestiones individuales son analizadas en fase posterior de liquidación de sentencia colectiva”. Flavia Hellmeister, “Representatividade adequada nos processos coletivos”, Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho, Universidade de Sao Paulo, p 40.

remoción de los efectos del acto ilícito y en la medida que afecta de manera homogénea a un grupo de consumidores, la restitución también puede ser tratada en forma colectiva.

Una sentencia que declare la cesación del cobro de un cargo ilícito, pero que no ordene su restitución una vez cesado incumple con el más elemental principio del derecho de las obligaciones. Así vemos que la obligación de cesar el cobro de un cargo es una obligación de no hacer y que su incumplimiento trae aparejado la destrucción de lo que se hubiere hecho (art. 633 CC), pudiendo incluso el acreedor (en este caso el consumidor) pedir los perjuicios e intereses que le hubiera causado la ejecución del hecho prohibido.

Es decir que la restitución es la contracara de la orden de no hacer²⁶ (cesación de cobrar el cargo ilícito), con lo cual no resulta ajustado a derecho dividir las prestaciones y brindar legitimación para ordenar la cesación, pero negarla para peticionar la restitución de lo ilícitamente hecho.

6) CONCLUSIONES.

Consideramos atinada la resolución de la Excma Cámara en la medida que revocó la sentencia de Primera Instancia y determinó que el cobro de un cargo ilícito a un grupo de consumidores es una conducta homogénea que afecta a un grupo de consumidores y por lo tanto estamos en presencia de intereses individuales homogéneos que habilitan la presentación de una acción colectiva.

Criticamos que, sin explicación alguna, la sentencia hubiera omitido en forma total el tratamiento de la cuestión a la luz de la Ley 24.240, máxime que el propio fallo “Halabi” indica que las acciones de consumidores serán juzgadas a la luz de dicha norma.

Consideramos que el segundo requisito de Halabi (la pretensión del actor esté concentrada en los efectos de alcance común al grupo de consumidores y no en lo que cada individuo puede peticionar en forma particular) no requiere que el acto o hecho ilícito sea continuado y esté sucediendo al momento de la demanda, con lo cual lo que colectiviza la acción sea la pretensión de “cesación” del actor, ya que el pedido de restitución de los cargos indebidamente cobrados, o lo que es lo mismo, la remoción de los efectos del acto ilícito también constituye una pretensión colectiva.

Por último, y como somos concientes que el tema está en constante ebullición y desarrollo jurisprudencial, quisiéramos concluir con una cita del juez Douglas al fallar la causa Eisen III (voto en disidencia de la mayoría que rechazó la class action):

“Pienso que en nuestra sociedad cada vez mas compleja, existen innumerable cantidad de personas que se ven ligadas a desastres comunes, calamidades o riesgos, las cuales, sin una acción de clase, deben mendigar por justicia ... algunos de ellos son los

²⁶ LLAMBÍAS enseña que, ante el incumplimiento de la obligación de no hacer : “ a) La primera posibilidad del acreedor tiende a la *destrucción de lo hecho* por el deudor en infracción a la abstención debida. Este criterio procura extirpar los *resultados* de la infracción, removiendo el estado de cosas que ilegítimamente ha creado la *inconducta* del deudor.” LLAMBÍAS, J.J. “Tratado de Derecho Civil – Obligaciones”, tomo II B, número 980. consultado en el sitio www.abeledoperrot.com

consumidores cuyos reclamos pueden verse de minimis, pero los cuales en forma solitaria no tienen ningun recurso practico para obtener una indemnización o remedio... o los contribuyentes anonimos que son abusados por las tarifas de servicios... Las acciones de clase son uno de los pocos remedios legales que tienen los pequeños reclamantes contra aquellos que manejan el status quo. Me gustaría reforzar su mano con el objetivo de crear un sistema de Derecho que dispense justicia a los humildes asi como a los que generosamente han sido dotados de poder y riqueza.”²⁷

© 2011. Gabriel Martinez Medrano.

²⁷ Eisen III, 417 US at 185-6 (Douglas J. dissenting), cit por Burbank, S. “The class action fairness act of 2005 in historical context: a preliminar review”, University of Pennsylvania Law Review, vol 156, June 2008, nro 6 Pg 1493. El mismo autor señala que, antes de la introducción de las acciones de clase para los consumidores para pequeños reclamos, en determinadas circunstancias los derechos y sus remedios legales valían solo en el papel en que estaban escritos. Op cit nota 197.