

LA DECISIÓN DE LA CSJN EN “PADEC C. SWISS MEDICAL”.
RATIFICACIÓN DE “HALABI” Y CONFIRMACIÓN DE LAS BASES PARA UN
MODELO DE TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS EN ARGENTINA

Francisco Verbic

I. ALCANCE Y RELEVANCIA DE LA DECISIÓN EN COMENTARIO

En fecha 21 de Agosto de 2013 la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN” o “la Corte”) dictó sentencia en la causa “*PADEC c/ Swiss Medical*”.¹ La única cuestión a decidir en el marco del recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora era “*determinar si, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, PADEC se encuentra legitimada para demandar a Swiss Medical S.A. a fin de obtener la declaración de ineficacia de la cláusula contractual que autoriza a esa sociedad a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales de sus afiliados y la consecuente supresión de los aumentos ya dispuestos*”. La respuesta fue que sí, que efectivamente la organización actora podía demandar en los términos indicados. Y aun cuando la Corte omitió profundizar en algunas cuestiones con relación a las cuales podría haber avanzado para clarificar lo sostenido en “*Halabi*” a comienzos del año 2009,² lo cierto es que la decisión configura un precedente de extrema relevancia en este campo del derecho por razones de diversa índole.

En primer lugar, porque ratifica la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor para actuar en defensa de derechos individuales homogéneos (“DIH”) y la recepción de este tipo de acciones colectivas en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC). En segundo lugar, porque confirma ciertos aspectos del trámite de estos procesos colectivos oportunamente presentados en “*Halabi*”, entre los cuales se destacan la necesidad de controlar durante todo el trámite que el legitimado colectivo sea un representante adecuado del grupo que busca defender (idoneidad del representante), la importancia de la publicidad y de las notificaciones, y el derecho de los afectados individuales representados por estas organizaciones a optar por excluirse de la clase o participar en el proceso como parte

¹ CSJN “*PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*”, causa P.361.XLIII, sentencia del 21/08/2013.

² CSJN “*Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873- dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986*”, causa H.270.XLII, sentencia del 24/02/2009.

o contraparte. Igualmente, confirma los presupuestos de procedencia de estas acciones establecidos en aquél precedente.

En tercer lugar, también se trata de una decisión relevante en tanto Fayt suscribe el voto de la mayoría, sumándose a los 4 jueces que firmaron “*Halabi*” y dotando así de mayor solidez a la doctrina que emana de dicho precedente (y que se ratifica vehementemente en esta oportunidad). Por último, el caso resulta de gran importancia en cuanto confirma las premisas que sirven de base para construir un modelo específico de tutela colectiva en la República Argentina, marcando así un camino muy claro a seguir de cara a la necesaria regulación que debe darse sobre el tema. Un modelo basado en el reconocimiento de ciertas categoría de derechos subjetivos colectivos, al estilo brasileño, pero gobernando al mismo tiempo por un trámite similar al de las acciones de clase previstas en la Regla Federal de Procedimiento Civil estadounidense N° 23.

II. LA RATIFICACIÓN DEL PRECEDENTE “HALABI” FRENTE AL ACCIONAR DE UNA ASOCIACIÓN CIVIL

Una de las razones que hacen del fallo en comentario una decisión de suma relevancia para el campo de la tutela colectiva de derechos se encuentra en el hecho de haber ratificado diversos criterios establecidos por la Corte en el precedente “*Halabi*” sobre los cuales no había vuelto a pronunciarse desde entonces. Igualmente, el fallo en comentario reafirmó ciertos aspectos de la doctrina Halabi que fueron efectivamente revisitados por la Corte -o bien por la Procuración General de la Nación- luego del dictado de dicho precedente, pero cuyo abordaje se dio en casos que no involucraban un planteo colectivo promovido por una asociación civil de defensa del consumidor (entre tales oportunidades cabe señalar los fallos “*Thomas*”,³ “*Cavaliere*”,⁴ “*Defensor del Pueblo de la Nación*”⁵ y “*Mendoza*”⁶).

Intentaré mostrar a continuación la profundidad y solidez de esta ratificación para argumentar –en función de ella- que la Corte ha confirmado su inclinación por un modelo representativo de tutela colectiva que podría calificarse como híbrido, donde la definición de derechos subjetivos colectivos propia del sistema brasileño convive con los dispositivos

³ CSJN “*Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo*”, causa T. 117. XLVI, sentencia del 15/06/2010.

⁴ CSJN “*Cavaliere, Jorge y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ amparo*”, causa C. 36. XLVI, sentencia del 26/06/2012.

⁵ CSJN “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional s/ amparos y sumarísimos*”, causa D. 45. XLV, sentencia del 24/05/2011 (ver el dictamen del Procurador General).

⁶ CSJN “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)*”, causa M. 1569. XL, sentencia del 10/11/2009.

procesales establecidos en la Regla 23 del sistema federal de acciones de clase estadounidense.⁷

1. Las distintas categorías de derechos que conviven en nuestro ordenamiento jurídico y la necesidad de definir la legitimación activa en función de ellas. Las características definatorias de DIH

Los considerandos 8° y 9° del voto de la mayoría en el fallo en comentario reproducen la doctrina más relevante de los considerandos 9° y 12° del voto de la mayoría en “*Halabi*”. Para empezar, se reafirma allí que a fin de evaluar la legitimación de la parte actora “*resulta indispensable en primer término determinar ‘cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida...*”. En segundo lugar, se ratifica la existencia de tres categorías de derechos en nuestro ordenamiento jurídico, a saber: “*individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*”.

Finalmente, se confirman también las características definatorias de los DIH: (i) no exigencia de que haya un bien colectivo vulnerado; (ii) presencia de una causa fáctica homogénea, definida por la existencia de un hecho único o continuado que provoca lesión a derechos individuales; y (iii) posibilidad de demostrar de manera “común” los presupuestos de la pretensión, salvo en lo que hace al daño individual sufrido por los miembros del grupo. Con respecto a esta última salvedad cabe subrayar lo sostenido con toda claridad por Petracchi en el considerando 9° de su voto, ya que deja en claro que el diferente impacto económico que puede generarse respecto de los miembros del grupo considerados individualmente resulta inherente a este tipo de asuntos y no incide sobre la posibilidad de lograr un enjuiciamiento común del caso colectivo.⁸ En la misma línea se expidió la mayoría

⁷ En otro lugar he trabajado sobre ambos modelos de derecho comparado y sobre la definición de “derechos de incidencia colectiva” construida por la CSJN en “*Halabi*”. En esa oportunidad, con el objetivo de justificar la necesidad de contar con una regulación específica sobre la materia, me orienté por una lectura más acorde con el sistema estadounidense que con su par brasileño (VERBIC, Francisco, “*Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación*”, LL 2010-A-769).

⁸ Considerando 9° del voto de Petracchi: “*Que de la lectura de las normas constitucionales en cuestión se desprende que la interpretación que el tribunal a quo hizo de ellas, podría conducir a vaciar de contenido la protección que el arto 43 de la Constitución Nacional otorgó a los consumidores, al legitimar a las asociaciones para la defensa de sus derechos. En efecto, la Cámara no tuvo en cuenta que la diversidad en materia de intereses económicos es una característica que necesariamente se da entre los consumidores de cualquier producto o servicio, y con ello omitió considerar que toda afectación de los intereses del grupo repercutirá – ineludiblemente de manera distinta en sus integrantes, de acuerdo con la situación económica individual de cada uno de ellos*”.

al explicar el alcance de la noción de “causa o controversia colectiva”, aspecto sobre el cual volveré un poco más adelante.

2. Los requisitos de procedencia de la acción colectiva en tutela de DIH y su configuración en el caso

El considerando 10° del voto de la mayoría, a su turno, ratifica plenamente cuáles son los requisitos de procedencia de la acción colectiva en tutela de DIH. En este sentido, reiterando lo sostenido en el considerando 13° del voto mayoritario en “*Halabi*”, la CSJN afirma 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”*.

a. Causa fáctica común (y pluralidad relevante de derechos individuales afectados)

El primer elemento a comprobar en el marco de esta doctrina, afirma la Corte, es *“la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales”*. En el caso en comentario la Corte consideró cumplido este recaudo debido a que *“se cuestiona el contrato tipo que suscriben quienes se afilian a Swiss Medical S.A. para acceder al servicio de medicina prepaga en cuanto contempla el derecho de esta última a modificar unilateralmente las cuotas mensuales. De manera que existiría un hecho único que sería susceptible de ocasionar una lesión al derecho de una pluralidad de sujetos”*.

Como puede advertirse, la enunciación del requisito en análisis comprende también el hecho de que exista una *“pluralidad relevante de derechos individuales”* afectados por la acción u omisión del demandado. Entiendo que esto configura por sí sólo un requisito a evaluar, con total independencia de la causa común de la afectación. Se trata del requisito de “impracticabilidad del litisconsorcio” previsto en la Regla 23(a)(1) del sistema federal estadounidense.⁹ Puede ocurrir que exista una causa común de afectación y que, sin embargo, el número de personas dañadas sea pequeño. De darse este supuesto, el caso debería

⁹ Requisito también denominado *numerosity* y establecido en la FRCP 23(a)(1) de la siguiente manera: *“The class is so numerous that joinder of all members is impracticable”*.

canalizarse por las vías tradicionales. No sería correcto acudir al proceso colectivo (de carácter excepcional) para resolver un conflicto que puede gestionarse adecuadamente con las herramientas procesales de corte individual.

Es evidente, vale aclarar, que muchas de las veces en que pueda demostrarse la existencia de una causa de afectación de derechos en el campo del consumo será posible presumir la existencia de esa “pluralidad relevante” de derechos individuales vulnerados. Ello ocurre con motivo de las modalidades de contratación predispuesta que se utilizan en el mercado, el carácter indivisible de la publicidad engañosa y las prácticas generalizadas de negocios en que incurren las grandes empresas vendedoras de bienes y prestadoras de servicio.

Igualmente evidente es el hecho que, denunciada la existencia de una causa común de afectación y afirmada la existencia de una pluralidad relevante de individuos vulnerados, la posición de inferioridad en que se encuentran los consumidores y las propias organizaciones de defensa del sector frente a los demandados, dispara la necesidad de aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Asimismo, impone exigir el cumplimiento del deber contemplado en el art. 4 de la LDC ya que estamos hablando de información cuyo alcance preciso sólo está en conocimiento del demandado y, además, cuyo contenido no puede generar ningún perjuicio a quien la aporte.

b. Pretensión enfocada en los efectos colectivos (y ratificación de la noción de “causa o controversia colectiva”)

Al referirse al segundo requisito de procedencia la Corte sostuvo que este “*consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede petitionar. 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*” (considerando 10° del voto de la mayoría).

Si bien no hubo aquí cita textual a “*Halabi*”, lo cierto es que este pasaje ratifica lo dicho en el considerando 13° del voto de la mayoría en esa decisión.¹⁰ Más aún: puede

¹⁰ Considerando 13 del voto de la mayoría en “*Halabi*”: “*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*”. Este criterio también puede corroborarse en el considerando 11° del voto de la mayoría en “*Halabi*”, donde se sostuvo que

advertirse que la CSJN efectivamente brindó mayores precisiones que en “*Halabi*” a fin de aclarar un punto de extrema relevancia para la vigencia efectiva de las garantías procesales colectivas reconocidas en el art. 43 de la CN, poniendo en claro que en el campo de las contrataciones de consumo con cláusulas predisuestas no interesa si las afectaciones individuales de los miembros del grupo vulnerado son diferentes en términos económicos. Lo que interesa es el origen común de tales afectaciones, que es el factor que permite su enjuiciamiento colectivo.

¿Cómo fue planteado el asunto en el caso en comentario? Según explica la CSJN en el considerando 1° del voto de la mayoría, la pretensión actora tenía inicialmente por objeto obtener una declaración de ineficacia de ciertas cláusulas contenidas en el contrato tipo que vinculaba a la empresa con sus afiliados “*en cuanto contemplan el derecho de aquélla a modificar unilateralmente las cuotas mensuales y los beneficios de los planes que ofrece, la exime de responsabilidad por daños y perjuicios derivados de la impericia, culpa, dolo, imprudencia o negligencia de sus prestadores, así como de responsabilidad por la suspensión de servicios*”. Asimismo, PADEC pretendía que se condenara a la demandada a dejar sin efecto los aumentos del valor de las cuotas mensuales que habían sido dispuestos con apoyo en las cláusulas impugnadas. Sin embargo, debido a la sanción de diversa normativa, al momento de llegar a la CSJN esta pretensión inicial de la parte actora había quedado limitada “*a la supresión de los aumentos ya dispuestos en virtud de la cláusula contractual que originalmente habilitaba a la demandada a aumentar el valor de las cuotas mensuales que abonaban los afiliados cuya declaración de ineficacia también pretende*” (considerando 4°).

La descripción efectuada por la Corte no es del todo precisa como para saber si la actora pretendía también obtener la restitución de las sumas de dinero percibidas por Swiss Medical con causa en dichos aumentos. Entiendo que debemos asumir que el caso también involucraba esta pretensión colectiva de restitución, y que a ello se refiere cuando habla de “*supresión de los aumentos ya dispuestos*”. Sólo partiendo de esta premisa cobran sentido ciertos argumentos desarrollados más adelante en la decisión, especialmente aquellos relacionados con el art. 54 de la LDC. Más allá de esta pequeña digresión, cabe señalar que la Corte tuvo por acreditado el requisito en análisis al considerar que la pretensión actora estaba efectivamente concentrada en los “*efectos comunes*” (comillas en el original) que tenían las cláusulas impugnadas para toda la clase representada por PADEC ya que “*el contrato*

“*En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa*”.

impugnado contiene cláusulas que alcanzan por igual a todo el colectivo de afiliados de la demandada” (considerando 11° del voto de la mayoría).

c. Ejercicio de la acción individual no justificado (riesgo de afectación del derecho de acceso a la justicia)

El tercer y último requisito de procedencia exigible en este tipo de causas, explicitado de similar forma en el considerando 13° del voto mayoritario en “*Halabi*”, es que “*el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia*” (considerando 10°). La Corte también ratificó allí la excepción a dicha regla, igualmente fijada en “*Halabi*”, al señalar que “*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*”.

A juicio del tribunal este requisito se encontraba cumplido en el caso ya que “*de no reconocer legitimación procesal a la actora, se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia*”. Esta afirmación se fundó en una circunstancia bien concreta, como era el hecho de estarse impugnando “*una cláusula con sustento en la cual, según señala la actora, se habrían dispuesto, entre los años 2002 y 2004, tres aumentos de la cuota mensual en el orden del 11% y del 12%, por lo que no aparece justificado que cada uno de los posibles afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda. Ello es así, puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable*” (considerando 11°).

Este pasaje del fallo en comentario confirma la viabilidad de las acciones colectivas para tutelar las denominadas “pretensiones individualmente no recuperables”. Esto es, pretensiones que por su escasa cuantía no justifican la promoción de una demanda individual

pero que, una vez colectivizadas, pueden ingresar al sistema de administración de justicia en búsqueda de un remedio para solucionar el conflicto.¹¹

III. LA RATIFICACIÓN DEL MODELO HÍBRIDO DE TUTELA COLECTIVA DE DERECHOS

Como señalé en la introducción a este trabajo, otra de las cuestiones relevantes del fallo en comentario es la confirmación de un modelo híbrido de tutela colectiva, fundado en categorías de derechos subjetivos colectivos al estilo brasileño pero, al mismo tiempo, caracterizado por un mecanismo de debate similar al establecido en la Regla de Procedimiento Civil Federal N° 23 del sistema estadounidense.

La confirmación de este modelo se desprende de tres factores:

(i) La ratificación del alcance acordado a la noción “derechos de incidencia colectiva” y la necesidad de determinar la legitimación y la existencia de causa o controversia colectiva en función de los diversos tipos de derechos en ella comprendidos, a lo cual ya hice referencia en los puntos II.1. y II.2.b. de este trabajo.

(ii) La reiteración de que *“es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano”* (considerando 12° del voto de la mayoría en el fallo en comentario y considerando 17° del voto de la mayoría en *“Halabi”*).

(iii) La ratificación de diversos aspectos específicos del trámite que las acciones colectivas en tutela de DIH deben respetar para garantizar el debido proceso de los miembros de la clase ausentes en el debate. Esto es: precisa identificación de la clase representada por el legitimado colectivo, supervisión de la idoneidad del representante durante toda la tramitación del asunto, realización de notificaciones para permitir a los miembros del grupo excluirse del proceso o bien intervenir en el mismo, e implementación de medidas adecuadas de publicidad para evitar la superposición de procesos con idéntico objeto (considerando 16° del voto de la mayoría en el fallo en comentario y considerando 20° del voto de la mayoría en *“Halabi”*).

¹¹ Ver LINDBLOM, Per H. - NORDH, Roberth *“La Ley sueca de procedimientos de grupo”*, en “Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada”, GIDI – Mc. GREGOR (Coordinadores), Ed. Porrúa, México, 2003, p. 96.

Las consecuencias de optar por un modelo de tutela colectiva de estas características no son menores. Tal vez una de las más relevantes sea la revitalización del derecho comparado como fuente, especialmente –en este contexto- del derecho procesal federal estadounidense. Y más específicamente aun, habida cuenta la inexistencia de regulación adecuada sobre la materia, del derecho de las acciones de clase y otros procesos colectivos vigentes en dicho ordenamiento jurídico.¹²

IV. LA INTERPRETACIÓN DEL NUEVO ART. 54 DE LA LDC

Otra de las cuestiones relevantes y novedosas del fallo en comentario se encuentra en el considerando 15° del voto de la mayoría. Allí se interpreta el art. 54 de la Ley N° 24.240, en la redacción dada por su similar N° 26.361 del año 2008, como un reconocimiento legal de la posibilidad de promover acciones colectivas en tutela de DIH en el campo del consumo.

En este sentido la Corte señaló que *“a partir de las modificaciones introducidas en el año 2008, la Ley de Defensa del Consumidor admite la posibilidad de que por vía de una acción colectiva puedan introducirse planteos como el que en autos se formula. En efecto, sólo de esta forma puede explicarse que el legislador, al regular las ‘acciones de incidencia colectiva’, haya expresamente contemplado un procedimiento para hacer efectivas las sentencias que condenen al pago o restitución de sumas de dinero. Tal intención se advierte en el artículo 54 del precepto...”*.

Se trata de una conclusión en cierto punto evidente, pero no por ello menos importante habida cuenta que todavía muchos demandados en este tipo de procesos continúan insistiendo en la inadmisibilidad de acciones del género en el ordenamiento jurídico argentino. En una línea argumental similar a la que ahora sostiene la Corte, trabajando hace unos años sobre los alcances de la reforma a la LDC sostuve que *“Un primer aspecto para destacar (a mi juicio, la innovación más relevante de todas las que trajo aparejada la reforma) es el reconocimiento, implícito aunque terminante, de la posibilidad que la pretensión incoada por cualquier legitimado colectivo lleve por objeto la tutela de derechos individuales homogéneos (...) Si tenemos en cuenta que la decisión dictada en el marco de un proceso colectivo puede contener (como indica la nueva norma) una condena de tipo patrimonial a ser distribuida individualmente entre los consumidores y usuarios afectados, y a ello sumamos que la sentencia debe dictarse (por regla general, art. 163 CPCCN) de conformidad con las*

¹² Ver en general al respecto el trabajo de ISSACHAROFF, Samuel (Reportero General) *“Principles of the Law of Aggregate Litigation”*, American Law Institute, Philadelphia, 2010.

*pretensiones deducidas por las partes, no cabe otra interpretación que la propugnada. Y mucho menos luego del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en ‘Halabi’, al cual ya hice alguna referencia, que expresamente ha incluido a este tipo de derechos como integrantes de la noción de derechos de incidencia colectiva”.*¹³

Es de esperar que frente a la clara postura de la CSJN, y a la inevitable y única interpretación constitucional posible del art. 54 de la LDC allí postulada, quede confirmado de una vez por todas que las acciones colectivas en tutela de derechos individuales homogéneos de consumidores y usuarios son una realidad en la República Argentina. Una realidad que cuenta con respaldo constitucional y, desde el año 2008, también reglamentario.

V. A MODO DE CIERRE: ALGUNOS INTERROGANTES QUE TODAVÍA SUBSISTEN

El objetivo principal de esta nota era subrayar la importancia del fallo “*PADEC c. Swiss Medical*” en términos de ratificación de un modelo cada vez más definido en materia de tutela colectiva de derechos, lo cual creo haber demostrado trazando el paralelismo entre lo sostenido allí por la CSJN y las cuestiones oportunamente desarrolladas en “*Halabi*”. Un paralelismo de por sí muy claro gracias a las muchas citas contenidas en la decisión en comentario. A la hora del cierre, entiendo necesario presentar algunos interrogantes que continúan sin respuesta y que exigen una urgente discusión (y definición por parte del legislador nacional) para evitar o al menos disminuir la inseguridad jurídica que actualmente se presenta en este campo del derecho.

En primer lugar, cuando hablamos de 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, ¿estamos verdaderamente ante requisitos de procedencia o se trata de requisitos de admisibilidad de la acción colectiva en tutela de DIH? A mi juicio tales aspectos (al igual que la existencia de una pluralidad relevante de derechos individuales afectados, la precisa identificación de la clase y la idoneidad del representante colectivo), configuran verdaderos requisitos de admisibilidad de este tipo de acciones y deberían ser evaluados en una etapa inicial del proceso para determinar si puede discutirse colectivamente sobre el asunto. Desde esta perspectiva, podría afirmarse que la configuración de tales extremos no hace al hecho que la

¹³ VERBIC, Francisco “*La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361*”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2009-I.

acción resulte procedente sino a la mismísima posibilidad de que pueda discutirse colectivamente sobre el asunto.

En segundo lugar, ¿aplica el tercer requisito de procedencia (ejercicio individual no justificado) cuando el caso está comprendido en alguno de los supuestos de excepción? Mi duda aquí parte del hecho que el grupo defendido por PADEC (así como el grupo afectado en el caso “*Halabi*”) calificaba claramente dentro de la excepción que la propia CSJN predica respecto de la regla enunciada. Calificaba tanto por el objeto del tema en discusión (consumo) como por las características del grupo representado (tradicionalmente débilmente protegido). Igualmente podría afirmarse la existencia de un fuerte interés público en la resolución de cualquier asunto colectivo de consumo que, como sucedía en ambos casos, involucra a grandes grupos de usuarios y consumidores. Ello así toda vez que las acciones colectivas operan en este campo como un verdadero complemento del poder de policía estatal.¹⁴ Partiendo de estas premisas todo parece sugerir que, en lugar de haber analizado si el requisito en cuestión se encontraba cumplido, la Corte debió haber declarado que no resultaba aplicable al caso. Al no hacerlo, todavía no queda claro cuál es el campo de actuación de la excepción a la regla.

El tercer interrogante gira en torno a los estándares y factores que deben evaluarse por los tribunales de justicia para determinar si el representante de la clase es idóneo. La Corte abordó el asunto en “*Halabi*” pero omitió hacer lo propio en el fallo en comentario, donde se limitó a ratificar que esa evaluación configura un elemento de trámite esencial para garantizar el debido proceso de los miembros del grupo ausentes en el debate. Teniendo presente que lo sostenido en “*Halabi*” con relación al tema es pasible de críticas de diversa índole,¹⁵ cabía esperar de la CSJN una posición más concreta que concurriera a facilitar una correcta administración y juzgamiento de este fundamental requisito por parte de los tribunales inferiores.

En especial, hubiera sido muy importante que la Corte se pronunciara expresamente sobre la aplicabilidad de este requisito a las asociaciones intermedias. Algunos

¹⁴ ISSACHAROFF, Samuel “*Class Actions and State Authority*”, Loyola University Chicago Law Journal, Vol. 44, 2012 (publicado en español con el título “*Acciones de Clase y Autoridad Estatal*” en RDP 2013-1 y en RDCCyE del mes de Abril de 2013, p. 49).

¹⁵ Ver OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco “*La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo ‘Halabi’?*”, SJA 10/03/2010.

autores sostienen que ello no corresponde en nuestro sistema,¹⁶ mientras otros (entre los que me cuento) consideramos que sí.¹⁷ Entiendo que el reciente descubrimiento por parte de la autoridad de aplicación de la LDC de numerosos acuerdos fraudulentos en que han incurrido diversas organizaciones de protección de consumidores y usuarios (debidamente constituidas y registradas) configura un elemento de juicio que concurre a sostener la necesidad de asumir esta última postura para proteger los intereses de los miembros ausentes. Cabe también recordar que el anteproyecto de Código Civil y Comercial, redactado por especialistas en la materia, contenía en su art. 1747 interesantes desarrollos sobre el requisito de la representatividad adecuada. Lamentablemente, esta norma fue eliminada por el Poder Ejecutivo (junto con el resto de las previsiones en materia de procesos colectivos) y no forma parte del texto enviado al Congreso.¹⁸

Por último, ¿qué sucede cuando, más allá y sin perjuicio de la publicidad que pueda realizarse del caso, igualmente se generan litigios superpuestos o paralelos? La publicidad del proceso es fundamental,¹⁹ pero no soluciona el problema de fondo generado

¹⁶ Entre ellos se destacan las posiciones de MAURINO, Gustavo - SIGAL, Martín "*Halabi*": la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva", SJA 22/4/2009; y BERSTEN, Horacio L. "*Legitimación de las asociaciones de consumidores y el fallo 'Padec c. Swiss Medical'*", LLOnline AR/DOC/3499/2013.

¹⁷ OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco "*La Representatividad Adecuada como Requisito Constitucional de los Procesos Colectivos. ¿Cuáles son los Nuevos Estándares que Brinda el Fallo 'Halabi'?*", SJA 10/03/2010 (argumentando que "*El hecho de que tales entidades [las asociaciones intermedias] y organismos se encuentren legitimados a priori por normas constitucionales y legales no importa que, en el contexto de un caso determinado, tal función sea ejercida en forma adecuada. Es posible que existan dobles agendas, es posible que la magnitud del caso exceda incluso las posibilidades de organismos públicos de jerarquía como el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo, y también es posible que existan conflictos de interés de diverso tipo, entre muchas otras cosas. Por ello, aun cuando puede llegar a admitirse una presunción favorable sobre la calidad de la actuación de estas figuras, la tensión permanente que existe entre el mecanismo procesal colectivo y la garantía de defensa de todos los miembros del grupo afectado hace que el control de parte del juez se torne indispensable como primer resguardo constitucional de todo sistema*"). Ver también en esta línea GIANNINI, Leandro J. "*Legitimación en las acciones de clase*", L.L. 2006-E-916 (afirmando que "*El mero reconocimiento de una asociación en los términos del art. 57 no implica de por sí su adecuada representatividad. En cada caso podrá demostrarse la ausencia de este elemento, sin perjuicio de la presunción favorable que implica el indicado reconocimiento oficial*").

¹⁸ "ARTÍCULO 1747.- *Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta: a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados*".

¹⁹ Se destaca en este sentido la reciente creación de un Registro Público en la materia por parte de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Ello ocurrió, curiosamente, el mismo día en que la CSJN se pronunció en

por la creciente tendencia a la multiplicación y superposición de este tipo de asuntos colectivos. Quiero decir: la publicidad por sí sola no evitará, como parece sugerir la Corte, el dictado de sentencias contradictorias o la existencia de procesos superpuestos sobre un mismo objeto. A fin de sortear ese problema de fondo resulta necesario avanzar en la construcción de mecanismos procesales específicos y adecuados donde se contemple un verdadero redimensionamiento del instituto de la litispendencia.²⁰ Un instituto de evidente y fundamental importancia para el correcto ordenamiento y administración de los planteos colectivos (e individuales) que pueden suscitarse de manera paralela sobre una misma cuestión de hecho o de derecho.

“PADEC c. Swiss Medical” (21 de Agosto de 2013). Mediante el dictado de la Acordada N° 3660/13 dicho tribunal provincial 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. Una vez puesto en funcionamiento, deberán 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 será deber de los jueces intervinientes comunicar la información necesaria para ello (art. 3). También se tomará nota de los procesos colectivos que tramiten en extraña jurisdicción y sean voluntariamente informados por los jueces pertinentes (art. 6). El Registro será público y accesible desde el sitio web de la SCBA, y la información allí contenida podrá ser libremente consultada en forma gratuita (art. 9). El Registro también proporcionará informes a pedido de ciertos sujetos determinados en la propia normativa (arts. 10 y 11).

²⁰ Ver en general GIDI, Antonio *“Coisa julgada e litispendência em ações coletivas”*, Ed. Saraiva, Sao Paulo, 1995. Más recientemente, PELLEGRINI GRINOVER, Ada *“Derecho procesal colectivo”*, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2006-2 (destacando que *“los conceptos de conexidad, continencia y litispendencia son extremadamente rígidos en el proceso individual, colocando trabas al reconocimiento de las relaciones entre procesos, de modo de dificultar la acumulación o la extinción”*).