

Por una necesaria y urgente reforma que permita una tutela judicial adecuada de usuarios y consumidores

Francisco Verbic [∂] •

I. Introducción. Contexto social y dimensión subjetiva

El derecho el consumidor nació como consecuencia del progreso científico y tecnológico que se tradujo, a su turno, en la expansión de la sociedad industrial moderna y del capitalismo financiero a todos los confines del planeta. Ello, por supuesto, trajo consigo diversas ventajas pero también sus vicios, riesgos y problemas. Puede afirmarse que se trata de un fenómeno relativamente reciente, surgido en Argentina para atender las nuevas demandas sociales que aparecieron con esa coyuntura y, así, propender a la protección de un sector de la población al cual la CSJN ha calificado como *“tradicionalmente postergado”* y *“débilmente protegido”*.¹ En este sentido, es fundamental tener presente que se trata de un sector conformado por personas que padecen una fuerte desigualdad estructural de poder y de acceso a información frente a los proveedores de bienes y servicios con quienes interactúan cotidianamente.² Proveedores que incurren en generalizados y sistemáticos abusos de su posición dominante –

[∂] Profesor de Derecho Procesal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Secretario Académico de la Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP y Profesor en dicha carrera de la asignatura *“Litigios Complejos, Procesos Colectivos y Acciones de Clase”*. Profesor de la asignatura *“Procesos con Multiplicidad de Partes y Pretensiones”* en la Especialización en Derecho Procesal de la USAL y del curso *“Introducción a la Tutela Colectiva de Derechos”* en el Centro de Justicia y Derechos Humanos “Eduardo Luis Duhalde” de la UNLa. Miembro Ordinario y Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Miembro Ordinario de la Asociación Internacional de Derecho Procesal (IAPL) y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP).

• Agradezco la inestimable asistencia en investigación prestada por Agustín Baldovinos (UNLP), Caren Kalafatich (UNL) y Paula Lico (UNLP).

¹ CSJN en *“Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”*, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111.

² Ver en este sentido, entre muchos otros, BERSTEN, Horacio L. *“La tutela de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios y consumidores en Río Negro”*, LLPatagonia 2006-433 (señalando que *“La premisa central en que se asientan los arts. 42 y 43 C.N. así como toda la legislación de consumo, consiste en intentar equilibrar la situación de desigualdad en que se encuentran los usuarios y consumidores dentro de la relación de consumo”*); RUSCONI, Dante *“Nociones fundamentales”*, Capítulo IV de la obra coordinada por el mismo autor *“Manual de Derecho del Consumidor”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 115 y ss, en especial pp. 167-168 (sosteniendo que *“La vulnerabilidad y actuación no profesional son las notas distintivas que justifican la tutela diferenciada”*).

en muchos casos oligopólica- para obtener el mayor lucro posible en cada transacción, aun a costa de la afectación de los derechos de ese sector.³

Es por demás evidente que vivimos en una comunidad masificada y altamente informatizada, donde rara vez podemos negociar los términos de contrato alguno. La sociedad cambió mucho en las últimas décadas, y con ello cambiaron los conflictos que debe enfrentar el sistema de administración de justicia. El fenómeno se ha recrudecido en los últimos años debido al enorme aumento del nivel de consumo registrado en nuestro país, lo cual -a su vez- es fruto de diversas políticas públicas orientadas a incentivarlo.⁴ Todo esto ha puesto en jaque las estructuras tradicionales del derecho procesal, obligando a juristas y políticos a repensar los sistemas procesales vigentes con el objetivo de diagramar e implementar tutelas diferenciadas que permitan enfrentar adecuadamente la problemática (en especial, los conflictos que se desprenden de la vulneración masiva y homogénea de tales derechos).⁵

³ Algunos especialistas en la materia encuentran los prolegómenos éticos y de principio del derecho del consumidor en la reforma del Código Civil sucedida en el año 1968 por medio de la Ley N° 17.711, lo cual derivó en la sanción de una ley específica en la materia en el año 1993. Me refiero a la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, de orden público y aplicable en todo el territorio nacional (ver RUSCONI, Dante *"Fuentes legales de la protección del consumidor"*, Capítulo II de la obra coordinada por el mismo autor *"Manual de Derecho del Consumidor"*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 31 y ss, en especial pp. 49-57).

⁴ El aumento del consumo interno per cápita, se analiza desde el incremento del Producto Bruto Interno a precios constantes, que se expandió a un ritmo promedio anual de 2,0% entre 1991 y 2002, mientras que creció un 7,2% promedio entre 2003 y 2012 (http://www.indec.gov.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=4&id_tema_2=27&id_tema_3=44, última visita 30/05/2015). Acompañando los datos anteriores, encontramos que la Universidad Torcuato Di Tella elabora un Índice de Confianza del Consumidor (ICC) para la Argentina, que consiste en el estudio periódico de las percepciones de los individuos sobre el estado de la economía, la situación económica personal y las expectativas a mediano plazo (http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=2573&id_item_menu=4985, última visita 30/05/2015). Ahora bien, en lo relativo al comercio de productos de origen electrónico, Argentina muestra un acelerado crecimiento del mismo. De acuerdo a los datos aportados por la Cámara Argentina de Comercio Electrónico, el país reporta en el año 2014 un crecimiento del 61,7% anual (este crecimiento representa a su vez 40.100 millones de pesos de ganancias para las empresas). Asimismo, y considerando otras estimaciones de la misma fuente, tenemos que el 75% de la población es usuaria de Internet en Argentina, y el 49% de usuarios realizan compras de productos online. Otro dato de relevancia es el promedio anual por comprador, que en el año 2014 llegó a \$2.864 marcando un claro aumento de consumo con respecto al año 2013, cuando las estadísticas aportadas llegaban a la suma de \$2.000, lo cual representa un crecimiento de un 43% de un año al siguiente (<http://www.cace.org.ar/estadisticas/>, última visita 30/05/2015).

⁵ Sobre la noción "tutela procesal diferenciada" se alude a un mecanismo de debate autónomo, de cierta complejidad, empleado a fin de promover una pretensión principal, y que se aparta notoriamente en varios aspectos del proceso tradicional (conf. BERIZONCE,

Tomando como premisa el señalado contexto social y las particulares características del grupo involucrado en este campo del derecho, el trabajo comienza con un breve análisis del estado actual de la tutela judicial individual y colectiva de consumidores y usuarios desde el punto de vista constitucional y legal en la República Argentina. A tal efecto abordaré la situación del tema en los Estados locales (provincias y CABA) y en el orden nacional, aunque por razones de espacio los principales desarrollos se enfocan sobre este último (apartado II). Una vez determinado el contexto normativo de la cuestión en análisis, me referiré específicamente a los trancos intentos de reforma en el campo de la tutela colectiva de los derechos del sector. Para ello pasaré revista a diversos proyectos legislativos que no han logrado avanzar y dedicaré especial atención a lo sucedido con el anteproyecto de Código Civil y Comercial, el cual preveía importantes normas en la materia que nunca llegaron a discutirse en el Congreso (apartado III). A continuación desarrollaré algunas de las graves consecuencias que se derivan de la falta de regulación procesal en este campo del derecho (apartado IV), para ensayar a partir de allí una hipótesis bien concreta sobre lo que entiendo son las verdaderas razones por las cuales todavía carecemos de una ley de procesos colectivos de consumo a pesar de la plena operatividad de los derechos y garantías establecidos en los arts. 42 y 43 de la CN (apartado V).

Concluidos estos desarrollos sobre el estado de situación en la materia, dedico el apartado VI a plantear algunos posibles estándares y lineamientos para tener en cuenta de cara a la futura reforma que se reclama en este campo, mientras que el apartado VII se ocupa de recapitular algunas de las ideas presentadas y postular, a modo de cierre, la necesidad de discutir con todas las cartas arriba de la mesa para lograr los consensos necesarios a fin de avanzar con una urgente reforma procesal en materia de tutela colectiva que permita: (i) el acceso de estos conflictos al sistema de administración de justicia; (ii) una resolución eficaz, eficiente y económica de los mismos.

II. Contexto normativo (constitucional y legal)

Las últimas reformas constitucionales no fueron ajenas a la forma en que evolucionó la sociedad y su relación con el mercado de bienes y servicios. El relevamiento efectuado sobre el tema a los fines de este trabajo demuestra que, desde la vuelta a la democracia en el año 1983, 19 de las 24 cartas fundamentales locales incorporaron en sus textos -con diverso alcance y terminología- numerosos derechos y garantías de usuarios y consumidores.⁶ Ello se suma a lo ocurrido en el orden federal con la reforma del año 1994, la cual incorporó al núcleo duro de nuestro ordenamiento jurídico diversos derechos sustantivos (individuales y colectivos) de este sector de la población, así como también garantías procesales específicas y plenamente operativas para propender a su tutela.⁷

Es bien sabido que el contenido de los textos constitucionales opera en nuestro sistema jurídico como un claro condicionamiento sobre el legislador, imponiéndole el deber de regular las garantías judiciales necesarias que permitan a los ciudadanos defender los derechos allí reconocidos. Esta elemental premisa aplica tanto a nivel local como federal y ha sido claramente sostenida por la CSJN, cuanto menos desde “Siri” en adelante.⁸ Además, se complementa especialmente desde el año 1994 con lo establecido en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con la interpretación que de tales previsiones ha realizado la Corte Interamericana en ejercicio del control de convencionalidad.⁹ Partiendo de estas premisas, resulta claro que la

⁶ Buenos Aires, art. 38; Salta, art. 31; La Rioja, arts. 51 y 60; Entre Ríos, arts. 30 y 56; Tucumán, art. 42; Formosa, art. 74; Jujuy, art. 73; Chaco, arts. 19, 46 y 47; Chubut, art. 33; Catamarca, art. 57; San Juan, art. 69; Corrientes, art. 48; Neuquén, art. 55, Misiones, art. 60; Córdoba, art. 19; Río Negro, art. 30; Santiago del Estero, arts. 36 y 59; Tierra del Fuego, art. 22, Ciudad de Buenos Aires, arts. 14 y 46. Carecen de previsiones en la materia las constituciones de San Luis, Mendoza, Santa Cruz, Santa Fe y La Pampa.

⁷ Arts. 42, 43, 86 y 75 inc. 22° de la CN. El art. 42 prevé tanto derechos sustantivos como adjetivos. Entre los primeros, protección de la salud, seguridad e intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno. Entre los segundos, establece que las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Asimismo, determina que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”.

⁸ CSJN en “Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, Fallos 239:459.

⁹ Sobre el alcance, características y desarrollo en nuestro país del control de convencionalidad, me remito a VERBIC, Francisco “Control de Convencionalidad en el

regulación legislativa de tales garantías no es una opción política sino un verdadero compromiso frente al rango constitucional del derecho a una tutela judicial efectiva y del deber genérico de aseguramiento positivo establecido en el art. 75 inc. 23° de la CN.¹⁰ A pesar de ello, el legislador ha hecho muy poco para reglamentar métodos adecuados de debate que permitan a usuarios y consumidores ejercer de modo eficiente sus derechos en sede judicial, tanto en clave individual como colectiva.

El relevamiento efectuado a los fines de este trabajo arroja como resultado que ninguno de los estados locales que componen la República Argentina cuenta con un proceso judicial especial para la tutela de usuarios y consumidores. En efecto, si bien existen algunas leyes que contienen ciertas normas procesales en la materia, se trata en todos los casos –en mayor o menor medida- de previsiones aisladas y carentes de sistematicidad que no han logrado desarrollar una tutela diferenciada idónea para garantizar la defensa de los derechos del sector.¹¹ En el orden nacional el

Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Principales Características y Algunos Apuntes sobre su Aplicación en el Ordenamiento Jurídico Argentino, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 2013.

¹⁰ Conf. BERIZONCE, Roberto O. *“Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas”*, RDP 2008-II, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 39. En la misma línea, trabajando sobre los principios procesales, DIAZ postula que una vez admitida la garantía constitucional *“el legislador no puede optar entre la afirmación positiva del principio general o su negación”* (DIAZ, Clemente A. *“Instituciones de Derecho Procesal. Parte General”*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968., T. I, pp. 212 y ss.). También ROJAS, siguiendo a ALEXY, se refiere a la relevancia de las normas fundamentales en materia procedimental que operan como mandato dirigido al legislador (ROJAS, Jorge A. *“¿Una tutela procesal diferenciada o la conmemoración del desamparo?”*, RDP 2008-II, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 181-182).

¹¹ En Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley N° 742) y en las Provincias de Entre Ríos (Ley N° 8.973), Mendoza (Ley N° 5.547), Tucumán (Ley N° 8.365), La Rioja (Leyes N° 8.468 y N° 8.416), Córdoba (Ley N° 10.247) y Salta (Ley N° 7.402), sólo está previsto un procedimiento administrativo autónomo para la tutela individual de los derechos de los consumidores y no hay normativa relacionada con el proceso judicial. En Formosa (Ley N° 1.480), Catamarca (Ley N° 5.069) y Neuquén (Ley N° 2.268) se regulan procedimientos administrativos autónomos y –a diferencia de las anteriores- se establecen ciertas normas aisladas para los procesos judiciales. En el caso de Catamarca también está vigente la ley sobre amparo judicial de intereses difusos y derechos colectivos N° 5.034, mientras que en Formosa encontramos la Ley N° 1.047 de defensa de intereses difusos o colectivos; ambas con aplicación a casos de consumo. En el caso de Buenos Aires (Código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios Ley N° 13.133 y Ley de amparo N° 13.928), Chaco (Ley N° 7.134), Chubut (Ley N° 5.830 y Ley de Amparo para la protección de derechos de incidencia colectiva N° 4.577), Corrientes (Leyes N° 5.902 y N° 6.181), Santa Cruz (Ley N° 2.465) y San Luis (Ley N° I-0742-2010), podemos encontrar tanto procedimientos administrativos autónomos como normas aisladas para aplicar en el marco del proceso judicial, tanto individual como colectivo. Mención aparte cabe hacer de San Juan (Leyes N° 7.087 y N° 7.714), Rio Negro (Leyes N° 2.817 N° 4.139) y Tierra del Fuego (Ley N° 962), ya que estas tres provincias han incorporado a sus respectivos códigos

escenario no es tan diferente. La Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (de orden público, sancionada en el año 1993 y modificada profundamente en el año 2008 por su similar N° 26.361) contiene ciertas normas procesales para operar en el campo de la tutela judicial individual y colectiva del sector,¹² pero claramente –al igual que sus pares locales- no establece un mecanismo de debate sistémico y adecuado para enfrentar la problemática.¹³ Tan grave es esta omisión en el campo colectivo que a comienzos del año 2009 -muy poco después de esa reforma- el Congreso de la Nación recibió de parte de la CSJN un expreso señalamiento de su mora en la materia y una fuerte exhortación para actuar al respecto.¹⁴

La respuesta del Congreso ante la profundización de los reclamos de usuarios y consumidores llegó recién en Septiembre del año 2014 con la sanción de la Ley N° 26.993, y fue tan sólo una respuesta parcial. La nueva “Justicia Nacional de las Relaciones de Consumo” establecida por esta ley

procesales normas orientadas a la tutela colectiva de derechos que aplican a controversias de consumo. En los casos de Jujuy y Santiago del Estero encontramos normas de adhesión a la Ley N° 24.240, al igual que en La Pampa (donde también está vigente una de las primeras normas en materia de tutela colectiva de derechos con aplicación a conflictos de consumo, la N° 1352. En Santa Fe no hay siquiera una adhesión a la Ley N° 24.240.

¹² Legitimación y desistimiento (art. 52); vía procesal, acreditación de mandato, deber de colaboración en materia probatoria y beneficio de justicia gratuita (art. 52); transacción colectiva, cosa juzgada colectiva y ejecución de sentencias colectivas (art. 54); beneficio de gratuidad para asociaciones en causas colectivas (art. 55). Para un análisis de la última reforma me remito a VERBIC, Francisco “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361”, RDP 2009-1. Para un desarrollo más general del tema ver VERBIC, Francisco “Procesos colectivos para la tutela del medio ambiente y de los consumidores y usuarios en la República Argentina. Relatório Nacional (Argentina)”, Civil Procedure Review, Vol.4, Special Edition, 2013, pp. 310-371.

¹³ Ver PEREIRA CAMPOS, Santiago “Desafíos de la reforma a la justicia civil”, disponible en https://www.academia.edu/12657352/DESAF%C3%82OS_DE_LA_REFORMA_A_LA_JUSTICIA_CIVIL, última visita 30/05/2015 (señalando que son pocos los procesos de reforma a la justicia civil que han sido diseñados e implementados con una visión sistémica de política pública, y que “En general han respondido o responden, la mayor parte de las veces, a esfuerzos académicos y/o políticos, sectoriales o aislados del enfoque sistémico e integral. Ello ha generado muchas dificultades de implementación que, en algunos casos fueron superadas pero, en otros, minaron las bases del cambio de paradigma necesario”).

¹⁴ CSJN en “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley 25.873 y dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 332:111 [Considerando 12° del voto de la mayoría: “Frente a esa falta de regulación (la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido), cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492)”).

creó un fuero especial conformado por ocho Juzgados de Primera Instancia y una Cámara de Apelación de seis miembros,¹⁵ limitando su competencia a pretensiones con un valor máximo de cincuenta y cinco salarios mínimos vitales y móviles.¹⁶ Con relación al proceso judicial declaró como sus principios rectores los de celeridad, intermediación, economía procesal, oralidad, gratuidad y protección para el consumidor o usuario.¹⁷ Asimismo, estableció un trámite de conocimiento abreviado, eminentemente oral, con limitaciones defensivas, probatorias y recursivas, plazos acotados y concentración de actos procesales.¹⁸ Sostengo que la respuesta fue tan sólo parcial porque el modelo propuesto (aun con interesantes innovaciones en materia de trámite respecto de las cuales habrá que estar atentos para ver cómo operan en la práctica) no se encuentra pensado para enfrentar conflictos colectivos. Como señalamos oportunamente con Piccinelli,¹⁹ ello se desprende del monto aludido como límite de competencia y de la falta de normas específicas en materia de tutela colectiva (al margen de alguna aislada previsión referida a legitimación activa, cuyo ámbito de aplicación no termina de vislumbrarse).²⁰

¹⁵ Arts. 41, 43, 44.

¹⁶ Art. 42 (al 30/05/2015, poco menos de doscientos sesenta mil pesos).

¹⁷ Art. 52.

¹⁸ Son inadmisibles las excepciones de previo y especial pronunciamiento, recusación sin causa y reconvención (art. 53 inc. "b"), y tampoco procede la presentación de alegatos (art. 53 inc. "e"); no procede la prueba de absolución de posiciones y se admiten como máximo tres testigos por parte (art. 53 inc. "c"); sólo son apelables las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias y las sentencias definitivas, excepto aquellas que ordenen el pago de sumas de dinero hasta el equivalente a cinco Salarios Mínimos, Vitales y Móviles (las que son inapelables); todos los plazos son de tres días, con excepción del de contestación de la demanda y el otorgado para la interposición fundada de la apelación y para la contestación del traslado del memorial, que son de cinco días; la audiencia debe ser señalada para dentro de los quince días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo, será pública y el procedimiento oral. La prueba será producida en la misma audiencia y, sólo en casos excepcionales, el Juez en las Relaciones de Consumo podrá fijar una nueva audiencia para producir la prueba pendiente, la que deberá celebrarse en un plazo máximo e improrrogable de treinta (30) días (art. 53 incs. "e" y "f"). El Juez dictará sentencia en el mismo acto de la audiencia, o bien emitirá en ésta el fallo correspondiente y diferirá su fundamentación para realizarla dentro del plazo de cinco días desde la fecha de celebración de aquélla (si la complejidad de la causa lo exige, podrá posponer el dictado de la sentencia para dictarla dentro del plazo mencionado).

¹⁹ Piccinelli, Ornella – Verbic, Francisco *"La tutela de consumidores y usuarios en el centro de la discusión legislativa. Análisis y algunas críticas sobre los proyectos recientemente aprobados por el Senado"*, Revista digital eDial del mes de Septiembre de 2014.

²⁰ La ausencia de previsiones en materia de procesos colectivos sólo fue advertida por uno de los legisladores (Naidenoff), quien hizo expresa referencia al fallo *"Halabi"* en su intervención. Lamentablemente, no tuvo mayor eco (ver Versión Taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación, Período 132º 13ª Reunión - 6ª Sesión especial - 3 y 4 de septiembre de 2014, fs. 160).

En el contexto social y constitucional que brevemente hemos descripto más arriba, esta falencia constituye un importante déficit en el marco de una reforma que discursivamente se presentó ante la comunidad como una política pública de justicia para mejorar la defensa de consumidores y usuarios frente a los proveedores de bienes y servicios.²¹ En este sentido, es fundamental destacar que los problemas actuales del sistema de administración de justicia en materia de defensa del consumidor no son problemas de falta de especialización. Los jueces civiles y comerciales conocen y aplican razonablemente el derecho del consumidor, especialmente en la Ciudad de Buenos Aires (territorio de aplicación de la nueva ley).²²

No quiero decir con esto que un fuero especial en la materia sea innecesario, lo que quiero decir es que hay otras cuestiones más importantes a las cuales debió darse prioridad porque los verdaderos problemas en este campo son de acceso al sistema. Son problemas que obedecen a la escasa cuantía de las pretensiones individualmente consideradas y a otras barreras de índole social y cultural que se reflejan en el desconocimiento que mucha gente tiene de sus derechos, la falta de percepción sobre su vulneración y la falta de confianza en el sistema de administración de justicia como institución capaz de brindar una respuesta adecuada a sus conflictos.²³ Frente a esta indisimulable realidad, la falta de regulación de la tutela colectiva de derechos del sector es sin duda el

²¹ Entre otras declaraciones oficiales ver la nota del 01/08/2014 titulada “*El principio rector de este proyecto es la defensa del consumidor*”, disponible en el portal oficial del Ministerio de Justicia de la Nación (<http://www.jus.gob.ar/accesoalajusticia/comunicacion/novedades/2014/08/01/defensa-del-consumidor.aspx>, última visita el 30/05/2015).

²² Cabe señalar que la norma se encuentra impugnada judicialmente por el Gobierno de la CABA, quien alega que el Estado Nacional carecía de competencias para regular sobre la materia en ese territorio.

²³ Ver la investigación de ACIJ “*Sectores populares, derechos y acceso a la justicia*”, disponible en <http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2014/06/Informe-Sectores-populares-derechos-y-acceso-a-la-justicia.pdf> [concluyendo entre otras cosas que: (i) “*La falta de información sobre la extensión del ámbito legal, y más relevante aún, sobre los derechos de las personas, es algo estructural, al menos en los sectores socioeconómicos postergados*”; (ii) “*los datos muestran que existe una brecha en el acceso a la información y un amplio desconocimiento sobre los mecanismos de resolución de problemas*”; y (iii) “*Dos tercios estuvieron de acuerdo en que los tiempos de resolución de los casos judiciales son muy lentos. A su vez, cuatro de cada cinco coincidieron en que la riqueza y el poder condicionan los resultados de los juicios –dejando a los pobres en una situación desventajosa–, y que los tribunales protegen poco o nada los derechos de los habitantes tanto en las soluciones jurídicas como no jurídicas*”].

defecto más importante de esta última reforma. Especialmente si tenemos en consideración que para entonces se cumplían veinte años de la reforma constitucional y la CSJN había ya ratificado (en Agosto de 2013) todo lo dicho en “Halabi”.²⁴

III. Proyectos truncos

¿Qué sucedió en torno a la tutela colectiva de derechos entre “Halabi” y la sanción de la Ley N° 26.993? Principalmente después del dictado de dicho precedente fueron varias las instituciones académicas que comenzaron a trabajar sobre el tema,²⁵ y numerosos los legisladores nacionales que presentaron proyectos de ley orientados a regular los procesos colectivos con carácter general, comprendiendo en su ámbito de aplicación el derecho del consumidor.²⁶ Si bien estos proyectos pueden ser pasibles de diversas críticas de índole sistémica y conceptual que aplican en mayor o menor medida a todos ellos,²⁷ es importante rescatar la intención de regular la materia de una vez por todas. El problema es que la suerte de

²⁴ CSJN en autos “PADEC c/ Swiss Medical s/ Nulidad de cláusulas contractuales”, sentencia del 21/08/13, causa P.361.XLIII (ver un análisis del fallo en Verbic, Francisco “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”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa 2013-B).

²⁵ En este sentido se destacan el Anteproyecto elaborado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal (disponible acá: <http://classactionsargentina.com/2013/04/10/anteproyecto-sobre-acciones-colectivas-elaborado-por-la-aadp-corr/>, última visita 30/05/2015) y el Proyecto elaborado por el Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (disponible acá: <http://www.academiadederecho.org.ar/pdfs/88.pdf>, última visita 20/05/2015).

²⁶ Entre ellos se destacan: (i) En la Cámara de Diputados, Exptes. N° 826/15 (reproduce 538/13); N° 1045/14; N° 2748/12; N° 5996/10; N° 2540/11; N° 4033/11; y N° 4055/2011; (ii) En la Cámara de Senadores, Exptes. N° 3472/14; N° 1909/14; 66/13 (reproduce el N° 18/11, que a su vez reproduce el N° 1786/09); N° 1045/11; N° 204/11; y N° 3396/1.

²⁷ Entre ellas se destacan: (i) la automática imitación del mecanismo federal de acciones de clase estadounidense; (ii) la sorprendente falta de consideración de numerosos antecedentes jurisprudenciales, doctrinarios y legislativos en la materia; (iii) la insistencia en varios casos de acudir al amparo como vía procesal para discutir sobre conflictos colectivos; y (iv) la defectuosa o nula regulación de una instancia de admisibilidad o certificación de la acción colectiva, el requisito de la representatividad adecuada y los mecanismos de liquidación y ejecución de sentencias. Los proyectos presentados hasta el año 2011 son analizados en detalle en VERBIC, Francisco “Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva de derechos en la República Argentina”, Revista de Processo, v. 38, n. 216, p. 335–359, Sao Paulo, fev., 2013. Los que se presentaron posteriormente poco innovaron al respecto (algunos, de hecho, son reiteraciones textuales de los analizados en dicho trabajo).

tales iniciativas fue siempre la misma: ninguna llegó siquiera a discutirse en el recinto.

Además de los proyectos específicos sobre el tema, debemos tener presente que el anteproyecto de Código Civil y Comercial redactado por la comisión especial designada por Decreto PEN N° 191/2011 contenía distintas previsiones de importancia en materia de tutela judicial colectiva de derechos (especialmente me refiero a los artículos 1745 a 1748). En primer lugar, se contemplaban allí ciertos principios en materia de daños colectivos e individuales homogéneos y se regulaban los sujetos legitimados para proceder a su reclamo, tomando para ello el artículo 43 de la CN como piso y procediendo a la incorporación de diversos sujetos no contemplados en dicha norma constitucional.²⁸ En segundo lugar, se establecían los requisitos de admisibilidad de la tutela colectiva tendiente a obtener la reparación del daño, entre los que se destacaba el análisis de la representatividad adecuada (respecto del cual, además, se fijaban estándares para su interpretación y administración por parte de los tribunales).²⁹ Finalmente, el anteproyecto regulaba el alcance de la cosa juzgada en el marco de estos procesos y traía previsiones relativas a la modalidad de ejecución de sentencias allí dictadas.³⁰

La iniciativa era sumamente interesante y relevante, ya que hubiera significado establecer un marco de actuación en la materia aplicable a todo el territorio nacional. Sin embargo, estos cuatro artículos fueron eliminados por el PEN y nunca llegaron a discutirse en el Congreso. ¿Cuáles fueron los motivos que llevaron a tal eliminación? Si bien en la página oficial de la iniciativa se detallaron y fundaron todas las modificaciones efectuadas por el PEN a la versión original del anteproyecto, no surge de allí ninguna explicación ni argumento de por qué se procedió en tal sentido respecto a estas cuestiones en particular.³¹ No obstante, encontramos algo al respecto en la versión taquigráfica de la sesión de la Comisión Bicameral del 21 de

²⁸ Arts. 1745 y 1746.

²⁹ Art. 1747.

³⁰ Art. 1748.

³¹ Simplemente se señala en el apartado VII del documento que *“Esta Sección del Anteproyecto fue suprimida por el Poder Ejecutivo Nacional, y se volvió a numerar los correspondientes a las Secciones anteriores”* (ver documento completo en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/7-Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-P.E.N..pdf>, última visita el 30/05/2015).

Agosto de 2012, donde el Ministro de Justicia de la Nación se expidió sobre el tema concluyendo que *“Por el Código Iberoamericano, por la remisión que hace la Corte de la norma 23 de la Ley de Procedimiento de los Estados Unidos, por la afectación al federalismo que pueda significar legislarlas en el Código Civil, es que se ha sugerido que estos artículos no estén en el Código Civil y sí sean parte de las normas de procedimientos provinciales o federales”*.³²

Parece bastante claro que estos argumentos no son atendibles en lo absoluto. Para empezar, el nuevo Código Civil y Comercial cuenta con numerosas (numerosísimas) previsiones de índole procesal,³³ lo cual demuestra que el argumento del respeto al federalismo es una falacia. Si verdaderamente se tratara de una cuestión de federalismo, ninguna de estas normas debería haber formado parte del Código. Máxime cuando, además, tenemos plenamente vigente otra norma dictada por el Congreso de la Nación en la materia que nos ocupa (la Ley N° 24.240) que contiene previsiones procesales en materia de tutela colectiva y cuya constitucionalidad ha sido sostenida de manera implícita (pero sistemática) por la CSJN y otros tribunales del país mediante su aplicación en numerosos casos.³⁴ A esto cabe agregar que es doctrina de nuestra CSJN que el Congreso de la Nación tiene competencia para regular cuestiones procesales cuando éstas fueran indispensables para garantizar la vigencia

³² Versión taquigráfica de la sesión de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, 21 de Agosto de 2012 (disponible en <http://ccycn.congreso.gob.ar/versiones/buenosaires/2012-21-08.html>, última visita el 30/05/2015). Más sobre el tema en VERBIC, Francisco *“Derechos de incidencia colectiva y tutela colectiva de derechos en el código civil y comercial para la República Argentina”*, Capítulo del libro *“Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Aspectos Relevantes. Análisis Doctrinario”*, Ed. ERREPAR, Buenos Aires, 2015, pp. 339 y ss. Ver también GIANNINI, Leandro J. *“La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos en la argentina (marchas y contramarchas del proyecto de código civil y comercial)”*, RDP 2013-1.

³³ Sirvan como ejemplo de esto el art. 1735, que se refiere al poder del juez para distribuir la carga de la prueba y establece su obligación de comunicarlo a las partes, el art. 1821, referido a las defensas que pueden oponer el deudor en un juicio, y el art. 1905, que dispone sobre los contenidos que debe tener la sentencia declarativa de prescripción adquisitiva.

³⁴ Luego de *“Halabi”*, y además del ya citado *“PADEC c. Swiss Medical”*, ver entre otros *“Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Comunicaciones Personales S.A.”*, sentencia del 06/03/14, causa U.2.XLV; *“Consumidores Financieros c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”*, causa C.1074.XLVI y *“Consumidores Financieros c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”*, causa C.519.XLVIII, ambas sentencias del 24/06/14; *“Unión de Consumidores de Argentina c. CTI PCS S.A. s/ Sumarísimo”*, sentencia del 15/07/14, causa U.24.XLVI.

de los derechos sustanciales involucrados (de hecho, el Código Civil histórico ya contaba con numerosas previsiones procesales en su articulado).³⁵ Por lo demás, el señalamiento dogmático de la existencia de un Código Modelo de Procesos Colectivos a nivel latinoamericano y de las referencias efectuadas por la CSJN al sistema federal estadounidense de acciones de clase no pueden considerarse, es claro, como argumento alguno para explicar el porqué de las modificaciones efectuadas al anteproyecto.

IV. Algunas de las consecuencias de la falta de regulación

La ausencia de regulación en este campo del derecho procesal hace que todavía estemos intentando resolver conflictos de enormes proporciones y de gran impacto económico, social y hasta político mediante el uso de un medio (el proceso tradicional) que fue pensado para atender los problemas de otra época.³⁶ Además de provocar una tutela ineficaz e ineficiente de un sector vulnerable de la población, esto genera una gran inseguridad jurídica que concurre contra el planteo prolijo y ordenado de las pretensiones colectivas en este campo y que, además, ha demostrado ser caldo de cultivo para serios abusos que deslegitimaron el mecanismo frente a la sociedad y frente a muchos de los propios operadores del sistema de administración de justicia.³⁷

En otro orden, la inexistencia de una regulación sobre la temática dificulta su abordaje y sistematización, provocando que hasta el día de hoy

³⁵ Desde la causa “Correa c/ Barros” (CSJN, Fallos 136:154) y hasta la actualidad. Ver al respecto el clásico trabajo de MERCADER, Amílcar “Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento”, Ed. Jurídica Argentina, Bs. As., 1939.

³⁶ Ver OTEIZA, Eduardo “Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina”, capítulo del libro BERIZONCE, Roberto O. – HITTERS, Juan C. (Coordinadores) “De la tutela judicial interna a la tutela judicial interamericana”, Librería Editora Platense, La Plata, 2010, p. 353 y ss. (sosteniendo que “el modelo de proceso civil latinoamericano se sustenta en la idea codificadora pero se mantiene leal al modelo romano canónico al seguir las leyes de enjuiciamiento españolas del ochocientos (...) El modelo estaba diseñado para regular los conflictos entre partes individuales y preservar un papel pasivo del juez”).

³⁷ La mejor muestra de esto son los numerosos acuerdos transaccionales colectivos írritos que fueron suscriptos entre organizaciones de (supuesta) defensa del sector y proveedores de bienes y servicios [ver al respecto BENGOLEA, Adrián – VERBIC, Francisco “Acuerdos transaccionales colectivos en el derecho de consumo”, LL 2013-B-960; VERBIC, Francisco “Control judicial de acuerdos colectivos de consumo”, DPI online, Marzo 2015; “ADECUA c. Banco Privado de Inversiones S.A. s. Ordinario” (Expediente N° 19073.07), CNCom., Sala C, y “ADECUA c. Galicia Seguros S.A. y otro s/ Ordinario” (Expediente N° 33703/2008), CNCom., Sala B, ambas sentencias del 24/04/2014].

no haya adquirido el lugar que merece en los programas de estudio ni en los textos de derecho procesal con que se enseña la materia en la carrera de Abogacía de nuestras Universidades. Esto, a su turno, hace que sean muy pocos los profesionales que se dedican a litigar asuntos colectivos, lo cual concurre contra el desarrollo del sistema. Asimismo, dicha dificultad en el abordaje y sistematización del tema también repercute negativamente en la capacitación de los funcionarios del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa que se encuentran cotidianamente (cada vez con más asiduidad desde “Halabi” en adelante) ante la necesidad de enfrentar estos conflictos con herramientas pensadas para atender cuestiones individuales.

En otro orden, y aunque resulta evidente, cabe destacar que la ausencia de regulación de los procesos colectivos de consumo no sólo afecta a los profesionales del derecho sino que también repercute directamente sobre: (i) el presupuesto del Poder Judicial, al impedir que los procesos colectivos se tramiten de modo eficiente y produzcan así las enormes economías de escala que se derivan del juzgamiento concentrado de las cuestiones comunes y la consiguientes eliminación del contradictorio superfluo; y (ii) las posibilidades reales de acceso al sistema de justicia por parte de los afectados, respecto de lo cual entiendo necesario insistir con el hecho de que la escasa incidencia económica individual de las afectaciones masivas que usuarios y consumidores padecen en la actualidad (sumada a otros factores de índole cultural y social) desincentiva o bien lisa y llanamente impide a tales sujetos avanzar en su defensa en sede judicial.

Insisto con esto ya que el señalado problema es especialmente grave y delicado en los sectores de la clase de usuarios y consumidores socialmente más vulnerables y desprotegidos, lo cual es paradójico en el contexto de un proyecto de gobierno que ha diagramado e implementado numerosas políticas públicas para mejorar su nivel de vida durante los últimos 12 años. Desde la perspectiva de estos sectores a que me refiero, la carencia de instrumentos de tutela idóneos para enfrentar la vulneración masiva de sus derechos individuales homogéneos es particularmente delicada ya que hace que la redistribución del ingreso generada por el modelo económico desarrollado por este proyecto político (un modelo que ha reactivado y rescatado al país luego de la crisis económica más grande de

su historia, incentivando para ello el consumo interno)³⁸ termine fluctuando hacia donde se supone que no debe ir.

En otras palabras: ausente el mecanismo y los recursos necesarios para tutelar de modo efectivo, oportuno y eficiente los derechos del sector, gran parte de ese dinero reinsertado en las clases sociales más bajas está terminando de modo ilegítimo en los bolsillos de las empresas más importantes del mercado que operan, por ejemplo, en el campo del financiamiento de créditos para el consumo,³⁹ la telefonía celular⁴⁰ y la venta de productos alimenticios,⁴¹ entre otras.

V. Pero entonces, ¿por qué no?

En un contexto social, constitucional y jurisprudencial como el que hemos descripto brevemente hasta aquí, y teniendo en consideración las enormes ventajas que aparejaría contar con una regulación adecuada sobre el tema y con un sistema de administración y gestión judicial preparado para

³⁸ Con posterioridad a la crisis a la crisis del año 2001, y a raíz de la implementación de medidas de impulso interno por parte del Estado -sumado a un favorable contexto exterior, proveniente sobre todo del crecimiento de China y el Sudeste Asiático- el consumo privado logró duplicarse en nuestro país en los últimos diez años. Esto significó a su vez un crecimiento de más del 100% en el volumen de las ventas de los comercios, tanto mayoristas como minoristas. También en cantidad las ventas treparon por encima de la inflación medida por las provincias, que es la que usualmente toman las consultoras para elaborar sus indicadores de precios (sobre un informe del Grupo de Estudios de Economía Nacional y Popular, <http://www.telam.com.ar/notas/201403/56323-el-consumo-se-duplico-en-la-ultima-decada-las-ventas-por-encima-de-la-inflacion.html>GEENaP, última visita 30/05/2015).

³⁹ Ver el ilustrativo y profundo informe emitido sobre el tema en el año 2013 por la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos (PROCELAC) titulado "Créditos para el consumo. Análisis del fenómeno socioeconómico y su impacto en los sectores populares", disponible en http://www.fiscales.gob.ar/criminalidad-economica/wp-content/uploads/sites/3/2013/12/Procelac_-_Cr%C3%A9ditos-para-el-consumo.pdf, última visita 30/05/2015). Ver también el informe audiovisual producido por la misma repartición pública en Enero de 2015, disponible acá <https://www.fiscales.gob.ar/criminalidad-economica/creditos-para-el-consumo-cuando-el-sistema-financiero-remarca-las-desigualdades/> (última visita 30/05/2015).

⁴⁰ Líderes indiscutibles en el ranking de reclamos de usuarios a lo largo y ancho de todo el país. Sirva a modo de ejemplo del impacto masivo de prácticas ilícitas de este sector lo que sucede con los servicios conocidos como "sms Premium" (entre muchas otras noticias al respecto, ver los resultados de una reciente encuesta realizada por la UAI en http://www.clarin.com/sociedad/estafa-sms-celulares-fraude-encuesta_0_1366063536.html, última visita 30/05/2015).

⁴¹ Sobre precios abusivos, <http://www.iprofesional.com/notas/212278-Estafa-en-las-gndolas-algunos-supermercados-remarcan-el-precio-ms-del-doble->, última visita 30/05/2015; sobre engaños en el peso de los productos, <http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-271372-2015-04-25.html>, última visita 30/05/2015).

atender las pretensiones colectivas del sector,⁴² debería llamarnos poderosamente la atención tanto la falta de discusión legislativa de los proyectos de reforma sobre la materia como los “argumentos” explicitados por el PEN para eliminar del anteproyecto del nuevo Código Civil y Comercial las previsiones contenidas al respecto. A mi modo de ver, esto ocurre debido a lo difícil que resulta (por no decir imposible) ofrecer en la deliberación pública razones que justifiquen racionalmente la falta de reglamentación de la garantía constitucional de acceso a la justicia y debido proceso colectivo de consumidores y usuarios en Argentina,⁴³ especialmente a esta altura del desarrollo del tema.⁴⁴

Ante este cuadro de situación, y en el intento de ensayar alguna hipótesis plausible para entender lo que está sucediendo en este campo, me inclino por pensar que el problema no es de técnica procesal sino bien de fondo. Un problema que gira en torno a lo que esta herramienta procesal significa para la ciudadanía en términos de empoderamiento. Esto es, en términos de herramienta de control del poder. Y me refiero tanto al poder público como a los poderes fácticos del mercado.

Son bien conocidas las consecuencias implicadas en la existencia y utilización de los procesos colectivos en el campo del consumo, tanto en términos de acceso a la justicia de pretensiones individualmente no recuperables y de economía procesal (a las cuales ya nos referimos), como

⁴² Sobre las ventajas de los procesos colectivos en términos de acceso a la justicia, economía procesal, disuasión de conductas ilícitas colectivas, igualdad y participación política en el sistema democrático me remito a VERBIC, Francisco “*Procesos colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, Capítulo I. En particular respecto de la economía procesal, ver un análisis de la postura de la CSJN al respecto en VERBIC, Francisco “*Class Actions in Argentina: The need for a wider scope to embrace judicial efficiency*”, Civil Procedure Review, v.6, n.1: 95-102, jan-apr., 2015.

⁴³ Sobre cómo la CSJN ha ido delineando los contornos de esta garantía ante la ausencia de regulación por parte del Congreso de la Nación, ver VERBIC, Francisco “*La Corte Suprema Argentina y la Construcción del Derecho Constitucional a un Debido Proceso Colectivo*”, de próxima publicación en el *International Journal of Procedural Law*, Intersentia Eds.

⁴⁴ Entre la doctrina que ha problematizado sobre el tema y sistematizado los desarrollos jurisprudenciales más relevantes, ver especialmente SALGADO, José M. “*Tutela individual homogénea*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011; SALGADO, José M. (Director) “*Procesos colectivos y acciones de clase*”, Ed. Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2014; GIANNINI, Leandro “*La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007; VERBIC, Francisco “*Procesos colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007; OTEIZA, Eduardo (Coordinador) “*Procesos colectivos*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006; LORENZETTI, Ricardo L. “*Justicia colectiva*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010; MEROL, Andrea “*Procesos colectivos. Recepción y problemas*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008.

en términos de lo que aquí más me interesa destacar: disuasión de conductas ilícitas colectivas.⁴⁵ ¿Cuál es el problema con esto? Sucede que aun cuando los procesos colectivos de consumo operan principalmente como un aliado del poder público en el control de los abusos de las empresas, complementando así en gran medida el poder de policía que debe ejercer el Estado,⁴⁶ lo cierto es que –al mismo tiempo- funcionan también para asegurar el respeto del art. 42 CN y la Ley N° 24.240 en materia de servicios públicos y servicios financieros prestados por el propio Estado, desafiando en tal sentido a esa misma autoridad pública que debe propender a su regulación.⁴⁷ Tomando esto en consideración creo que es relativamente sencillo advertir cómo este tipo de procesos son mucho más que una herramienta para resolver conflictos en nuestro país y se erigen como una relevante modalidad de empoderamiento ciudadano. Y al poder, por lo general, no le gusta que lo controlen.⁴⁸ En este punto parecen converger el interés estatal y el lobby empresario. Tal vez sea por eso que todavía no tenemos una regulación adecuada en la materia.⁴⁹

VI. Estándares y lineamientos para la reforma

Habiendo analizado hasta aquí el estado de situación en torno al tema, y sobre la premisa de la plena vigencia del derecho constitucional a un

⁴⁵ No por casualidad en los Estados Unidos el actor de las acciones de clase es identificado como miembro de la categoría de “fiscales privados” (*private attorney general*). Sobre el alcance de esta noción ver RUBENSTEIN, William B. “On What a Private Attorney General is - And Why it Matters”, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, No. 6, p. 2129, November 2004.

⁴⁶ Sobre los diversos factores que limitan los alcances del poder público para controlar de modo efectivo los poderes fácticos del mercado, ver ISSACHAROFF, Samuel “*Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the U.S. Experience*”, 34 *Tex. Int'l L.J.* 135.

⁴⁷ Una explicación muy clara de este doble rol de las acciones de clase en términos de complemento y desafío de la autoridad estatal puede verse en 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).

⁴⁸ FOUCAULT, Michel “*El poder, una bestia magnífica*”, Siglo XII Editores, Buenos Aires, 2012.

⁴⁹ En términos generales al respecto, ver OTEIZA, Eduardo “*Latin America as a cultural space: Trends and tensions among Nation-States and the international community as regards reforms*”, General Report, XV World Congress of Procedural Law, Istanbul, May 2015, inédito (trabajando sobre los procesos de reforma a la justicia civil en Latinoamérica y señalando en términos generales que “*existen intereses políticos y económicos que afectan las políticas públicas en varios frentes, particularmente en lo que refiere a la justicia*”).

debido proceso colectivo en la República Argentina,⁵⁰ cabe señalar algunos estándares y directrices que pueden servir de cara al futuro como lineamientos o guía para llevar adelante la urgente y necesaria reforma procesal que actualmente se requiere para lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de usuarios y consumidores, a saber:

(i) Garantizar el efectivo acceso a la discusión y solución de conflictos colectivos de consumo en sede judicial, especialmente por involucrar un grupo social débilmente protegido y particularmente vulnerable frente a la conducta ilícita colectiva de empresas y del propio Estado.

(ii) Establecer requisitos de admisibilidad acordes con el carácter excepcional de este tipo de procesos y una temprana determinación de las reglas del juego para permitir a las partes saber si el caso tramitará en clave individual o colectiva.

(iii) Controlar y supervisar judicialmente que la representación del grupo sea adecuada y acorde con los intereses en disputa.

(iv) Respetar la autonomía y el debido proceso individual de las personas involucradas en estos conflictos, habilitándolas a participar o excluirse del proceso colectivo cuando ello sea posible.

(v) Permitir un debate amplio, público, robusto e informado sobre la controversia, que incluya el análisis del impacto económico de las decisiones a tomar y una preferencia por la discusión oral con un fuerte nivel de intermediación.

(vi) Contemplar un sistema razonable de notificaciones y mecanismos de publicidad que permitan una amplia difusión hacia los miembros del grupo y hacia la sociedad de toda información relativa al trámite de este tipo de procesos, incorporando al efecto el uso de nuevas tecnologías y –muy especialmente- la Internet

(vii) Establecer un mecanismo de cosa juzgada colectiva sistémico y compatible constitucionalmente con los reaseguros procesales que se

⁵⁰ Enraizado fundamentalmente en el art. 43 de la CN y cuyos contornos han sido ya definidos en gran medida por la CSJN a través de diversos precedentes y normas reglamentarias dictadas durante los últimos diez años. Para el análisis de tales precedentes y normas reglamentarias me remito a VERBIC, Francisco *“La Corte Suprema Argentina y la Construcción del Derecho Constitucional a un Debido Proceso Colectivo”*, de próxima publicación en *International Journal of Procedural Law*.

incorporen en la norma para cuidar el debido proceso y la autonomía individual de los miembros ausentes del grupo.

(viii) Regular mecanismos de implementación o ejecución de sentencia acordes con la complejidad e impacto de las decisiones tomadas en esta clase de procesos.

(ix) Diagramar sistemas adecuados de celebración y aprobación judicial de acuerdos transaccionales, teniendo en cuenta que son el principal medio de terminación de esta clase de procesos.

(x) Dotar al juez de fuertes poderes y responsabilidades de dirección y gestión del litigio.

(xi) Priorizar el establecimiento de normas y estándares flexibles que permitan al juez y a las partes resolver de manera eficiente y económica las diversas incidencias que pueden suscitarse en el marco del debate.

Fuera de todas estas cuestiones estrictamente relacionadas con el proceso judicial en sí mismo, cabe señalar la importancia de tener en cuenta -como componentes ineludibles del proceso de reforma- la necesidad de destinar recursos suficientes que permitan una adecuada gestión del trámite por parte de los órganos encargados de administrar el sistema.

Asimismo, habrá que prestar especial atención a:

(i) La generación de incentivos adecuados para permitir el planteo de este tipo de casos ante la justicia a fin de no construir “hermosos autos sin motor” (como ha sucedido en varios sistemas de derecho comparado).⁵¹

(ii) La revisión y optimización de mecanismos de control a fin de evitar abusos de parte de los operadores y para sancionarlos en el supuesto de ocurrir.

(iii) La capacitación de tales operadores, evaluando la conveniencia de incorporar elementos interdisciplinarios en lugar de limitarse exclusivamente a las cuestiones netamente jurídicas de la problemática.

VII. Cierre

⁵¹ La expresión es utilizada en BURBANK, Stephen B. – FARHANG, Sean – KRITZER, Herbert M. “*Private Enforcement of Statutory and Administrative Law in the United States (and Other Common Law Countries)*”, in PROCEDURAL JUSTICE, pp. 197-318 (Peter Gottwald & Burkhard Hess, eds. 2014).

Si el proceso individual tradicional que utilizamos para enfrentar cualquier tipo de conflicto en sede judicial es sumamente criticado en la actualidad por las graves demoras, altos costos y serios problemas de acceso que lo caracterizan, la situación se torna verdaderamente delicada cuando ese proceso individual involucra a un usuario o consumidor debido a las razones de desigualdad estructural que brevemente apuntamos en este trabajo. Y el problema es todavía más grave cuando la afectación es masiva y de escasa cuantía individual, puesto que en tales casos desaparece todo incentivo racional para avanzar con el reclamo en sede judicial.

Según también vimos, las constituciones locales y la CN contienen buenas declaraciones políticas sobre el tema, tanto en términos de derechos sustantivos del sector como en lo que respecta a sus garantías. Derechos que además han sido reafirmados en su operatividad por numerosa jurisprudencia de la CSJN y otros tribunales inferiores. Sin embargo, es muy poco lo que se ha hecho para regular esas garantías en forma adecuada a fin de permitir una tutela judicial efectiva, eficiente y oportuna de tales derechos sustantivos en el escenario cotidiano.

Han existido algunos avances en el campo de la tutela individual, es cierto. Pero el problema crítico de hoy es la tutela colectiva del sector ante prácticas ilícitas masivas que son diagramadas y pensadas, justamente, para generar afectaciones individuales de escasa cuantía que producen al mismo tiempo enormes ganancias y aseguran un alto grado de impunidad debido a la señalada falta de incentivos para avanzar individualmente con el reclamo en sede judicial. Entonces, una vez más: el principal problema en este campo del derecho es de acceso al sistema de justicia. Es un problema de indefensión. Y es grave, muy grave en la actualidad.

Si realmente nos tomamos en serio los arts. 42 y 43 de la CN y queremos solucionarlo, entiendo que debemos comenzar por darnos una discusión franca y seria que -más allá de las cuestiones de técnica procesal, relativamente sencillas de resolver- tome como punto de partida la explicitación y ponderación de todos los intereses involucrados en torno a la litigación y resolución de los conflictos colectivos de consumo en sede judicial, y se enfoque en las importantes ventajas que apareja su utilización en términos de acceso, economía procesal, disuasión de conductas ilícitas

colectivas, igualdad de tratamiento y participación de la sociedad civil en el control de la cosa pública y los poderes fácticos del mercado.

En definitiva, debemos discutir primero sobre qué línea de política pública se quiere seguir para implementar la garantía constitucional de acceso colectivo a la justicia en este campo (con todo lo que ello implica, especialmente en términos de intereses afectados directa o indirectamente), y sólo después avanzar sobre las cuestiones de técnica procesal que, insisto, son relativamente sencillas de resolver en la medida que estemos de acuerdo sobre qué tipo de proceso colectivo de consumo queremos y para qué lo queremos.