

## La publicidad en las acciones colectivas

*Por Esteban Román Mariño*

### 1) Introducción:

A partir del dictado del precedente "*Halabi, Ernesto c/ P.E.N*" (del 24.2.09), en el cual la Corte Suprema de Justicia encomendó a los jueces de primera instancia la adopción de distintas medidas de trámite para la prosecución de las causas en las cuales se discutan derechos de incidencia colectiva por asociaciones de consumidores, ha devenido una amplia y diversa cantidad de pronunciamientos por los Juzgados Comerciales de la Capital Federal que, de ordinario, son los encargados de tramitarlas.-

Recordemos que el Máximo Tribunal estableció, en los casos "*Mendoza Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios*" (del 20.6.06) y "*Halabi Ernesto c/ P.E.N s/ amparo*" (del 29.2.09), tres clases de derechos: 1) los derechos individuales, 2) los de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, es decir, indivisibles y 3) los derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos o divisibles.-

En el caso "*Mendoza*" la Corte se ocupó de los derechos colectivos difusos o indivisibles (es decir, los mencionados en el punto 2), mientras que en el caso "*Halabi*" habilitó la tutela individual homogénea de aquellos derechos divisibles, que podrían ser objeto de reclamo individual, pero que por diferentes razones (relacionadas con el hecho común que generó el daño, su menor cuantía y la inconveniencia del reclamo individual), pueden ser reclamados por las vías previstas en el artículo 42 de la Constitución Nacional y sus leyes reglamentarias 24.240 y 26.361.-

En concreto, el Tribunal Supremo mencionó que, así como los recordados precedentes "*Siri*" y "*Kot*" se dedicaron a regular el ejercicio de la acción de amparo para supuestos de afectación de derechos individuales por el estado o por los particulares -respectivamente-, en estos casos se describieron los presupuestos y requisitos para la reclamación de derechos difusos indivisibles sobre bienes de incidencia colectiva, o los relativos a las pretensiones que involucren derechos individuales homogéneos.-

Con respecto a estos últimos, el precedente "*Halabi*" cita la causa "*Mendoza*" en cuanto descartó los reclamos particulares o divisibles, y aclaró que lo indivisible es el hecho generador del daño, no el interés de cada ciudadano afectado, pues, en ese supuesto, no existe la "*homogeneidad*" requerida, que parte de la denominada "*causa fáctica homogénea*", que es aquello que hace razonable la realización de un solo juicio para todo los casos, salvo en lo referente a la prueba del daño.-

En síntesis: en el caso "*Mendoza*" la Corte Nacional se ciñó a remarcar que la acción colectiva debe derivar de un hecho único y de una pretensión indivisible, precisando que el derecho colectivo no es la atribución grupal de uno o varios derechos individuales. En "*Halabi*", en cambio, abundó más sobre los requisitos de la acción colectiva de derechos divisibles.-

Puntualmente, en el considerando 13 resaltó los requisitos sustanciales de la pretensión colectiva de derechos individuales homogéneos, a saber: 1) que se verifique una "*causa fáctica común*"; 2) que la pretensión se encuentra "*enfocada en el aspecto colectivo*" y 3) que el ejercicio individual de la acción no aparezca "*plenamente injustificado*" dada su menor cuantía u otras circunstancias del caso.-

Pero lo que interesa en este trabajo, se encuentra regulado en el considerando 14, en el cual menciona a los requisitos procesales de esta clase de acciones, esto es: 1) que el peticionante ejerza una "*adecuada representación de toda las personas a quienes extenderá la sentencia*" lo cual se relaciona con la eficacia de dicha decisión y 2) que se regule el "*derecho de exclusión o de salida*". Concretamente, porque la resolución será oponible a toda la clase, presentes o ausentes, pero siempre que "*sus derechos hubieren sido defendidos de modo tal que ellos mismos no podrían haberlo hecho mejor de haberse presentado*" 3) que exista una "*adecuada publicidad al inicio del proceso*" y 4) que se configure una "*correcta identificación de la clase o grupo afectado*" mediante la notificación de todas las personas que puedan tener interés en particular (v. considerando 20 cit. del precedente "*Halabi*").-

El problema, entonces, finca en la cuestión atinente a la forma, oportunidad y costo de efectuar la notificación pertinente a los usuarios pues, mediante esta, aquéllos pueden ejercer su derecho de exclusión, controlar a su representante *auto designado*, ser identificados y conocer la existencia del pleito.-

Como vemos aquí, la debida publicidad se relaciona con el ejercicio y cumplimiento de todos los aspecto procesales de la acción del clase. Es el mecanismo esencial para hacerlos efectivos en el proceso. Por ello, la propia Corte Suprema señaló que, en el futuro, era dable extremar las medidas para asegurar su cumplimiento e indicó que la publicidad y la correcta identificación de la clase, se relacionaban derechamente con los efectos de la sentencia. En ese marco, concluyó en que la notificación de la clase debe ser más rigurosa en las demandas de derechos individuales homogéneos o divisibles, en relación con los juicios de intereses difusos en los cuales se afectan derechos o bienes de incidencia colectiva o indivisibles, como también todo lo referido a la ponderación de la representación adecuada. Por lo tanto, instruyó a los tribunales inferiores para que, en lo sucesivo, se de cumplimiento de estos requisitos al comienzo del litigio y encomendó la notificación del proceso al juez de primera instancia, a fin de que "*adopte los medios para certificar la clase, evaluando la debida representación, la notificación y el derecho de exclusión*" (v. considerando 20 cit. del precedente "*Halabi*").-

Cabe señalar, por último, que esta solución ha sido reciente ratificada y reforzada por el máximo Tribunal, en el considerando 16 del precedente dictado el 21.8.13, en autos "*Padec c/ Swiss Medical SA. s/ nulidad de cláusulas contractuales*" (v. consid. 16).-

En el ínterin y como se adelantó, se han venido resolviendo distintas controversias sobre la publicidad, tanto en lo referido a su oportunidad, como a su forma o instrumentación y costo, todo lo cual hace al núcleo de este trabajo.-

## **2) La oportunidad de la publicidad:**

La Corte Suprema en los precedentes "*Halabi*" y "*Padec c/Swis Medical S.A*" indicó que el

momento procesal oportuno para cumplimentar los requisitos procesales de referencia -entre ellos, la publicidad- era al inicio del proceso o, como en el último antecedente citado, al resolverse las excepciones previas y con independencia de la forma o tipo de proceso adoptado (v. considerando 14 y 16).-

La cuestión en la instancia de trámite, empero, no es tan lineal ni puede prescindirse absolutamente del marco procedimental. Esto, pues la determinación de la clase y del objeto del juicio –que son antecedentes necesarios del derecho de exclusión y de la debida publicidad- se realizan, normalmente, al resolverse las excepciones previas y no antes, lo cual torna determinante el tipo de proceso adoptado y la consiguiente imposibilidad de resolver excepciones previas, si se elige el trámite sumarísimo.-

Sobre este aspecto, han sido distintas las posturas adoptadas por los juzgados de primera instancia comerciales, tanto en lo que respecta al tipo de proceso elegido, como a la oportunidad de la publicidad.-

En cuanto a lo primero, existen precedentes en el sentido de tramitar este tipo de litigios por la vía sumarísima, con la consiguiente imposibilidad de decidir excepciones previas[i] . Otros, en cambio y pese a adoptar ese tipo de proceso, han decidido resolver excepciones previas en desmedro de la prohibición del artículo 498:2 del Código Procesal [ii].-

Con el tiempo, sin embargo, se impone una tendencia orientada a la ordinarización del proceso, tanto por pedido de la parte demandada en oportunidad de contestar la demanda y oponer excepciones previas [iii], como de oficio y con fundamento en la facultad que acuerda al juzgador el artículo 53 LCD, en orden a la complejidad de la pretensión inicial. [iv]

Sin embargo, esa aparente unicidad actual de criterio en cuanto al proceso que debe adoptarse, no ha zanjado toda discusión relativa al momento de la publicidad.-

Nótese que, pese a lo dispuesto por la C.S.J.N en los precedentes citados, existen tribunales que, por haber entrado los autos a sentencia en un proceso tramitado sin publicidad [v], o bien porque lo consideran más idóneo en orden a la mayor información que exista para los consumidores luego de un proceso ya tramitado, decidieron efectuar la publicidad bajo estudio recién en el momento en que los autos están en condiciones de dictar sentencia o acuerdo homologatorio con similares efectos [vi], así como otros que, ante similares acuerdos, no ordenan publicaciones previo a la homologación. [vii]

Por último, median antecedentes de juzgados comerciales que han ordenado la publicidad de la acción al inicio del proceso y aún antes de examinar las excepciones previas o tomar la audiencia prevista por el artículo 360 del Código Procesal, aunque limitada a un oficio dirigido a la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y al Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores [viii].-

### **3) La forma de la publicidad y su costo.-**

Este tema también arroja soluciones divergentes.-

Si bien entre quienes deciden dar a conocer los procesos de incidencia colectiva en trámite, existe cierta unicidad en cuanto a que los edictos son la forma básica de notificación a los consumidores, la solución relativa a su cantidad, publicidad complementaria y costo, no tiene la misma homogeneidad.-

En efecto: algunos juzgados han decidido una publicación edictal por un plazo determinado y en medios de alta difusión específicos, con más notificaciones personales a cargo de la demandada a practicarse en los resúmenes de cuenta o comunicaciones habituales que estos envíen a sus clientes, sin perjuicio de los oficios dirigidos a la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y al Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores [ix].-

Otros, en cambio, han considerado cumplido el deber de publicidad con la sola publicación en el Boletín Oficial y los oficios a la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y al mencionado Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores [x].-

Por último, existen juzgados que han decidido que la publicidad se realice por medio de edictos, pero a propuesta de la parte actora, a cuyo cargo imponen la publicación por su deber de instar el proceso [xi].-

Lógicamente, este tema trae aparejado el inconveniente relativo a su costo, como al alcance y extensión del beneficio de gratuidad previsto por el artículo 55 LDC, pues quien cuente con él de manera provisoria o definitiva podría considerarse eximido de abonar la publicidad.-

Pero en este punto también existe discrepancia: mientras algunos tribunales entienden que aquél sólo exime del pago de la tasa de justicia [xii], otros interpretan que es comprensivo de todas las costas y gastos del proceso, como un beneficio de litigar sin gastos común [xiii].-

Sobre el particular, es de resaltar que más específicamente sobre el tema del costo de la publicidad, se ha dicho que éste no se encontraría englobado dentro del beneficio de gratuidad previsto por la norma de referencia pues, aunque se realice una interpretación amplia de dicho instituto, aquél se refiere siempre a los gastos del proceso. Por el contrario, la publicidad de la acción de consumo no sólo es necesaria para anotar a los consumidores, sino también para convalidar la auto-representación de la asociación demandante en este tipo de acciones, por lo que hace a su representación en tanto viene a sustituir al mandato convencional por acuerdo de partes. Por lo tanto, en la medida en que dichos gastos, de ordinario, no integran las costas del litigio sino que son prejudiciales, siempre deben cargarse al accionante, con independencia de que ostente beneficio de gratuidad o de litigar sin gastos [xiv]

#### **4) Conclusiones.-**

Cualquiera que sea la vía procesal que adopte el litigio, pareciera que, para ser más efectiva, debiera ser realizada al trabarse la litis, pues se desconoce en esa instancia si existirá acuerdo homologado o si deberá dictarse sentencia. Esto evitaría la promoción de acciones con idéntico objeto desde un inicio. De todas maneras, el derecho de exclusión normado por el artículo 54 LC.D. puede salvarse, en cada proceso, si antes de ponerse los autos en estado de dictar sentencia o de homologarse un convenio, se ordenan las publicaciones correspondientes.-

En el juicio ordinario -que amerita la resolución de excepciones previas- éste sería el momento procesal oportuno para ordenar las publicaciones, aunque no cabe descartar que pueda serlo también la audiencia prevista por el artículo 360 CPCC. En el juicio sumarísimo, en cambio, debiera ser siempre en esta audiencia en la que se ordene la publicación, salvo que el juez adopte como criterio resolver excepciones previas en dicho trámite -como hemos visto se da en ciertos juzgados-, pero con riesgo cierto de ser revocado por la prohibición del artículo 498:2 del Código Procesal como ha ocurrido en antecedentes de alzada.-

Con respecto a la forma y carga de publicar, entendemos que la doble publicación es la más efectiva a estos efectos (edictos y resúmenes), sin perjuicio de la comunicación dirigida a la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y al Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores, mediante oficio.-

Los edictos son insustituibles por una comunicación en resúmenes de cuenta u otras notificaciones habituales del prestador, pues muchos eventuales usuarios afectados pueden no continuar con la relación jurídica que originó el pleito, pese a ser posibles afectados por lo que se decida en la causa.-

Los plazos y medios de la publicación edictal pueden variar, pero no debieran ser un obstáculo económico insalvable para quien tenga la carga de publicarlos, pues en el caso de los diarios de amplia difusión, es sabido que no proceden las publicaciones sin previo pago.-

Y sobre este último aspecto, no consideramos acertado que la parte demandada cargue con los gastos de la publicación edictal de un juicio que se ha iniciado en su contra y cuya procedencia, de ordinario, es resistida y no reconoce sentencia al momento de disponerse las aludidas comunicaciones.-

Tal concepto o gasto, en todo caso, podrá o no ser repetido en oportunidad de dictaminarse su condena en costas, según la interpretación que se adopte. Mas interpretamos que los edictos deben ser abonados por la asociación actora, aún cuando cuente con el beneficio de gratuidad establecido por el artículo 55 L.C.D. o beneficio de litigar sin gastos, pues la obligación de cargar con los gastos de tal publicación es derivada de calidad de parte actora y sobre todo de su representación auto-designada y no de la secuela regular del proceso, como se dijo en uno de los antecedentes citados.-

Ello, siempre que el costo no importe, en los hechos, un impedimento económico insalvable para poder continuar el litigio.-

Sin perjuicio de ello y dado el deber de colaboración implícito de la parte demandada en orden al debido conocimiento por parte de sus clientes sobre un litigio que puede aparejar modificaciones en su régimen contractual, cabe considerar que la accionada debe, al menos, efectuar comunicaciones en los resúmenes periódicos que remite a sus clientes actuales.-

[i]Juzgado Comercial n° 12, Secretaría n° 23 en autos "Proconsumer Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Banco Sáenz S.A. s/ sumarísimo", del 10.03.10.

[ii] Juzgado Comercial n° 18, Secretaría n° 35 en “ Unión de Usuarios y Consumidores c/ Cencosud S.A. s/ sumarísimo”, del 24.05.13; ídem Juzgado Comercial n° 23, Secretaría n° 46 en autos “Damnificados del Sistema Financiero Asociación Civil para su defensa c/ Cerrill Lynch Argentina S.A. s/ sumarísimo”, del 31.5.07.

[iii] v. Juzg. Com n° 1, Secretaría n° 1, en autos “Adecua c/ Chevrolet S.A. de Ahorro Para Fines Determinados s/ ordinario”, del 29.06.07; ídem v. Juzg. Com. n° 19, Sec. n° 37 en autos “Adecua c/ PSA Finance Argentina Cía Financiera y otro s/ ordinario”, del 25.6.09

[iv] Juzgado Comercial n° 4, Secretaría n° 8 en autos “Proconsumer c/ Corefin SA y otro c/ ordinario”, del 27 de junio de 2012; ídem Juzgado Comercial n° 8, Secretaría n° 15 en autos “Proconsumer c/ CMR Falabella SA s/ sumarísimo”, del 22 de noviembre de 201.

[v] Juzgado Comercial n° 23, Secretaría n° 46, en autos “Proconsumer c/ Plan Ovalo s/ sumarísimo”, del 26.9.12

[vi] Juzgado Comercial n° 10, Secretaría n° 19, en autos “Asociación por la defensa de usuarios y consumidores c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, del 1.9.10; ídem Juzg. Comercial n° 3, Secretaría n° 5 en autos “Adecua c/ Banco Privado de Inversiones s/ ordinario”, del 22.3.13

[vii] Juzg. Com. n° 21, Secretaría n° 41, en autos “Proconsumer c/ Banco Patagonia S.A. s/ sumarísimo”, del 10.9.08

[viii] Juzg. Comercial n° 18, Secretaría n° 35 en autos “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Cenconsud S.A. s/ sumarísimo”, del 18.2.13

[ix] Juzg. Comercial n° 3, Secretaría n° 5, en autos “Adecua c/ Banco Privado de Inversiones s/ ordinario”, del 22.3.13; ídem v. Juzgado Comercial n° 10, Secretaría n° 19, en autos “Asociación por la defensa de usuarios y consumidores c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, del 1.9.10; ídem mismo Juzg. y Sec. en “Adecua c/ Galicia Seguros S.A. s/ ordinario”, del 15.3.13.

[x] Juzg. Comercial n° 18, Secretaría n° 35 en autos “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Cenconsud S.A. s/ sumarísimo”, del 18.2.13.

[xi] Juzg. Com n° 23, Secretaria n° 46, en autos “Proconsumer c/ Plan Ovalo S.A. s/ sumarísimo”, del 26.9.12

[xii] Juzg. Com n° 9, Sec. n° 18, en autos "Proconsumer c/ General Electric Compañía Financiera SA s/ Beneficio de litigar sin gastos", del 22 de octubre de 2008

[xiii] Juzgado Comercial n° 6, Secretaría n° 12 en “Adecua c/ Hexagon Bank Argentina SA s/ beneficio de litigar sin gastos”, del 26 de junio de 2008

[xiv][xiv] Juzgado Comercial n° 23, Secretaría n° 46 en autos “Adduc c/ Galeno Argentina S.A. s/ ordinario”, del 9.9.13.

Citar: elDial DC1FBD

Publicado el: 04/09/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina