

11 de agosto de 2023

**OTRA VEZ SOBRE LOS EFECTOS COLATERALES
DE LA SOBREPOTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

*La justicia sirve para mantener el equilibrio dentro de una sociedad democrática,
donde todos somos iguales ante la ley.*

La Ley de Protección al Consumidor argentina es de 1993.

En 1994, cuando se modificó la Constitución, entre los “nuevos derechos y garantías” el artículo 43 agregó varios vinculados con la protección y defensa de los derechos de los consumidores.

Tanto el texto constitucional como el de la ley respectiva son amplios y generosos. Esa misma amplitud y generosidad han llevado a funcionarios y jueces a elaborar un cuerpo de decisiones administrativas y judiciales referidas a la cuestión que, entre otros objetivos, ha intentado evitar exageraciones, tanto de un lado como del otro.

Uno de los artículos de la Ley que ha dado lugar a algunas discrepancias en su interpretación es el referido a las llamadas “acciones de incidencia colectiva”; esto es, a aquellas demandas iniciadas por el Estado o las asociaciones de consumidores que dan lugar a beneficios no ya a un único consumidor individual, sino a todo un grupo (o “colectivo”, como se suele decir). Se las llama “acciones o demandas de clase”.

Tienen la peculiaridad de que, a diferencia de la mayoría de los pleitos, en los que una persona o entidad demanda a otra, el demandante es un grupo de personas (representadas colectivamente por algunos miembros de ese grupo o una asociación que las nuclea).

Es un tipo de pleito típicamente estadounidense, aunque varios países (incluso de derecho continental, como el nuestro) lo han adoptado. La actual acción de clase estadounidense surgió en 1966 a raíz de la modificación de la Regla 23 de las Normas Federales de Procedimiento Civil, pero sus orígenes se pueden rastrear hasta el medioevo. Curiosamente, quien le dio impulso (crystalizado en la modificación de la regla mencionada) fue Joseph Story, (1779-1845) un jurista estadounidense que llegó a juez de la Corte Suprema de su país entre 1812 y 1845, y a quien Dalmacio Vélez Sarsfield (1800-1875), el autor de nuestro glorioso Código Civil de 1869, citó muchas veces¹.

En la Argentina, la Ley de Protección al Consumidor prevé que en esos casos “de in-

¹ La obra de Story que Vélez mencionó en sus notas al Código fue su *Commentaries on the Conflicts of Law*, de 1834. Su segunda edición, corregida y aumentada, es de 1841.

cidencia colectiva”, cuando se llega a un acuerdo para indemnizar a consumidores que hayan sido víctima de abusos por parte de sus proveedores, en él se prevea “la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso”.

Y cuando se dictan sentencias a favor de consumidores genéricos (esto es, no de quienes demandan a título individual), aquéllas harán cosa juzgada “para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones”.

Quienes no estén de acuerdo con participar en el pleito –lo que sería extraño pero no imposible– deberán manifestar su voluntad en contrario antes de la sentencia, “en los términos y condiciones que el magistrado disponga”. A esa decisión de no participar en una acción de clase se la llama, en derecho estadounidense, ‘opt-out’. En la Argentina, ‘derecho de salida’. *Es una característica típica de las acciones de clase.*

Obviamente, todo esto requiere publicidad. Y aquí es donde la ley se presta a interpretaciones variadas, como acaba de ocurrir en dos pleitos diferentes.

En uno de ellos², planteado por una asociación de defensa de consumidores contra un banco, el juez de primera instancia ordenó a éste que, mediante ‘banners’³ y mensajes por correo electrónico a todos sus clientes, les informara acerca de la existencia del pleito. (Si bien en la sentencia no hay demasiados detalles, probablemente se trate de un caso

² In re “Asociación Defensora de Usuarios y Consumidores (ADUC) c. Banco Macro SA”, exp. 25925/2018; CNCom (C), 13 julio 2023; *ElDial.Express* XXV:6244, 4 agosto 2023; AAD89E.

³ Se trata de un tipo de publicidad “on line” que aparece en una página web.

de cobro de comisiones supuestamente excesivas por parte de la entidad financiera).

El banco apeló. Dijo que tener la carga de comunicar la existencia del pleito a todos sus clientes mediante un ‘banner’ durante un mes y por medio de mensajes electrónicos a la clientela “le ocasionaba gastos y tareas de las que debería ocuparse la actora, proponiendo la publicación edictal, pero no a su cargo” y que “las tareas mencionadas le provocarían daños materiales y reputacionales como entidad bancaria”.

El tribunal opinó que era clara “la necesidad de asegurar la mayor y más amplia publicidad de este tipo de acciones”, pero que “una cosa es notificar la existencia misma del juicio a los efectos de proporcionar a los consumidores la oportunidad de ejercer el llamado ‘derecho de salida’, y otra bien distinta “notificar la existencia de una sentencia de condena que haya reconocido a los nombrados derechos que puedan ser ejecutados”.

En otras palabras, distinguió entre dos notificaciones distintas: la que comunica la existencia del pleito (y que permite adherir o no a éste) y la que hace saber que a ciertos, a algunos o a todos los consumidores se les ha otorgado una indemnización por daños.

La Cámara fue de la opinión de que era atendible “la pretensión de que se reduzcan los medios previstos para canalizar tal comunicación” (la referida a la existencia del pleito).

El tribunal dijo que los correos electrónicos a todos los clientes debían suprimirse, pues el banco no se encontraba condenado aún, “y ese temperamento adicional es, en el estado actual de la causa, sobreabundante”.

En consecuencia, ordenó que la difusión de la existencia del pleito –a cargo del banco– “se circunscribirá al ‘banner’ por un mes”.

El tribunal no encontró válidos los argumentos del banco para suprimir también el ‘banner’, “si se tiene en consideración que el lapso durante el cual esa publicidad debe ser mantenida parece no guardar siquiera relación con la magnitud y gravedad de los perjuicios que [el banco] describe –de forma genérica e hipotética– como consecuencia de tal proceder”.

Y agregó: “la mera inclusión del ‘banner’ [en el sitio web del banco] no parece provocar los perjuicios que en forma indeterminada se aducen, máxime que se trata de un aviso masivo por tan solo un mes. Al menos, no surge del recurso ni de las circunstancias del caso una demostración concreta de que tal medio de difusión ocasione un daño de la intensidad alegada”.

Y cerró diciendo –en el hermético lenguaje judicial que hace las delicias de quien esto escribe– que la colocación del ‘banner’ “satisface el fin pretendido en el estado inicial de estos obrados sin afectar irrazonablemente los derechos de la demandada por vía de mecanismos cuyo carácter dañoso no se muestra justificado”.

El banco había pedido, además, que la asociación de consumidores demandante se ocupara de la publicación del ‘banner’. La Cámara dijo que como “la publicación en cuestión debía ser realizada en los mismos sistemas de la demandada, [ello] tornaba imposible que fuera la actora quien asumiera la tarea respectiva”.

El tribunal agregó un argumento curioso: “los eventuales costos que tal labor acarree son parte de los riesgos implícitos en tener que soportar un juicio de esta especie, ries-

gos que deben considerarse asumidos por quienes se conectan masivamente con consumidores del modo en que lo hace [el banco]”.

Estemos de acuerdo con ella o no, la decisión parece más razonable que otra anterior, dictada unos meses antes por otra sala de la misma Cámara, en la que se confirmó una sentencia que obligó a otro banco, en idénticas circunstancias (y demandado por la misma asociación que protagonizó el caso anterior), a efectuar una publicidad más intensa⁴.

En ese caso, se había ordenado al banco a publicar edictos por cinco días en el *Boletín Oficial*; a publicar un ‘banner’ en su página web durante treinta días corridos y “a proceder a la remisión de comunicaciones mediante el resumen de cuenta (remisión física o digital) o a través de correos electrónicos (de contar con base de datos)”.

El banco objetó que se le hubiera ordenado “remitir comunicaciones mediante resúmenes de cuenta o correos”.

La Cámara opinó que “no advertía agravio en la decisión del magistrado [de primera instancia]” y que las quejas del banco “carecían de asidero, en tanto la protección del universo de consumidores y su derecho a la información no puede reputarse excesivo y tiene preeminencia respecto de cuestiones individuales; máxime considerando que [el banco] no es quien puede determinar la suficiencia de las medidas necesarias para cumplir ese fin”.

El tribunal opinó que “más allá de quejarse de la onerosidad de la medida o de la afectación a su patrimonio, el apelante no ha explicado ni detallado los gastos que la misma le

⁴ In re “ADUC c. Banco Patagonia”, exp. 7946/2016, CNCom (B), 19 mayo 2022; *loc. cit.* AACCD1.

irrogaría, por lo que tampoco puede evaluarse dicha cuestión con rigurosidad”.

Y agregó: “Por otra parte, sostener que no resulta necesaria una medida de publicidad porque los consumidores no van a autoexcluirse de un reclamo, importa ignorar que, justamente, es la información la que permite proteger al universo de consumidores involucrados en cada clase”.

Y concluyó diciendo que “tampoco se advierte que la medida cause *per se* daño a su imagen o que la aludida información resulte prematura porque la publicidad cuestionada se limita a informar un hecho concreto, cual es la existencia de determinado proceso judicial y ello no implica referir al eventual resultado del mismo; *ergo* no resulta imperioso que el litigio tenga determinado grado de avance para que sea conocido por los consumidores”.

En consecuencia, confirmó las exigencias de publicidad impuestas en la instancia anterior.

Obviamente, no podemos sugerir que se cree un organismo público para que publicite la existencia de demandas contra empresas bajo la Ley de Protección al Consumidor. Cualquier sugerencia en ese sentido en la Argentina serviría para justificar la aparición de un monstruoso aparato burocrático. Pero al mismo tiempo estas discrepancias acerca de los recaudos a cumplir para publicitar la existencia de demandas judiciales bajo esa ley parecen inconvenientes.

Pero así como existe la ley 26856, de mayo de 2013, que obliga a la Corte Suprema y los tribunales de segunda instancia que integran el Poder Judicial de la Nación “a publicar íntegramente todas las resoluciones que dicten [...] una vez notificadas todas las partes”, ¿no se podría extender su alcance, establecer pautas fijas y ocuparse de dar a publicidad las acciones de clase? ¿No sería un caso de aplicación de la igualdad ante la ley? ¿Por qué los recaudos publicitarios han de ser distintos dependiendo de qué tribunal interviene?

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**