

LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES

Antonio J. Rinesi ¹

Los derechos colectivos en el ámbito del consumo, son toda una novedad, constituyen el advenimiento de nuevas reglas en el derecho privado, antes desconocidas y además no imaginadas, porque obedecían a un esquema cerrado dentro del cual estaba el derecho civil, con normas completamente ascéticas desde el punto de vista particular, que se diferenciaban de las de derecho público, de las cuales permanecían completamente separadas.-

Se ha advertido que los derechos no quedan totalmente protegidos, sin esta nueva perspectiva, que aparece o se vislumbra en materias como la de los derechos del consumidor o del daño ambiental.-

Es mas parecería que el derecho privado colectivo de los consumidores cubre satisfactoriamente lo que el derecho subjetivo privado no lo puede hacer en toda su extensión. Hay una mayor identificación con la naturaleza de los intereses que éstos sean apreciados colectivamente que en forma individual.-

Los daños que sufre el consumidor son corrientes, de todos los días, que se hacen sentir o aparecen en el mercado. El consumo se realiza en forma masiva, por lo tanto la actividad que ello provoca así como los perjuicios que se desencadenan tienen características colectivas, lo que determina que para tutelar intereses de tal índole cabe la perspectiva colectiva y no individual.-

No pasará mucho tiempo en que los derechos de los consumidores serán exclusivamente del orden de los derechos colectivos, porque la naturaleza del derecho que se quiere proteger es de tal esencia.-

La doctrina argentina no se percató de tal perspectiva y sigue aprisionada en las redes del derecho individual. Esto por cierto no desaparecerá, pero será la excepción, porque el consumidor no estará suficientemente protegido sino se acude a los lineamientos de este nuevo derecho que impregna toda la actividad consumista.-

No puede ser considerado una rareza que se aprecie al consumidor sumido en la masividad del mercado, pero que no quede esta reflexión como mera dialéctica porque los derechos que ahora se reglamentan tienen una particularidad distinta a como se concibieron los derechos subjetivo, como también como ahora se reconocen a los intereses legítimos o a los simples intereses. Todos ellos deben ser apreciados en esa nueva dimensión de los derechos colectivos, porque son ellos los que verdaderamente protegerán al consumidor.-

Por último, se impone esta interpretación por la sencilla razón de la falta de interés de los consumidores en reclamar los perjuicios por resultar ser éstos de

¹Académico correspondiente

exigua consideración, o no estar previsto los caminos adecuados para su concreción (incapacidad de los organismos públicos en establecer mecanismos prácticos de reclamación; abulia en los consumidores en organizarse en asociaciones; indiferencia de la justicia en montar el aparato reparador práctico y adecuado), entre otras cuestiones, como serían también no considerar la especialidad de los derechos del consumidor para su protección adecuada, sobre todo en razón de la falta de vinculación y armonización de esa especialidad con los derechos que se adjudican y la línea procedimental de su realización.-

Como decíamos, todo estudio o análisis de estas cuestiones parte siempre de los derechos individuales, y este enfoque hace perder de vista la fenomenología de los derechos del consumidor que son a no dudarlo de carácter colectivo, por su ocurrencia sistemática, por su despersonalización, y por la proyección seriada de la masividad.-

Destacaremos no obstante otra particularidad. Se puede observar, sin temor a equivocarnos que los hechos que desencadenan las situaciones consumistas se producen en las grandes concentraciones de personas, donde el tráfico es masivo, y las relaciones que crea el mercado son de las mismas características. No son relaciones personalizadas en que están bien identificados los sujetos intervinientes, sino relaciones que se determinan a través del análisis de las circunstancias o de las situaciones, pero nada que tenga que ver con las características de los sujetos intervinientes. Son como decíamos reconstrucciones del hecho generador de la relación que denota el desequilibrio existente que justifica la intervención del órgano tutelador para reparar el desequilibrio y compensar los daños.-

En esta materia observamos una muy buena orientación de la doctrina y legislación brasileña, que lo reproducimos en el capítulo siguiente, bajo el título del diálogo de las fuentes.-

EL DIALOGO DE LAS FUENTES

Lima Marques lo llama al tema: “diálogo de fuentes”, refiriéndose a las distintas normativas que en el Brasil se han sancionado. Con la vigencia del código civil el 10 de enero del año 2002, se planteó el problema de interpretación de sus normas en relación al código de defensa del consumidor , sancionado por ley 8.078 del 11 de setiembre del año 1990. Se presentaba en consecuencia la alternativa que irían a regir la materia del derecho privado dos normativas, una especial que la constituía el código de defensa del consumidor, anterior al código civil de carácter general. Ambas como expresamos, irían a regir la materia del derecho privado, pero tratándose una de una ley especial, y la otra general, la posible dicotomía que pudiera presentarse la resolvieron de esta

manera: Lima Marques reflexiona así²: “El que aplica la ley debe examinar el conflicto con ojos prurales, pues la nueva teoría del sujeto es otra. El sujeto está fragmentado, es plural, como lo es un grupo de consumidores. Si la ley está para protegerlos, el campo de aplicación subjetivo no puede ser solamente individual, porque es también necesariamente colectivo. Cuando la ley de defensa del consumidor asegura un nuevo derecho al consumidor, el sistema jurídico refiérese de forma plural, con la creación de derechos individuales, individuales homogéneos, colectivos o difusos.-

Relacionando el derecho creado por el nuevo código civil brasileño, con respecto al código de defensa del consumidor anterior, el derecho del consumidor, no puede ser diametralmente conflictivo con una norma del código civil, si el campo de aplicación individual fuese el mismo para ambos cuerpos de leyes; no puede haber retirada de la norma especial, pues su campo subjetivo colectivo será plural. Eso porque el derecho del consumidor tiene una dimensión colectiva expresa (sin perder la dimensión individual). El sujeto de derechos que protege al individuo, es también abstractamente plural, porque al mismo tiempo está protegido por las mismas normas del derecho del consumidor que son de orden público. Por último las normas del código civil prevalecen en la dimensión individual, porque el caso privado entre iguales en los derechos da como resultante su finalidad principal³.-

Estas reflexiones marcan una gran diferencia con nuestra normativa legal, porque el código civil argentino data del año 1871, y la ley 24.240 es del año 1993; en cambio en el Brasil el código civil data del 2002 y el código de defensa del consumidor es del año 1990, por lo que muchas materias que no están previstas en el código del consumidor, deben ser aplicadas del reciente código civil, y esto plantea la diversidad de finalidad de su normativa, que Lima Marques las resuelve en el llamado diálogo de las fuentes, en la cual precisa que el código civil reafirma la dimensión individual y el código de defensa del consumidor la dimensión colectiva, por lo que no habría conflicto cuando se refieren a un mismo problema, en razón a que cada una cumple su finalidad.-

En nuestra normativa el código civil está bastante desactualizado por su antigüedad, lo que muchas veces impide que pueda aplicarse sus normas porque no se ajustan al caso, por ello se recurre a otras fuentes, como es la doctrina y la jurisprudencia, y en muchos casos es la propia ley de defensa del consumidor, la que se aplica, en razón de su actualidad, no obstante no recaer en el campo del consumo. Se está produciendo una filtración de esta normativa en todo el derecho privado como una suerte de modernización del derecho por el vacío de legislación sobre la materia.-

Pero algo más debemos destacar en estas reflexiones: que en el derecho argentino, la ley de defensa del consumidor está concebida como una normativa

² Lima Marques Claudia: y otros “Comentarios ao código de defesa do consumidor”, editora Revista Dos Tribunais 2006, pág.34.-

³ Lima Marques...ibidem.-

de los derechos individuales del consumidor, y esto hace que no cubra eficazmente todas las alternativas a que se ve sometido el consumidor.-

La ley 24.240 carece de toda referencia a derechos colectivos del consumidor, y ello es así porque la estructura de la misma es individual, es decir de consagración individual de los derechos subjetivos del consumidor, cuando su verdadera protección debe recaer sobre los derechos colectivos. Esta visión individual de la ley impulsa al interprete como al operador a utilizarla en ese estrecho ámbito, porque de sus normas pareciera no poder vislumbrarse otra orientación, lo que impide que pueda pensarse con otra perspectiva. El operador o el mismo consumidor no acude a otro remedio, porque en primer lugar la ley expresamente no lo consagra, y luego porque no quiere correr la aventura de plantear criterios doctrinarios que pudieran fracasar.-

LA MIRADA SOBRE LOS DERECHOS COLECTIVOS

La masividad con que se desenvuelve el derecho de los consumidores en razón a las modalidades de la contratación o al requerimiento de diversos elementos necesarios para su utilización, presenta una problemática que a todas luces tiene un predominio colectivo. No es que desaparezcan los derechos individuales, sino que acompañando a éstos, en la gran mayoría de casos existe o subsiste el perjuicio o la necesidad a niveles grupales. Por lo tanto mientras se le dan solución a los casos individuales, quedan sin ser alcanzados los grupales.-

Lorenzetti⁴ al referirse a la violación de la privacidad o a los comportamientos antidiscriminatorios, afirma que la acción colectiva ha sustituido a la intención de las partes, e impacta directamente sobre la formación de los standards jurídicos(buena fe, costumbres). En tal sentido son elocuentes las reflexiones que acerca de las asociaciones de consumidores plantea, por la complejidad de los problemas. Es necesario discernir si hay bienes colectivos, si existe un interés colectivo en su uso y goce, si tienen legitimación activa y pasiva, de que modo se garantiza que estos grupos no colisionen con otros, y finalmente como se protege al individuo para que no sea absorbido por los mismos.-

En los daños masivos aparece el elemento social, grupal o colectivo. El elemento colectivo no es propiamente una realidad numérica o cuantitativa, sino cualitativa. Lo colectivo tiene sustancia propia y autónoma. No es una derivación pluralizada de lo individual. Los intereses no son exclusivos ni excluyentes en relación a los individuales, sino compartidos y convergentes dentro de un conjunto⁵.

Algo similar sucede con los derechos colectivos de los consumidores. No se debe quedar el análisis en el grupo, en lo numérico. Decimos esto porque los derechos de los consumidores surgen de la masividad, de la producción de

⁴ Lorenzetti Ricardo Luis: “ Derechos y Garantías en el siglo XX”-“Nuevos paradigmas del derecho privado”, Rubinzal Culzoni 1999, pág.157

⁵ Zavala de González Matilde:” El daño colectivo, en Derecho de Daños-La Roca-Buenos Aires 2000,T.1-p.437.-

situaciones de tal actividad, de las repercusiones del mercado, ya sea motivada por los propios interesados o por las desviaciones o deformaciones del mercado.-

Veamos si esto es cierto. Tomemos como un supuesto paradigmático los contratos de ahorro para fines determinados. En tales relaciones se vislumbran vinculaciones complejas entre las que se destaca la del ahorrista o cliente con la entidad administradora, en la que se suscribe el contrato de ahorro con la entidad, bajo condición resolutoria que si dentro de 30 días no se logra el número necesario de adherentes, queda sin efecto el contrato devolviéndose al ahorrista el importe de la primera cuota que se pagó al firmarse el mismo. Esta relación descrita que puede asimilarse por analogía al contrato de compraventa, es acompañada de un mandato irrevocable a favor de la administradora, por la que se encarga a ésta lleve a cabo la adjudicación del bien al ahorrista, que a su vez integra un grupo con características asociativas que son manejadas discrecionalmente por la administradora. A su vez todas las gestiones y trámites que se realizan con el ahorrista lo hacen a través del concesionario, quien asume ciertas responsabilidades que no están establecidas en ninguna parte de la contratación.-

El consumidor frente a esta situación adquiere o es titular de derechos de naturaleza colectiva. Si no fuera así no podría impugnar cláusulas del contrato que resultan abusivas; conductas que lesionan sus intereses, situación proclive de constituir prácticas abusivas. De esta situación dan cuenta 80 adherentes al sistema, que han sido colocados en esa situación por una oferta igualitaria de la administradora. A su vez tales contratos de ahorro previo constituyen una parte mayoritaria del mercado de venta de bienes que las empresas fabricantes de dichos artículos lo vuelcan a ese sistema (léase venta de automotores), por lo que estamos describiendo una contratación de singular consideración. El carácter colectivo de estos derechos están materializados por haber sido engendrados en un idéntico programa. Todos se hallan con derechos iguales y homogéneos, porque son copias de un único plan. Ese plan fue para todos los que aceptaron incorporarse, aun ignorando muchas de las cláusulas impuestas. Los derechos que de allí surgieron tienen una similitud que alcanza a cientos de adherentes que se sometieron al sistema; por lo tanto tienen todos los mismos derechos, que si bien han nacido de una vinculación privada, su estructura es colectiva. Si apreciamos a estos derechos como individuales, tendrá que cada uno reclamar lo suyo, aunque sean iguales unos a otros, y la sentencia que recaerá sobre el mismo solamente alcanzara a las partes que intervinieron en el juicio.-

Los derechos de los consumidores deben ser tomados como derechos colectivos, esta es la regla; en cambio la excepción es verlos como derecho privado o individual. Si lo reconocemos como colectivos, todo consumidor que se halle en el sistema, o sea ahorrista para fines determinados, podrá adherirse al reclamo porque su derecho es colectivo, es homogéneo, y la sentencia que

recaiga sobre el reclamo tendrá los efectos de cosa juzgada que alcanzará a todos los que hicieron el reclamo o se adhirieron con posterioridad al mismo. También alcanzara a quienes aunque no se hayan adherido, pertenezcan a la relación jurídica que hemos descripto.-

El consumidor en el mercado de capitales: Este es otra área donde se puede percibir la naturaleza colectiva del derecho del consumidor. Se dice que el derecho del mercado de capitales es el conjunto de normas y principios que estudia la regulación de la oferta pública de acciones, bonos, participaciones y demás valores mobiliarios, que tiene como finalidad asegurar la protección de la funcionalidad del mercado de capitales y garantizar la tutela individual del inversor. Las razones de protección se justifican por varios motivos: a) de orden social, por cuanto el Estado no puede estar ausente y permitir que los ahorristas se transformen en presa fácil de abusos empresarios., mucho menos cuando los inversores no tienen la libertad de participar en el mercado de capitales sin recurrir a un intermediario; b) para asegurar la eficiencia del mercado, garantizando de esa manera la estabilidad financiera; c) es también necesaria por razones macroeconómicas, pues un ordenamiento jurídico que garantiza esa tutela difunde y fomenta la participación de los pequeños ahorristas en el mercado de capitales⁶.-

El mercado de capitales tiene como finalidad, entre algunas de sus funciones, la de incorporar en una amplia franja al público inversor en la posición adecuada para suministrar el capital de inversión necesario para el crecimiento económico de un país, por lo que los fondos captados de la pluralidad de ahorristas, en vez de destinarse exclusivamente al consumo, se orientarán al desarrollo de proyectos de inversión. Por estas razones esos ahorristas responden en el mercado de capitales a un programa colectivo, por lo tanto los derechos que generan son de esa índole⁷. Sus reclamos tendrán la estructura colectiva propia del entramado al que pertenecen, salvo situaciones particulares que escapan al susodicho programa, que serán consideradas cuestiones eminentemente individuales-

LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PRIVADO

La idea del derecho subjetivo como base para la aplicación del derecho resulta hoy día estrecha frente a sus ampliaciones, como ser la de los derechos del status, el interés legítimo, los simples intereses, y los intereses difusos.

Sin embargo debemos partir del derecho subjetivo para hilvanar las otras perspectivas, que a no dudarlo tuvieron ese origen. Por de pronto podemos definirlo al derecho subjetivo con Llambías⁸ como la prerrogativa reconocida a

⁶ Lorenzetti Ricardo L y Schotz Gustavo J.: "El consumidor en el mercado de captales", de Abdala Martín-en Defensa del consumidor; Ed.Abaco, 2003, pág. 208.-

⁷ Abdala Martín, ibidem.pág.208.-

⁸ Llambías Jorge Joaquín: "Derecho Civil-Parte General", T. .I -.Abeledo-Perrot-12ª edición, pág. 25.

la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos.

A todo derecho subjetivo corresponde en principio un deber que aparece como correlativo del mismo. Es decir que, frente al que tiene la facultad de exigir el cumplimiento de la prestación, se presenta el deber de la otra parte, el deudor, de satisfacer esa prestación. En ciertas circunstancias el deber es genérico, de modo tal que corresponde a toda la comunidad (derechos subjetivos absolutos), otras veces, solamente cabe su ejercicio con determinado sujeto (derechos subjetivos relativos)⁹.

La noción de interés legítimo, que también es otra situación que protege el derecho, siempre en relación a la persona, es de rango inferior al derecho subjetivo. Se trata de supuestos en los que la persona no pretende la satisfacción inmediata de un interés propio, aunque mediatamente puede beneficiarlo. Es la antesala del derecho subjetivo, y generalmente se define con una determinada situación.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su art. 11 reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Se trata del interés legítimo de toda persona a contar con todos esos elementos para un nivel de vida adecuado para sí y su familia. La persona no los tiene, porque sí los tuviera se trataría de un derecho subjetivo. La normativa está precisando a que derechos puede acceder la persona, y ello le otorga a la persona, en principio, el derecho a exigirlo.

La propia Constitución Nacional en su art.75 inc.23 determina que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre Derechos Humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Se toma en cuenta en la diagramación del derecho, aquellos sujetos, que en razón de su situación, no pueden ostentar un derecho, a pesar que como personas tendrían que tenerlo. Son los llamados sujetos débiles, que no tienen la protección de un derecho subjetivo, o que en razón de su precaria situación económica, están lejos de poder obtenerlo sin una acción del Estado o de los demás.

Pero no solamente se protege expresamente a los intereses reconocidos y amparados por el derecho, llamados intereses legítimos, sino también a todos los que no recibiendo una tutela específica, tampoco son repudiados por el derecho¹⁰. El gran ejemplo que ha servido para la evolución de la doctrina y

⁹ Rivera Julio César: "Instituciones de Derecho Civil-Parte General", T. I, 1ª reimpresión- Abeledo Perrot, pág.282.

¹⁰ Stiglitz Gabriel: "El daño Resarcible: aspectos generales-Daño Patrimonial", en " Responsabilidad Civil" – Director: Carlos Gustavo Vallespinos; advocatus-Córdoba 1997, pág.184.

jurisprudencia en esta materia de la resarcibilidad de los daños, es el caso de la concubina o de los concubinarios en general¹¹. Sobre el particular se ha dicho que demostrándose que tratándose de una relación concubinaria estable como sostén económico del concubino fallecido en favor de su compañera, en la medida que no exista impedimento de ligamen o sea que el concubino no sea adulterino, se está ante una relación que si bien no está amparada específicamente por el ordenamiento jurídico, porque no hay una norma que establezca la legitimación de la concubina por el daño material derivado de la muerte de su compañero, tampoco hay una norma que se oponga a esa relación concubinaria, o que sea ilícita.

COMO LIMITE AL PODER

Si bien ha sido la preocupación del derecho, y esto se puso en evidencia con el constitucionalismo clásico, la limitación del poder del Estado, de no interferir en el derecho de los particulares, ahora este límite se ha extendido a otros sujetos, que ostentan poder en el mercado y en la comunidad.

Ello está específicamente reconocido en el art.43 de la Constitución Nacional, cuando otorga la acción expedita y rápida del amparo contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, tratado o ley.

A esto también tiende las acciones consagradas en el mismo art. 43, cuando se hace referencia a cualquier forma de discriminación, o en lo relativo a los derechos que protegen el medio ambiente, o en los derechos de incidencia colectiva.

COMO PROTECCIÓN AL INDIVIDUO PARTICULAR

Anteriormente necesitó la persona agruparse para defender sus derechos, y ello fue objeto de los derechos sociales que surgieron en el constitucionalismo social. Si retrocedemos un poco más nos encontraremos con los llamados derechos individuales, consagrados por el constitucionalismo liberal, que correspondía a toda persona, pero que a su vez no eran de nadie, porque estos derechos estaban formuladas en forma abstracta, sin aludir al destinatario

¹¹ La jurisprudencia plenaria de la Capital Federal en lo civil ha sostenido que se está en presencia de una relación que, si bien no es a los fines resarcitorios amparada específicamente por el ordenamiento jurídico porque no hay ninguna norma en nuestro derecho o leyes especiales que establezca la legitimación de la concubina por el daño material derivado de la muerte de su concubino, tampoco hay ninguna norma que repudie esa relación concubinaria o que la considere ilícita. Incluso la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires llama la atención sobre la situación socio económica que conduce a la realidad del concubinato(L.L.1992-B-pág.171).

específico de carne y hueso. Eran derechos formulados pero que no tuvieron vigencia, o si la tuvieron lo fue únicamente para las clases pudientes que ostentaban niveles económicos y culturales que les permitían ejercerlos y utilizarlos.

Actualmente se protege a la persona individual en tanto se considera tal, pero se trata que tales derechos lleguen a todos, mediante las correspondientes garantías. Para ello la Constitución Nacional prevé en su art. 43 la consiguiente garantía de poder interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión.

La norma en cuestión salva varios obstáculos vigentes hasta el momento de la sanción de la Constitución, y ella eran las siguientes: a) agotar la instancia administrativa para poder ejercer la acción de amparo; b) no todos los derechos podían ser objeto de la acción de amparo; c) no cabía la declaración de inconstitucionalidad.

De manera que actualmente existen derechos que protegen a todas las personas, con sus consiguientes garantías para asegurar que todos puedan estar protegidos por el paraguá constitucional.

LA REFERENCIALIDAD PUBLICA DEL DERECHO PRIVADO

La separación entre el derecho público y el derecho privado se ha borrado, por cuanto derechos eminentemente privados como son los derechos de la personalidad se encuentran legislados en el derecho constitucional que es derecho público, y no se hace ninguna referencia a los mismos en el Código Civil, que es un cuerpo netamente de derecho privado.

Uno de los aspectos que más preocupa en esta referencialidad pública de los intereses particulares es en el ámbito de la resarcibilidad del daño. Ello se pone de manifiesto en la interpretación económica del derecho de daños. Calabresi ¹² quien explica que el análisis económico del derecho propugna soluciones a medida de los recursos de los cuales un Estado puede disponer para emplearlos eficazmente, en este caso, en el tema de la responsabilidad civil. No se desconoce la función de compensación de la víctima, pero por un lado lo que el análisis económico tiene que agregar al derecho de la responsabilidad, es la reducción de los costos de los accidentes y por otro lado, pone de resalto la función preventiva de los accidentes que tiene que tener el derecho de la

¹² Calabresi: "El coste de los accidentes", citado por Rivera Juliño César en: "Responsabilidad Civil y Economía", en : "Responsabilidad Civil " dirigida por Carlos Gustavo Vallespino, Advocatus, 1997, pág.24.

responsabilidad civil. Es decir no tiene sentido la atribución de la indemnización que no tenga una función ejemplarizadora, que no tienda a desalentar las conductas peligrosas, las conductas negligentes. No tiene sentido desde el punto de vista económico, aunque lo pueda tener desde el punto de vista de la justicia distributiva, que la víctima sea indemnizada, porque esto sería la traslación del daño de un sujeto a otro.

INTERESES O DERECHOS

Pueden haber distintas acepciones con relación a los llamados intereses. Puede tener el sentido de beneficio, ganancia personal, lucro, como también relación de reciprocidad entre un individuo y un objeto que corresponde a determinada necesidad¹³.-

También puede significar una forma de expectativa de una persona en relación a una cosa, o sea que vincula una persona o un bien de vida, en razón del valor que ese bien representa para aquel individuo. Por estar dentro de la esfera psicológica del individuo, solamente en su pensamiento, la diferencia con respecto a los demás individuos, como también por parte del Estado sobre esos intereses, lo que ocurre es que podrá ser exigido.-

Los intereses protegidos por la ley que no constituyen derecho subjetivos; por ejemplo en el caso de las leyes de protección aduanera en la industria nacional, las empresas tienen intereses en la cobranza de altos tributos por la importación de productos extranjeros, pero no tienen derechos subjetivos en esos tributos. La hipótesis de derechos subjetivos en que no existe interés de parte del titular, como los derechos del tutor o del padre con relación al pupilo o al hijo que son instituidos en beneficio de los menores y no del titular. El derecho subjetivo es un bien material o inmaterial que interesa: por ejemplo: el derecho a la vida, a la libertad, al nombre, a la honra. Luego no tiene sentido decir que el derecho subjetivo es un objeto que interesa¹⁴.-

Los intereses públicos se exteriorizan por el ordenamiento jurídico, pues el Estado prevalece sobre los intereses particulares, en razón de la soberanía de que dispone.-

Los intereses públicos es también utilizada para alcanzar a los intereses primarios, como los sociales, los indisponibles del individuo y de la colectividad, los difusos, colectivos e individuales homogéneos, pudiendo concatenarse con los intereses estatales, o denominados secundarios.-

Los intereses públicos primarios o intereses de los bienes generales, que son los intereses de la sociedad, y de la colectividad, como un todo incluyendo algunos de sus valores más importantes, que muchas veces se traducen en derechos

¹³ Do Santos Castillo Ricardo: "A Defesa Dos Intereses do Consumidor", IGLU editora-Sao Paulo 2002, pág.23.-

¹⁴ Do Santos Castillo Ricardo, ibidem. Pág.24.-

indisponibles. Los intereses públicos secundarios, son los intereses públicos del punto de vista de la administración pública.-

Por la complejidad de la sociedad contemporánea, en que situaciones de daño o de riesgo provocadas por uno o mas agentes, persona física o jurídica, atañen no solamente al hombre individualmente, sino también a la colectividad, reconocidos como nuevos valores. El Estado social, al lado de los intereses privados, o sea aquel sometido al régimen jurídico del derecho privado, caracterizados por la indisponibilidad y por la equivalencia con otros intereses a el comunes, y los intereses públicos, que en el orden jurídico brasileño son aquellos utilizados para la consecución de fines generales y pertinentes de la Unión con los Estados, con los Municipios, y las respectivas entidades de administración indirecta y descentralizada, sujetos del régimen jurídico de derecho público, ganan en importancia los intereses transindividuales (colectivos y difusos), que representan la protección de la sociedad en parte (grupos intermedios como por ejemplo asociaciones) o como un todo (número indeterminado de personas)

PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

La vía judicial, tal como está organizada en nuestro país- aunque se apliquen las normas del procedimiento más abreviado conforme ordena el art.53 de la ley 24.240-constituye un serio obstáculo para la defensa de los derechos del consumidor y se torna insuperable cuando se trata de reclamos de poca significación económica.-

Según la doctrina las acciones judiciales que prevé el art.52 de la ley 24.240 se materializarían en dos tipos de acciones: las que corresponden a los derechos colectivos, que surgirían del art.45 párrafo primero, aunque el artículo no utiliza esas expresiones. Se habla del interés general de los consumidores. Y la acción particular que puede iniciar el consumidor o usuario perjudicado. Sobre esto el artículo 45 es bien claro porque consigna que iniciará actuaciones administrativas en caso de presunta infracciones a las disposiciones de la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que en consecuencia se dicten, de oficio o por denuncia de quien invocare un interés particular.-

En el caso de afectarse al consumidor en forma particular, el decreto reglamentario al art.52 de la ley 24.240, admite implícitamente la legitimación de las asociaciones de consumidores debidamente registradas para actuar en defensa de los intereses particulares de los consumidores, en cuyo caso para acreditar su representación basta una carta poder otorgada por el sujeto en cuyo nombre se acciona¹⁵.-

¹⁵ Reglamentación: Se requerirá a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas carta poder para reclamar y accionar judicialmente, exceptuándolas de tal requisito en aquellos casos en que actuaren en defensa

Farina¹⁶ comenta que ningún artículo de la ley 24.240 regula explícitamente las acciones colectivas ni los intereses difusos, de modo que del análisis del art.52 y de lo expresado en el párrafo primero del art.45, se debe extraer en que medida proceden las acciones colectivas en su ámbito. En tal sentido-aclara-que si el art.52, primer párrafo se refiere a las acciones individuales, el segundo párrafo no puede referirse sino a los intereses colectivos, desde el momento en que otorga legitimación a la autoridad de aplicación (nacional o provincial), al ministerio Público y a las asociaciones de consumidores con personería jurídica.-

EL DERECHO PRIVADO COLECTIVO

Los derechos difusos-también llamados colectivos o fragmentarios-son los intereses de la comunidad en general de que se respeten ciertos derechos que corresponden a sus integrantes, tales como la tutela del medio ambiente, la protección de la fauna y la flora, los valores espirituales o culturales, los vinculados a la protección del consumidor.

No solamente la persona es ahora protegida por el derecho privado, sino su ambiente y la comunidad en donde se integra. Es decir que se toma a la persona en relación con las demás personas y asentada en su habitat. A esta trilogía le corresponden derechos, los cuales están garantidos por la acción de amparo, que puede interponerse contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general (art. 43 2ª parte de la C.N.).

No solamente se protege a los derechos en su materialización colectiva, sino que la propia constitución organiza quienes podrán ejercerlo a ese nivel colectivo; así señala que además del afectado podrán interponer la acción el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan esos fines (art. 43 última parte).

LAS DISTINTAS CLASES DE DERECHOS COLECTIVOS EN BRASIL

Santos Castilho sostiene que para la comprensión de los intereses o derechos difusos, la defensa de los derechos de los consumidores y de las victimas puede ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo, como lo regula el propio código de defensa del consumidor brasileño. El mismo autor, aborda su

de un interés general de los consumidores.-

¹⁶ Farina Juan M.: "Defensa del Consumidor y dl usuario", Astrea 2004, pág. 534.-

estudio mediante una clasificación en: a) intereses o derechos difusos; b) intereses o derechos colectivos; c) y en intereses o derechos individuales homogéneos¹⁷. En la explicación de cada uno pone de resalto sus características diferenciales.-

Así al referirse a los primeros, o sea a los intereses difusos, señala que éstos pertenecen al género de los transindividuales de naturaleza indivisible, cuyos titulares son personas indeterminadas ligadas por circunstancias de hecho. Son por tanto características de los intereses o derechos difusos la indeterminación de los sujetos, ausencia de relación jurídica base entre ellos e indivisibilidad del bien jurídico¹⁸.-

Siempre refiriéndose a los mismos, describe que comprenden grupos no determinados de personas, entre las que no existe vínculo jurídico o hechos precisos. Son como un conjunto de intereses individuales de personas indeterminadas unidas por puntos conexos. Tratase de un conjunto de intereses individuales en que cada individuo del grupo indeterminado coincide en sus intereses sobre puntos comunes entre sí por los cuales el objeto de sus intereses es indivisible¹⁹.-

Se sostiene, siempre con respecto a los derechos difusos, que son intereses metaindividuales que no teniendo agregación u organización necesarios a su finalidad institucional junto a ciertas entidades u órganos representativos de los intereses ya socialmente definidos, se encuentran en estado fluido, dispersos en la sociedad civil como un todo (v.g.la pureza del aire atmosférico), pudiendo a veces coincidir con ciertas colectividades de contenido numérico indefinido (los consumidores). Se caracterizan por la indeterminación de los sujetos, por la indivisibilidad del objeto, por su intensa litigiosidad interna y por una tendencia a su transición o mutación en el tiempo y en el espacio²⁰.-

Con respecto a los intereses colectivos, los segundos en la clasificación anunciada precedentemente, se ha señalado que son aquellos indivisibles, de un grupo determinado o determinable, reunidos por una relación jurídica básica común: v.g. personas titulares vinculadas por una relación jurídica base que las une (miembros de una asociación de clase o accionistas de una misma sociedad, o ya sea por medio de un vínculo jurídico que las une a la parte contraria (contribuyentes de un mismo tributo, contratantes de un asegurador con un mismo tipo de seguro, estudiantes de una misma escuela²¹.-

Los intereses colectivos son por tanto todos los intereses transindividuales titularizados de una misma forma por varias personas, identificadas o no, . Están marcados por la indivisibilidad. Muchos utilizan la expresión intereses colectivos como si fuese un género cuando en realidad es una especie; tampoco

¹⁷ Ricardo Dos Santos Castillo:” A Defesa Dos Interesses Do Consumidor”, Iglu editora Sao Paulo-2002, pág. 29.-

¹⁸ Ricardo Dos Santos Castillo, ibidem. Pág.30.-

¹⁹ Ricardo Dos Santos...ibidem.pág.30.-

²⁰ Camargo Mancuso Rodolfo de:”Interesses difusos: conceito e legitimacao para agir”, Sao Paulo RT:1994, pág.89.-

²¹ Ricardo Dos Santos Castillo, ibidem. Pág.33.-

son sinónimos. Algunos ejemplos aclaran estos conceptos, como ser: a) las víctimas de la propaganda engañosa, vinculadas por medio de la comunicación masiva, están unidas por el simple hecho de estar afectadas por la propaganda, por el hecho de haber adquirido el producto que prometía un resultado que no podía alcanzarse; esas víctimas son indeterminadas, pero hay una relación jurídica que las une; estos son los intereses difusos que deben ser defendidos²².

Camargo Mancuso²³ al diferenciar los intereses de otras lesiones afirma que por intereses colectivo propiamente dicho se debe entender aquellos que conciernen a una realidad colectiva (v.g. los profesionales, los de una categoría, los de familia) que se los debe distinguir del ejercicio colectivo. Estos en cambio son aquellos intereses que apenas son colectivos en cuanto a la forma, permaneciendo como individuales en cuanto a la finalidad perseguida, o que configurarían un ejercicio colectivo de intereses individuales.-

Por último los intereses individuales homogéneos, la tercera clase de derechos de esta particular naturaleza, no dejan por ello de ser intereses colectivos, por cuanto son aquellos que pertenecen a un grupo, a una categoría de clase de personas determinadas o determinables que comparten perjuicios divisibles, originados en las mismas condiciones de hecho²⁴.-

El vínculo con la parte contraria es consecuencia de la propia lesión, por lo tanto individualizada la persona de cada uno de los perjudicados, ofende en forma diferente a la esfera jurídica y ello permite la determinación, o por lo menos la determinabilidad de las personas alcanzadas²⁵.-

Tanto los intereses individuales homogéneos como los difusos provienen de situaciones de hecho comunes, pero sus titulares son indeterminables en los intereses difusos, en cambio en los intereses individuales homogéneos los titulares son determinados o determinables, y el daño y la responsabilidad se caracterizan por su extensión divisible e individualmente variable.-

Los intereses individuales homogéneos son divisibles, o sea que pueden ser atribuidos a cada uno de los interesados, en la proporción que cabe a cada uno de ellos, pero por tener un origen común-la homogeneidad-por derivar de ese origen común son tratados de manera colectiva. Esos intereses originarios son derivados de cuestiones fácticas, no habiendo en ese sentido relación jurídica básica que una a esos interesados²⁶.-

El código de defensa del consumidor brasileño dispone acerca de las acciones que se ejerciten de carácter colectivo para los intereses individuales homogéneos, en varias normas. La del art.81 establece que la defensa de los intereses o derechos de los consumidores y las víctimas pueden ser ejercidas en juicio individualmente o a título colectivo; la del art.91 que aclara que dichas acciones pueden ser ejercidas a nombre propio o en interés de las víctimas o sus

²² Dos Santos...., ibidem. Pág.36.-

²³ Camargo Mancuso, ibidem. Pág. 40.-

²⁴ Dos Santos Castilho, ibidem. Pág.37.-

²⁵ Dos Santos Castilho, ibidem.pág.38.-

²⁶ Dos Santos Castillo.....ibidem.pág.38.-

sucesores consistente en la acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos.-

Con respecto a estas acciones dicho código prevé(art. 94) que el ejercicio de la acción sea publicada en un órgano oficial a fin de que los interesados puedan intervenir en el proceso como litisconsortes. Recomienda la norma que se lleve a cabo una amplia difusión por los medios de comunicación social por parte de los órganos encargados de la defensa de los consumidores.-

Con estas medidas se está llevando a cabo, sin lugar a dudas, la adecuada instalación de la acción colectiva, a los efectos de que se beneficien todos aquellos que se ven afectados por un hecho de esta naturaleza.-

En la doctrina brasileña, al igual que en la italiana, también se hace la distinción entre los *intereses colectivos* y los *difusos*. Como señala Ada Pellegrini Grinover, se consideran *colectivos* los intereses comunes a una colectividad de personas, pero sólo cuando exista un *vínculo jurídico* entre los componentes del grupo, como ocurre en las sociedades mercantiles, el condominio, la familia, el sindicato, etcétera. Son *difusos*, en cambio, los intereses que, *sin fundarse en un vínculo jurídico, se basan en factores de hecho frecuentemente genéricos y contingentes, accidentales y mutables*, como el habitar en la misma zona, consumir el mismo producto, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas²⁷.-

En este sentido, el Código de Defensa del Consumidor brasileño (Ley Federal núm. 8,078, del 11 de septiembre de 1990) define estos dos tipos de intereses. De acuerdo con su artículo 81, parágrafo único, son *difusos* los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho” (fracción I); en cambio, son *colectivos* los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”(fracción II). Como advierte Barbosa Moreira, hay dos características comunes en los dos tipos de intereses: su *transindividualidad* y su *naturaleza indivisible*. Estos dos características significan, de acuerdo con Barbosa Moreira, “que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, lesión de la entera comunidad²⁸. También presuponen que *la solución* a los conflictos en los que se manifiesten estos tipos de intereses, *debe ser la misma* para todas las personas que integran la comunidad. En ambos casos los intereses corresponden a una comunidad de personas, pero la diferencia se hace consistir en que los *intereses difusos* pertenecen a una comunidad de personas *indeterminadas*, entre las cuales *no existe una relación jurídica base*, en tanto que en los *intereses*

²⁷ Pellegrini Grinover, Ada, “A problemática dos interesses difusos”, *A tutela dos interesses difusos*, São Paulo, 1984, pp. 30 y 31.

²⁸ Barbosa Moreira, José Carlos, “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2, 1992, p. 235.

colectivos la comunidad de personas sí es *determinada o determinable*, en la medida que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y en que, además, *existe una relación jurídica base* entre esas personas, o entre éstas y un tercero. Barbosa Moreira da como ejemplos: el interés de los habitantes de cierta región en la preservación de la pureza del agua de los ríos que la bañan, indispensable para el uso personal y doméstico; sería colectivo, en cambio, el interés de los estudiantes de una universidad en la regularidad de las clases.-

Frente a estos intereses transindividuales e indivisibles, el mismo artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor brasileño define los *intereses individuales homogéneos* como aquellos que siendo de carácter individual tienen, sin embargo, un “origen común” (fracción III). Estos intereses individuales son tratados colectivamente en virtud del origen común, y pueden ser reclamados judicialmente por medio de una acción colectiva, para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por los consumidores. En este caso, cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal .

Nada de estas previsiones contiene la ley 24.240, por lo que sobre el particular deberá estarse a lo que discurre la doctrina. En ese sentido se afirma, conforme lo expresado en el art.55 de la referida ley, que las organizaciones de defensa de los consumidores podrán accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores. Estos se refieren a los intereses plurindividuales homogéneos, en los que los intereses de los consumidores son individuales, pero coincidentes; y a los intereses difusos en que las organizaciones de consumidores para defender los intereses difusos de los mismos, al hacer referencia a los intereses de los consumidores, se está refiriendo a una generalidad de sujetos, y al mencionar objetivamente debe interpretarse con independencia de los sujetos²⁹.-

Si bien el art.95 del código de defensa del consumidor brasileño, expresa que la sentencia condenatoria será genérica, fijando la responsabilidad del sujeto por los daños causados, lo que significa que si bien la sentencia es genérica, lo es porque versará sobre los daños causados y no por los perjuicios sufridos, lo que significa que ante las liquidaciones de las ejecuciones individuales, el bien jurídico objeto de tutela es tratado en forma indivisible, aplicándose a toda la colectividad afectada de manera uniforme, tanto se decreta la procedencia o improcedencia de la petición³⁰.-

Cappelletti³¹ afirma que en el campo del derecho material, un nuevo enfoque de la responsabilidad civil, que fue considerado revolucionario porque puede llevar a ampliar los poderes del juez, al no circunscribirse exclusivamente a los daños

²⁹ Lorenzetti Ricardo Luis: “Consumidores” ed.Rubinzal-Culzoni, 2003, pág.513 y ss.-

³⁰ Pellegrini Grinover Ada, “Código de defensa del consumidor”, 8a. Edición, pág.883.-

³¹ Cappelletti Mauro: “formacióni sociali interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”In:Riv.di Diritto Processuale II serie 1975, pág.380.-

sufridos por el autor, sino investido de amplios poderes para determinar los perjuicios provocados.-

Sin embargo Da Silva Araujo Filho considera que la sentencia que estamos comentando debe ser considerada de naturaleza declarativa³².-

LOS DERECHOS COLECTIVOS EN ESPAÑA

En la doctrina y en la legislación españolas también se distingue entre *intereses colectivos* e *intereses difusos*, en términos similares a los de Brasil. Lorena Bachmaier Winter señala que se consideran *difusos* “aquellos intereses que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos; por ejemplo, en materia de publicidad engañosa o en aquellos procesos en los que se ejercita una acción para exigir el etiquetado de determinados productos de consumo”. En cambio, existe interés *colectivo*: cuando un grupo se encuentra en una misma situación jurídica o cuando una pluralidad de sujetos se ven afectados por un mismo hecho, y los integrantes del grupo o los afectados están determinados o pueden ser determinados sin dificultad; por ejemplo: un grupo de padres de alumnos de un colegio, o un grupo de clientes que suscribieron con una determinada entidad bancaria un crédito hipotecario en un concreto año³³. En estas definiciones, al parecer, quedan incluidos tanto los intereses colectivos como los intereses individuales homogéneos.-

Si bien no cabe detenerse en distinguir cuando estamos en presencia de un interés supraindividual o, por el contrario, ante una pluralidad de intereses individuales homogéneos, es un tema que incide -y de manera relevante-en la legitimación. Pero la ley de enjuiciamiento española ha preferido no diferenciar entre ambos tipos de intereses en relación con el procedimiento a aplicar, que será el mismo en cualquiera de las situaciones expresadas, para tutelar los derechos.-

La Ley de Enjuiciamiento Civil española promulgada el 7 de enero de 2000, y en vigor a partir del 8 de enero de 2001, ha determinado únicamente como distinción el grado de determinación de los sujetos afectados: si los afectados están determinados o son fácilmente determinables, sus intereses son calificados como *colectivos*; si los afectados son indeterminados o de difícil determinación, sus intereses son considerados *difusos*.-

Es una distinción simplificada que deja librado al juez la consideración y ubicación de los derechos esgrimidos, lo que permitirá seguramente que ante las particularidades del caso exista una mayor tendencia a la protección de los intereses, toda vez que es muy probable que el criterio judicial supla la adecuación de los intereses en pugna, en razón a que siempre quedará cubierto

³² da Silva Araújo Filho Luis: “Acoes colectivas: a tutela jurisdiccional dos direitos individuais homogéneos”, Rio de Janeiro-Forense 2000, pág.132/137.-

³³ Pellegrini Grinover, Ada, “O novo processo do consumidor”, *O processo em evolução*, Río de Janeiro, 1996, p. 140.

todo hecho que entrañe la posibilidad de extender la protección a situaciones que no fueran eminentemente individuales.-

LOS DERECHOS COLECTIVOS EN COLOMBIA

En el derecho colombiano los intereses colectivos y difusos se engloban dentro de los *intereses colectivos*, y la distinción se hace entre éstos y los *intereses de grupo*, que corresponden a los intereses individuales homogéneos del derecho brasileño.

En el derecho mexicano se regulan *acciones de grupo* para la tutela de los derechos de los De este modo, en el derecho colombiano la división se hace entre los *intereses colectivos* ----en los que quedan incluidos los difusos y los *intereses de grupo*, que corresponden a lo que en el derecho brasileño son los intereses individuales homogéneos. La distinción entre los intereses colectivos y los difusos tiene cierta relatividad, pues en ambos casos se trata de intereses *supraindividuales* de naturaleza *indivisible*. Como señala Gutiérrez de Cabiedes, entre estos tipos de intereses no existe una “diferencia ontológica” sino que la distinción se basa en “el aspecto extrínseco del grado de agregación y delimitación a que se refieren”.¹¹

La contraposición fundamental es la que se manifiesta entre los intereses *colectivos en sentido amplio* o intereses *supraindividuales* y los intereses *individuales homogéneos*, como los llama la legislación brasileña, o intereses *de grupo*, como los denomina la legislación colombiana.

Como ha señalado José Carlos Barbosa Moreira, los intereses colectivos en sentido amplio o supraindividuales son *intereses esencialmente colectivos*, en tanto que los intereses individuales homogéneos sólo son *intereses accidentalmente colectivos*.¹²

Como advierte el propio Barbosa Moreira, cuando se trata de *intereses esencialmente colectivos* sólo es concebible un *resultado uniforme* para todos los interesados, y el proceso queda sujeto necesariamente a una disciplina caracterizada por la *unitariedad*; en tanto que en los *intereses accidentalmente colectivos*, una vez que en principio se tiene que admitir la posibilidad de resultados desiguales para los diversos participantes, la disciplina unitaria no deriva en absoluto de una necesidad intrínseca.¹³ consumidores. A través de estas acciones, la Procuraduría Federal del Consumidor pueden demandar ante los tribunales competentes que declaren, mediante sentencia, que uno o varios proveedores han realizado una conducta que ha ocasionado daños y perjuicios a los consumidores, y *condene* a los proveedores a la reparación correspondiente. En un incidente los consumidores acreditarán su calidad de perjudicados y el monto de los daños y perjuicios a cuya reparación son merecedores (artículo 26, fracción I, de la Ley Federal de Protección al Consumidor).

Por medio de estas acciones, la Procuraduría Federal del Consumidor también puede demandar de los tribunales competentes un mandamiento para impedir,

suspender o modificar las conductas de proveedores que ocasionen daños o perjuicios a los consumidores, o previsiblemente puedan ocasionarlos. Esta misma distinción entre intereses colectivos en sentido amplio e intereses individuales homogéneos o de grupo, se puede encontrar en el derecho europeo. En este sentido, Catherine Kessedjian afirma que las demandas que pueden presentar las asociaciones de consumidores y otras organizaciones representativas de intereses colectivos, son de dos órdenes: ellas pueden tender a “representar una *categoría de justiciables dentro de sus demandas individuales*, como en las *class actions* del derecho estadounidense o en las *actions en représentation conjoint* del derecho francés”; pero también pueden estar “destinadas a promover el *interés general*, como es el caso de lo que se llama ahora las *actions en cessation*”. de acción tiene carácter cautelar (artículo 26, fracción II, de la Ley Federal de Protección al Consumidor).¹⁴ Por último, en el derecho mexicano no se regulan en forma general las acciones *colectivas*, aunque sí prevén algunas específicas, como las que corresponden a los núcleos de población ejidal y comunal, para promover el juicio de amparo para la defensa de sus derechos colectivos agrarios contra actos de autoridad (artículos 212 y 213 de la Ley de Amparo); o bien, las acciones que se otorgan a los sindicatos y los patrones para plantear conflictos colectivos de naturaleza económica, para modificar las condiciones de trabajo o para implantarlas, suspenderlas o terminarlas (artículos 900 y 903 de la Ley Federal del Trabajo).

3. PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA CONSTITUCIÓN

La expresión principios generales del derecho es abarcadora de principios de derecho natural y de derecho positivo. Bidart Campos³⁴ manifiesta no entender demasiado la polémica entre iusnaturalistas y positivistas en torno a si son de derecho natural o surgen del derecho positivo, porque una cosa es indagar el origen o fuente, y otra coincidir en que vengan de donde vinieren pertenecen siempre al orden jurídico positivo o están dentro de él.

Los principios de la Constitución tienen distintos grados de generalidad. No hay una absoluta y total identificación entre principio de la Constitución y principios generales, porque no todo principio de la Constitución es un principio general, pero la mayor parte de los principios generales están contenidos en la Constitución.

Afirma Vigo³⁵ que los principios del derecho o principios fuertes o principios en sentido estricto coinciden genéricamente con los llamados Derechos Humanos fundamentales. Con fin clarificador se distingue entre Derechos Humanos o derechos naturales primarios y secundarios, correspondiendo a los primeros el carácter de fundamentales, y que son reconocidos como principios del derecho. A este respecto es

³⁴ Bidart Campos Germán :” La interpretación y el control constitucional en la jurisprudencia constitucional”, Ediar, 1994, pág.231.

³⁵ Vigo Rodolfo L.:” Los principios jurídicos”, Depalma 2000, pág.62..

la vinculación de los Derechos Humanos fundamentales con los bienes humanos, que son el contenido de aquellos.

Nos dice Alice³⁶ que ni la escritura ni la codificación de los principios generales alteran la calidad de tales, ni agota la totalidad de los principios, porque son mucho más los que los textos contienen en forma explícita. Además tienen distinto alcance, porque algunos son privativos y otros compartidos, pero no alteran su naturaleza intrínseca en cuanto son fundamento del orden jurídico.

Basta con repasar el texto constitucional de los artículos 5,27,28,33,37,y 75 inc.12 y 19 para corroborar que el sentido dado a la palabra principio se ajusta al contenido de los de los conceptos ya expuestos.

A título ilustrativo se pueden enumerar los siguientes principios jurídicos compartidos con el derecho civil:

- a) el de reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona humana, del reconocimiento uniforme de los derechos civiles y sociales a todos los habitantes incluyendo a los extranjeros, de igualdad de derechos fundamentales, de exclusión de los fueros personales y títulos de nobleza, de prerrogativa de sangre y de nacimiento, de igualdad jurídica, de inviolabilidad de la privacidad, de inviolabilidad de la propiedad, de la seguridad jurídica
- b) con el derecho procesal, el de igualdad ante la ley, juez natural, inviolabilidad de la defensa en juicio, etc.

A los principios generales del derecho se le asigna una triple función: a) informadora del ordenamiento jurídico. Consecuentemente toda norma que recepciones un contenido lesivo a esos principios merece la tacha de inconstitucional; b) normativa, pues actúa como fuente de derecho en caso de laguna legal; c) interpretadora, porque operan como criterios orientadores del juez y del intérprete aún cuando no haya una norma expresa que regule el caso.

PRINCIPIOS JURIDICOS DE LAS CONVENCIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS

El tejido relacional de los valores principios y derechos está anclado dentro de un finalismo constitucional que es el horizonte de los fines, confiriendo sentido unitario al sistema constitucional, a pesar de lo desprolijo de su sanción al incorporar en el inciso 22 del art75, dentro de las atribuciones del Congreso , los once tratados sobre Derechos Humanos.

Si bien dentro de la Constitución se ha creado otro sistema dogmático de principios garantías y derechos, a pesar de la existencia de la parte dogmática tradicional, como han constituido los once tratados, no deja por ello de ser una aptitud favorable a la consagración humanista, por cuanto giran en torno o tienen por centro a la persona humana.

En consecuencia este sistema de Derechos Humanos establecido en el inc.22 del art.75 de la Constitución Nacional se apoya en determinados principios que fluyen de tales tratados, no de una manera orgánica, aunque parte de esa organicidad lo

³⁶ Alice Beatriz L.:” Los principios generales del Derecho Constitucional Argentino”, en :”Los valores en la Constitución Argentina”, coordinadores:Bidart Campos Germán J. y Gil Domínguez Andrés, Ediar, 1999, pág.67 y ss.

constituye la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

En ese documento encontramos principios jurídicos que sustentan el reconocimiento de la persona humana y su protección, como serían : el derecho a la vida, a la integridad física, síquica y moral, a la libertad y seguridad, a la dignidad, privacidad, honra y reputación, a la libertad de pensamiento y de expresión, a la libertad de conciencia y de religión, a fundar una familia y la protección de los hijos.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales encontramos los siguientes principios jurídicos: a trabajar, a la seguridad social, a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la educación, a la participación de la vida cultural.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien se asienta en algunos principios que ya fueron reconocidos en el pacto de San José de Costa Rica, encontramos otros como: el de circular y escoger su residencia, el de reconocimiento de su personalidad jurídica, el de igualdad y no discriminación.

PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención de los derechos del niño parte de la perspectiva que al niño se lo debe proteger dentro de su inserción en la familia, y que para estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad, debe ser educado en los ideales de los derechos fundamentales, y en particular en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Dentro del complejo axiológico de los valores, principios y derechos, los principios jurídicos en que se apoyan los derechos se encuentran positivizados en la Convención, por lo que los mismos se identificarán con los derechos. Por tal razón basta para ello mencionar a los derechos. Así encontramos: el derecho a la protección y asistencia apropiada para restablecer la identidad del niño; a la no separación de sus padres; a la efectividad de los derechos reconocidos por la Convención; al derecho a la vida; al disfrute de su más alto nivel posible de salud; a preservar su identidad, nacionalidad, nombre; al derecho a su privacidad; al derecho de acceso a la información; de protección contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluso el abuso sexual; al derecho de los beneficios de la seguridad social. Cuando estén en condiciones de formarse un juicio propio, se reconoce el derecho de expresar libremente su opinión, a la libertad de pensamiento, de conciencia, de religión, de su educación, a la enseñanza superior sobre la base de la capacidad; al derecho a ser preparado para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; al descanso y esparcimiento; a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social; a la protección contra todas las demás formas de explotación perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar;

así como el derecho de respetar todas las normas del derecho internacional humanitario que le sean aplicables en los conflictos armados.

Para el supuesto de haber infringido leyes penales, el derecho a ser tratado de manera acorde con su dignidad; al establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales.

LA NUEVA DOGMÁTICA

Con una perspectiva basada en la Constitución y las Convenciones y Tratados Internacionales incorporados a la Constitución, resultan actualmente inadecuados muchos de los principios jurídicos contenidos en el Código Civil, por ello, a fin de actualizar la normativa privada, es necesario pensar en una nueva dogmática que priorice sobre todo a la persona humana, desde un punto central, alrededor de la cual partan las distintas previsiones.

Fácil es detectar algunos principios que han sido rectores en el Código Civil, tales como la asimilación de la persona a ser un sujeto económico, que transitaba por el derecho como precursor de transformaciones materiales que repercutían sobre los bienes, y que por cierto determinada una dimensión muy disminuida de la persona. Prácticamente se la identificaba a la persona por su rol patrimonial. El derecho moderno ha superado esta disminución de la personalidad, muy propia del derecho romano, que necesitaba la conjunción de los tres estados para ser considerado persona (estatus libertatis, estatus civitatis y estatus familiaris).

Nada más claro acerca de la concepción de la persona en el derecho actual que lo expresado en el párrafo 2 del art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice: “ Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Igualmente este reconocimiento ha sido precedido por la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que dispuso en su art. 6º que:” todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Adviértase que es un documento mundial el que declara el reconocimiento de la personalidad jurídica a todo ser humano, por lo que no se puede bastardear un reconocimiento tan categórico a nivel internacional. Esto significa que las normas en cuestión son doblemente obligatorias porque en primer lugar está contenida en una declaración mundial, y en segundo lugar porque es derecho interno constitucional. Existe entonces una doble imposición ineludible, que en caso de trasgresión puede ser ventilada en tribunales internacionales como son :” La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, y la “Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Ya no se puede aceptar el rol patrimonial que le discierne el art. 30 del Código Civil a la persona al decir que: “ son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones “, porque estaríamos retaceando la dimensión humana, que es integral y completa, y que tiene trascendencia jurídica en razón del reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona humana.

Bien lo reafirma la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando en el cierre de su normativa dispone que:” nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a

una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración”.

Corolario contradictorio de lo que venimos analizando es la negación de la personalidad jurídica de las personas cuando el Código Civil declara a los menores impúberes y a los dementes incapaces absolutos. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el Pacto de San José de Costa Rica han reconocido la personalidad jurídica de las personas, por lo que no cabe que aquellos sean incapaces absolutos. Tendrán una capacidad restringida, a lo sumo una semi incapacidad, pero no perder en forma absoluta su personalidad.

Con respecto a la persona por nacer, que también el código lo declara incapaz absoluto, no se trata en la especie de una incapacidad sino de una suerte de personalidad incompleta en razón de estar en un proceso de constitución, y de una personalidad dependiente que culminará en la separación de esa dependencia.

Otros cambios también se han operado en el derecho privado con respecto a la concepción del contrato, que no es ahora resultado exclusivo de la autonomía de la voluntad, sino de la intervención en esa autonomía de la voluntad de la ley, imponiendo conductas y limitaciones que otrora no se aceptaban, en protección de los consumidores (las partes débiles en el contrato), y en la intervención y regulación del mercado, ámbito donde se generan los contratos. De esta manera se ha generalizado un tipo de contratación que tiene muy poco de los rasgos de la contratación tradicional, como lo era el hecho que las partes contratantes arreglaban sus intereses particulares a espaldas de la sociedad y sin interesarse sí el contrato podría o nó perjudicar intereses sociales. Hoy día se pretende que el contrato sea solidario con los intereses de la sociedad, y no sea un negocio egoísta.

También ha cambiado la sistemática del derecho civil como derecho común. Ya no se identifica con el código civil porque lo ha desbordado. Se asienta en los derechos fundamentales, y de ahí parten en un pluralismo normativo de protección de la persona, compatible con los principios constitucionales ya reseñados. Se vive un proceso de descoficación, que como tal resulta asintomático sí partimos del código civil.-

La fundación del nuevo sistema radica en priorizar los principios constitucionales y derechos fundamentales consagrados en los once tratados incorporados por el art. 75, inc.22 de la Constitución Nacional. Este núcleo de normas será la nueva base del sistema. Todo lo demás disperso en el código civil y en leyes serán las normas infraconstitucionales que tendrán que someterse a aquel núcleo y ser compatibles, para lo cual cabe recomendar, que como todo sistema, la interpretación que se realice acerca de todas ellas tendrá que obedecer a la nueva dogmática, porque sí resultan totalmente contradictorias quedarán derogadas tácitamente.-

LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

En el fallo dictado por la sala 1° de la Cámara Nac.Civ. y Com.Federal en la causa: Defensoria del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Edesur S.A.³⁷, se sostuvo que el supuesto se trataba de un reclamo que tiene por finalidad la

³⁷ Fallo del 16/3/2000-J.A.2000-I, pág.223.-

reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados, que es exclusivo de cada usuario. No se está ante un derecho de incidencia colectiva con el alcance que le otorga el art. 43 de la C.N. para legitimar al defensor del pueblo, desde que no se reclama el restablecimiento del servicio público ni su eficaz funcionamiento, garantizado en el art.42 de la C.N.a todos los usuarios en general.-

También se aclaró en dicho pronunciamiento que el hecho que tuvo por característica afectar en forma masiva a los usuarios del servicio público de electricidad (adviértase que el corte de energía eléctrica tuvo incidencia inicial en mas de 155.000 usuarios) no modifica lo expuesto habida cuenta que la intención del constituyente ha sido la de crear una categoría especial de legitimados para circunstancias en donde el dato caracterizante pasa por la proyección del agravio concreto, y no necesariamente por la concurrencia de perjudicados.-

El fallo en cuestión ubica la acción intentada como de daños y perjuicios, esencialmente patrimonial, y por lo tanto el perjuicio a discernir corresponde a cada usuario individualmente, por lo que el corte de energía eléctrica no ha determinado una afectación colectiva de los mismos como hubiera sido el supuesto indicado en el mismo fallo, que el agravio se hubiera extendido a todos por igual. No encuadra el supuesto a una acción de incidencia colectiva reglada en el art.43 de laC.N. porque se está reclamando daños que afectaron a cada uno de los usuarios, y no los que cabría en caso de haberse intentado una acción colectiva cuyo carácter sería eminentemente preventiva.-

No obstante considerar el tribunal que la acción intentada no encuadraba en un supuesto de incidencia colectiva, interpreta que el hecho en sí tenía repercusiones colectivas, aun cuando los derechos reclamados fueran individuales, por lo que reconoció la responsabilidad de Edesur en el evento, pero en lo que respecta a los daños y perjuicios que pudieron sufrir los usuarios afectados por la interrupción del servicio de energía eléctrica, expresó que aquellos que se considerasen con derecho, podrán ocurrir ante los tribunales correspondiente y por la vía que estimen pertinente, o que en cada caso se fije de acuerdo con las particularidades que cada uno pudiera presentar.-

Lorenzetti³⁸ al comentar el fallo ubica la acción entablada en los intereses plurindividuales homogéneos. Al respecto explica que el interés es individual, la legitimación es individual, pero el interés es homogéneo y susceptible de una sola decisión. Puede haber- agrega-también muchos individuos interesados en la misma cosa, por ejemplo cuando un jubilado reclama reajuste de su haber, y el juez le da la razón, pudiendo haber miles en la misma situación. Los bienes individuales homogéneos permanecen en el campo de los derechos individuales, pero su pasividad perturba un modelo pensado para administrar conflictos individuales. Los problemas en este campo son básicamente de administración

³⁸ Lorenzetti Ricardo Luis: “Daños Masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, J.A.2000-II, pág.238.-

de justicia y orientados a garantizar el acceso de grandes grupos de dañados a una solución pronta y eficaz.-

En la búsqueda de un proceso colectivo propio, que no sea el calco del modelo americano-que exhibe algunas fisuras-se ha propuesto circunscribir el contenido de la *class action* a la atribución de responsabilidad del demandado, y en caso de quedar ella acreditada, reservar a procedimientos particulares la etapa de liquidación de daños³⁹, que con mucha aproximación ha concretado el fallo que venimos comentando. Y ello ocurre porque la naturaleza de tales acciones denotan primordialmente un carácter preventivo.-

Galdós⁴⁰ comentando el fallo sostiene que los daños sufridos por los usuarios con el corte de energía eléctrica no es de incidencia colectiva en los términos del art.43 de la C.N. toda vez que, cada damnificado sufre un daño cierto y personal, que desplaza o margina al de los restantes. No se produjo un daño único, global e indivisible, sino que cada víctima es titular subjetivo de una porción o fracción de ese perjuicio. Así pese a la ausencia de soporte normativo adjetivo, felizmente reconoce efectos erga omnes a ese pronunciamiento, difiriendo para un ulterior proceso, la determinación y cuantificación de cada daño, poniendo a cargo de la actora notificar en forma extrajudicial el fallo favorable.-

Contrariamente a lo expresado precedentemente, estimamos se trata de una acción de incidencia colectiva, y el fallo ha dictado su resolución en el ámbito de dicha incumbencia, porque determinó que la responsabilidad en el evento frente a los usuarios ha sido de la demandada. No podría esperarse otro resultado porque el carácter de la acción es preventiva. La liquidación de los daños particulares de cada usuario corresponde a otra etapa, ajena por cierto al proceso colectivo, que será la determinación de cada daño de acuerdo a las circunstancias que acompañaron en cada caso el corte de energía eléctrica.-

Expresa Lorenzetti⁴¹ refiriéndose al art.42 de la Constitución Nacional que la configuración normativa de este derecho no se subordina al patrimonio, sino a su protección. Conforme a ello, no se trata de que el patrimonio no sufra disminuciones, porque ello inhibirá al consumidor de asumir obligaciones, ni tampoco significa que no puede ser sometido a una ejecución judicial. El bien jurídico tutelado es la protección, es decir, que los organismos del Estado organicen un sistema protectorio. Por esta razón es que numerosas leyes traen una regulación con este título, en la que se incluyen normas, generalmente prohibitivas. En consecuencia la cuestión es donde ubicar esta protección.-

No puede darse a dicha sentencia otro carácter que el de preventiva, porque de ella no puede surgir título suficiente para ser ejecutado judicialmente. En esto se asemeja con la sentencia meramente declarativa, pero se diferencia en que ese derecho puede ser realizado en otro procedimiento que sea continuación en lo que respecta a los derechos reconocidos. No obstante se aprecia las dificultades

³⁹ Galdós Jorge M. "Ausoiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo", J.A.2000-II, pág. 250.-

⁴⁰ Galdós, ibidem.pág.253.-

⁴¹ Lorenzetti Ricardo Luis, "Consumidores", Rubinzal Culzoni 2003, pág.125.-

que provoca estas situaciones frente a un procedimiento que no está preparado para el ejercicio de los derechos colectivos.-

Debemos reconocer que en esta materia hay bastante comprensión de los jueces, que han admitido demandas sobre derechos colectivos de los consumidores, cuando que la normativa procesal administrativa y judicial no habla de ello. Parecería que la influencia brasileña en este aspecto ha sido gravitante toda vez que el código de defensa del consumidor ha incorporado en su plexo normativo la defensa en juicio de los intereses y derechos individuales o colectivos de los consumidores.-

LA PROTECCION DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL BRASIL

El código de defensa de los consumidores, ley 8.078, distingue en cuatro capítulos las normas de protección procesal del consumidor. El primero, relativo a los aspectos generales de protección del consumidor en juicio. El segundo tratando las acciones colectivas para la defensa de los derechos individuales homogéneos. El tercero respecto a acciones específicas de responsabilidad civil de los productores, y por último el cuarto versa sobre la cosa juzgada. En esta última parte realiza el código de defensa uno de las grandes cambios en el aspecto procesal, que es la extensión de los efectos de la cosa juzgada. El modelo brasileño de protección procesal del consumidor se fusiona con el modelo europeo, que da énfasis al rol de las asociaciones y del propio ministerio Público en la interposición de acciones colectivas, similar al modelo norteamericano de defensa de los derechos individuales homogéneos⁴².-

Denjamin señala al respecto que estas normas han tenido un profundo impacto en el proceso civil. En primer lugar porque borran la tradicional perspectiva individualista del proceso, permitiendo la tutela simultánea de grandes contingentes o lo que es lo mismo de un número indeterminado de personas titulares de intereses reconocidos.. De la misma manera impone al juez un papel activo en el proceso, ampliando sus poderes instructorios, en la determinación de la carga de la prueba, así como señalando de su libre convencimiento el valor de las pruebas producidas⁴³.-

LA PROTECCION EN EL CONTRATO

Lorenzetti⁴⁴ también menciona que la protección se da contractualmente cuando se trata de cláusulas abusivas. Este último aspecto pertenece al derecho contractual moderno, que ha establecido standards jurídicos basados en el

⁴² Benjamín Antonio Hernán : “Comentarios ao código de Defesa do Consumidor” 2ª eddición-Revista dos Tribunais-2006-pág. 973.-

⁴³ Benjamín, ibidem.-

⁴⁴ Lorenzetti, ibidem.-

principio de la buena fe, para la protección del consumidor en una relación de desequilibrio que es dado en llamar relación de consumo. El derecho preventivo en esta materia estaría dado por considerar inexistente a la cláusula abusiva, conforme dispone el art.37 de la ley 24.240.-

No obstante la opinión de la doctrina mayoritaria, el acto inexistente tiene cabida en nuestra legislación por así establecerlo varias leyes, aunque la carta de ciudadanía lo ha dado la ley 24.240. En materia de contratos el acto inexistente sería aquel que carece de los elementos esenciales, como ser el consentimiento, el objeto y la causa. Si bien la capacidad es un presupuesto del consentimiento y la forma, que no puede faltar en el contrato, es también presupuesto del consentimiento⁴⁵.-

La inexistencia es un no acto, vale decir, un hecho meramente material que no alcanza la categoría de contrato por carecer de alguno de los elementos esenciales. En la ley de defensa del consumidor, la noción de cláusula contractual que se tiene por no convenida implica claramente a la teoría de la inexistencia.-

Al tenerse a la cláusula por no convenida, se trata, antes que de su nulidad, de su inexistencia. Por lo tanto la cuestión queda útilmente planteada no bien el consumidor introduce la pretensión de inexistencia de la cláusula, sin que tenga necesidad de accionar mediante una demanda en los términos del art.330 del cod.procesal⁴⁶.-

Cabe también señalar que la inexistencia es una situación, que no requiere en principio intervención del juez, en cambio la nulidad, al ser una sanción de la ley necesita pronunciamiento judicial. El consumidor no necesita de la declaración judicial para dejar sin efecto la cláusula, dado que la propia ley ya lo hace.-

De esta manera el consumidor celebrará el contrato sin esa cláusula. El decreto reglamentario determina que la autoridad de aplicación de la ley notificará al proveedor que haya utilizado cláusulas prohibidas por el art.37 de la ley que ellas se tienen por no convenidas, y lo emplazará a notificar de tal circunstancia al consumidor, de manera fehaciente y en el término que fije la autoridad, pudiendo ser sancionado conforme al art.47 de la ley 24.240. Esta notificación posibilita que el consumidor no celebre el contrato con dichas cláusulas, o que, si ya lo ha celebrado, promueva acciones legales fundadas en la inexistencia de ellas, porque puede ocurrir que la descalificación sea a posteriori. De manera que la normativa del caso, cuando se advierta que la cláusula es inexistente, significará sin lugar a dudas un derecho preventivo en manos del consumidor, que evitará los daños que pudieron acarrearle el cumplimiento de la cláusula abusiva.-

Lo que se busca con el control preventivo es que las autoridades públicas que tengan a su cargo el control y aprobación de las condiciones generales, a pedido

⁴⁵ Mosset Iturraspe Jorge: “ Contratos” Ediar, 1991, pág.45.-

⁴⁶ Alterini Atilio Aníbal: “Contratos”, citado por Rinessi Antonio Juan: “ Relación de Consumo y derechos del consumidor”, Astrea 2006, pág.259.-

de la autoridad de aplicación de la ley 24.240 tomen las medidas necesarias para la modificación de los contratos tipo de acuerdo con lo preceptuado por el estatuto del consumidor⁴⁷.-

EL CONTROL PREVENTIVO

El control preventivo establecido por el art. 38 y 39 de la ley 24.240, faculta a la autoridad de aplicación a vigilar que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el art. 37 de la misma ley.

Farina plantea que los problemas que se pueden presentar en los contratos de adhesión serían:

- a) en determinar hasta que punto puede decirse que quien entra en relación con la empresa y se adhiere a las condiciones prefijadas ha tenido conocimiento de ellas y otorga, respecto de su contenido, un verdadero consentimiento y en consecuencia celebra un genuino contrato;
- b) en que aun cuando el consumidor haya tenido conocimiento de todo su contenido, podrá, no obstante, impugnar las cláusulas que violen las prohibiciones del art.37;
- c) en que existen reglas que imponen una intervención del poder público, sometiendo determinadas condiciones de la contratación por adhesión a la previa aprobación del organismo administrativo pertinente (por ej: en materia de seguros, transporte público, servicio telefónico, planes de ahorro previo para fines determinados).-

Wajntraub⁴⁸ se muestra desconforme con la resolución 26/2003 de la Secretaria de Coordinación Técnica que dispone de manera genérica que los contratos de consumo no podrán incluir cláusulas de las descriptas en el anexo que la complementa, ni otros que infrinjan los criterios establecidos por el art.37 de la ley de defensa del consumidor, es decir se prohíben las cláusulas abusivas y ambiguas en los contratos de consumo, lo que no implica nada nuevo, con excepción de que la casuística que surge del mencionado anexo puede llevarnos a una dimensión distinta en lo que hace a la interpretación de los criterios del art.37. La solución a todos estos interrogantes, concluye, se encuentran en el propio artículo que se pretende reglamentar, ya que el art.38 de la ley de defensa del consumidor dice que es la propia autoridad de aplicación quien vigilará que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas o ambiguas –

En el sistema económico capitalista existen y se conocen desde siempre situaciones de disparidad de poder económico. Es más, la propia dinámica del sistema concurrencial tiende, a la larga, a generar nuevos núcleos de poder económico y a incrementar el de los existentes.-

⁴⁷ Wajntraub Javier H. “Protección Jurídica del Consumidor”, Lexis Nexos-Depalma, pág.216.-

⁴⁸ Wajntraub, ibidem, pág.205.-

El hecho que la competencia no lleve ni pueda llevar a cabo un efectivo control del nivel de calidad de las condiciones generales halla legitimación para que se realice el control de contenido de las condiciones generales de la contratación, a los efectos de evitar que la actividad contractual, que es estructural en el mercado, logre recuperar el equilibrio que sustentan los negocios en la composición de los intereses comprometidos.-

Este derecho que puede ser ejercido prematuramente y que le compete al Estado, evitará que el sujeto considerado con debilidad estructural pueda eludir aspectos que podrán comprometerlo en un mayor desequilibrio y atenuar de esta manera la amenaza de lesión o perjuicio a sus intereses.-

El código de defensa del consumidor Brasileño consagra como un derecho del consumidor en el art.6 de la ley 8.078, el acceso a los órganos judiciales y administrativos con vista a la prevención o reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos o difusos, asegurando la protección jurídica, administrativa o técnica a los necesitados.-

Sobre el particular se expresa que incumbe al Estado de Derecho proteger la vida, la salud y seguridad de cualquier miembro de la comunidad nacional, sea o no consumidor. El referido código no se limita tal encargo a los consumidores. Procura siempre evitar los riesgos que ocurren especialmente en la relación de consumo donde se pueden ver afectados la vida o el patrimonio del consumidor⁴⁹.-

Este derecho preventivo que asume el Estado, debe ser ejercido con criterio que permita devolver al contrato o a la relación de consumo su adecuado equilibrio. Evitando en buena medida que la superioridad del proveedor perjudique los intereses del consumidor.-

Volviendo a la reglamentación del art.37 de la ley 24.240, parece poco probable que se pueda instalar un procedimiento preventivo eficaz para estas cuestiones toda vez que en el art.2 del reglamento, que apunta a los casos de contratos ya vigentes y que puedan contener cláusulas que se entiendan abusivas, se encargó a los proveedores remuevan esas condiciones en los contratos y notifiquen a los consumidores en un determinado plazo, porque de este procedimiento no se puede esperar resultados positivos, desde que los propios infractores de la ley son los que van a corregir esos abusos. Es bastante improbable que quienes han cometido el abuso sean los que lo supriman.-

Sin perjuicio de la crítica al art.2° de la resolución 53 de la Secretaría de Defensa del Consumidor que comentábamos, la disposición que tiene carácter preventiva, alcanza a todos aquellos contratos con cláusulas abusivas, en que si bien los sujetos no están determinados pero pueden determinarse, los derechos que han sido afectados son derechos homogéneos.-

Es bastante esclarecedor lo determinado en el art.38 de la ley 24.240, porque encarga a la autoridad de aplicación la vigilancia que los contratos de adhesión o

⁴⁹ Saad Eduardo Gabriel: “ Comentarios ao código de defesa do consumidor”, editora LTr So Paulo-1999, pág.158.-

similares, no contengan cláusulas abusivas, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la otra contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido. La resolución 53/2003, aunque con una directiva impropia, era resultado de la aplicación de la acción de incidencia colectiva, con carácter preventivo.-

En el caso resuelto por la Cámara Nac.Comercial, sala E, del 10/5/2005⁵⁰, por la cual la actora demandó a la Banca del Lavoro, ejerciendo una acción en defensa de intereses colectivos deducida por quien resulta ser la autoridad de aplicación en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires de la ley de defensa del consumidor.-

“Se trataba de una acción de amparo en defensa de los intereses y derechos de incidencia colectiva de los consumidores y usuarios prevista por el art.43 de la CN.y 52, parágrafo.2º ley 24.240, que admite la procedencia de estas acciones en cabeza de la autoridad de aplicación nacional o local. De su lado el decreto reglamentario 1798/94 establece que para poder reclamar judicialmente se debe requerir a las asociaciones de consumidores carta poder, exceptuándolas de tal requisito en aquellos casos en que actuaren en defensa de los intereses generales de los consumidores.-En consecuencia, se sostuvo en el caso, que no cabía duda que la actora poseía interés suficiente para demandar tanto el cese del cobro del cargo reputado ilegítimo, como la restitución de lo cobrado por dicho concepto, en tanto resultaba responsabilidad primaria de la Dirección General de Defensa y Protección del consumidor vigilar el cumplimiento de la ley 24.240 de defensa del Consumidor y ley 22.802 de lealtad comercial, para la defensa de los consumidores, industriales y comerciantes, diseñando, proponiendo y ejecutando actividades tendientes a la efectiva protección del consumidor”.-

“La legitimación de la actora deriva entonces del cumplimiento de una de las finalidades para las que fue creada, de modo que cabe concluir que posee interés legítimo, y por ende, aptitud para accionar en defensa de los consumidores de esta ciudad”.-

Se trataba de la imposición del banco, en la cuenta de sus clientes por el cargo de “diferir pago” que no estaba contractualmente convenido, y la notificación que previamente se hizo en la cuenta de sus clientes implicaba una modificación unilateralmente decidida por la entidad bancaria; pero además se trataba de un cargo cuyo cobro estaba expresamente prohibido por el Banco Central de la República Argentina, establecida en las normas sobre tasas de interés en las operaciones de crédito.-

En dicho fallo se adujo de la imposibilidad de cumplir el mandato judicial acerca de la devolución de las sumas de dinero liquidadas bajo tal concepto, a lo que se dijo que no se apreciaba óbice para que la prestación se concrete, desde que la entidad bancaria puede utilizar el mismo canal del que se ha servido para percibir los cargos, esto es, las cuentas de sus clientes.-

⁵⁰ Causa: Dirección General de Defensa del Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Banca Nacionales del Laboro S.A. J.A. 2005-II, pág.302.-.-

El fallo determinó que la Banca del Lavoro restituyera a sus clientes el cargo ilegítimamente percibido. Se trataba en consecuencia de impedir que se siguiera generando tal débito, perjudicando a todos los clientes del banco. En el caso se daba la incidencia de un interés colectivo, que si bien era individual, resultaba homogéneo a todos los clientes, y por lo tanto alcanzaba por ende a todo el sector. Su carácter preventivo estaba signado por el mandato judicial que disponía el cese de ese cargo y la devolución del mismo por los canales propios de la misma institución.--

En otro fallo de la Cámara Nac. Contencioso Administrativo Federal, sala 2° del 15/6/2005⁵¹ se sostuvo que aparece suficientemente acreditada la legitimación de una asociación para reclamar en juicio la nulidad del decreto de necesidad y urgencia 558/2002, por el que se modificó la ley 20091, permitiendo que las aseguradoras, ante situaciones de iliquidez transitoria, realicen o constituyan deuda subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguro, si la entidad amparista estuviera inscripta en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores y dentro de sus objetivos estuviera el de defender y representar a los consumidores ante la justicia. Por tal razón se dijo que correspondía confirmar la inconstitucionalidad del derecho de necesidad y urgencia 558/2202 por el que se modificó la ley 20091, permitiendo que las aseguradoras, ante situaciones de iliquidez transitoria, realicen y constituyan deudas subordinada a los privilegios generales y especiales derivados de los contratos de seguro, si el estado de emergencia invocado en los considerandos de la norma impugnada no revistiera el carácter de excepcional en grado tal de hacer imposible el trámite legislativo.-

Las disposiciones del decreto 558/2002 fijó un plan con un conjunto de mecanismos no contemplados en la ley y que importaban una clara afectación de los derechos constitucionales de los consumidores, asegurados y acreedores. Autorizó la cesión de cartera, sin exigir la publicidad de la decisión, la exclusión del patrimonio de la entidad de determinados activos, la imposibilidad de iniciar actos de ejecución forzada sobre los activos excluidos, y de trabarse medidas cautelares sobre dichos bienes. También estableció que los jueces deberán ordenar el inmediato levantamiento de los embargos y/o inhibiciones generales trabado contra aquellos. Asimismo dispuso que los actos autorizados, encomendados o dispuestos por la autoridad de control que importen transferencias de activos y pasivos, no están sujetos a autorización judicial ni pueden ser reputados ineficaces respecto de los acreedores de la entidad aseguradora que fuere propietaria de los activos excluidos, aun cuando existiera un estado de insolvencia anterior a la exclusión.-

Las modificaciones introducidas a la ley de la materia por el decreto de referencia traducen un apartamiento de los derechos y garantías reconocidos por los arts.14,17,18,y 42 de la Constitución Nacional.-

⁵¹ Causa." Consumidores Argentinos c/ Estado Nacional", J.A.2005-III, pág.766.-

La sentencia que recayó en el supuesto declaró la inconstitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 558/2002, que modificó la ley 20.091 de entidades de seguro y su control.-

LA ACCION DE INCIDENCIA COLECTIVA INTERPRETADA POR LA CORTE SUPREMA

En el caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Consumidores Libres Cooperativa de Provisión de Servicios y Acción comunitaria c/ Estado Nacional”⁵², se dijo que: “ la Constitución Nacional reconoce legitimación para promover la acción de amparo, a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa por el acto u omisión que en forma actual o inminente, lesione, restrinja o altere, con arbitrariedad o legalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley”.-

“Que la incorporación de intereses generales o difusos a la protección constitucional, en nada enerva la exigencia de exponer como tales derechos que se ven lesionados por un acto ilegítimo o porque existe amenaza de que ello suceda, a efectos de viabilizar la acción de amparo. En dicha tarea será relevante determinar si asumiendo la justicialidad del caso, un pronunciamiento favorable al demandante podría reparar el daño invocado, teniendo en cuenta que un daño es abstracto cuando el demandante no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos y tampoco puede fundar su legitimación para accionar en el interés general en que se cumplan la Constitución y las leyes “.-

“El nuevo art.43 reconoce legitimación para promover la acción de amparo a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto o la omisión en los supuestos por ella determinado, pero de esa ampliación constitucional de los sujetos a quienes se reconoce legitimación procesal no se sigue la aptitud para demandar sin que exista cuestión susceptible de instar el ejercicio de la acción. De otro modo, admitir la legitimación en un grado que la identifique con el generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del gobierno, deformaría las atribuciones del Poder Judicial en sus relaciones con el Ejecutivo y con la Legislatura y lo expondría a la imputación de ejercer el gobierno por medio de medidas cautelares”.-

Esta apertura del Supremo Tribunal significa que: a) a través del amparo se viabilizan las acciones de incidencia colectiva que consagra el art.43 de la Constitución Nacional; b) que el ejercicio de la función jurisdiccional requiere que los litigantes demuestren la existencia de un perjuicio-la afectación de un interés jurídicamente protegido-de orden personal, particularizado, concreto y además susceptible de tratamiento judicial; c) que la incorporación de los derechos protegidos por el art. 42 de la CN. en nada enerva la exigencia de

⁵² J.A.1998-IV-pág.38.-

exponer como tales derechos se ven lesionados por acto ilegítimo o porque existe seria amenaza de que ello suceda, a efectos de viabilizar la acción de amparo; d) los demandantes deben demostrar que la norma impugnada les causa un perjuicio directo, real y concreto-actual o en ciernes- que transforme la cuestión en judicial.-

En el caso que las asociaciones que tengan por finalidad la tutela de los derechos de incidencia colectiva, la legitimación para estar en juicio en defensa de esos derechos, es clara. Abarca asociaciones de cualquier tipo, en la medida que se encuentre definida su finalidad institucional en sus estatutos, los cuales no podrá imponer restricciones tales que termine por afectar la tutela estructural que subyace en la legitimación⁵³, conforme lo establece el art. 55 de la ley 24.240.-

LA ACCION PREVENTIVA DEL ART. 52 DE LA LEY 24.240

El art.52 de la ley 24.240 establece que el consumidor podrá ejercer acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. Al hablar de intereses amenazados, afirma Peyrano⁵⁴, consagra claramente la posibilidad de promover acciones preventivas del consumidor, como lo ha entendido la doctrina autoral.-

El derecho de daños, acota Saux⁵⁵, esa singular rama de la responsabilidad civil que cada vez más se perfila con matices propios en un proceso de permanente ensanchamiento de sus fronteras, ha superado el tiempo egoísta para adentrarse en el tiempo social y dentro de él se afirma nítidamente la idea de la prevención, que tiende en adelantarse temporalmente a la causación del daño para neutralizar el disvalioso efecto que individual o socialmente genera. No hay mejor reparación de un perjuicio que su propia evitación.-

La ley 24.240 no solo brinda al consumidor tutela contra la violación del precepto jurídico, sino también tutela por la simple amenaza de lesión de sus derechos subjetivos sustantivos. Esa tutela preventiva deviene impuesta, no solo para evitar el daño futuro que podría sufrir el propio consumidor, sino también el daño que eventualmente podría alcanzar a otros usuarios y sujetos difusos. Saliendo del molde clásico, según el cual la jurisdicción interviene con carácter sancionatorio y una vez violado el derecho, la ley de derechos del consumidor establece una suerte de jurisdicción preventiva, tendiente a eludir la transgresión del orden jurídico, a condición de que el derecho se halle amenazado⁵⁶.-

Si a ello se agrega la legitimación de las asociaciones para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, resulta palmaria la amplitud de la institución preventiva, ya que la misma tanto

⁵³ J.A.2002-II-pág.1.-

⁵⁴ Peyrano Jorge W. "La acción preventiva:.....J.A.2002-II-pág.995.-

⁵⁵ Saux Edgardo I.:"La acción de daño temido como mecanismo preventivo del perjuicio todavía no causado", J.A.1994-III-pág.708.-

⁵⁶ Peyrano Jorge W. ibidem, pag.995.-

se puede canalizar a través del usuario afectado, como a través de las acciones de incidencia colectiva que norma el art.43 de la CN.-

SIGNIFICADO SOCIAL, POLITICO Y JURIDICO DE LA TUTELA JURISDICCIONAL COLECTIVA

Pellegrini Grinover⁵⁷ explicaba el significado social, político y jurídico del tema con respecto a los intereses difusos, que Watanabe⁵⁸ lo extiende a los derechos de los consumidores. Partiendo de los intereses difusos nacidos en los años 70 en Italia, donde se discutían los aspectos fundamentales, destacando con precisión las características que lo distinguen: indeterminados en cuanto a su titularidad, indivisibles en cuanto a su objeto, colocados a medio camino entre los intereses públicos y privados, propios de una sociedad de masa, resultado de conflictos sociales de masa, cargados de relevancia política y capaces de transformar conceptos jurídicos estratificados, como la responsabilidad civil por los daños causados en lugar de la responsabilidad civil por los perjuicios sufridos, como la legitimación, la cosa juzgada, los poderes y la responsabilidad del juez y del ministerio público, como también el propio sentido de la jurisdicción, la acción y el proceso.-

“En poco tiempo tornóse clara la dimensión social de estos intereses. Surgía una nueva categoría política y jurídica extraña a los intereses públicos y privados, entendidos como aquellos que se hacen valer en relación con el Estado, de que todos los ciudadanos son partícipes (intereses de orden público, seguridad pública, educación) y que suscitan conflictos entre los individuos y el Estado”.-

En el Brasil esta transformación se llevó a cabo mediante la ley ambiental N° 6.938 del año 1981, la ley 7.347 de 1985 denominada acción civil pública destinada a tutelar el medio ambiente y el consumidor. La Constitución de 1988 elevando a nivel constitucional la defensa de los intereses difusos y colectivos sin limitación en cuanto a materia. Y finalmente el código de defensa del consumidor (ley 8.078 del año 1890).-

El sistema jurídico brasileño sobre la tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos han ejercido influencia en algunos ordenamientos de América Latina, tales como en Argentina, y Uruguay, introduciendo en sus respectivas legislaciones la defensa de los intereses difusos y colectivos, y en especial en la legislación argentina sobre las relaciones de consumo.-

En el sentido apuntado hay una similitud normativa entre el art.42 de la Constitución Nacional (reforma del año 1994) en cuanto dispone que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos...en condiciones de trato equitativo y digno; con relación al art.4° del código de

⁵⁷ Pellegrini Grinover Ada: “Significado social, político e jurídico de tutela dos intereses difusos”-Rio de Janeiro, Forense Universitaria, pág.17.-

⁵⁸ Watanabe Kazuo: “Codigo Brasileiro de Defesa do Consumidor”, Forense Universitaria.8° edicao –Rio de Janeiro 2005- pág.782.-

defensa del consumidor brasileño (sancionado en el año 1990), disponiendo que la política Nacional de las relaciones de consumo tiene por objeto atender a las necesidades del consumidor con respeto a su seguridad, intereses económicos, mejoramiento de su calidad de vida, como a la transparencia y armonía en las relaciones de consumo.-

A su vez la constitución nacional en su art.43 autoriza la promoción de la acción de los derechos de incidencia colectiva, a los que se refiere el art. 55 de la ley 24.240 cuando autoriza a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas a ejercer acciones cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores; coincidiendo con el art.81 del código de defensa del consumidor brasileño, que autoriza a ejercer la defensa de los derechos de los consumidores a título individual o colectivo.-

Si bien en la última parte del art.42 CN.se recomienda que la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, hasta ahora no se ha cumplimentado este mandato. En cambio el código brasileño se ha detenido en reglamentar minuciosamente el ejercicio de la acción colectiva.-

Sin perjuicio de distinguir entre intereses directos difusos, intereses directos colectivos e intereses directos individuales homogéneos, que inspirado en el modelo norteamericano o bien adaptados a las peculiaridades y condiciones geográficas, culturales sociales y económicas del brasil, el código de defensa brasileño ha reforzado en el art.84, inc.4° y 5° los poderes del juez, confiriéndoles, tímidamente comparado con el sistema norteamericano, facultad de adoptar todas las providencias adecuadas y legítimas sobre tutela específica en las obligaciones de hacer y no hacer, pudiendo en tales casos aplicar multas diarias independientemente del pedido del actor, si fueran suficiente y compatible con la obligación, como así también determinar medidas que sean adecuadas a la obtención del resultado práctico equivalente, si el cumplimiento de las obligaciones no sea posible atendiendo a la tutela específica. Como surge de las disposiciones legales cuando el fallo del juez no tutela las obligaciones de hacer o no hacer no se restringirá a la mera condenación , sino que podrá expedir mandamientos u órdenes que siendo incumplidas, a semejanza de las injunctions del sistema anglosuizo, o la acción inhibitoria del sistema italiano, puedan configurar delitos de desobediencia como actos de violación de la justicia, más que como ofensa de los derechos de la parte contraria, como también la adopción de técnicas de subrogación objetiva subjetiva de las obligaciones que permitan la obtención del resultado práctico equivalente al cumplimiento de las obligaciones⁵⁹.-

El art.81 del código de defensa brasileño señala que la defensa colectiva puede ser ejercida cuando se trate de:

⁵⁹ Watanabe ibidem. Pág.792.-

Intereses o derechos difusos, que son los transindividuales, de naturaleza indivisible que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho;

Intereses o derechos colectivos que son los transindividuales de naturaleza indivisible en que sea titular un grupo, categoría o clase de personas legadas entre si o con la parte contraria por una relación jurídica base;

Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos por surgir de un origen común.-

Un ejemplo de los primeros en la relación de consumo lo constituye la publicidad engañosa o abusiva que afecta a una multitud incalculable de personas, sin que entre ellas exista una relación base. Basta una única ofensa para que todos los consumidores sean alcanzados, como también en el sentido que la satisfacción de uno de ellos, por la cesación de la publicidad ilegal, beneficia contemporáneamente a todos ellos⁶⁰.-

Los intereses o derechos colectivos cuando son considerados transindividuales de naturaleza indivisible en que es titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, esa relación jurídica preexistente es la lesión o amenaza de lesión a los intereses o derechos del grupo. La relación jurídica nace de la propia lesión o amenaza de lesión. Los derechos de los contribuyentes, por ejemplo, un impuesto, constituye un buen ejemplo. Entre el fisco y los contribuyentes ya existe una relación jurídica base, de modo que la adopción de alguna medida ilegal o abusiva, será perfectamente factible la determinación de las personas afectadas por la medida. No se puede confundir esa relación jurídica base preexistente con la relación jurídica originaria de la lesión o amenaza de lesión⁶¹.-

En cuanto a los intereses o derechos individuales homogéneos como desprendimiento de un origen común, éste puede ser de hecho o de derecho. Como observa Pellegrini Grinover⁶² el origen común puede ser próximo o remoto. Lo próximo es inmediato, como el accidente de un avión que afecta a un grupo de personas(los pasajeros). Remota o mediata, como en el caso del daño a la salud imputado a un producto potencialmente nocivo, que puede ser tenido como causa próxima las condiciones personales de uso inadecuado del producto. Cuando más remota sea la causa, menos homogéneos serán los derechos. Sin embargo el origen común puede no ser suficiente para caracterizar la homogeneidad, como sería el caso de un medicamento potencialmente nocivo, que afectaría mas la salud de aquellas personas con deficiencias físicas, en donde será necesario dar prevalencia a la dimensión colectiva sobre la individual⁶³.-

El art.84 del código de defensa del consumidor establece que las acciones que tengan por objeto el cumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer, el juez

⁶⁰ Watanabe ibidem. Pág. 802.-.

⁶¹ Watanabe ibidem. Pág. 804.-

⁶² Watanabe, ibidem.pág. 804.-

⁶³ Watanabe, ibidem. Pág. 806.-

concederá la tutela específica de las obligaciones y determinará las providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al cumplimiento. En su segundo párrafo la norma legal dispone que la conversión de obligaciones de pérdidas y daños será admisible si han sido optadas por el actor o si resulta imposible la tutela específica o la obtención de un resultado práctico correspondiente.-

El comentario señala que el legislador deja claro que no obteniéndose la tutela específica de las obligaciones de hacer o no hacer, lo que importa, más que la conducta del deudor es el resultado práctico protegido por el derecho, y para su obtención el juez deberá dictar todas las medidas legales adecuadas que tenga a su alcance, inclusive, si es necesario, la modificación de los hechos, por acto propio o de sus auxiliares para ejecutar la sentencia⁶⁴.-

En cuanto al segundo párrafo del artículo, señala su comentarista que la conversión de las obligaciones en pérdidas y daños, solamente se dará en último caso, cuando sea jurídica o materialmente imposible la tutela específica o la obtención de un resultado práctico correspondiente, o cuando el propio actor optare por ellas⁶⁵.-

En el párrafo cuarto del mencionado art.84 se dispone que el juez podrá imponer multa diaria al condenado. La medida coercitiva representada por la multa, está concebida para inducir al deudor a cumplir espontáneamente con la obligación que le incumbe , principalmente si es de naturaleza infungible, y no tiene carácter reparatorio. Vale decir tal imposición no perjudica el derecho de crédito a la realización específica de la obligación o al recibimiento del equivalente monetario, y tampoco al establecimiento de los daños y perjuicios. La multa en suma tiene una función coercitiva⁶⁶.-

La ley 24.240 es bastante escueta en lo que se refiere a las acciones judiciales, de manera que las distintas alternativas que puedan ser ejercitadas tendrán que ser interpretadas por la doctrina. Más aún en los casos del ejercicio de las acciones de incidencia colectiva, nos parece de indudable interés el modelo brasileño, que es bastante minucioso en esta materia.-

En el sentido que venimos tratando de la aplicación de multas, derivadas de la ampliación de los poderes del juez en el procedimiento, cabe trasladar esta facultad al juez argentino, toda vez que el derecho sustantivo debe realizarse en la contienda, siempre y cuando no desnaturalice los derechos que se esgrimen de naturaleza colectiva pero individualmente homogéneos.-

Se recomienda que los jueces deben estar bien preparados actualizando constantemente sus conocimientos jurídicos y de otras áreas del saber humano con una perfecta adecuación a la realidad socioeconómica y política en que se encuentran insertados, de tal modo que los derechos de los consumidores consagrados en la ley sean efectivamente tutelados, sin perder de vista las

⁶⁴ Impidiendo la publicidad engañosa, inclusive con el uso de la fuerza policial, si es necesaria , retirando del mercado los productos o servicios dañosos a la vida, salud y seguridad de los consumidores o de otros actos que conduzcan a la tutela específica de las obligaciones de hacer o no hacer.-

⁶⁵ Watanabe, ibidem. Pág.842.-

⁶⁶ Watanabe, ibidem.pág. 842.-

necesidades del desenvolvimiento económico y tecnológico, de modo de viabilizar los principios en que se funda el orden económico⁶⁷.-

La riqueza del código de defensa del consumidor brasileño en el tema que venimos tratando, radica en lo minucioso de sus reglas para facultar al juez a llevar a cabo distintas medidas en aras de la tutela específica de los derechos para obtener los resultados prácticos equivalentes. Así el art.84 en su último párrafo preceptúa que el juez podrá disponer las medidas necesarias, tales como la de búsqueda, aprehensión, o remoción, de cosas o personas, desbaratamiento de obras, impedimento de actividades nocivas, además de la requisitoria de la fuerza policial.-

Cabe por lo tanto calificar, conforme a la doctrina y legislación tomada de modelo por su similitud, que las acciones que correspondan ejercer en el ámbito colectivo de los derechos del consumidor, que son individualmente homogéneos, en aras a la protección de su seguridad, salud, integridad física e intereses económicos; deberán canalizarse con decisiones que posibiliten su subsanación, adoptando las medidas que sean compatibles con la tutela invocada, que en razón de resultar genéricos, porque son de naturaleza colectiva, su carácter deberá ser prioritariamente preventivo, sin perjuicio de las medidas de coerción como serían las de multa, que conlleven a la concreción definitiva de los derechos.-

⁶⁷ Watanabe, *ibidem*.pág.843.-