

18/05/2015

Mar del Plata

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala II

**AUTOS Y VISTOS:**

Las presentes actuaciones caratuladas: "ASOC. CIVIL DE USUARIOS BANCARIOS ARGENTINOS -ACUBA- C/ TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA S.A. S/CUMPLIMIENTO DE CONTRATOS" traídas a despacho a fin de resolver el recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 63, contra la resolución de fs. 51/5.

**Y CONSIDERANDO:**

I. En el auto cuestionado el Sr. Juez a quo resolvió desestimar el pedido de eximición del trámite de mediación previa obligatoria de conformidad con lo dispuesto por los arts. 2, 6 y 7 de la Ley 13951.

II. Contra dicho pronunciamiento, a fs. 63 el Dr. Ariel José Vieira - apoderado de la parte actora- dedujo recurso de apelación. Los fundamentos fueron presentados a fs. 67/74.

Argumentó que la Ley 24240 de defensa al consumidor establece que las asociaciones únicamente pueden iniciar acciones judiciales careciendo de facultades para disponer extrajudicialmente y, a su vez manifestó, que la norma provincial 13.133 dispone que es el Juez quien debe intentar una conciliación previa entre las partes resultando improcedente en instancia prejudicial.

A su vez, sostuvo que la mediación previa no otorga margen de certidumbre alguno en tanto el Judicante no realizó la "certificación de clase" que este tipo de acciones exige conforme los precedentes "Halabi" y "Padec" emanados de nuestro Máximo Tribunal de la Nación, doctrina adoptada por la Sala 1 de esta Excma. Cámara en autos "ACUBA C/ AMX" (n° 144.752).

Citó jurisprudencia en apoyo a su postura.

III. El recurso debe ser acogido.

De la lectura de las actuaciones advertimos la existencia de dos plexos normativos que en un punto entran en contradicción. Por un lado, la mediación previa obligatoria instruida por la Ley 13951 de la Provincia de Buenos Aires que apunta a brindar una oportunidad para resolver los litigios en forma temprana evitando la sobrecarga del Poder Judicial y, por el otro, las acciones de incidencia colectiva previstas por los arts. 43 de la CN y 52, 54 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor, las cuales abarcan institutos sustanciales y procesales con vigencia en el ámbito nacional y local.

El régimen del consumidor ha venido a atravesar en sentido transversal el derecho privado y el derecho procesal de un modo particular, a raíz de la preeminencia impuesta por su jerarquía constitucional (arts. 42 y 43 C.N.), obligando a reformular algunas bases del proceso en pos de un procedimiento más eficaz que garantice y proteja de la manera más adecuada a los consumidores y usuarios (José I. Ondarcuhu, "Aspectos procesales relevantes de la nueva ley de defensa del consumidor (Ley 26361) y su implicancia en el proceso judicial de daños", en Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, p. 116, Abril de 2011, Ed. L. L., Buenos Aires).

En virtud de ello, y si bien la Ley 13951 en su art. 2 dispone la mediación previa obligatoria a todo juicio -con las exclusiones efectuadas en el artículo 4º y que dentro de éstos supuestos no se encuentran las acciones de incidencia colectiva de consumo-, no podemos desconocer lo decidido en el trascendente fallo de la Sala I de ésta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial en autos "ACUBA C/ AMX S/ Materia a categorizar" (RSD 761-5045 del 22/12/2009) que adoptó los extremos emanados del fallo "Halabi" dictado por la CSJN (JA, 2009-II-608 del 24/02/2009) elaborando la postulación de reglas especiales aplicables a los nuevos procesos colectivos (una especie de microsistema), como consecuencia de la imperiosa necesidad de dar respuesta jurisdiccional a la evolución de las instituciones y exigencias actuales de la sociedad.

En aquél precedente citado, con voto preopinante del distinguido colega Dr. Alfredo Méndez, se estableció que antes de dar curso a una "acción de clase" debe superarse una suerte de etapa previa orientada a la "certificación de clase" en la que -como mínimo- el Juez interviniente dilucide: i) la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procura; ii) la categoría de derechos involucrados y iii) la existencia de un "caso", ya que no se podría admitir una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición.

Entonces, cumplido el paso previo (caso y categoría de los derechos) sintéticamente debe: a) verificar la identificación precisa del grupo o colectivo afectado; b) la idoneidad de quien pretenda asumir su representación; c) la existencia de un planteo que supere los aspectos individuales e involucre a todo el colectivo; d) la implementación de adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto; e) arbitrar en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de las personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio; f) disponer los medios necesarios para que otras Asociaciones de Consumidores y Usuarios participen en el procedimiento y g) garantizar la

intervención del Ministerio Público como fiscal de ley (tratamiento de la primera cuestión, apartado V del fallo local).

Estos requisitos de admisibilidad y procedencia examinados por el Máximo Tribunal en "Halabi" y adoptados por la jurisprudencia local resultan esenciales, dado que las asociaciones representan -tal como se invoca en el caso de autos- intereses individuales homogéneos que no son propios, o al menos no exclusivamente propios, sino de otras personas insertas en una relación de consumo. Y en rigor, en ese contexto, cuando la asociación de consumidores promueve una acción colectiva lo hace en representación de intereses individuales homogéneos de cierto grupo de consumidores y usuarios afectados. De allí que aquéllas no resultan perjudicadas directas de los actos reprochados por no ser, justamente, titulares de esos derechos (Ondarcuhu José Ignacio "La mediación en los procesos colectivos de consumo", publicado en L. L. 10/07/2014, LL 2014-D, 174 en igual sentido Bersten Horacio en "La mediación previa y las acciones colectivas de consumo" publicado en LL 04/05/2009, LL2009-C, 232).

En ese contexto, consideramos viable la posibilidad transaccional, a condición de que tales recaudos se encuentren efectivamente cumplidos con anterioridad y analizados cuidadosamente a fin de brindar seriedad al acuerdo, un debido resguardo a los intereses de los consumidores e incluso del propio demandado a fin que éste pueda apreciar con claridad la extensión subjetiva del acuerdo. Lo contrario, creemos, nos llevaría a desconocer el propio espíritu de la ley (arg. arts. 54 y 65 según Ley 24240 modif. Por Ley 26361).

En efecto, pese a que en la Provincia de Buenos Aires el régimen de mediación asegura la participación de la jurisdicción en el control de regularidad del acuerdo, consideramos que las modalidades que demanda dicho examen en el ámbito de los procesos colectivos torna inconveniente hacer transitar esta clase de asuntos por el trámite de autocomposición aludido. En litigios de esta índole, es ante el juez (art. 36 inc. 4° del CPCC), una vez deducida la pretensión y con un panorama más amplio de los antecedentes de la litis y de las condiciones subjetivas y objetivas de la negociación, donde pueden desplegarse con más tino fórmulas eficientes y equilibradas de autocomposición (Giannini J. Leandro "Transacción y mediación en los procesos colectivos", Publicado en Revista de Processo, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, n° 201, Noviembre de 2011, pág. 149/9).

Por todo ello, disponer la mediación previa obligatoria como instancia prejudicial, omitiendo la "certificación de la clase", importa desconocer las condiciones especiales de ejercicio de los derechos colectivos homogéneos

impidiendo analizar su razonabilidad y el adecuado control de los aspectos propios que los caracterizan.

En suma, por los argumentos vertidos, corresponde hacer lugar al recurso articulado a fs. 63 y revocar la resolución de fs. 51/2 disponiendo que las acciones iniciadas por las asociaciones en defensa de los consumidores se encuentran eximidas del trámite de la mediación previa obligatoria previsto por la Ley 13951.

Opinión personal del Dr. Ricardo D. Monterisi:

Disiento con la opinión de mis distinguidos colegas.

Este Tribunal ha resuelto en casos análogos que: "el examen de los requisitos formales de procedencia engloba, la legitimación, personería, que el recurso haya sido interpuesto en forma y en el plazo pertinente y, fundamentalmente, que el interesado tenga interés -agravio-" (esta sala n° 146.264 RSI 514 949/950 del 09/09/2010, 146.166 RSI 579 1072/1073 del 05/10/2010, 132.319 RSI 420 732/733 del 28/09/2012, 106.513 RSI 8/12 del 14/02/2013, 140.735 RSI 313 del 08/07/2014, entre otras).

En un fallo similar la Sala Tercera de esta Cámara ha resuelto que "no causa gravamen insusceptible de reparación ulterior que el primer juzgador haya resuelto disponer la mediación obligatoria para la acción colectiva iniciada por el recurrente (art. 242 del CPC)" (con voto de los Dres. Zampini y Monterisi RSI 110/211 del 11/03/2014).

A mayor abundamiento, considero necesario destacar que la instancia previa obligatoria otorga una oportunidad de diálogo para el avenimiento, no se trata de una carga procesal impuesta en interés de alguno de los sujetos procesales, sino por el contrario, en beneficio de toda la sociedad que se compromete responsablemente ante conflictos patrimoniales disponibles, al intentar resolverlos en forma previa (Dioguardi Juana "Mediación y los derechos del consumidor. Los derechos de incidencia colectiva en el marco de la Ley 13951" publicado en LLBA 2013 [noviembre],1039).

En este sentido, del memorial obrante a fs. 67/74, advierto que el quejoso alegó como obstáculo insoslayable para ocurrir a la mediación que la Ley de Defensa al Consumidor dispone que los acuerdos deben realizarse con presencia del Juez interviniente y del Ministerio Público Fiscal.

El art. 54 de la Ley 24240 en su primera parte prevé expresamente la posibilidad de transigir y conciliar en las acciones colectivas, previa intervención del Ministerio Público Fiscal.

No resulta ocioso recordar que dada la naturaleza de la transacción no debe, precisamente, efectuarse ante el Juez interviniente, lo que sí ocurre en la conciliación (arg. arts. 308 y 309 del CPCC). En efecto, la posibilidad

de transigir que prevé la norma nacional en nada disiente con el acuerdo al que puedan arribar las partes en la etapa de mediación prejudicial.

Aclarado ello, en caso de arribar a un acuerdo, el Sr. Juez a quo deberá imperativamente, previo a proceder a su homologación, dar debida tutela a los derechos involucrados con la intervención al Ministerio Público Fiscal a fin de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados (arg. art. 54 Ley 24240 texto según Ley 26361 y 27 de la Ley provincial 13.133), certificar la clase conforme la doctrina emanada del fallo "Halabi" (CSJN H. 270. XLII. Del 24/02/2009) y brindar oportuna publicidad de la promoción de la acción a fin de que los afectados puedan ejercer la posibilidad prevista por el art. 54 in fine de la LCD (conf. Ac. 3360 y 3536 de la SCBA y doctrina citada).

Ello, sin perder de vista las facultades que otorga la propia ley provincial de mediación al Juzgador para controlar la legalidad del acuerdo, la debida protección de los intereses involucrados mediante la fundamentación del auto homologatorio pudiendo, en su caso, efectuar las observaciones que considere pertinentes y, más aún, denegar la venia judicial en caso de violación a las garantías brindadas a los consumidores y usuarios tanto por el ordenamiento provincial (Ley 13133) como por el nacional (Ley 24240 y art. 42 de la CN) (arg. arts. 19, 20, 21 y 22 de la Ley 13951 y principio "iuria novit curia").

En suma, no encuentro por tanto una imposibilidad de que las acciones colectivas promovidas con el objeto de tutelar los derechos de los consumidores transiten la etapa de mediación previa siempre y cuando el acuerdo al que eventualmente se arribe sea sometido a homologación judicial previo cumplimiento de las premisas que protegen a las acciones colectivas del consumidor (arts. y doct. cit.).

Por los argumentos vertidos, considero que de la fundamentación obrante a fs. 67/4 no surge, siquiera mínimamente, el agravio de insusceptible reparación posterior que le produciría al apelante transitar la etapa de mediación previa obligatoria prevista por la Ley provincial 13951 (art. 242 del CPCC), máxime cuando de la letra de la ley no surge que el legislador haya tenido en miras excluirlo (por no haberlo incorporado el art. 4º) y que de un análisis armónico de ambas legislaciones (24.240 y 13.951) se deduce que se encuentran efectivamente garantizados los procedimientos y requisitos previstos normativa y doctrinariamente. Por lo que, a mi entender corresponde declarar mal concedido el recurso interpuesto a fs. 63 y confirmar la resolución apelada de fs. 51/5 (arts. 242 y ccdtes. del CPCC).

Por lo expuesto, citas legales y doctrinarias y lo normado por los arts. 34, 36, 161, 243, 246 y cctes. del CPCC, RESOLVEMOS:

I.- Hacer lugar -por mayoría- al recurso de apelación deducido a fs. 63 y, en consecuencia, revocar la resolución de fs. 51/5 (arts. 242, 245 y cctes. del CPCC).

II.- Sin costas por no mediar controversia (arts. 68 y 69 del CPCC).

III.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del Dec. ley 8.904/77).

IV.- Registrar el presente y una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 267 in fine del CPCC, devolver las actuaciones al Juzgado de origen.

RICARDO D. MONTERISI - ROBERTO J. LOUSTAUNAU - RAMIRO ROSALES CUELLO.