

Proceso Colectivo Proceso Individual Competencia Acumulacion Danos Y Perjuicios Por Uso De Protector Solar

JURISPRUDENCIA

Proceso colectivo. Proceso individual. Competencia. Acumulación.

Daños y perjuicios por uso de protector solar Se revoca la resolución que desestimó la excepción de litispendencia opuesta y declaró la acumulación del proceso al trámite iniciado en una acción colectiva en la Ciudad de Buenos Aires por los daños y perjuicios sufridos por el uso de protector solar en menores de edad, pues no resulta aplicable la acumulación por conexidad siendo que se trata de una acción individual en la que el consumidor ha optado por no participar del dicho proceso colectivo.

En la ciudad de La Plata, a los 19 días del mes de Octubre de dos mil diecisiete, reunidos en acuerdo ordinario la señora Juez vocal de la Sala Segunda de la Excma. Cámara Segunda de Apelación, doctora Silvia Patricia Bermejo, y el señor Presidente del Tribunal, doctor Francisco Agustín Hankovits, por integración de la misma (art. 36 de la Ley 5827), para dictar sentencia en la Causa 121168, caratulada: "PEREA DEULOFEU NATALIA ANDREA C/ LABORATORIOS ANDROMACO S.A.I.C.I S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)", se procedió a practicar el sorteo que prescriben los arts. 168 de la Constitución Provincial, 263 y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, resultando del mismo que debía votar en primer término la doctora BERMEJO. La Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones: 1a. ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 464/465 vta.? 2a. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DOCTORA BERMEJO DIJO: I- Vienen las presentes actuaciones a fin de tratar el recurso de apelación interpuesto a fs. 467 por la parte actora, contra la resolución de fs. 464/465 vta., en cuanto la señora Juez de grado, desestima la excepción de litispendencia opuesta y declara la acumulación del presente proceso al trámite iniciado en una acción colectiva ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia n° 27 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que ordena su remisión. El recurso se concedió a fs. 468 y se fundó a fs. 473/477. Obra a fs. 488/489 vta. dictamen del señor Fiscal de Cámaras. II- La presente demanda se erige en los alegados daños y perjuicios sufridos por menores de edad por el uso de un producto cuya denominación comercial es "PROTECTOR SOLAR DERMAGLÓS FPS 70 Bebés". Dejaron constancia los legitimados activos (v. fs. 20/57 vta. punto III) que el relato de los hechos genéricos han sido transcriptos casi textualmente de la demanda colectiva por responsabilidad genérica que USUARIOS Y CONSUMIDORES UNIDOS ("UCU") ha interpuesto y que se encuentra radicada ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 27 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caratulada: "USUARIOS Y CONSUMIDORES UNIDOS C/ LABORATORIOS ANDRÓMACO S.A.I.C.I. S/DAÑOS Y PERJUICIOS", 2284/2015. En la decisión que llega atacada a esta Alzada se resolvió el rechazo de la excepción de litispendencia -aspecto que no se apeló- y la acumulación de estas actuaciones a las que tramitan ante la Justicia Nacional. El a quo analizó la cuestión aplicando el instituto de la acumulación por tratarse de dilucidar en distintos expedientes un hecho único, es decir, cuando las acciones que se demandan en cada uno de ellos son conexas por el título o por el objeto o por ambos a la vez. Sostiene la Magistrada que la actora expuso, como fundamento de su pretensión, los daños que le habría ocasionado a sus hijos, la aplicación del producto ?Protector solar dermaglós FPS 70? y asimismo señala en su demanda que existen hechos comunes al caso que plantea, basados en el perjuicio que habría ocasionado a otros consumidores el uso de igual producto; y que todos ellos se encuentran nucleados bajo la demanda colectiva que interpuso la Asociación de Usuarios y Consumidores Unidos ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 27, existiendo a su criterio conexidad entre ambos procesos, atento a que las presentes actuaciones versan sobre el mismo evento que el planteado en los autos ?Usuarios y Consumidores Unidos c/ Laboratorio Andrómaco S.A.I.C.I. s/ daños y perjuicios?. Manifestó que desconoce la existencia del proceso seguido por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 27 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y, en consecuencia, la procedencia de la acumulación, sería soslayar derechos de incidencia colectiva, lo que conforme ha sostenido nuestro Superior Tribunal podría ocasionar dos resultados igualmente indeseables: 1) Se acentúa el colapso del sistema de justicia fomentando la multiplicidad de reclamos por una misma cuestión, o 2) Se genera la indefensión y se fomenta la impunidad de un sinnúmero de lesiones antijurídicas debido a las conocidas dificultades materiales que el acceso individual al servicio de justicia plantea en diversas hipótesis (SCBA, LP I 2129, RSD 151/16, sent. del 13/7/2016). Por consiguiente, siendo que el art. 54 de la ley 24.240 establece que la sentencia que se dicte en el proceso hará cosa juzgada para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, situación que comprende a la actora de autos, entendió la señora Jueza que se configuraban los presupuestos legales para la acumulación objetiva de acciones (art. 188 del C.P.C.C.), ordenando la remisión al Juzgado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello concita la crítica de la reclamante, quien sostiene a fs. 473/477 que en virtud de lo dispuesto por el artículo 36 de la ley 24.240 la Jueza es competente por haberse iniciado el

juicio en la jurisdicción del domicilio real del consumidor. Por otra parte, argumenta que este proceso es el ejercicio de una acción individual y no colectiva, por lo que no son dos acciones iguales y, por ende, no se dan los requisitos de la litispendencia que se aprecia en la sentencia apelada. Por otra parte, el artículo 54 de la ley 24.240 da derecho al afectado, en su caso, de apartarse de la acción colectiva y reclamar por la vía que corresponda (?opt out?). Solicita se revoque el resolutorio cuestionado. III- Consultada la página web del Poder Judicial de la Nación, se verifica que luego de dictada la resolución que ahora viene ante esta Alzada recurrida consta ordenada la inscripción del proceso colectivo, juicio caratulado ?USUARIOS Y CONSUMIDORES UNIDOS C/ LABORATORIOS ANDRÓMACO S.A.I.C.I. y otro S/ DAÑOS Y PERJUICIOS?, (COM 002284/2015), que tramita ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 27 Secretaria N° 53 de Capital Federal, en los términos de la Ac. 32/14 de la C.S.J.N.. Señaló el señor Juez de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin que ello implique expedirse sobre la falta de legitimación que fuera planteada por la demandada y su aseguradora, que la allí actora es una organización de defensa al consumidor debidamente inscripta; que en esos autos representa a la clase conformada por todos los consumidores domiciliados en cualquier lugar del país que adquirieron o utilizaron en sus hijos menores de edad el protector solar FPS 70 desde su introducción al mercado ocurrida aproximadamente el 5 de septiembre de 2013. Dijo que se persigue el dictado de una sentencia contra la accionada por medio de la cual peticiona se la condene a resarcir a todos los usuarios afectados por el uso del producto descripto; es decir una declaración de responsabilidad genérica (art. 54, tercer párrafo, de la L.D.C.), el pago de una multa civil (art. 52, ley citada) y pago de las costas. La causa fáctica común fue identificada por la actora como la introducción al mercado de productos cosméticos defectuosos, la falta de retiro del producto de la circulación en tiempo propio y la escasa y tergiversada información que emitió la demandada durante la prohibición de uso decretada por el ANMAT y el ocultamiento doloso de dicha información. IV- El meollo de la cuestión reside, entonces, en la competencia para intervenir en las acciones individuales incoadas por los consumidores y la aplicación de las diversas normas que existen sobre la atribución de aquélla, con respecto a un proceso colectivo. En estas actuaciones la Magistrada de grado entendió que no se daban los supuestos para decretar la litispendencia y analizó la cuestión aplicando el instituto de la acumulación (art. 188 del C.P.C.C.). Como se aprecia de los hechos ventilados en la causa en trámite ante el Juzgado Nacional (la cual se encausó como proceso colectivo), existen situaciones en las que en razón de un mismo hecho, se produce una amenaza o lesión a una multiplicidad de personas. Esto genera la necesidad de buscar soluciones que impliquen el tratamiento -como fue en este caso en un único proceso- de un conflicto con la doble faz de singular pero a la vez masivo, para responder a la afectación grupal de derechos individuales. Se ha denominado acción de clase a un sistema procesal por el cual una persona o un grupo de personas pueden representar a un gran número de individuos, todos poseedores de un derecho o interés común. Nuestro derecho positivo aún no reguló expresamente el proceso por el cual se ventila, no obstante lo cual la jurisprudencia fue delimitando su funcionamiento ya desde hace varios años. En el caso ?Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986? (H. 270.XLII, Sent. del 24-II-2009) la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 ?...una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.?. ?En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.? (CSJN, causa citada). Si bien nuestro derecho positivo aún no cuenta con una ley procesal para las denominadas acciones de clase o colectivas, ese Tribunal señaló, en el fallo indicado, que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los Jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Definió ese mismo Máximo Tribunal Nacional: ?Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.? (CSJN, in re ?Halabi?, cit., considerando 13). ?El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.? (CSJN, ídem, cit.). ?El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o

controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.? (CSJN, ídem, cit.). ¿Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.? (CSJN, ídem, cit.).

V- El tema subyacente en el agravio traído a decisión de esta Alzada es si no obstante la existencia de un proceso colectivo puede un miembro del grupo demandar en forma individual. Se trata de dirimir la disyuntiva sobre la posibilidad de convivencia de procesos de esos dos órdenes -uno colectivo y otro individual- y, de ser posible, si pueden tramitar ante jueces distintos; o, de lo contrario si esos dos reclamos deben sumarse, agregarse, acumularse o acollarse. Como surge del relato efectuado, no existe aún en nuestro país una reglamentación que organice las normas procesales destinadas a sustanciar procesos sobre derechos de este tipo. Además de disposiciones sustanciales específicas -como es la ley 25.675 de medioambiente o la ley 24.240 de consumidores, entre otras- las cuales contienen ciertas normas adjetivas, ha sido la jurisprudencia la que ha dado respuesta a los interrogantes suscitados. El desafío, justamente, es -hasta tanto se prevea una salida legislativa para las controversias colectivas- cómo seguir avanzando con el derecho positivo con el cual hoy se cuenta. El reto aumenta en un contexto como el nuestro en el cual el sistema jurídico posee su fuente en el derecho romano, diagramado sobre mecanismos pensados para debatir derechos singulares -aun cuando puedan incluir a varias personas-. En la medida que las acciones en defensa del medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, al igual que lo referido a los derechos de incidencia colectiva en general, la legitimación recaiga en cada afectado, en el Defensor del Pueblo y en las Asociaciones que propendan a esos fines, puede cada uno instar una pretensión para abrir la intervención judicial y podrán coexistir diversas posibilidades de combinación: que haya más de un juicio individual, uno individual y otro colectivo o dos o más colectivos referidos, claro, a un mismo hecho generador -en este caso, el uso de un protector solar-. Esta es la nueva realidad que puede acontecer -y de hecho se presenta en este caso- y que merece una solución jurisdiccional. La respuesta deberá darse desde los principios señeros de estos procesos, diferentes de los juicios tradicionales previstos en el Código Procesal de la Provincia.

En la jurisprudencia usual, cuando hay más de un proceso individual en el cual se debate el mismo hecho, las causas se acumulan (conf. arts. 188 y sig., C.P.C.C.). Sin embargo, este no es el caso de este expediente. Acorde refiere Antonio Guidi, entre una acción que ventila una controversia individual con una colectiva, no existe la triple identidad de objeto, sujeto y causa. En una acción individual se requiere la tutela de un derecho de igual orden, mientras que en la colectiva se persigue el beneficio o el interés de todo un grupo de personas. Por eso, los objetos de ambos juicios son diversos y la legitimación de quien reclama también -aun cuando ambos la tengan-. Incluso, en cuanto a la causa a pedir, en la acción colectiva es la pretensión del grupo como un todo, mientras que en la otra es sólo la tutela del derecho individual (ver autor citado, ¿Litispendencia en acciones colectivas?, en ¿La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos?, coordinado por Antonio Guidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Editorial Porrúa, México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, México, 2003, pág. 315). Coincido con el distinguido doctrinario brasileño. Ambos procesos pueden tramitar en forma simultánea, en tanto -como se refirió- no hay una identificación plena entre ellos y ninguna disposición especial lo prohíbe (art. 19, Const. Nac.). Ello, en especial, en este caso que se refiere a una demanda por daños y perjuicios, la incidencia en las personas de los actores -en los niños J. y V. y sus padres- y su reparación económica (fs. 20/57 vta., esp. fs. 48 a 52). No puede dirimirse la disyuntiva de la acumulación de un proceso colectivo con otro individual con las mismas pautas creadas para los juicios de esta última clase, en tanto no son situaciones análogas. Una pauta orientadora, en este sentido, la brinda el Código Modelo para Procesos Colectivos para Iberoamérica confeccionado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004 (publicado en www.iidp.org). En éste se preve la posibilidad de coexistencia de los procesos individuales con los colectivos, al igual que regula a la litispendencia (art. 31, Cód. Modelo cit.), pero no de la forma tradicional, en tanto esta se erigió en la hipótesis de expedientes en los que se debaten acciones individuales. En consecuencia, habrá que definir si de existir un proceso colectivo y otro individual deben tramitar ante el mismo Juez, que es lo que se ha interpretado en la decisión que ahora se ataca. Aprecio que la respuesta negativa se impone: la coexistencia de ambas causas no implica que ellas deban acumularse y, por ende, tramitar ante el mismo Juez. Obrar de esta manera, además de responder a un concepto de acumulación que no fue pensado para el supuesto de existir un proceso individual y otro colectivo, implicaría cercenar potencialmente la aptitud para reclamar del consumidor en forma individual soslayando potencialmente las ventajas que la ley especial le otorga a éste. Como es sabido, en las contiendas en materia de consumidores se

plantea un litigio asimétrico, en el cual la ley ha tratado de paliar la potencial situación desventajosa de quien ha usado un producto o servicio. Es esta brújula la que ha orientado la interpretación de las relaciones de este orden (v. gr. la cláusula que establece la prórroga de la jurisdicción, la cual se sostuvo que deberá hacérselo en el sentido más favorable al consumidor, por ser la parte más débil de la relación jurídica, de conformidad con el art. 3 de la ley 24.240 del dictamen del Procurador General, que la Corte hace suyo, in re ?Escobar, Aldo Aloberto y otros c/ Inversores S.A. de Ahorro para Fines Determinados?, sent. del 7-IV-2008, Cita de La Ley Online: AR/JUR/12034/2008). Así, un proceso más rápido y económico, conceptos que la misma ley 24.240 resalta en beneficio del consumidor (conf. art. 53, ley cit.) estará relacionado con una justicia más próxima, lo que la ley expresamente establece para el caso de los servicios financieros (art. 36, ley 24.240). Por consiguiente, si se tratara de un litigio individual, como este caso, por el uso de un producto defectuoso, si sólo pudieran debatirse los derechos en una misma sede -ya sea la del proceso individual o de un colectivo- el afectado debiera resignar su cercanía con el órgano, aun cuando la misma Constitución los reconoce como merecedores de una protección especial (art. 43, segundo párrafo, Const. Nac.). Tal forma de apreciar la solución, llevaría a postergar los ideales postulados en la ley 24.240. En consecuencia, la posibilidad que un litigante individual mantenga su proceso independiente del colectivo, le permitirá mantener la opción de litigar ante el juez más próximo. Se facilita de tal manera el acceso a la jurisdicción y la concreción de una tutela judicial efectiva (arts. 18, C.N.; 15, Const. Prov.; 2, 8 Convención Americana de Derechos Humanos). La Resolución A/RES/39/247, del 9 de abril de 1985, de Protección al Consumidor, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, ampliada en 1999 (publicada en <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/39/248&Lang=S>), entre las diversas directrices que allí se postulan, afirma que los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores, o en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. En esta línea deben considerarse las necesidades de los consumidores de bajos ingresos. Si bien estas directrices no poseen la calidad de un Tratado ilustran los lineamientos para interpretar las disposiciones procesales que buscan reconocer los derechos de ese orden. Hay otra razón de igual envergadura y que se coordina con la anteriormente referida. Como cita el recurrente, el sustanciarse esta causa en forma independiente al proceso colectivo, puede entenderse como que se ejerció el derecho de optar por apartarse del grupo. Debe adunarse a ello que tal exclusión no puede asociarse con renunciar al derecho a reclamar, sino que implica habilitar la acción individual. Hasta no reglamentarse de otra manera, se impone una interpretación amplia, facilitadora del acceso a la justicia. Cabe recordar que nadie puede ser obligado a lo que la ley no obliga (arts. 19, Const. Nac.; 25, Const. Prov.). Si bien en el derecho comparado, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica -ello a modo de ejemplo, ya que se encuentran reguladas en muchos países-, las acciones colectivas o ?class actions? han tenido un reconocimiento en la Regla Federal 23, con las opciones de trámite acorde tres posibilidades, las cuales han sido conocidas como ?espuria?, ?híbrida? y ?verdadera? y se ha avanzado sobre los distintos aspectos de esta suerte de reclamos, entre ellos el derecho a solicitar a uno de sus miembros a su autoexclusión del grupo (?opt out?) o su incorporación al mismo (?opt in?), además de otras facetas reguladas, nuestro derecho no se desarrolló de la misma manera. Por eso, la solución a estas disyuntivas, hasta sancionarse un derecho positivo, es avanzar de la forma más conveniente a nuestra cultura y a nuestra propia idiosincrasia. No debe obligarse a que los procesos tramiten ante el mismo órgano para evitar la existencia de cosas juzgadas contradictorias. Ello pues, si bien es cierto que esta anomalía debe evitarse, la solución radicará en otras respuestas, sin tener que resignarse los actores a renunciar a litigar ante el Juez pertinente y aceptar la imposición de que todos acudan a un mismo Magistrado, quien podría encontrarse distante y así dificultar el acceso a la jurisdicción. Incluso, cabe reflexionar, es distinto también lo atinente a la incidencia de la cosa juzgada del proceso colectivo en otros reclamos individuales, como la de éstos en un colectivo. En síntesis, las alternativas para dirimir este planteo exceden los conceptos tradicionales, nacidos en el contexto de otra realidad -la de los procesos individuales-. De todas maneras, no cabe expedirme sobre un punto en el cual no hay controversia en el presente. VI- La misma ley, prescribe en el artículo 52 que el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Como se aprecia, la norma otorga legitimación también a las Asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas al inicio de acciones que se han denominado colectivas (arg. art. 43 C.N.), que debe ser analizada por el ?Juez competente?. Sin embargo, la ley 24.240 no especifica cuál es el Juez competente cuando coexisten -como en este caso- un proceso individual y otro pretenso colectivo. Más allá del contenido del artículo 54 de la ley 24.240 -invocada por el recurrente- queda claro que las personas que se consideren afectadas en forma individual por los hechos que constituyen la causa fáctica común del proceso colectivo pueden ejercer su derecho de exclusión, ?opt out?, es decir puedan optar por quedar excluidos de los efectos de la homologación del acuerdo conciliatorio celebrado o de la sentencia emitida (art. 54, 2 párrafo, ley 24.240). Es que en todo

proceso individual homogéneo en el que puedan existir decisiones individuales diversas a la sentencia colectiva, deben preverse mecanismos para que los interesados, miembros de la clase, puedan ejercer el derecho de apartarse de ese proceso y de esa manera tengan autonomía en sus reclamos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación puntualizó en *Halabi* que: *“Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte”* (considerando 20 de la mayoría). La opción de excluirse posibilita que un miembro de la clase solicite quedar fuera del litigio colectivo y que la futura sentencia no lo afecte, ya sea favorable o desfavorable a sus intereses. En puridad, este instituto garantiza el debido proceso para aquellos que deseen promover acciones individuales, lo cual es un derecho que no puede alterarse o cercenarse. La lógica del sistema indica que los interesados en pedir su exclusión serán aquellos que posean un daño superior al que tenga la mayoría de los miembros que compongan esa clase y que, por ello, se justifique el impulso de la demanda individual (Salgado, José M., *“Certificación, notificaciones, pedido de exclusión y pretensión colectiva pasiva?”*, en *“Procesos Colectivos y acciones de clase?”*; Ed. Cathedra Jurídica, primera edición, año 2014, págs. 297/299). VII- Conforme todo lo expuesto, se concluye que en el caso no resulta aplicable el principio de acumulación de acciones por conexidad en los términos del artículo 188 y conc. del C.P.C.C. y siendo que se trata la presente de una acción individual en la que el consumidor ha optado por no participar del proceso colectivo, la competencia en este caso corresponde al Juez en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata (arts. 5 incs. 3 y 4, C.P.C.C.; 3, 36, 52, 54 ley 24.240; 7 C.C.C.N.). Corresponderá, por consiguiente, revocar la resolución apelada. Postulo a mi distinguido colega que por la índole de la cuestión traída que resulta novedosa las costas se impongan por su orden (art. 68, segundo párrafo, C.P.C.C.). Voto por la NEGATIVA. A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR HANKOVITS DIJO: Adhiero al voto de la distinguida colega preopinante. I. A mayor abundamiento, señalo que en la especie nos encontramos con un proceso respecto de un derecho de los denominados de tutela individual homogénea. Se trata de conflictos que reconocen su origen como derechos subjetivos dado la divisibilidad de la pretensión que portan los legitimados activos plurales, aunque por motivos de economía y orden procesal -entre otros- se considera conveniente su tratamiento como un conflicto colectivo (ver José M. Salgado, *Tutela individual homogénea*, Ed. Astrea, 2011, pág. 42). El Código de la Provincia de Buenos Aires de implementación de los Derechos de los Usuarios y Consumidores determina en su artículo 26 que cuando se vulneren los derechos subjetivos de éstos o sus intereses legítimos, los mismos están legitimados para reclamar individual o colectivamente. Es decir, tienen derecho de opción en la forma de postular su reclamo. De ello se deriva que se admitan pretensiones individuales más allá de la posibilidad del tratamiento de la cuestión en clave colectiva, lo que implica que puedan coexistir sentencias individuales disímiles entre sí, y por lo tanto también, diferentes de la decisión colectiva (conf. Salgado, opus cit., pág. 44). Específicamente, en relación a la litispendencia en los procesos colectivos, la misma comenzará a incidir en este campo recién cuando dicho proceso ha sido certificado como colectivo (Autor y obra cit, pág. 351). Y aun así, el miembro del grupo afectado podrá optar por iniciar un proceso individual ejerciendo la opción *“Op. Out”* (art. 10 del Proyecto S-3716/16 sobre Procesos Colectivos). A su vez, el artículo 31 del Código Modelo Iberoamericano para Procesos Colectivos expresa, en lo particular, que la acción colectiva no genera litispendencia respecto de las acciones individuales. Más aún, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia del 14 de abril de 2016, en los autos acumulados C. 381/14 Jorge Sales Sinués y Caixabank y C. 385/14 Youssef Drame Ba y Catalunya Caixa S.A. ha reconocido el derecho subjetivo de las personas consumidoras a desvincularse de las acciones colectivas y que éstas no suspendan las individuales. Doctrina judicial que ha sido a su vez recogida por el Tribunal Constitucional español, Sala II, en sentencia 148/2016 del 19 de septiembre de 2016 en un recurso de amparo promovido por Jorge Pacheco Cordero y Raquel Blanco Ruiz declarando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24 de la Const. Española) frente a la resolución adoptada, por un lado, por el juzgado mercantil número 4 de Barcelona que apreció la prejudicialidad civil y acordó suspender el curso de las actuaciones hasta que fuera resuelto el proceso de acción colectiva seguida en un juzgado de Madrid; y por el otro, la decisión adoptada por la Audiencia provincial de Barcelona que admitió la litispendencia y ordenó el archivo de las actuaciones. En definitiva, sostuvo que ambos pronunciamientos transgredían el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva. Criterios éstos que deben ser debidamente meritados para la cuestión planteada en este tipo de proceso de tutela individual homogénea. II. Habiéndose optado la iniciación o la continuidad del proceso individual, resta determinar el Juez competente para entender en el mismo. La apelante sostiene en ese orden que por aplicación del artículo 36 de la ley 24.240 corresponde entender en las presentes actuaciones el Juez del domicilio más próximo del accionante (473 vta./474). Al respecto cabe hacer una aclaración. El artículo citado, ubicado en el capítulo VIII de dicho ordenamiento relativo a *“Las Operaciones de venta de crédito”* señala que *“En las operaciones financieras para consumo y en las de crédito para el consumo...Será competente para entender en el conocimiento de los litigios relativos a contratos regulados por el presente artículo, en los casos en que las*

acciones sean iniciadas por el consumidor o usuario, a elección de éste, el juez del lugar del consumo o uso, el del lugar de celebración del contrato, el del domicilio del consumidor o usuario, el del domicilio del demandado, o el de la citada en garantía? (el remarcado no es del original). Como puede advertirse ese precepto legal fija el punto de conexión para determinar la competencia del Juez que debe intervenir en litigios relativos a operaciones financieras para consumo y no para cualquier otro asunto consumeril pues si fuese así, lo hubiera dispuesto en otros términos. Cuando una ley es clara no cabe apartarse de su texto (Fallos 327:5614; 330:2286). Y en estos obrados no nos encontramos frente a este tipo de contratos u operaciones financieras por lo que dicho artículo específico deviene inaplicable. Ahora bien, no existiendo disposición legal alguna en dicho plexo jurídico en relación al tópico en tratamiento, vinculado al asunto que convoca la intervención de este Tribunal, cabe recurrir a los otros ordenamientos legales (arg. art. 1 del Cód. Civ. y Com.). En ese orden, el artículo 30 de ley 13.133 determina que ?Serán competentes para resolver las controversias derivadas por las relaciones de consumo los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil y Comercial o los Juzgados de Paz Letrados?. Dicho esto, corresponde recurrir entonces a las normas especiales de competencia legisladas en el Código Procesal Civil y Comercial. Respecto de obligaciones contractuales -en autos, responsabilidad por daño contractual- el mismo fija la competencia respectiva en el art. 5 inc. 3., a lo que debe estarse. Por ello, resulta competente para entender en estas actuaciones la Juez a quo; en consecuencia cabe revocar la resolución apelada con costas por su orden atento la ausencia de contradicción en Cámara y resultar la cuestión novedosa (arts. 68 y 69 del C.P.C.C.). Voto por la NEGATIVA. A LA SEGUNDA CUESTION PLANTEADA LA SEÑORA JUEZ DOCTORA BERMEJO DIJO: En atención al acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior corresponde revocar la resolución apelada. Las costas corresponde sean impuestas por su orden atento lo novedoso de la cuestión (art. 68, segundo párrafo, C.P.C.C.). ASI LO VOTO. El Señor Presidente doctor HANKOVITS por los mismos fundamentos, votó en igual sentido. CON LO QUE TERMINO EL ACUERDO, dictándose la siguiente: SENTENCIA POR ELLO, y demás fundamentos del acuerdo que antecede se revoca la resolución apelada. Las costas se imponen por su orden atento lo novedoso de la cuestión (art. 68, segundo párrafo, C.P.C.C.). REGISTRESE. NOTIFIQUESE. DEVUELVA. FDO: Silvia Patricia Bermejo (juez), Francisco Agustin Hankovits (Juez conf. art. 36 Ley 5827). ANTE MI: Luis Alberto Maimone (Secretario). Correlaciones: Ortin, José Alejandro c/P.E.N. y otro s/amparo colectivo - Cám. Fed. Salta - 06/03/2015 - Salta - Cita digital IUSJU001773E 021613E