

UNIVERSIDAD DE PANAMÁ
VICERRECTORIA DE POSTGRADO E INVESTIGACIÓN
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

“EL PROCESO COLECTIVO DE CLASE EN LA LEY 45 DE 2007.”

TESIS PARA OPTAR POR EL

TITULO DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL

ELABORADO POR:

ALFREDO MANUEL GUERRA DAJER

PANAMÁ

DICIEMBRE 2017

AGRADECIMIENTO

En lo que respecta a la ejecución de este trabajo de graduación guardo un profundo cariño y amor por mi esposa Krissel Caballero que me motivo para superar esta difícil prueba. También quisiera agradecer a amigos y colegas profesionales como la Dra. Susan Beitia y Licdo. Julio Pérez y en especial a la Profesora Elizabeth Andrade por haberme concedido el honor de dirigir este trabajo de graduación.

DEDICATORIA

A mis colegas abogados quiero dedicarles este pequeño trabajo de graduación a fin de que el mismo pueda servir de guía somera y básica para el entendimiento y comprensión de un proceso judicial, el cual por su naturaleza compleja no es de frecuente tramitación frente a los Tribunales que tutelan este tipo de cuestiones.

INDICE GENERAL

Abreviaturas.....	7
Resumen.....	8
Abstract.....	9
Introducción.....	10

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES, DERECHO COMPARADO Y ANTECEDENTES DEL PROCESO COLECTIVO DE CLASE

1. Tratamiento de las acciones colectivas de clase en el derecho comparado.....	13
1.1. Argentina.....	13
1.2. Estados unidos de América.....	18
1.3. Reino España.....	22
1.4. República De Colombia.....	25
2. Antecedentes en la República de Panamá del proceso colectivo de clase.....	27
2.1. Evolución Del Reconocimiento Constitucional En La República De Panamá De Los Derechos De Los Consumidores.....	27
2.2. Ley 29 De 1 De Febrero De 1996.....	29
2.3. Ley 45 De 31 De Octubre De 2007.....	30

CAPITULO II

GENERALIDADES DEL PROCESO COLECTIVO DE CLASE

1. Concepto Del Proceso Colectivo De Clase.....	35
2. Obligaciones Del Proveedor.....	40
3. Derecho De Los Consumidores.....	44
4. Bien Jurídico Tutelado.....	46

CAPITULO III

REGLAS PROCESALES

1. Reglas Procesales Aplicables A La Acción Colectiva De Clase En La Republica De Panamá	49
2. Legitimación.....	53
3. Reglas Procesales Contendidas En El Artículo 129 De La Ley 45 De 2007.....	55
3.1 Demanda.....	55
3.2 Prueba Indiciaria Del Daño.....	59
3.3 Publicidad.....	62
3.4 Honorarios Y Apoderados Judiciales.....	63
3.5 Unificación De Apoderados.....	64
3.6 Admisión De La Demanda.....	67
3.7 Sobre Las Transacciones.....	75
3.8 Efectos De La Sentencia.....	77
3.9 Costas.....	78
3.10 Fase De Ejecución Y Liquidación.....	80
3.11 Oposición Del Demandado En La Etapa De Ejecución Y Liquidación.....	83
3.12 Ejecución De La Condena.....	84
3.13 Pago De La Condena.....	85

CAPITULO IV

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN PANAMÁ

1. “Resoluciones Capitales”	87
1.1. Resolución De 2 De Junio De 1999 Del Tercer Tribunal Superior De Justicia Del Primer Distrito Judicial De Panamá.....	87
1.2 Resolución De 10 De Diciembre De 2006, Del Tercer Tribunal Superior De Justicia Del Primer Distrito Judicial De Panamá.....	92
1.3 Resolución De 9 De Octubre De 2009, Proferida Por El Tercer Tribunal De Justicia Del Primer Distrito Judicial De Panamá.....	96
1.4 Resolución De 17 De Diciembre De 2009, Tercer Tribunal Superior De Justicia Del Primer Distrito Judicial De Panamá.....	99
CONCLUSIONES	103
RECOMENDACIONES	106
BIBLIOGRAFÍA	108
ANEXO 1	112

ABREVIATURAS

ACODECO: Autoridad De Protección Al Consumidor Y Defensa De La Competencia.

CLICAC: Comisión De Libre Competencia Y Asuntos Del Consumidor

LEY 29 DE 1996: Ley N° 29 De 1 De Febrero De 1996, Por La Cual Se Dictan Normas Sobre La Defensa De La Competencia Y Se Adoptan Otras Medidas.

LEY 45 DE 2007: Ley No. 45, De 31 De Octubre De 2007, Que Dicta Normas Sobre Protección Al Consumidor, Y Defensa De La Competencia Y Otra Disposición

RESUMEN

Título: El Proceso Colectivo De Clase En La Ley 45 De 2007.

Palabras claves: proceso colectivo de clase, numerosidad, Ley 45 de 2007, consumidor, proveedor, legitimación, representación.

El proceso colectivo de clase, está destinado a proteger los derechos de los consumidores frente a situaciones perjudiciales o afectaciones producto de la contratación de un bien o servicio con un proveedor, toda vez que así se encuentra regulado en nuestro ordenamiento judicial mediante la Ley 45 de 2007, la cual establece un procedimiento especial para aquellos casos en los cuales la numerosidad de los afectados sea tan elevada y no proceda la acumulación de procesos; por tanto a fin de tutelar estos derechos; la norma da cabida a una demanda que puede ser presentada por un representante de dicha clase afectada en su derecho y que se legitime como tal para los efectos de obtener una sentencia que alcance a sus pares, que también hayan sido afectados, inclusive en el evento que estos no hayan comparecido al proceso pero hayan acreditado su condición de sujeto, objeto de la aplicación de la extensión de los efectos de dicha sentencia.

Durante este trabajo se realizó un análisis temático y jurídico de los elementos esenciales que contemplan la presentación de un proceso colectivo de clases a través del análisis del derecho sustantivo y jurisprudencia tanto local como internacional lo cual nos lleva a concluir que este tipo de proceso salvaguarda las garantías sociales esenciales que permiten una pacífica convivencia y por ende también garantiza elementos básicos como la buena fe que ha de existir entre las partes de un contrato para la prestación de un bien y/o servicio ya sea de naturaleza civil y/o mercantil y expandiéndose a otros elementos que pudiesen afectar a una colectividad de Ciudadanos de la República de Panamá; incluyendo inclusive daños al medio ambiente.

Abstract

Title: **The Collective Process of Class Action of Law 45 of 2007.**

Keywords: class action, numerosity, law 45 of 2007, consumer, supplier, legitimation, representation.

The class action process is intended to protect the rights of consumers against harmful situations or damages resulting from the contract of a good or service with a provider, since this is regulated in our legal system by law 45 of 2007, which establishes a special procedure for those cases in which the number of those affected is so high and the accumulation of processes does not proceed; therefore, in order to protect these rights, the rule allows for a claim that can be filed by a representative of that class and that is legitimized as such for the purpose of obtaining a sentence that reaches its peers and that have also been affected, even in the event that they have not appeared at the process but have proven their status as subject, object of the application of the extension of said sentence.

During the execution of this work, we have done a thematical and legal analysis of the essential elements that contemplate the presentation of a class action trough the analysis of substantive law and local and international jurisprudence was conducted, which leads us to conclude that this type of process safeguards the essential social guarantees that allows a peaceful coexistence and therefore also guarantees basic elements such as the good faith that must exist between the parties in a contract of a good or service, either civil or commercial and expanding to other elements that could affect a collectivity of citizens in Panama.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país la regulación sobre los procesos colectivos de clase es relativamente nueva, dado que el derecho de los consumidores es reconocido por primera vez en nuestro país en la constitución de la República de Panamá de 1972 mediante su acto legislativo No. 1 de 2004 y la Ley que por primera vez contempló este tema data de 1996; pero aunque la jurisdicción que mencionamos cuenta ya con veintidós (22) años de existencia aún NO existe en nuestro país un desarrollo jurisprudencial sustancial, sobre la materia ya que en los pocos casos en los cuales se ha intentado interponer una demanda de este tipo, los Tribunales no han admitido a trámite el proceso por no ajustarse a ciertas formalidades y/o requisitos de forma que establece la Ley, y que son necesarios para perfeccionar el correcto desarrollo de este proceso tan especial, quizás por la falta de preparación de los juristas en este tema o quizás por ser Panamá un mercado pequeño en el cual no se da paso como en España o Estados Unidos de América a una afectación clara a un grupo numeroso de consumidores. Lo cierto es que la norma es clara y su interpretación poco a poco ha sido cubierta con los pocos procesos jurisdiccionales en los cuales los jueces hacen docencia para explicar el tratamiento procesal de un proceso colectivo de clase aplicado al derecho panameño, el cual toma elementos del derecho comprado pero que lo adapta a la realidad nacional y contempla ciertos elementos que le son únicos y propios; también la doctrina nacional de derecho de los consumidores ha sido tímidamente desarrollada por algunos conocedores y especialistas de la materia.

En este sentido se potencia la importancia de este trabajo investigativo en el cual analiza este tipo de proceso en cuatro capítulos, siendo el primero de ellos destinado a comprender el tratamiento de esta figura procesal en el derecho comparado, su evolución histórica, su razón de ser, nacimiento en Estados Unidos de América y en legislaciones latinas para contrastarlas con la regulación nacional y de esta manera poder realizar un ejercicio académico del estado de la situación de la acción de clase panameña por medio del análisis de la evolución de la materia que nos ocupa.

En el segundo capítulo se tratarán las Generalidades del proceso colectivo de clase tales como el concepto, el objeto protegido, las obligaciones y derechos tanto de los consumidores como de los proveedores.

El capítulo tercero tratara exclusivamente sobre el análisis detallado de las normas procedimentales en nuestra jurisdicción sobre el tratamiento que la norma contempla para el fiel desarrollo del proceso colectivo de clase.

Por último, en el capítulo cuatro se estudian cuatro resoluciones capitales del Tercer Tribunal de Justicia de la República de Panamá que dictan autos en los cuales no solamente se limitan a decidir sobre el fondo del proceso que les ocupa en cada caso sino que se extienden a realizar un estudio general del proceso colectivo de clase.

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES, DERECHO COMPARADO Y ANTECEDENTES DEL PROCESO COLECTIVO DE CLASE

1. TRATAMIENTO DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CLASE EN EL DERECHO COMPARADO

1.1. REPÚBLICA ARGENTINA

En Argentina no existe regulación legislativa para los procesos colectivos de clase, esto quiere decir que, sin un régimen especial que contemple reglas particulares procesales sobre este tipo tan especial de procesos, el mismo ha tenido que ser desarrollado mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y particularmente en su sentencia “Halabi” se ha intentado darle un marco regulatorio a la misma.

En ese orden de ideas los magistrados de la Corte Suprema de Justicia Argentina han entendido que existen tres tipos diferentes de derechos reconocidos y para los cuales se tiene una legitimación diferente y estos son los siguientes:

- Derechos individuales.
- Derechos colectivos.
- Derechos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos.

El caso Halabi trataba sobre un proceso interpuesto por un abogado en contra de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario el cual permitía la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet y que a juicio del jurista tales escuchas lesionaban el derecho a la privacidad protegido por la constitución y por normas internacionales y por ende atentaban contra el secreto profesional y la confidencialidad existente reconocida en favor del abogado con sus clientes.

En este sentido este máximo tribunal entendió que para fines de la configuración de la acción de clase instaurada a partir del caso “Hababi” interesaba sobre manera

emitir un concepto sobre la categoría de los derechos colectivos con centro de intereses individuales:

*“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”* Cartona, Walter. (2012). P. 99

En este sentido, sobre la legitimidad procesal la Corte aclara que cada miembro de la clase debe tener un interés divisible en el resultado final del proceso (es decir, que individualmente podrían accionar) pero que la causa fáctica y jurídica es homogénea (ya que se originan del hecho y buscar resarcir un daño en el caso de la relación de consumo) y por último sus efectos son generales a todos los afectados. En este sentido, se debe acreditar e identificar el grupo afectado al cual se pretende representar.

En concordancia con el artículo 43 de la Constitución Argentina establece que la acción de “amparo colectivo” puede ser iniciada por los afectados, el defensor

del pueblo y asociaciones que propendan a proteger determinados derechos de la competencia, usuarios, el ambiente, consumidor.

Entre las dificultades que se presentan en territorio argentino por la falta de una norma que se encargue de regular la materia se tienen las siguientes:

No se tiene certeza de cuáles son los mecanismos para garantizar una adecuada notificación para aquellas personas que pudieran tener un interés en el proceso colectivo de acción de clase o en su resultado; a fin de darles la oportunidad de formar parte del proceso o quedar al margen del mismo y de igual modo evitar la multiplicidad de procesos promovidos por la misma causa y los cuales podrían ser acumulados ya que de lo contrario se podrían dictar sentencias contradictorias por la misma causa fáctica y colocar en una posible situación de desventaja a ciertos consumidores con respecto a otros y por último si no se toman estas medidas de publicidad se estaría teniendo un desgaste procesal innecesario y contrario a el principio de economía procesal.

“En Argentina, mediante la decisión del caso “Halabi” Los efectos de la sentencia se extienden a todos los ciudadanos que padecen de un mismo problema sin que tengan que iniciar activamente un juicio individual además pretender que todos los potenciales afectados se encuentren todos representados en la demanda representaría una tarea irreal y la cual resultaría en un procedimiento que impediría que se llevara a cabo el proceso”. Timpanaro. Adrián R. (2009) P. 301-303

En definitiva, el Juez que conociera primero el proceso colectivo de acción de clase debería producir el efecto del fuero de atracción con relación a los demás procesos idénticos que se presenten con posterioridad en otro juzgado.

Como se observó, en Argentina la vía del amparo de garantías constitucionales que fue utilizada por el actor se encuentra enmarcada en el contenido del artículo 43 de su Constitución Nacional, debido a la falta de regulación legal, para tutelar un derecho colectivo con incidencias individuales homogéneas y dentro del cual el órgano judicial entró a suplir el vacío normativo, ya que existía una situación de incertidumbre en estos casos.

Ahora bien, debemos destacar que en nuestro ordenamiento jurídico existen tres figuras las cuales debemos tener bien claro ya que en Argentina se confunden o entre mezclan estas tres figuras en una sola y en nuestro sistema judicial se tratan de forma separada y claramente diferenciada. Nos referiremos al AMPARO de garantías constitucionales, acción de clases y demanda de inconstitucionalidad.

En nuestro ordenamiento jurídico las figuras mencionadas anteriormente se regulan de la siguiente forma:

“El Amparo de Garantías Constitucionales: es un instrumento que la Constitución de Panamá pone en favor de las personas cuando sus derechos fundamentales resulten afectados o vulnerados como consecuencia de la actuación de las autoridades”. En Panamá la acción de amparo según su definición y a diferencia de Argentina, no ha sido concebida para impugnar actos de carácter general, ni para proteger a la colectividad de normas o actos violatorios de la

constitución o la ley, sino para amparar a personas individuales y bien determinadas, ya sean naturales o jurídicas, contra ordenes arbitrarias de hacer o no hacer emitidas o ejecutadas por autoridades públicas que violen sus derechos fundamentales consagrados en la Constitución (no cabe contra garantías reconocidas en tratados internacionales ni Leyes). En definitiva, la acción de amparo de garantías en Panamá no tiene la connotación colectiva que se le da en Argentina y que busca actuar incluso contra una Ley (es más amplio). En nuestra jurisdicción el amparo se realiza contra actos u órdenes de hacer o no hacer que violen garantías fundamentales consagradas en la Constitución. El amparo no es una acción popular en Panamá, de acuerdo con lo normado en el artículo 54 de nuestra Constitución Nacional. Araúz, Heriberto. (2003). pág. 106 y siguientes

La acción de inconstitucionalidad: tiene como objeto presentar una demanda a fin de conseguir una declaración por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá en el sentido que una disposición legal sea declarada contraria a la Carta Magna y/o sea considerada o no conforme a esta. En este caso el efecto de la sentencia si sería *erga omnes* a diferencia del amparo en Panamá que una vez justipreciado el proceso, los efectos de la sentencia serían de carácter individual para el demandante.

El proceso colectivo de clase: Regulado actualmente en la Ley 45 de 2007 es un procedimiento meramente destinado a defender los intereses colectivos de un grupo numeroso de consumidores contra un determinado ente comercial o agente económico; sin embargo bajo la luz de ciertas normas especiales de las cuales haremos referencia en la líneas subsiguiente de este trabajo, es posible que

reclamaciones fuera del ámbito de la adquisición de bienes y servicios sean objeto de la aplicación de procedimiento de acción de clases bajo las mismas reglas procesales contempladas en la Ley 45 de 2007. Estos supuestos lo desarrollaremos, en detalle en siguientes capítulos.

1.2 ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

El avance de la sociedad Estadounidense y la creación de nuevas relaciones socio-jurídicas conllevaron a la aparición de conflictos no sólo para las personas individuales, sino que también conflictos que afectan a grupos numerosos de individuos que pueden constituir amplios sectores de la población.

Hoy en día en Estados Unidos de América las grandes compañías se cuidan en extremos de informar de los riesgos de un producto financiero a sus miles de ahorradores, de informar sobre productos alimenticios que puedan perjudicar la salud de los consumidores, o de medicamentos defectuosos que afectan a los pacientes, para hacer referencia a alguno supuestos; dado que este tipo de procesos colectivos de clase significan (en caso de que el fallo sea en favor de los consumidores) que la empresa tendrá que incurrir en reparaciones de daños o indemnizaciones millonarias debido a la pluralidad de demandantes y que en muchos casos podrían llevarlos a la quiebra o a situaciones económicas complicadas.

Una de las razones de ser del proceso colectivo de clases en Estados Unidos de América es que se busca proteger el estado de debilidad o indefensión del individuo

entendido como particular, frente a los grandes poderes fácticos como son las grandes corporaciones, y por ello mediante procesos jurisdiccionales se habían delineado tales casos, con la finalidad de ofrecer una protección judicial a grupos de personas contra la posible opresión de los grupos financieros, que con su poder económico pueden sofocar y/o ahogar de forma legalmente dilatoria los efectos de un proceso convencional.

De esta forma la primera norma escrita en territorio norteamericano en esta materia fue la *Federal rule of civil procedure* de 1938 y actualmente en esta jurisdicción las acciones de clases se encuentran reguladas legalmente bajo las *Federal rules* de 1966, específicamente en su regla 23.

La ley procesal Estadounidense reconoce la legitimación a reclamantes individuales para que ejerciten acciones en defensa no sólo de sus propios derechos e intereses patrimoniales, sino también en defensa de los análogos derechos e intereses patrimoniales de un número indeterminado de consumidores o usuarios no identificados. La acción de clase en Estados Unidos constituye un supuesto de desplazamiento de legitimación: la legitimación para defender todos y cada uno de los derechos e intereses individuales de los que cada uno de los miembros del grupo es titular, se desplaza en favor de uno o varios representantes del grupo de afectados, por el mero hecho de que estos últimos inicien una reclamación judicial con vocación de representatividad.

La acción de clase debe permitir que la sentencia que se dicte no sólo reconozca el derecho o proteja el interés del representante del grupo, sino el de todos sus miembros, aunque no estén individualizados en el procedimiento declarativo. Es

decir, la sentencia causa efecto de cosa juzgada respecto de todos los derechos o intereses individuales de cada uno de los miembros del grupo.

La finalidad de la acción de clase en Estados Unidos es la de evitar que, por la ineficiencia que pueda suponer cada reclamación individual, se dejen de interponer multitud de reclamaciones.

“Los requisitos necesarios para que pueda interponerse una acción de clase en Estados Unidos de América son los siguientes:

1- Numerosidad: Se tienen en cuenta factores como que la cantidad de reclamantes individuales sea tal que no permita reclamación conjunta y por lo tanto que la actuación de todos personalmente sea impracticable. En adición también se toman en cuenta elementos como dispersión geográfica o factores económicos de los afectados.

2- Identidad fáctica: Cuestiones fácticas o jurídicas comunes a los miembros del grupo que tengan más relevancia que las particulares de cada uno individualmente considerado.

3- Tipicidad: La reclamación iniciada por el representante del grupo debe ser representativa de la que habría iniciado cada uno de los miembros de la clase.

4- Adecuada representación: se trata de asegurar que quien inicia una acción atribuyéndose la representación de los miembros de la clase les representará justa y adecuadamente.

La regulación estadounidense de las acciones de clase prevé:

a) La posibilidad de que consumidores y usuarios individuales que forman parte de la clase representada se personen en el procedimiento para acumular su acción individual a la iniciada por los representantes, con el objeto de tener su propia asistencia letrada y su propia estrategia procesal.

b) La posibilidad de que los referidos consumidores o usuarios individuales manifiesten ante el tribunal, mediante mecanismos ágiles, su voluntad de quedar excluidos de la acción iniciada, para no verse afectados por la sentencia que se dicte". Ferreres Comella. Alejandro (2005).P. 40

Se debe destacar que bajo la jurisdicción de los Estados Unidos de América, los Tribunales Federales de distrito tienen competencia privativa sobre cualquier acción civil donde la cantidad de la controversia exceda de US 5,000,000.00 de cinco millones de Dólares moneda de curso de los Estados Unidos de América; de igual forma cuando las partes demandantes y demandados, son de distintos estados de los Estados Unidos de América, cuando algún integrante del grupo de demandantes vive en un Estado distinto al resto del grupo y/o cuando alguna de las partes del proceso demandantes y demandados, son ciudadanos de un país Extranjero. Presupuestos procesales estos, los cuales confirman que existen bajo esta jurisdicción, demandas a escala nacional, en adición a los procesos colectivos de clase en Tribunales Estatales, siempre y cuando se cumplan con los presupuestos antes mencionados. Luego de analizar de forma somera los presupuestos procesales que enmarca la jurisdicción norteamericana, podemos concluir que la misma contempla un procedimiento muy evolucionado entorno a los procesos de acción de clases, los cuales han evolucionado en la jurisprudencia con

una alternativa vital, para poder tutelar los derechos homogéneos de grandes números de personas que interactúan de forma personal y legal en las aspas comerciales de una nación con una población muy numerosa.

1.3 REINO DE ESPAÑA

En esta jurisdicción la regulación de esta figura se contempla desde la propia norma suprema, la Constitución Española, que dicta lo siguiente: en su artículo 51 se garantiza la defensa de los derechos de los consumidores mediante “procedimientos eficaces”, además en su artículo 125 se reconoce que los ciudadanos podrán ejercer acciones populares y por último el artículo 29 establece que el derecho de petición lo tendrán todos los Españoles de forma individual o colectiva.

En vista de ello se desarrolló en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, en algunos pocos artículos desarrolla este tipo de proceso y en muchos casos la acción de clase al no tener una regulación especial se debe recurrir a las normas generales de los procesos españoles.

El sentido y alcance de la regulación a la que nos acabamos de referir otorga legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios – deben estar reconocidas por ley- para iniciar acciones legales en representación de un grupo de consumidores y usuarios indeterminados (es decir, sólo determinables en la fase de ejecución de sentencia a partir del objeto de la reclamación que haya sido estimada en la fase declarativa), para reclamar la tutela judicial de los intereses individuales y concretos de cada uno de esos consumidores y usuarios indeterminados que se

han visto perjudicados por un hecho dañoso. Salmieri Delgue Pablo Nicolás. (2015). P. 1-42

En este sentido en España los jueces deben en primer lugar examinar con cautela si los consumidores y usuarios que se pretende representar en la acción de reclamación son realmente indeterminados o de difícil determinación: si él llega a la conclusión de que tal determinación sí resulta posible, deberán condicionar la continuación del procedimiento a aquella efectiva determinación y, lo que es más importante, a la previa comunicación personal de la presentación de la demanda a los interesados para que, en su caso, puedan intervenir en el proceso. En definitiva, la falta de notificación personal a los consumidores o usuarios representados sólo es excusable en el supuesto de una genuina acción de clase (es decir, en la que los consumidores o usuarios representados son indeterminados o de difícil determinación, lo que imposibilita aquella notificación personal. Marin Lopez, Juan Jose. (2001). P- 1-13

En el sistema el régimen especial de publicidad al que deben sujetarse las acciones de clase, se traduce en que cuando se decreta la admisión de la demanda, la misma será comunicada en un medio de difusión nacional para hacer un llamado a los consumidores que tengan interés en el proceso. A diferencia de la regulación norteamericana que permite a los consumidores quedar excluidos del proceso para que los efectos de la sentencia no los alcance, en España este derecho no lo prevé la normativa.

En cuanto al requisito de la identidad fáctica en la acción de clase ejercitada por los afectados la misma debe referirse a un hecho dañoso; en ese sentido se

deben cumplir dos supuestos, el primero de ellos que el origen del daño debe ser unívoco en relación con los distintos consumidores usuarios afectados; y el segundo que debe resultar innecesario proyectar la conducta o acción dañosa sobre todos y cada uno de los consumidores o usuarios representados, individualmente considerados; ahora bien, se desprende la dificultad de la ejecución de la sentencia en el sentido que cada uno de los beneficiados con la sentencia tendrán que individualmente reclamar su derecho luego del fallo del tribunal y en muchos casos resulta más eficiente que cada consumidor instaure su proceso individual por los tediosos procedimientos legales que se deben cumplir para entablar un proceso de clase. La sentencia tiene un efecto ultra partes. Aunado a lo antes expuesto, podemos acotar, que la norma española es muy similar en los presupuestos de aplicación al derecho panameño, en el sentido que la identificación del grupo afectado va de la mano con el reconocimiento de su calidad individual una vez el derecho afectado es reconocido vía tutela judicial efectiva y se procede a la identificación de forma individual de los afectados.

1.4 REPÚBLICA DE COLOMBIA

La Constitución Colombiana de 1991 reconoce y garantiza los derechos humanos colectivos, y mediante su Ley 472 de 1998 reglamenta la figura de las acciones populares y establece el trámite respectivo para ejercerlas.

La jurisdicción colombiana es de las más completas y avanzadas en Latinoamérica sobre el tema que nos atañe, ya que se trata en una Ley específica

en su tratamiento procesal; a diferencia de Argentina donde su desarrollo legislativo es nulo y de España donde se encuentra débilmente regulado dentro de la ley general de procedimiento civil.

Su principal ventaja es que le da la facilidad de interponer la acción por conducto de demanda, a cualquiera persona, teniendo en cuenta que el derecho protegido es de su interés, aunque no le afecte de manera exclusiva y excluyente, sin la necesidad de recurrir a un apoderado judicial.

El amparo de pobreza garantiza de igual forma que los derechos colectivos vulnerados no se puedan hacer valer o garantizar por los afectados por un factor económico, ya que esta figura se utiliza cuando los demandantes no cuentan con los recursos económicos necesarios para hacerle frente al proceso judicial y por lo tanto el Estado brinda un incentivo económico para garantizar estos derechos fundamentales que se buscan resguardar.

En adición otra de las características de este proceso en Colombia es que la ley le otorga un trámite preferencial, solamente por detrás, por ejemplo, de la acción de habeas corpus. Esto implica una mayor protección de los derechos colectivos de los consumidores, ya que, si estos se sometieran al trámite ordinario, por la mora judicial, se tornaría ineficaz la defensa de los mismos dado la complejidad y extensión de estos procesos.

Los requisitos para presentar una acción popular en Colombia son realmente fáciles de cumplir, al tenor del artículo 18 de la ley 472 de 1998 son los siguientes:

- a) La indicación del derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado.

- b) La indicación de los hechos que motiven la pretensión.
- c) La enunciación de las pretensiones.
- d) La indicación de la persona o autoridad presuntamente responsable del agravio.
- e) Las pruebas que pretenda hacer valer.
- f) Las direcciones para las notificaciones.
- g) Nombre de identificación de quien ejerza la acción.

Como se ve se excluyen ciertos requisitos como la designación del Juez de causa, los fundamentos de derecho, la cuantía, la identificación de la clase del proceso, ya que por la naturaleza de la acción popular y por los principios anteriormente enunciados no se requieren para facilitar su tramitación y hacer real y eficaz la pretensión del proceso.

La sentencia de la acción popular una vez ejecutoriada produce efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general, es decir, efecto *erga omnes*, por la naturaleza misma de ser una acción pública que busque el resarcimiento de derechos colectivos vulnerados. Vásquez, Monica. Barrios, Lorena. Ibáñez, Anny Rangel, María Carolina (2006). pág. 304

En este mismo sentido, llamamos la atención del lector, al hecho que la legislación Colombiana ha simplificado el proceso de tal forma y le ha dado la prelación procesal suficiente para que la intención de Tutelar los derechos de clases de un grupo particular o personal, sea simple, de no muchas formalidades y para todo propósito ampliamente efectivo en la celeridad de la consecución procesal y valorización de las pretensiones de los actores por parte de la Tutela judicial efectiva

del Estado; lo cual nos avoca a concluir que el Estado Colombiano da un tratamiento especial a este tipo de acciones, ya que las considera un pilar básico para mantener un sistema social equitativo.

2. ANTECEDENTES EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DEL PROCESO COLECTIVO DE CLASE

2.1 EVOLUCIÓN DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

La Constitución de 1904 que es la primera constitución redactada dentro de la nueva República de Panamá que contaba con escasos meses de constituirse en un Estado independiente y soberano, la misma que se encontró vigente durante 37 años y en ella únicamente se reconocían los derechos humanos de primera generación, es decir, los relativos a los derechos individuales del hombre tales como la prohibición de fueros y privilegios, el derecho a reunión, el derecho a la libre movilización de las personas dentro del país, así como la libertad de culto, la libertad de expresión, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia, el derecho a escoger profesión, oficio u ocupación, el respeto a la propiedad privada y la protección de la propiedad intelectual del autor sobre sus obras e inventos.

Como se observa la primera constitución de este país no contemplaba mención alguna a los derechos colectivos o sociales dentro de los cuales se

encuentra razón de ser la acción colectiva de clase. Por lo tanto, para esos momentos por la realidad social y comercial de la época no se reflejaron en la norma máxima tales garantías o reconocimiento de derechos. En la constitución de 1941, se da por primera vez el reconocimiento a algunos derechos sociales, tales como el derecho de huelga y de libre asociación, así como la función social que debe cumplir la propiedad privada, la constitución de 1946 se amplían aún más los derechos sociales reconocidos en la carta magna anterior.

La constitución 1972 que actualmente se encuentra vigente, con sus cuatro reformas, reconoce finalmente el tema específico en la materia que nos ocupa la cual es la defensa de los derechos de los consumidores por medio de un procedimiento judicial, y dicha garantía constitucional dicta lo siguiente:

“ARTICULO 49. El Estado reconoce y garantiza el derecho de toda persona a obtener bienes y servicios de calidad, información veraz, clara y suficiente sobre las características y el contenido de los bienes y servicios que adquiere; así como a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

La Ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, su educación y los procedimientos de defensa del consumidor y usuario, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la trasgresión de estos derechos.”

Como se desprende de las líneas constitucionales anteriormente transcritas las cuales se encuentran dentro del TITULO III DERECHOS Y DEBERES INDIVIDUALES Y SOCIALES, CAPITULO 1º GARANTIAS FUNDAMENTALES en el cual se menciona que el Estado desarrollará en la Ley los mecanismos que

aseguren de forma efectiva la defensa de los derechos de los consumidores y los cuales pueden ser reclamados de forma individual o colectiva ya que la carta magna no excluye esta posibilidad. Es por ello que en el año 1996 por la realidad mundial y nacional se expide la Ley especial de defensa de la competencia y protección del consumidor en la República de Panamá, que posteriormente con las reformas constitucionales de 2004 por mandato constitucional se contempla en nuestra carta magna el derecho de los consumidores.

2.2 LEY 29 DE 1 DE FEBRERO DE 1996.

Por medio de esta Ley que tenía como objetivo proteger y asegurar el proceso de libre competencia económica y la libre concurrencia, erradicando las prácticas monopolísticas y otras restricciones en el funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios, para preservar el interés superior del consumidor y por medio del cual se regulaba toda la materia sobre defensa de la competencia y protección al consumidor y dentro del cual se creó un organismo administrativo especial denominado Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC) el cual era la entidad estatal competente para conocer cualquier caso sobre la materia mencionada.

De igual forma se establece un procedimiento administrativo para la tramitación de quejas o reclamos interpuestos a consecuencia de supuestas violaciones de los derechos de los consumidores perpetradas por los agentes

económicos y de igual forma se reconoce un proceso conciliatorio para que las partes puedan llegar a un arreglo.

En la materia específica que nos ocupa, el cual es el campo procesal jurisdiccional, la Ley 29 crea los juzgados de Circuito Civil especializados en defensa de la competencia y derechos del consumidor y adición crea el Tribunal de Apelaciones denominado como Tercer Tribunal Superior de Justicia.

La mencionada Ley, en su artículo 172 desarrolla por primera vez en nuestra jurisdicción el Proceso Colectivo de Clase.

2.3 LEY NO. 45 DE 31 DE OCTUBRE DE 2007

Esta ley deroga la ley 29 de 1996. Esta nueva regulación se da como producto que las relaciones comerciales y de consumo son relaciones dinámicas y que en un mundo tan cambiante como en el que nos encontramos, el derecho debe ajustarse a las necesidades y a las realidades del momento. Por lo tanto, la Ley anterior necesitaba reformas estructurales urgentes por lo que fue necesario su completa derogación y reemplazo por una legislación más de acorde a los nuevos tiempos.

Esta nueva Ley se aplica a todos los agentes económicos, sean personas naturales o jurídicas, empresas privadas o instituciones estatales o municipales, industriales, comerciantes o profesionales, entidades lucrativas o sin fines de lucro, o a quienes, por cualquier otro título, participen como sujetos activos en la actividad económica. Igualmente, se aplica a todos los actos o prácticas que surtan sus

efectos en la República de Panamá, indistintamente del lugar en donde se perfeccionen.

Se reemplaza la CLICAC por La Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (en adelante, ACODECO).

En cuanto al Proceso administrativo de Conciliación al Consumidor, el mismo se ventila ante la ACODECO cuando el consumidor presente las quejas que tenga contra un proveedor ante la Autoridad, dentro del cual se intentará conciliar a las partes y si no hubiera avenimiento el funcionario dejará constancia de ello, en caso de que el consumidor desee acudir a la vía jurisdiccional. En los casos en que las partes alcanzaran avenimiento, en el acta de conciliación, debidamente autenticada por la Autoridad, prestará mérito ejecutivo. Las quejas se deben presentar siempre por escrito y este proceso será realizado de forma oral y sin formalidades (incluyendo la audiencia).

Cabe destacar que para que la autoridad administrativa dicte una decisión ajustada a derecho, la misma está en la facultad de iniciar investigaciones de oficio.

La resolución proferida en primera instancia podrá apelarse ante el Administrador de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia. Con dicho recurso se agota la vía gubernativa.

Es pues entonces la vía conciliatoria administrativa un procedimiento que busca acercar a las partes como un método alternativo de resolución de conflictos en miras de evitar la interposición de un proceso judicial.

Bajo la norma en comento, la Autoridad regulatoria y las asociaciones de consumidores organizados están legitimadas procesalmente para iniciar como parte, o para intervenir como coadyuvante, en defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, en el procedimiento de conciliación administrativa. Pero dicho procedimiento de conciliación no aplica en el caso de que un representante de la clase en nombre de los afectados presente queja ante la ACODECO tal como explicaremos en el siguiente párrafo. Es importante tener presente que esta nueva Ley no solo reafirma el reconocimiento de los derechos de los consumidores de forma individual y/o colectiva lo cual es la base para una acción de clases, sino que también la anterior otorga legitimación a personas individuales y/o asociaciones de consumidores para presentar reclamaciones de esta naturaleza, lo cual ajusta nuestra legislación dentro de las tendencias modernas que regulan la materia.

En cuanto a las normas procesales jurisdiccionales de igual forma la Ley 45 de 2007 como la anterior Ley únicamente en un escaso artículo desarrolla el procedimiento especial del proceso colectivo de clase ante los juzgados el cual (trataremos en detalle en este apartado en el capítulo III); pero a fin de seguir nuestra exposición es rescatable acotar que dicha reforma legislativa establece amplia legitimación a distintas personas para entablar reclamaciones de consumidores de forma colectiva.

CAPITULO II

GENERALIDADES DEL PROCESO COLECTIVO DE CLASE

1. CONCEPTO DEL PROCESO COLECTIVO DE CLASE

En primer lugar, debemos entender que se entiende por el término de proceso colectivo y en palabras del Doctor Heriberto Araúz estos procesos "... persiguen prácticamente el mismo fin: que una persona o un grupo de personas en representación del conglomerado, no unidas entre sí por vínculo jurídico alguno, puedan acudir ante la jurisdicción o hacer valer sus derechos cuando se consideren afectados un derecho o haya amenaza de que afecte. Se trata de no dejar desamparado y sin posibilidad de acceder al proceso a la o las personas cuando

consideren que la afectación de un derecho traspasa el campo meramente subjetivo, particular y también concierne a más personas”.

Una vez entendido la razón de ser de este tipo de procesos, es necesario entonces comprender la naturaleza del nacimiento de la acción de clase.

Este modelo procesal para este tipo de acciones colectivas obedece a una realidad económica y social: la masificación de la producción de bienes y servicios producto directo del fenómeno de la sociedad capitalista y de consumo en la cual vivimos actualmente; este es un escenario de regulación relativamente nuevo para el derecho, ya que hace escasamente hace ochenta años atrás no nos encontrábamos ante esta situación. Es decir, no se trata de una figura procesal clásica como los son, por ejemplo, las demandadas jurisdiccionales individuales o particulares por incumplimiento de contrato.

Este fenómeno económico y social característico del mundo moderno, que lleva como estandarte el tráfico y la intermediación del comercio de bienes y servicios entre productores o proveedores y consumidores. Coloca en una posición de desequilibrio jurídico a la parte considerada más débil en una negociación la cual es el consumidor final, ya que no tiene el mismo poder económico, ni en materia de recursos para negociar en igualdad de condiciones con un gran comerciante. Es por ello que el legislador por medio de la ley 45 de 2007 entendió esta diferencia o desequilibrio de fuerza entre los contratantes y crea la mencionada ACODECO que es la autoridad estatal encargada de velar por el correcto cumplimiento de las normas de la competencia y del consumidor y establece diferentes procesos o

mecanismos para la defensa de los derechos de los consumidores de forma individual o colectiva (ya sea en instancia administrativa o jurisdiccional).

Siguiendo esta línea de ideas, “los consumidores pueden ser sujetos de riesgos y daños ocasionados por productos defectuosos; y debemos aclarar que dichos daños no en muchas ocasiones se limitan a afectar a únicamente a una sola persona, ya que por ejemplo una compañía que produjo en masa determinados electrodomésticos y los mismos presentan daños eléctricos que colocan a los innumerables consumidores en una situación de riesgo, estos deben estar facultados para defender sus derechos y exigir calidad del producto por el precio pagado y por las garantías aseguradas por parte del proveedor”. Fábrega Ponce, Jorge (2012) P. 7.

Nos parece oportuno aclarar en este sentido que al encontrarnos en un escenario especial del derecho privado las relaciones entre proveedor y consumidor se regirán por lo estipulado en la ley 45 de 2007 (Ley especial) por regla general y subsidiariamente con lo normado en el código civil y código judicial de Panamá cuando suplan los vacíos sustantivos o procedimentales de la ley especial, en ningún momento regirán o se utilizarán las disposiciones del código de comercio ya que no se perfecciona ninguno de los actos de comercio enumerados en el artículo 2 de la citada norma y entre otras disposiciones el artículo 3 establece que la compra de objetos destinados al consumo doméstico del comprador ni la venta del sobrante de sus acopios serán considerados actos de comercio, es decir, que su naturaleza es puramente civil.

Producto de la masificación de la producción de bienes y servicios, el derecho ha tenido que ajustarse tanto en materia sustantiva como procedimental a la realidad mundial y crear procesos colectivos que garanticen que las controversias surgidas en este marco de demandas difusas, donde es imposible determinada a todos los afectados, lleguen a ser eficaces y eficientes y que la pretensión no se vuelva ilusorias. Por lo tanto, se superó las reglas individualistas de los procesos judiciales para dar paso al nacimiento de una nueva figura procesal.

En este sentido existe el denominado interés colectivo, el cual es común a todos los miembros afectados de una clase, el cual debe ser tutelado en favor de los consumidores quienes merecen un tratamiento procedimental especial por la naturaleza propia de la acción. Entre ellas destacan la legitimación, la publicidad, los intereses individuales homogéneos, la representación, las pruebas, los efectos de sentencia, entre otros. Todos estos puntos serán desarrollados en profundidad en el próximo capítulo, así que por el momento solo los trataremos de forma general.

“La legitimación para defender todos los derechos o tutelar los intereses individuales de cada uno de los miembros del grupo, se traslada al ámbito colectivo y se desplaza en favor de uno o varios representantes del grupo de afectados, por el mero hecho que estos últimos inicien una reclamación judicial actuando en representación del colectivo siendo lo determinante en las acciones de clase que el interés individual de cada uno de los afectados objeto de reclamación se convierte en un interés colectivo unificado, por lo cual no debe confundirse un procedimiento de varias reclamaciones individuales, sino con el procedimiento de una sola

reclamación con carácter de un grupo de consumidores afectados". CAMARGO VERGARA, Luis (2009) P. 194.

A su vez la sentencia que se dicta reconoce el derecho de los representantes del grupo y también de aquellos otros integrantes del grupo que no se encuentran identificados en el proceso, es decir, se extiende aquellos afectados que no se encuentren identificados ni individualizados, la razón de ser de este tipo de efecto de la sentencia es que se evitan que existan varias reclamaciones (muchas quizás de menor cuantía) y que se produzcan sentencias contradictorias por la misma causa, de esta forma la jurisprudencia se encuentra unificada y no se crea una situación de falta de certeza jurídica en cuanto a la diferente valoración de un mismo hecho por distintos jueces. Una de las ventajas de este proceso es que la mora judicial y la carga de trabajo disminuyen con este tipo de procesos colectivos que se aglomeraban en una reclamación a todos los posibles afectados.

Al tener la sentencia un efecto muy amplio e indeterminado, el acceso a la justicia se facilita para aquellas personas que individualmente por factores de tiempo o económicos no pudieran presentar individualmente una reclamación.

La ley 45 de 2007 recoge muchas de las ordenanzas de *la federal rule* de 1938 de los Estados Unidos de América en la cual se regula el proceso colectivo de acción de clase, y esto es de esta manera, ya que dicha jurisdicción sea caracterizada por encontrarse siempre a la vanguardia legal y regulatoria en cuanto al derecho de la competencia (derecho anti-trust).

Entre los requisitos y las ordenanzas norteamericanas con respecto a los procesos de acción de clase, que mencionamos en el capítulo anterior, la Ley panameña las adopta de la siguiente forma: en el numeral 1 del artículo 129 de la ley 45 de 2007 se estipular que *“Uno o varios miembros de una clase podrán demandar, como representantes de todos los miembros de la clase, en cualquiera de los siguientes casos: si el grupo fuera tan numeroso que la acumulación de todos los miembros resultara impracticable, si existieran cuestiones de hecho o de derecho común al grupo, si las pretensiones de los representantes fueran típicas de las reclamaciones de la clase, si las reclamaciones, de tratarse separadamente, fueran susceptibles de sentencia incongruentes y divergentes y si las reclamaciones, de tratarse individualmente, resultarían ilusorias”*. Se regulan y cumplen de esta forma los cuatro requisitos indispensables para un proceso de colectivo de clase según la norma estadounidense: tipicidad, numerosidad, identidad fáctica y adecuada representación.

En definitiva, en nuestra legislación el concepto que contempla la Ley sobre los procesos colectivos de clase es el siguiente: *“El ejercicio de las acciones de clase, en materia de consumo, corresponde a uno o más miembros de un grupo o clase de personas que han sufrido un daño o perjuicio derivado de un producto o servicio. Tal ejercicio se entiende en beneficio del respectivo grupo o clase de personas. La Autoridad, las asociaciones de consumidores organizados o un grupo de consumidores que nombre un representante colectivo están legitimados para demandar”*.

2. OBLIGACIONES DEL PROVEEDOR

Como primer punto debemos mencionar el decreto ejecutivo No. 46 que reglamenta la ley 45 de 2007 donde define lo que se entiende como proveedor: es aquella persona natural o jurídica, ya sea pública o privada, que como industrial, comerciante, profesional o cualquier otro tipo de agente económico desarrolla de manera habitual, aun ocasionalmente y a título oneroso o con un fin comercial, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, venta y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores en la República de Panamá.

“Son obligaciones del proveedor frente al consumidor las siguientes:

1. Informar, clara y verazmente al consumidor sobre las características del producto o servicio ofrecido, tales como la naturaleza, la composición, el contenido, el peso, el origen, la fecha de vencimiento, la toxicidad, las precauciones, el precio y cualquier otra condición determinante, lo cual se consignará en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto o en el anaquel del establecimiento comercial, en términos comprensibles y legibles.

Dicha información deberá constar necesariamente en la etiqueta y en idioma español cuando se trate de medicamentos, agroquímicos y productos tóxicos y de productos alimenticios que requieran advertencias o precauciones específicas de que representan peligro para la salud humana, según lo determine el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Salud. En caso de que se trate de productos o servicios restantes, la Autoridad determinará cuál de esta información deberá

suministrarse, atendiendo al género o a la naturaleza de cada clase de producto o servicio.

La Autoridad podrá determinar la obligatoriedad de incluir, en las etiquetas, los requisitos adicionales que estime necesarios, de acuerdo con la naturaleza de cualquier otro producto.

El importador o proveedor que reempaque, reenvase, reetiquete o modifique el empaque original o la etiqueta de un producto no podrá adulterar ni ocultar la información de origen, tales como la naturaleza, la composición, el contenido, el peso, el origen, la fecha de vencimiento, la toxicidad, las precauciones, el precio y cualquier otra condición determinante.

2. Indicar, en forma expresa y visible, cuando el producto que se vende o el servicio que se presta se pague al crédito, el monto total de la deuda, el plazo, la tasa de interés efectiva aplicada y su método de cálculo, las comisiones, así como la persona natural o jurídica que brinda el financiamiento, si fuera un tercero.

Cuando se trate de servicios bancarios o financieros, la tasa de interés pactada y efectivamente pagada en ningún caso podrá exceder el máximo porcentual permitido por la ley.

3. Suministrar al consumidor las instrucciones sobre la utilización adecuada del artículo y la información de los riesgos que entraña para su salud o seguridad.

4. Informar al consumidor sobre las garantías de los productos o servicios y las condiciones de estas.

5. Informar al consumidor si las partes o los repuestos utilizados en reparaciones son usados. Si no existe advertencia sobre el particular, se presumirá que dichos bienes son nuevos.

6. Informar de la no existencia de partes, repuestos o servicios técnicos, en relación con un bien determinado, para su reparación en el país si ese fuera el caso.

7. Mantener informado al consumidor sobre la evolución o el estado en que se encuentre la gestión respectiva, en el caso de la prestación de servicios.

8. Asumir la responsabilidad por la resolución contractual, cuando tenga la obligación de reparar el bien y no la haya satisfecho en un tiempo razonable.

9. Poner en conocimiento del comprador los plazos para la formulación de reclamos, de acuerdo con la naturaleza del bien o servicio.

10. Mantener en buenas condiciones de funcionamiento y debidamente calibrados las pesas, medidas, registradoras, básculas y demás instrumentos de medición que se utilicen en el giro de sus negocios.

11. Extender factura o comprobante de compra en el que conste claramente el Registro Único de Contribuyente, la identificación de los bienes o servicios, el precio y la fecha de entrega.

12. Entregar una copia del contrato de venta al consumidor, cuando se haga constar por escrito. En el original del contrato que conserve el proveedor, deberá dejarse constancia de que se entregó copia al consumidor. Una vez se haya completado la operación correspondiente y se le entregue copia al consumidor, será nulo el contrato que estuviera firmado por el consumidor con espacios en blanco,

en circunstancias que pudieran ser llenados con posterioridad por el proveedor, en perjuicio del consumidor.

Igualmente, serán nulos los documentos accesorios al contrato firmados por el consumidor con espacios en blanco, en circunstancias que pudieran ser llenados con posterioridad por el proveedor, en términos diferentes a los pactados en el contrato.

13. Apegarse a la ley, a los buenos usos mercantiles y a la equidad en su trato con los consumidores.

14. Informar al comprador de las condiciones de venta que ofrece el proveedor de bienes o servicios.

15. Abstenerse de realizar acciones orientadas a restringir el abastecimiento, la circulación o la distribución de bienes o servicios, a través del acaparamiento o la venta atada o condicionada, salvo que medie justa causa.

16. Prestar el servicio objeto de su actividad comercial sin discriminación de ningún tipo.” Artículo 36 de la ley 45 de 2007.

El incumplimiento por parte del proveedor de cualquier obligación contenida en la excerta legal antes referida, pudiese traer como consecuencia que los consumidores queden legitimados para optar por la Tutela Judicial efectiva de sus derechos ante la Jurisdicción especial competente para estos efectos.

3. DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Como primer punto debemos definir según el decreto ejecutivo No. 46 que reglamenta la ley 45 de 2007 lo que se entiende como consumidor: personas naturales o jurídicas que adquieran o disfruten de bienes o servicios como destinatarios finales o quien demuestre que ha recibido un bien o servicio a título oneroso o adquirió los mismos de parte del consumidor inicial como destinatario final estableciéndose la relación de consumo. No obstante, para los efectos de este tipo de destinatario final, quedan exceptuadas las normas de información que normalmente está el proveedor obligado a suministrar antes de la decisión de compra.

No serán considerados consumidores, las personas naturales o jurídicas que adquieran o utilicen bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros.

“Los consumidores tendrán, entre otros, derecho a:

1. Ser protegidos eficazmente contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la vida, la salud o la seguridad física.

2. Recibir de los proveedores toda la información sobre las características del producto o servicio ofrecido, de manera clara y veraz, para poder tomar una decisión al momento de realizar la adquisición del producto o servicio, así como para efectuar el uso o consumo adecuado de este, de conformidad con las leyes nacionales.

3. Tener acceso a una variedad de productos y servicios valorativamente competitivos que les permitan libremente elegir los que deseen.

4. Ser protegidos en sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo, en toda relación de consumo, y contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen faltas a la veracidad o información errada o incompleta sobre los productos o servicios.

5. Ser escuchados de manera individual o colectiva por las instituciones correspondientes, a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.

6. Recibir educación y orientación, con el fin de formarlos debidamente para que las relaciones de consumo lleguen a ser equilibradas y transparentes.” Artículo 35 de la ley 45 de 2007.

Como se puede apreciar de las líneas anteriores, los consumidores, al amparo de la Legislación especial sobre la cual versa este trabajo, tienen derecho a ser protegidos por las autoridades en lo que respeta a sus garantías consagradas en la Ley, lo cual fue codificado en este sentido; para procurar un balance entre los proveedores y consumidores a razón de la desproporción social y económica que existe entre ambos.

4. BIEN JURIDICO TUTELADO

El bien jurídico tutelado en materia de prácticas monopolísticas, es la libre competencia y el funcionamiento eficiente de los mercados, mientras que en materia

de consumo, es el interés superior del consumidor, es decir, el conjunto de derechos que la ley le reconoce, a razón por la cual consideramos que se trata de intereses colectivos de distinta naturaleza, en el primer caso dentro de los llamados intereses difusos y en el segundo los intereses colectivos.

En este aspecto procederemos a realizar la distinción entre estos dos “intereses”. “El interés difuso son aquellos que pertenecen a todos los miembros de una colectividad que conviven dentro de una sociedad, que son sujetos indeterminados y que pertenecen a todos los que conviven en un medio determinado, en cambio los intereses colectivos son aquellos intereses que son comunes a un grupo de personas, que si pueden ser determinadas o identificadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico derivado de su condición o de una transacción realizada, razón por la cual las acciones judiciales tanto en la protección y defensa de intereses difusos como de los intereses colectivos, hacen referencia a las acciones de grupos de personas, para las cuales se ha adoptado el llamado proceso colectivo de clase, como el mecanismo de tutela de esos derechos”.

CAMARGO VERGARA, Luis (2009) P. 199

CAPITULO III
REGLAS PROCESALES

1. REGLAS PROCESALES APLICABLES A LA ACCIÓN COLECTIVA DE CLASE EN LA REPUBLICA DE PANAMA

Antes de comenzar a estudiar en detalle el procedimiento judicial del proceso colectivo de clase es vital definir el marco o ámbito de aplicación de la acción objeto de estudio del presente trabajo investigativo. En este sentido el artículo 129 de la ley 45 de 2007 regula este procedimiento especial con ciertos requisitos que le son únicos y es por ello que si bien la ley 45 regula lo concerniente al derecho de la competencia y a los derechos del consumidor, la acción de clase solo se reserva para las afectaciones que sufran los consumidores como producto de la relación de consumo, es decir, no se puede interponer una acción de clase contra alguna práctica colusoria o contra una concentración económica, ya que nos encontraríamos en el terreno del derecho de la competencia.

La norma mencionada indica lo siguiente: *“El ejercicio de las acciones de clase, **en materia de consumo**, corresponde a uno o más miembros de un grupo o*

clase de personas que han sufrido un daño o perjuicio derivado de un producto o servicio. Tal ejercicio se entiende en beneficio del respectivo grupo o clase de personas.”

De dicha mención debemos analizar que en concreto la norma menciona que en materia de consumo se aplicarán las estipulaciones del proceso especial de clase, lo cual excluye por completo cualquier intento de interposición de demanda de clase contra prácticas restrictivas de la competencia, tal y como lo expone la Sentencia de 2 de Junio de 1999 proferida por el Tercer Tribunal Superior de Justicia al expresar: *“...las acciones de clase, en nuestra legislación, no son de aplicación para todo tipo de daños, sino solamente aquellos derivados de bienes o productos... descartándose, por tanto, la tutela de intereses colectivos lesionados por otros hechos. Ello inhibe el probable uso del instrumento que se examina en otras causas relacionadas con la protección al consumidor”.*

De la citada transcripción también se desprende que tampoco cualquier reclamación de derecho del consumidor está sujeta a interposición de un proceso colectivo de clase, ya que dicho procediendo solamente está reservado, en principio o como punto de partida:

1. Para consumidores
2. Que dichos consumidores hubiesen sufrido una afectación derivado de un producto o servicio.

Se entiende de esta manera, que la normas es excluyente a la materia del derecho de la competencia de interponer una acción de clase en el sentido que las

sentencias que ponen fin a los procesos de prácticas monopolísticas producen por su propia naturaleza efectos que van más allá, es decir, que no están limitados a un grupo de consumidores. Y aún más, ya que el artículo 30 de la ley 45 de 2007 entendiéndose que los demás agentes económicos que se vieron afectados por prácticas contrarias al libre comercio también, además de declararse el acto ilegal, deben recibir una compensación económica por daños y perjuicios como compensación, producto de tal práctica contraria a derecho por parte del demandado.; *“En todos los casos en que se infrinjan las prohibiciones contenidas en este Título, los tribunales de justicia creados por esta Ley, mediante acción civil interpuesta por el agraviado, podrán imponer a favor de este o de los afectados condena al agente económico, equivalente a tres veces el monto de los daños y perjuicios causados como resultado del acto ilícito, además de las costas que se hayan causado.”*

De igual forma debemos aclarar que si bien la ley 45 de 2007 reserva exclusivamente los procesos colectivos de clase a situaciones de derechos de los consumidores, también es cierto que reconoce acciones colectivas (no de clase) para los procesos de derecho de la competencia; y esto nos parece un acierto, en el sentido que en muchos casos diferentes demandas individuales contra un agente económico pueden resultar en decisiones contradictorias, o realizar el procedimiento de acumulación puede resultar contrario a la económica procesal. Esto de acuerdo a lo normado en el artículo 124.

De igual forma siguiendo con nuestro análisis de la delimitación de los procesos colectivos de clase, en esta ocasión, nos encontramos con que, en el TEXTO

ÚNICO Ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende el Decreto Ley 1 de 1999 y sus leyes reformativas y el Título II de la Ley 67 de 2011, Sobre el mercado de valores en la República de Panamá y la Superintendencia del Mercado de Valores, específicamente en su artículo 276 establece que:

“Cuando ocurra una violación de la Ley del Mercado de Valores y las personas que sufran daños no puedan ser identificadas fácilmente o sean numerosas y la cuantía de los daños, de tratarse individualmente, fuera tan pequeña que la acción resultará irrisoria, la Superintendencia podrá demandar en nombre propio para recuperar dichos daños. En todo proceso iniciado en aplicación de este artículo, la Superintendencia podrá contratar los abogados, contadores y demás profesionales que estime necesarios.

Los procesos colectivos de clase se registrarán, mutatis mutandis, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 129 de la Ley 45 de 2007.”

De igual forma en el TEXTO ÚNICO de la ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá, Que comprende las reformas aprobadas por la ley 18 de 2003, la ley 44 de 2006, la ley 65 de 2010 y la ley 8 de 2015 en su artículo 106 dicta:

“La responsabilidad administrativa es independiente de la responsabilidad civil por daños al ambiente, así como la penal que pudiera derivarse de los hechos punibles o perseguibles. Se reconocen los intereses colectivos y difusos para legitimar activamente a cualquier ciudadano u organismo civil, en los procesos administrativos, civiles y penales por daños al ambiente”

De esta manera en la jurisdicción panameña se reconoce que un proceso colectivo de clase puede interponerse en tres escenarios (pero no desarrolla su procedimiento jurisdiccional):

- Por daños al medio ambiente.
- Por daños y perjuicios en materia de valores (derecho mercantil- bursátil)
- Por daño o perjuicio derivado de un producto o servicio sufrido por el consumidor.

Pero en el caso del derecho de valores la propia norma nos remite a lo regulado en la ley de defensa de la competencia y derechos del consumidor, por lo cual se observa el escaso desarrollo legal en nuestro país en lo que se refiera a este tipo de procesos judiciales, ya que aún la “norma base” en materia del proceso colectivo de clase, la cual es la ley 45 de 2007 (antiguamente Ley 29 de 1996) solo en un solo artículo expone el procedimiento especial de este tipo de acción judicial y de forma muy superficial, la cual como ya hemos mencionado no ha tenido un tratamiento doctrinal ni jurisprudencial profundo.

2. LEGITIMACIÓN

En el caso que nos ocupa, el artículo 129 de la ley 45 de 2007, establece que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, las asociaciones de consumidores organizados o un grupo de consumidores que nombre un representante colectivo, están legitimados para demandar e instaurar un

proceso colectivo de clase; entendiendo que únicamente se podrán instaurar en materia de Consumo (excluyendo derecho de la competencia: practicas colusorias, prácticas monopolistas, abuso de la posición dominante, concentraciones económicas, etc.) Y los cuales deben corresponder a uno o más miembros de un grupo o clase de personas que han sufrido un daño o perjuicio derivado de un producto o servicio. Esto en el sentido de salvaguardar el interés superior del consumidor y que no sea engañado o que no se vea afectado por productos defectuosos o servicios de mala calidad.

Pero también es pertinente señalar que los actores legitimados no solamente pueden actuar o comparecer al proceso como parte, sino que también pueden intervenir como coadyuvante en defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores, en la vía jurisdiccional, según lo detalla el artículo 82 de la ley 45 de 2007. En este sentido se entiende que la legitimación concedida en esta Ley a la Autoridad de defensa de la competencia y protección al consumidor para los casos de protección al consumidor se entenderá concedida para ejercer acciones en defensa del orden público económico o de los intereses de los consumidores de manera individual o colectiva.

Ahora bien, las asociaciones de consumidores organizadas están legitimadas para actuar en el procedimiento jurisdiccional, pero están sometidos a una serie de requisitos que el Juez resolverá, en cada caso concreto, sobre la admisibilidad de la legitimación invocada, considerando prioritariamente el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Que la agrupación esté integrada por los sujetos que, en forma particular, resultaran perjudicados por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo, en cuyo caso la acreditación de la personería jurídica del grupo podrá comprobarse dentro del plazo de treinta días, contado a partir de la resolución que le concede la legitimación para obrar.

2. Que la agrupación prevea estatutariamente, como finalidad expresa, la defensa del tipo específico o la naturaleza del interés colectivo menoscabado.

3. Que la agrupación esté ligada territorialmente al lugar de producción de la situación lesiva del interés colectivo.

4. Que el número de miembros, la antigüedad en su funcionamiento, las actividades y los programas desarrollados y cualquier otra circunstancia reflejen la seriedad y responsabilidad de la trayectoria de la agrupación en defensa de los intereses colectivos.

3. REGLAS PROCESALES CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 129 DE LA LEY 45 DE 2007

Analizaremos cada numeral del artículo 129 de la ley 45 de 2007.

Los procesos colectivos de clases se rigen por las siguientes reglas:

3.1. DEMANDA

“1. Uno o varios miembros de una clase podrán demandar, como representantes de todos los miembros de la clase, en cualquiera de los siguientes casos: si el grupo

fuera tan numeroso que la acumulación de todos los miembros resultara impracticable, si existieran cuestiones de hecho o de derecho común al grupo, si las pretensiones de los representantes fueran típicas de las reclamaciones de la clase, si las reclamaciones, de tratarse separadamente, fueran susceptibles de sentencia incongruentes y divergentes y si las reclamaciones, de tratarse individualmente, resultaran ilusorias”. Artículo 129. 1 de la ley 45 de 2007.

En primer lugar, lo que nos corresponde analizar es si la enumeración de los diferentes casos, en los cuales los miembros de la clase podrán demandar como representantes de todos los miembros, deben configurarse los cinco casos que enuncia la norma o si solo basta con el cumplimiento de una o de algunas de ellas. Si hacemos una interpretación literal de la norma al establecer “...en cualquiera de los siguientes casos...” se puede deducir que basta con que solo uno de ellos se cumpla para que uno o varios miembros de una clase puedan demandar, como representantes de todos los miembros de la clase, lo cual obviamente no excluye que se cumplan más casos.

Otro aspecto que nos llama poderosamente la atención es la total discrecionalidad que el legislador le da a el juez al momento de determinar cuándo se considera que un grupo es tan numeroso para que la acumulación de todos los miembros sea impracticable, en ese sentido no se establece un número fijo de consumidores afectados (más de cien, quinientos, etc.) entendemos que en esta decisión pueden influir también factores externos a la numerosidad como por ejemplo la dispersión geográfica de los consumidores de la clase.

En cualquier caso, la cantidad de integrantes de la clase de consumidores no debe ser ínfima ni los demandantes deben ser fácilmente determinados, ya que de lo contrario se podrán configurar dentro de la categoría de la acumulación de procesos el cual está contemplado en el Código Judicial de Panamá, y que se aplica supletoriamente (por ser la norma general) a la ley 45 de 2007.

El artículo 720 y 721 del Código Judicial definen aquellos procesos susceptibles de acumulación, debe entenderse que de no cumplirse estos requisitos si podría prosperar una acción de clase en materia de consumo, es decir, se deben superar los requisitos enunciados en los artículos recién mencionados. Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia. Se considerará parte legítima para solicitar la acumulación todo el que hubiese sido admitido como parte litigante en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende. Si los procesos se encontraren en un mismo tribunal, el juez podrá de oficio ordenar la acumulación.

Pueden acumularse dos o más procesos:

1. Cuando las pretensiones sean distintas, pero provengan de la misma causa de pedir o versen sobre el mismo objeto aunque las partes sean diferentes;
2. Cuando las pretensiones sean idénticas, aunque alguna de las partes sea diferente;
3. Cuando se sigan dos o más ejecuciones en las cuales se persigan unos mismos bienes; y

4. Cuando la resolución que haya de dictarse en el proceso deba producir los efectos de la cosa juzgada en otro. La acumulación se podrá pedir en los procesos ordinarios antes de que el expediente ingrese al despacho para fallar y si se tratare de procesos ejecutivos, antes del pago de la obligación. Artículo 721 del Código Judicial.

Otra característica sobresaliente de este numeral 1 del artículo 129 de la ley 45 de 2007, es que una persona o varias que pertenezcan a una clase pueden accionar como representante de todos sin necesidad de estar autorizado por todos los miembros de la clase. Por otro lado cuando la norma se refiere a cuestiones de hecho o de derecho comunes al grupo (identidad fáctica, en el derecho estadounidense) se refiere a que la relación de consumo debió perfeccionarse bajo las mismas condiciones para los miembros de la clase, en el sentido que la afectación derivada del producto adquirido o del servicio contratado sea el mismo derecho vulnerado común a todos los miembros de la clase ya sea por violaciones a los derechos de los consumidores o por faltas a las obligaciones del proveedor según lo contenido en los artículos 35, 36 y concordantes de la ley 45 de 2007, y que el daño causado debe ser resarcido por el mismo proveedor ya que es el agente económico sobre el cual recae la responsabilidad.

Por último nos compete analizar el supuesto de que para evitar que se dicten sentencias contradictorias en las múltiples demandas que se puedan presentar individualmente por consumidores ante los juzgados especializados de protección al consumidor y defensa de la competencia, las cuales contengan los mismos hechos, pretensiones y responsables; las mismas se puedan ventilar mediante el

proceso colectivo de clase y lograr de esa forma cierta certeza jurídica en cuanto al trato legal sobre reclamaciones idénticas. Por lo cual es acertado este tratamiento y más aún cuando las pretensiones, de tratarse individualmente, podrían resultar ilusorias y se constituye pues, en una acción judicial de salvaguarda del interés especial del consumidor (al ser la parte que lleva la desventaja en la relación contractual de consumo, frente al agente económico).

3.2. PRUEBA INDICIARIA DEL DAÑO

“2. Junto con la demanda deberá aportarse prueba indiciaria del daño alegado.”

Artículo 129. 2 de la ley 45 de 2007.

En este numeral la norma solamente hace referencia a que se debe aportar prueba indiciaria del daño, junto con la demanda; es pues en este sentido que no se le exige al consumidor de una determinada clase aportar las pruebas de fondo al inicio del proceso, ya que la acreditación del daño alegado como tal se realizará en el momento de la audiencia de fondo presentando las pruebas formales. Por lo tanto, la acreditación del indicio debe complementarse con las pruebas de fondo para que el juez pueda tener un criterio al momento de realizar su fallo.

Las reglas de los indicios contempladas en el Capítulo X del libro segundo del Código Judicial entre los artículos 982 y 986, se aplican al tipo de proceso colectivo que estamos estudiando, ya que contemplan las reglas del derecho probatorio no especificadas en la ley 45 de 2007.

En este escenario vale la pena definir lo que en nuestra legislación se entiende como indicio y su tratamiento jurídico: “Se llama indicio cierto hecho que indica la

existencia de otro. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso”.

Los indicios tienen más o menos valor, según sea mayor o menor la relación que exista entre los hechos que los constituyen y los que se trata de establecer.

El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes y apreciará los indicios teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y las demás pruebas que obren en el proceso, en conclusión, el juzgador apreciará los indicios en conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica.

La jurisprudencia nacional establece en relación al tema de los indicios procesales lo siguiente:

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 9 de mayo de 1998 “... la corte expresa que la doctrina ha establecido que “los indicios deben estar plenamente probados, mediante documentos, testimonios, inspecciones, etc.”

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 19 de mayo de 1998. “... respecto a este tema, la sala cita el fallo de 21 de diciembre de 1971: - en cuanto a los indicios o conjeturas, que dicho sea de paso el recurrente no precisa, por no haber formulado los cargos contra la sentencia en casa motivo, el reparo no procede en casación sino en determinados casos. La doctrina de la Sala es que en casación solo es viable atacar la apreciación probatoria del fallador de segunda instancia sobre los indicios, en los siguientes casos excepcionales:

- a) Cuando se haya dado por probado un indicio, que no lo está.

b) Cuando se haya pasado por alto uno cuya estimación impondría conclusiones distintas de las aducidas sobre el tema respectivo, o que con este resultado se haya obtenido por no probado un indicio a pesar de estarlo.

c) Cuando se ha faltado notoriamente a la lógica por no haber entre los indicios y su conjunto, de un lado y de otro, las deducciones del tribunal, el vínculo de causalidad que obligatoriamente ha de atar aquellas con éstas.

Concluye la Sala que, en base al extracto transcrito, en materia de indicios, en la sentencia del ad-quem sólo es atacable la apreciación de los indicios cuando dicha evaluación incurra en alguna de las situaciones establecidas en los tres literales concebidos por el fallo en comento, de forma que, si no se asimilan a uno de ellos, esta Sala no puede variar el criterio utilizado por el ad-quem al revisar la supuesta violación de las reglas de interpretación”.

Fallo de la Corte Suprema de justicia de Panamá de 10 de octubre de 1999. “... se entiende que los indicios deben ser graves cuando son importantes para la causa; concordantes toda vez que los hechos indicadores deben concordar entre sí, que exista coherencia entre ellos; y convergentes porque esos indicios deben procurar la misma injerencia sobre el hecho, es decir, que conduzca a una misma conclusión”.

De la Jurisprudencia antes transcrita, se puede apreciar que las pruebas indiciarias sobre el daño que se pretende reparar con la acción de clases, deben de relacionarse de forma indiscutible con las pretensiones de la demanda y de igual

manera han de ser prueba Prima facie para acreditar la existencia de los hechos sobre los cuales versa la reclamación de clase en debate.

3.3. PUBLICIDAD

“3. El tribunal, al acoger la demanda, la fijará en lista y publicará un edicto por cinco días consecutivos en un diario de reconocida circulación nacional, para que, en el término de veinte días, contado a partir de su última publicación, el demandante o los demandantes y todas las personas pertenecientes al grupo comparezcan al proceso para hacer valer sus derechos, formular argumentos o participar en el proceso.” Artículo 129. 3 de la ley 45 de 2007.

Este procedimiento procesal, no debe confundirse con el acto de admisión de la demanda (el cual se realiza posteriormente, si la demanda cumple con todos los presupuestos de ley para que proceda su trámite), esta disposición entonces se refiere a que luego de presentada la demanda; el tribunal pertinente, el mismo en el acto debe realizar la publicación en un diario de circulación nacional para que todas las personas interesadas en formar parte del proceso en calidad de demandantes se apersonen a el juzgado donde se encuentra radicada la demanda y participen del proceso formulando cargos; este acto tampoco debe entenderse como un edicto emplazatorio para la parte demandada, ya que en esta etapa procesal el demandado no forma parte del proceso, sino hasta que se decrete formal admisión de la demanda y se proceda a su correcta notificación.

Esta regla procesal única del proceso colectivo de clase existe debido a la propia naturaleza de la acción de clase, la cual reúne a un número no identificable e indeterminado de consumidores para que se vean beneficiados de la demanda interpuesta en su nombre por parte de las personas que cuentan con la legitimidad para interponer el proceso y se les debe notificar de la existencia de la demanda.

3.4. HONORARIOS Y APODERADOS JUDICIALES

4. “Mediante la presentación de poderes al tribunal, a favor del abogado que promovió la demanda o de un apoderado de su elección, los miembros del grupo que se incorporen al proceso adhiriéndose a la demanda asumirán con ello la obligación de cubrir los honorarios correspondientes, conforme lo señale el juez, que se pagarán de acuerdo con la cuantía de la condena. Si la demanda es propuesta por la Autoridad, los miembros de la clase no estarán obligados a pagar honorarios. El miembro de la clase que desee excluirse podrá hacerlo hasta antes de que se fije fecha para la audiencia preliminar.” Artículo 129. 4 de la ley 45 de 2007.

Luego de que comparezcan al proceso los miembros de la clase que fueron notificados o informados mediante el procedimiento descrito en el numeral anterior del artículo 129, los consumidores pueden presentarse al tribunal mediante apoderado especial de su elección o presentar poder a favor del abogado que promovió la demanda, pero en este tipo de procesos (dada su naturaleza de múltiples demandantes) nos encontramos con una particularidad y es que los

honorarios del abogado de los miembros de la clase serán fijados por el juez, los cuales serán de acuerdo con la cuantía de la condena (no con la cuantía de la demanda). En este sentido no existe una total o libre disposición contractual entre los demandantes y el abogado al momento de fijar los honorarios profesionales a pagar, ya que en cualquier otro escenario de representación judicial (civil, comercial, administrativo, penal, etc.) la persona que contrata los servicios legales de un jurista lo hace en base a la libertad contractual entre las partes y se fija el monto de la remuneración apoyándose en la tarifa del colegio nacional de abogados de Panamá o en una tarifa superior, pero en todo caso, lo realizan sin ninguna intervención externa.

Ahora bien, el abogado, recibirá su pago tomando en consideración un porcentaje en cada uno de sus representados, en este sentido si existen varios abogados dentro del proceso, porcentualmente recibirán el mismo pago por honorarios profesionales, pero el monto final podrá ser mayor o menor entre ellos dependiendo de la cantidad de representados que tenga cada uno.

Si la demanda es promovida por la ACODECO o la Super Intendencia de Mercado de Valores, los miembros de la clase no estarán en la obligación de pagar honorarios al abogado o apoderado judicial que los representó.

Otro aspecto importante de este numeral es que se incluye en nuestra jurisdicción, al igual que en Estados Unidos, un sistema de salida para aquellos consumidores miembros de la clase que no quieren formar parte del proceso y ser excluidos expresamente del mismo, con lo cual los efectos de la sentencia no los

alcanzarán. Ya que de lo contrario al guardar silencio los efectos de la sentencia estarían a su alcance.

3.5. UNIFICACION DE APODERADOS

5. *“En los supuestos en que concurren varios apoderados, el juez ordenará la unificación de apoderados, para lo cual concederá tres días a las partes para que se pongan de acuerdo. En caso de que las partes no se pongan de acuerdo dentro de los próximos tres días, el juez decretará la unificación sin exceder de cinco apoderados por cada reclamación. Para la designación, el juez tomará en cuenta, entre otros elementos, los abogados que aparezcan en la lista que al efecto remitirá la Autoridad, la calificación del abogado, la experiencia que tengan en la materia, y la designación hecha por los interesados”.* Artículo 129. 5 de la ley 45 de 2007.

Este numeral hace referencia al principio de economía procesal contemplado en el Artículo 468 del Código de Comercio que establece “Tanto el juez como los órganos auxiliares de los tribunales, tomarán las medidas legales que sean necesarias para lograr la mayor economía procesal.”

Por economía procesal se entiende lo siguiente: *“principio rector del procedimiento judicial que tiende a lograr el ahorro de gastos monetario y de tiempo en la administración de justicia. El impulso de oficio, la oralidad, la acumulación de acciones son medidas encaminadas a conseguir aquel fin..”* Cabanellas De Torres, Guillermo. (2000). P.140.

Una vez esclarecido el concepto podemos comprender por qué la norma contempla la unificación de apoderados judiciales, en el supuesto que se encuentren varios representantes judiciales de los demandantes, y la razón de ser de esta disposición es que con menos apoderados se simplifica el trámite del proceso en lo relativo a notificaciones y práctica de pruebas, en pro de la economía procesal, ya que de lo contrario las formalidades que enmarca una actuación procesal de esta naturaleza, pudiese entorpecer de forma sustancial la celeridad con la cual se ventila la causa.

Pero esta figura de unificación de apoderados no es nueva, ni única del proceso colectivo de clase, ya que la misma se inspira o encuentra su equivalente en el ordenamiento panameño específicamente en el artículo 655 del Código Judicial donde se desarrolla la figura del apoderado común en aquellos casos donde no exista discrepancia de intereses entre los demandantes.

En el numeral 5 del artículo 129 de la ley 45 de 2007 dicta que cuando existan varios apoderados el juez ordenará su unificación y dará un plazo de tres días para que los consumidores se pongan de acuerdo y escojan a cuales apoderados escogerán para la representación en el expediente, pero si esto no sucede se establece que el juez deberá elegir a los apoderados mediante una especie de rubrica para la calificación y escogencia de la unificación los apoderados (que máximo podrá ser de cinco): los cuales consisten en la experiencia que tengan en la materia y la designación hecha por los interesados; en este aspecto puedo deducir que cuando se refiere a “experiencia en la materia” se tomarán en cuenta estudios especializados en derecho de la competencia y protección al consumidor,

así como también la práctica habitual en los Tribunales especializados de defensa de la competencia, y cuando se refiere la norma a “la designación hecha por los interesados” el criterio de calificación que primara, debería ser el de aquellos apoderados que representen a la mayor cantidad de consumidores de la clase.

Esta disposición si bien va dirigida a que el Juez garantice el principio de economía procesal, también viola el derecho individual de primera generación de cada individuo a escoger el jurista de su elección que considere conveniente para que lo represente en pleito, ya sea porque la minoría tenga que ceder ante las exigencias de la mayoría o que el juez sea quien decida quienes serán los apoderados judiciales dentro del expediente. De igual forma no se da una explicación de por qué el número máximo de apoderados que puede comparecer en el proceso son cinco, ni se da explicación alguna en la norma. En particular, no compartimos el criterio del Codificador en lo que atañe a la escogencia de los procuradores judiciales (abogados) de las partes por el Juez, ya que consideramos que dicha postura se encuentra en contra posición a la garantía de ser representado en Juicio por la persona que a bien tenga la parte litigante.

3.6 ADMISION DE LA DEMANDA

6. *“Una vez surtido el trámite de convocatoria de los miembros de la clase y dentro del término de seis días, el juez calificará la demanda, pudiendo admitirla, de considerar que esta cumple con los requisitos de la ley y que la clase se encuentra debidamente conformada, o rechazarla por ser manifiestamente inconducente,*

temeraria o carente de fundamento legal o porque no ha tenido lugar la conformación de la clase. La notificación de esta resolución será personal.

La resolución que rechaza la demanda será apelable ante el tribunal superior, y la que admite la demanda es irrecurrible y esta se correrá en traslado a la parte demandada siguiéndose en lo sucesivo el trámite previsto en el artículo 128 de la presente Ley.

Cualquier incidente coetáneo con el inicio del proceso y cualquier excepción previa deberán alegarse dentro de los tres días siguientes a la contestación de la demanda y serán resueltos en la audiencia preliminar a que se refiere el numeral 3 del artículo 128 de la presente Ley.” Artículo 129. 6 de la ley 45 de 2007.

Es en esta etapa procesal es cuando el juez entra a evaluar si la demanda cumple con todos los supuestos y requisitos de Ley para que la misma sea admitida, la norma le otorga un plazo de seis días para la realización de este estudio luego de perfeccionado el trámite de convocatoria de los miembros de la clase (la publicación en un diario de circulación nacional para hacer de conocimiento público que se interpuso determinado proceso colectivo de clase y al cual pueden comparecer todos los miembros de la misma), pero también la norma estipula cuales son los únicos supuestos que el juez puede dictaminar para rechazar o inadmitir la demanda de proceso colectivo de clase, las cuales son:

- a) Por ser inconducente, se refiere a aquellas demandas en que por ejemplo la prueba indiciaria del daño, no es apta para demostrar el evento a probar. En fin, se refiere a aquella demanda que cabe razonablemente

deducir por el juzgador que no logrará el resultado pretendido, pues existe inadecuación de medio a fin, lo cual limita la legitimación procesal de la persona que busca la Tutela Judicial de su derecho.

- b) Por ser temeraria, es decir, que la demanda se interpuesto como una acción arriesgada formulada sin la debida razón ni fundamento lógico y buscando confundir al juzgador para obtener una sentencia o un resultado favorable al cual no tiene derecho legítimo y/o una relación jurídico material suficiente que lo vincule con la parte contra la cual se ejerce la acción.
- c) Por carecer de fundamento legal, cuando la demanda no se ajusta a derecho, no cumple con los requisitos que se estipulan en el ordenamiento jurídico nacional para la interposición de un determinado proceso. En este caso no solamente se podrá inadmitir la demanda por incumplimiento a los requisitos estipulados en la ley 45 de 2007 si no también por no cumplir con los requisitos comunes a lo que debe contener el libelo de la demanda contempladas en el artículo 665 y siguientes del Código Judicial, tales como designación del juzgado; nombre, apellido y domicilio de las partes; la cuantía; los hechos; las disposiciones legales infringidas.
- d) Porque no se ha conformado la clase, hace referencia a que, en este tipo especial de proceso de protección al consumidor, los miembros que deben integrar la clase deben estar definidos a que grupo de consumidores pertenecen y que el daño alegado debe ser común para

todos, que el grupo debe ser numeroso y estar en debida forma representados.

El juez si admite la demanda, se correrá traslado a la parte demandada por el término de diez días, según el artículo 128 que establece el procedimiento ordinario que complementa el procedimiento especial del proceso colectivo de clase. Una vez admitida la demanda, el demandante entra a formar parte del proceso.

El proceso colectivo de clase, siguiendo la suerte del proceso ordinario de protección al consumidor, es fundamentalmente oral, luego de contestada la demanda queda constituido el proceso y el tribunal al día siguiente de vencido el término de contestación de la demanda del último demandado que haya comparecido, fijará la fecha y la hora en la que las partes deberán comparecer a la audiencia preliminar; en esta audiencia se deberá celebrar dentro de los sesenta días calendario siguientes.

Hasta el día hábil anterior a la fecha fijada para la audiencia preliminar, toda demanda o petición puede, por una sola vez, ser aclarada, corregida, enmendada o adicionada. En este caso, el juez dará nuevo traslado y el demandado podrá corregir su contestación.

En la audiencia preliminar se podrá considerar lo siguiente:

- a. La conveniencia de puntualizar y simplificar los puntos controvertidos.
- b. La necesidad o la conveniencia de corregir los escritos de las partes

- c. La posibilidad de que las partes admitan hechos y documentos que hagan innecesaria la práctica de determinadas pruebas.
 - d. La limitación del número de peritos.
 - e. El señalamiento de la fecha y la hora para que las partes, acompañadas
 - f. de sus pruebas, comparezcan a la audiencia ordinaria, la fecha para la audiencia ordinaria se fijará dentro de los tres meses siguientes a la celebración de la audiencia preliminar.
- f. Otros asuntos cuya consideración pueda contribuir a hacer más expedita la tramitación.

Con todo lo anterior fijará los hechos sometidos a debate. Es importante tomar en cuenta que la audiencia preliminar es inaplazable y la audiencia ordinaria solo será aplazable una sola vez y por justo motivo invocado, independientemente de la parte que lo solicite, por lo menos el día hábil anterior al señalado para esta, o declarado por el juez en cualquier momento antes de que se inicie. En todo caso, el tribunal deberá pronunciarse inmediatamente se reciba la petición de aplazamiento de la audiencia, y deberá comunicar a las partes lo resuelto, al menos telefónicamente, de lo que se dejará constancia secretarial en el expediente.

Fijada la segunda fecha de audiencia ordinaria, esta se celebrará con intervención de las partes que concurran. De no concurrir ninguna, el tribunal dictará sentencia con fundamento en las pruebas que se hubieran aducido o acompañado a la demanda y a la contestación y en las que el tribunal de oficio considere agregar, para verificar las afirmaciones de las partes.

En caso de que la audiencia no culmine en el periodo antes señalado, el juez deberá fijar fecha adicional, por una sola vez, para la continuación de la audiencia por un periodo no mayor de treinta días hábiles consecutivos.

Las partes contarán con el término de cinco días dentro de la audiencia ordinaria, agotada la fase de práctica de pruebas, para presentar sus alegaciones orales o escritas.

Pero si el juez no admite la demanda, no se correrá traslado a la demandante, y la decisión es susceptible de recurrir mediante apelación ante el Tercer Tribunal Superior de Justicia de Panamá.

Por lo expuesto expresa el Doctor Luis Camargo Vergara “todo el análisis de los requisitos de legitimación y de las situaciones que permiten ejercer las acciones colectivas de clase, solo tiene por objeto cumplir con los presupuestos legales, previstos en la normativa especial de esta clase de procesos, pero una vez se admite la demanda, el trámite será el mismo que para las otras reclamaciones de carácter individual que presenten los consumidores” CAMARGO VERGARA, Luis (2009) P. 220.

En cuanto a los incidentes y a las excepciones que se quieran presentar, las mismas deberán realizarse dentro del término de tres días siguientes a la contestación de la demanda y los mismos serán resueltos en audiencia preliminar.

Las excepciones deben entenderse como aquellos hechos que impiden o extinguen total o parcialmente la pretensión o la modifican. Los más comunes son los siguientes:

1. Pago: constituye quizás la forma más típica y eficaz de extinción de la obligación, debido a que el pago representa el cumplimiento de la prestación que constituya el objeto de la obligación.

2. Remisión de deuda: “acto del acreedor extintivo de la obligación, que puede efectivizarse mediante la entrega voluntaria al deudor del documento original en que constare la deuda, si no hubiese sido pagada, o por cualquier otro procedimiento fehaciente”. Cabanellas De Torres, Guillermo. (2004).P. 338

3. Compensación: “la compensación de la obligación tiene lugar cuando dos personas, por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente, cualesquiera que sean las causas de una u otra deuda. La compensación extingue con fuerza de pago las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir”. Cabanellas De Torres, Guillermo. (2004).P. 203

4. Novación de la obligación: “una de las formas de extinción de las obligaciones, consiste en la transformación de una en otra. Así pues la novación supone una obligación anterior que sirve de causa y que es, precisamente, la que, con sus accesorias, queda extinguida. La novación tanto puede referirse al cambio en el objeto de la obligación cuanto al de las personas obligadas, al del anterior deudor por otro o al del acreedor precedente por uno distinto.

5. Dolo o violencia que intervino en el contrato: según el artículo 34C y el artículo 1116 de nuestro Código Civil, el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, por tanto, en materia civil el dolo es

una de las causas de nulidad de los actos jurídicos y también es considerado un vicio en el consentimiento que es un requisito elemental de los contratos.

6. Falsedad de la obligación que se demanda: se refiere a cuando los hechos de la demanda están fundados en mutaciones de la verdad, lo cual es causa de nulidad absoluta del proceso y de igual forma constituye un delito.

7. Nulidad del acto o contrato: la ineficiencia o falta de valor legal de un acto jurídico, derivada de la ausencia de los requisitos exigidos por la ley.

8. Transacción: no es más que un convenio entre las partes litigantes para poner fin al proceso.

9. Cosa juzgada: se refiere a aquella excepción interpuesta cuando ya existe una sentencia previa que se encuentra en firme sobre el mismo objeto de la demanda presente, y como principio de derecho no se puede juzgar a una misma persona por un mismo hecho más de una vez. En ese sentido se intenta poner en conocimiento del juez que ese pleito ya se solventó con anterioridad.

10. Petición antes de tiempo.

11. Ser condicional la obligación que se demanda y no estar cumplida la condición.

12. Prescripción: se refiere a la limitación estatutaria que tiene una persona para acceder a la tutela judicial efectiva de los Tribunales de Justicia a fin de solicitar declaración entorno a cualquier derecho vulnerado y la cual se traduce en un plazo de tiempo el cual una vez transcurrido extingue la capacidad de acción, sobre el supuesto derecho vulnerado. La ley 45 de 2007 en su artículo 108 establece la

prescripción para los procesos de protección al consumidor al establecer: “prescribirá en cinco años la acción para las reclamaciones de protección al consumidor. En este caso, el plazo se contará a partir del momento en que se perfecciona la relación de consumo, salvo que se trate de una reclamación por vicios ocultos y/o de responsabilidad civil por producto defectuoso, en cuyo caso el plazo para la prescripción se contará a partir del momento en que el consumidor tuvo conocimiento del hecho dañoso”.

13. La de fuerza mayor o caso fortuito: nuestro código civil en su artículo 34-D define como fuerza mayor a la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir... es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos. Al alegar esta causa como excepciones se entiende que al ser sucesos no imputables a las partes, ninguna de ellas es responsable ni se encuentra obligada resarcir el daño o indemnizar a la otra parte y por tanto la obligación queda extinta.

3.7 SOBRE LAS TRANSACCIONES

7. *“Las transacciones quedan sujetas a la aprobación del juez, quien velará porque los derechos concedidos en la presente Ley queden debidamente protegidos”.* Artículo 129. 7 de la ley 45 de 2007.

A este aspecto nos comenta el profesor LUIS CAMARGO VERGARA “en este tipo de procesos el juez cuenta con amplias facultades, por esta razón siendo la transacción uno de los medios excepcionales de terminación del proceso, quedará

sujeta a la aprobación del juez, quien debe cuidar que a través de la misma no se vulnere los derechos de los consumidores previsto en la ley, aun cuando tenga como objetivo dar por terminada la relación jurídica procesal, por tratarse de derechos irrenunciables que no pueden estar sujetos a transacción.”

En este aspecto el juez debe tener una especie de guía al momento de la homologación del acuerdo ya que se debe salvaguardar los intereses de aquellos que no han intervenido al proceso (pero como la sentencia tiene efectos *erga omnes*) y no se producirá una sentencia judicial, el resultado del acuerdo debe representar el interés superior de todos los consumidores que estén incluidos dentro de la clase respectiva ya que de lo contrario el acuerdo no será validado y se continuara con el trámite normal del proceso. Esto se deben también a la naturaleza propia del derecho sustantivo aplicable a estos proceso, el cual es un derechos social y por ende contempla limitaciones entorno a la libertad de transacción; ya que el mismo hace ilegal e inviable un acuerdo a través del cual se haga efectiva la renuncia de derechos inalienables a los consumidores y que se encuentren debidamente reconocidos en la Ley.

Con ello, el Jurista ALBERTO BIANCHI estipula que el juzgador para aprobar o validar el acuerdo de transacción debe contemplar:

“1. La cantidad de impugnaciones presentadas por los integrantes de la clase. Este factor indudablemente provee al juez de un importante elemento de convicción acerca de la conveniencia de la transacción, aun cuando ciertamente no es definitivo y no está claro todavía en la jurisprudencia que peso posee;

2. La posibilidad de que la clase resulte triunfante en el pleito;
3. la complejidad de las cuestiones involucradas
4. El monto del acuerdo comparado con el del pleito
5. El costo de proseguir el litigio
6. El plan de distribución presentado con el acuerdo y las posibilidades de cumplirlo, y
7. Si se ha cumplido debidamente con la notificación a los miembros ausentes.” Bianhi, Alberto, (1998) P. 40-41

3.8 EFECTOS DE LA SENTENCIA

8. *“La sentencia afectará a todos los miembros que pertenezcan a la clase, aunque no hayan intervenido en el proceso”.* Artículo 129. 8 de la ley 45 de 2007.

La sentencia produce efectos ultra partes (afecta o alcanza a personas no mencionadas o individualizadas en la demanda) y también lógicamente un efecto erga omnes (con respecto a todos, frente a todos) esto es de esta manera ya que la sentencia proferida por el juez en un proceso colectivo de clase, por su naturaleza, debe alcanzar y proteger a todos los miembros que conforman la clase que se han visto afectados.

Ahora bien, las personas afectadas que no comparecieron al proceso, para poder beneficiarse de la sentencia, en caso que la resolución sea favorable a las

pretensiones de la demanda, deben acreditar y reunir los requisitos de la identidad fáctica que no son más que encontrarse en la misma situación de hecho y de derecho comunes a la relación de consumo objeto del pleito, para de esta forma poder comparecer en la etapa procesal de ejecución y ejecutoría de la sentencia.

En este sentido, también hace lógica que los efectos de la sentencia sean de esta forma, ya que en el derecho comparado también se les da este tratamiento, como en es el Caso de Estados Unidos de América. Pero como vimos existen ciertos miembros de la clase que la sentencia no los alcanzará si ellos mismos dentro del proceso así lo han manifestado. También lo que busca este tipo de efectos es que no se interponga otro proceso colectivo o algún otro proceso individual iniciado por consumidores de la misma clase contra el mismo agente económico, con los mismos hechos y pretensiones; ya que se podrían producir sentencias contradictorias o diferentes con relación a una materia idéntica; lo cual de igual forma, viola una garantía constitucional contenida en el artículo 32 de nuestra Carta Magna en lo que atañe a actos procesales de doble juzgamiento.

El juzgador debe en su fallo, en caso de conceder las pretensiones de la parte demandante, tratar de determinar la valoración individual de las reclamaciones para facilitar definir el monto a indemnizar a todos los miembros de la clase en la etapa de ejecutoría y liquidación procesal.

3.9 COSTAS

9. *“El juez condenará en costas al proveedor vencido, regulará, a su prudente arbitrio, los pactos de cuotalitis y señalará los honorarios que deban pagar los*

interesados que comparezcan en la etapa de ejecución y obtengan condena favorable, distribuyéndolos equitativamente entre los apoderados que promovieron la demanda y gestionaron en su causa, teniendo en cuenta la gestión realizada y el resultado obtenido, entre otros elementos”. Artículo 129. 9 de la ley 45 de 2007.

El juez al momento de establecer las costas, que son gastos que se nacen por los litigantes en el curso del proceso, para la conveniente y acertada defensa de sus derechos, debe contemplar:

1. El trabajo invertido por el litigante o por su apoderado en la secuela del proceso;

2. El trabajo en derecho, bien por la parte o por su apoderado, ya sea verbal, ya por escrito;

3. Los gastos que ocasiona la práctica de ciertas diligencias, como honorarios de peritos y secuestros, indemnización a los testigos por el tiempo que pierden y otros semejantes;

4. El valor de los certificados y copias que se aduzcan como pruebas; y

5. Cualquier otro gasto que, a juicio del juez, sea necesario para la secuela del proceso, pero nunca se computarán como costas las condenaciones pecuniarias que se hagan a una parte en virtud de apremio, o por desacato, ni el exceso de gastos que, por impericia, negligencia o mala fe, hagan las partes, sus apoderados o defensores.

En adición cuando el Colegio de Abogados haya establecido tarifa, aprobada por la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal tomará dicha tarifa como base para la tasación de las costas y el juez sólo podrá alterar dicha tarifa hasta en un treinta por ciento (30%) al verificar la tasación, según la cuantía del proceso, la naturaleza y calidad del trabajo realizado y cualquier otra circunstancia especial. Esto de conformidad con lo normado en los artículos 1069 y 1078 del Código judicial de Panamá.

Es preciso mencionar que en los procesos en que se ejerciten acciones individuales o colectivas de consumidores, estos no podrán ser condenados en costas, salvo que hayan obrado con temeridad, la cual debe ser declarada en forma expresa y motivada por el juez.

3.10 FASE DE EJECUCION Y LIQUIDACION

10. *“Reconocida la pretensión de la clase, las partes que no hubieran comparecido al proceso al tiempo en que la clase fuera definida por el tribunal podrán formular sus reclamaciones en la fase de ejecución. Una vez ejecutoriada la sentencia estimatoria de la pretensión de la clase para la liquidación de la condena se procederá conforme a las siguientes reglas:*

a. Una vez en firme la sentencia, los beneficiados con esta deberán acudir dentro de los seis meses siguientes a solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia. Vencido dicho plazo se entenderá prescrito este derecho. La correspondiente solicitud deberá estar debidamente motivada y especificada.

b. Si la sentencia que se pretende ejecutar fuera dictada dentro de un proceso en el cual se hubieran determinado todos los miembros que integran la clase y la extensión y cuantía del daño sufrido, habiendo comparecido dichos miembros, se podrá pedir la ejecución conforme a las reglas previstas en el Libro Segundo del Código Judicial. En los casos en que no hubieran comparecido todos los miembros de la clase al proceso y de ser estos determinables, deberán solicitar la liquidación y ejecución de conformidad con las reglas establecidas en el literal d.

c. En los supuestos en que sea indeterminada la clase y la extensión y cuantía del daño percibido, la sentencia que se dicte para los efectos de hacer más eficiente su liquidación y ejecución, además de establecer las bases para su liquidación, también podrá establecer categorías o grupos de personas afectadas, indicar las pruebas que deben presentarse para acreditar a qué grupo o categoría pertenecen y las pruebas que deben presentar los miembros que no comparecieron al proceso para acreditarse como miembro de la clase

d. Luego de transcurridos los seis meses de la ejecutoria de la sentencia, el tribunal procederá a dar traslado a la parte condenada por el término de diez días. Vencido dicho término el juez dictará el auto aprobatorio de la liquidación.

e. La resolución que resuelve sobre la solicitud de liquidación y/o sobre las objeciones solo admite recurso de reconsideración. La que, además, resuelve sobre excepciones, admite recurso de apelación en el efecto suspensivo. En este caso, el trámite de apelación se rige por las reglas previstas en el artículo 996 del Código Judicial.” Artículo 129. 10 de la ley 45 de 2007.

Según el profesor LUIS CAMARGO VERGARA. “esta tramitación es la que se conoce como la fase ejecutiva del proceso colectivo de clase de los consumidores, a través de la cual se resolverá sobre la admisión de nuevos miembros de la clase, la cuantía del daño percibido, el grado de afectación las pruebas que acrediten su pertenencia a la clase y finalmente la liquidación y la ejecución”

La ley otorga a los miembros de la clase que se vieron beneficiados con una sentencia favorable a las pretensiones de la demanda que cuentan con un plazo de seis meses para solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia de forma motivada y acreditando su pertinencia a la clase con pruebas, de lo contrario su derecho prescribe y no podrán ser indemnizados; esto en el supuesto que en el proceso no se haya logrado integrar e identificar a todos los miembros de la clase, ya que de lo contrario el trámite se simplifica (ya que como todos los miembros comparecieron) se podrá solicitar la ejecución de la sentencia de conformidad con lo normado en el código judicial, obviando el plazo de seis meses mencionado anteriormente.

Continúa el profesor Camargo Vergara “En la fase de liquidación, cuando sea indeterminada la clase y no se haya podido establecer la extensión y cuantía del daño percibido por los consumidores, deberá el juez en la sentencia establecer las bases para su liquidación, es decir, de forma abstracta, además que puede establecer categorías o grupos de personas afectadas, cuando el daño recibido no haya sido de iguales proporciones para cada uno de los

miembros de la clase, pero además el juez deberá indicar las pruebas que acrediten a que categoría pertenece cada afectado, para efecto de materializar el monto de la condena a cada uno de los miembros de la clase que comparecieron y las pruebas que deben presentar los miembros que no comparecieron al proceso para acreditarse como tales”.

3.11 OPOSICION DEL DEMANDADO EN LA ETAPA DE EJECUCION Y LIQUIDACION

11. *“En la etapa de liquidación y ejecución, la parte que hubiera sido condenada solo podrá invocar, frente a las personas que se hubieran adherido al proceso, dentro de los diez días de traslado de que trata el literal d del numeral 10 del presente artículo, las siguientes excepciones:*

a. Transacción.

b. Compensación.

c. Prescripción.

d. Cosa juzgada.

e. Que el adherente no se encontraba dentro de los supuestos sobre los que recae el litigio o dentro de la clase demandante.

f. Que los daños o los perjuicios fueron causados o agravados por causa ajena o adicional al defecto del producto o servicio.

g. Que el adherente conocía y se allanó al vicio o defecto del producto o servicio.

h. Que el adherente no tenía legítimo título sobre el producto o servicio que dio lugar al daño.

Las excepciones solo se pueden aducir dentro del término del traslado de la solicitud de liquidación y se sustanciarán dando traslado de estas por tres días a los miembros de la clase que ellas afecten, los cuales deben dentro de dicho término presentar sus oposiciones y las pruebas documentales en que se fundamenten, debiendo el tribunal pronunciarse sobre las excepciones en la misma resolución que resuelve el fondo de todas las solicitudes de liquidación”. Artículo 129. 11 de la ley 45 de 2007.

En esta estipulación hay que aclarar que las excepciones que habla este numeral 11 del artículo 129 de la ley 45 de 2007, es diferente y su tratamiento así se maneja; en el sentido que las excepciones contempladas en el numeral 6 se refieren a aquellas que puedan poner fin al proceso o modificar la pretensión y estas que nos menciona el numeral 11 se refieren estrictamente a aquellas excepciones que se interpongan por la parte demandada en esta etapa de ejecución y liquidación contra personas que se adhieran al proceso con el fin de impedir que se le reconozcan en su favor la condena.

3.12 EJECUCION DE LA CONDENA

12. “En todo caso, la liquidación y ejecución de la condena estará a cargo del tribunal que conoció del proceso de clase, el cual para estos efectos tramitará todas

las solicitudes de liquidación y ejecución en cuaderno separado al expediente principal". Artículo 129. 12 de la ley 45 de 2007.

Sobre el particular, cabe destacar que la norma parece dar competencia privativa al tribunal de la causa para que el mismo conozca de las solicitudes correspondientes, al hacer efectivas las declaraciones contenidas en la sentencia; en el evento que la parte vencida en juicio no acceda a cumplir las órdenes implícitas en el dictamen judicial en comento.

3.13 PAGO DE LA CONDENA

13. *“Una vez realizado el pago de las sumas de la condena, el tribunal de la causa, atendiendo a la cantidad de miembros de la clase y a las posibles complejidades que se pudieran presentar en el proceso de pago, podrá designar un curador para que, en el término de noventa días, realice la distribución de las sumas entre los miembros de la clase.”*

Artículo 129. 13 de la ley 45 de 2007.

De la excerta legal antes transcrita se puede intuir que dada la complejidad de tener que tutelar los derechos de una clase afectada, el tribunal cuenta con la potestad de auxiliar la justicia, mediante la designación de un curador el cual hará una repartición efectiva de los montos abonados en concepto de condena a la partes que acrediten de forma indudable su legitimación en el proceso en calidad de parte afectada por las acciones del condenado y provista de cobertura por los efectos de la sentencia.

CAPITULO IV

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN PANAMA

1. “RESOLUCIONES CAPITALES”

Este capítulo está dirigido a realizar un análisis profundo de cuatro sentencias que consideramos como capitales, en materia de proceso colectivo de clase en Panamá, ya que además de emitir un concepto sobre el proceso en particular, también los magistrados realizan labor de docencia, explicando y detallando a fondo el tratamiento procesal de este tipo de acción especial de protección al consumidor. Por lo cual debe entenderse como sentencias que no se limitan únicamente a resolver la controversia, sino que tienen una doble función, establecer jurisprudencia y aclarar procedimiento. Por lo cual resulta elemental su estudio, máxime que en nuestro ordenamiento jurisdiccional panameño la figura no ha sido desarrollada como debe ser por las dificultades que suponen, por lo complicado del proceso, por no tener un gran movimiento comercial (como España, Estados Unidos de América, Colombia, etc.) o por desconocimiento de los juristas en general de la existencia de esta figura y las pocas luces con las cuales contamos, aunado al escaso desarrollo doctrinal, proveniente exclusivamente en su mayoría por las cuatro sentencias que llamamos “capitales”.

1.1. RESOLUCION DE 2 DE JUNIO DE 1999 DEL TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMA

La resolución que llega en grado de apelación a este tribunal es el auto No. 1676 del 10 de noviembre de 1998 proferida por el Juzgado Octavo de lo Civil del Primer Circuito Judicial de la Provincia de Panamá, fallo por el cual se rechazó la demanda

decretando que el mismo obedeció a la falta de acreditación de la calidad de consumidor del representante de la clase, a la falta de prueba indiciaria del daño alegado y a la no calificación de irrisoria de la cantidad reclamada por cada miembro del grupo.

La demanda se basó en que para principios del año 1997 existió en la República de Panamá una “crisis de los tanques de Gas Panagas”, por lo cual La Unión Nacional de Consumidores y Usuarios de la República de Panamá (UNCUREPA) mediante apoderado judicial interpone proceso colectivo de clase de protección al consumidor, el cual queda radica en el juzgado octavo de circuito civil de la Provincia de Panamá.

El demandante apela la no admisión de la demanda alegando que considera que UNCUREPA cumple con los requisitos de Ley para estar legitimado y actuar en nombre de los consumidores, establece además que el Juzgador de primera instancia no valoró pertinentemente la prueba indiciaria del daño que se aportó junto con la demanda que consistía en una serie de publicaciones o anuncios públicos y privados de la época donde se exponían la falta de abastecimiento de los tanques de gas y que además producto de esta situación se producía un daño moral a los consumidores que no fue tomando en cuenta por el juez de primera instancia. Por último, equiparaba la acogida de la demanda con la admisión de la misma.

El demandado por su parte realizó una petición de rechazo (no una contestación de la demanda) al recurso presentado por la parte demandante ante el tercer tribunal superior de Panamá, que consistía en que la cuantía pretendida no era proporcional con el costo del tanque de gas; en segundo lugar explicó cuál

era la razón de ser del desabastecimiento nacional y que la misma se debía a que fueron medidas de prudencia que en su momento fueron necesarias adoptar de acuerdo a las circunstancias del momento y de igual forma fueron órdenes impartidas por la autoridad competente por lo cual no puede existir responsabilidad civil por daños y perjuicio que recaiga sobre los demandados.

En este escenario las consideraciones del Tribunal de segunda instancia fueron las siguientes:

Con relación a la prueba indiciaria del daño que debe presentar el demandante junto con la demanda, el Tribunal Superior estimó que se trataba de una carga procesal vinculante para la parte actora; entendiéndose por carga procesal aquellas conductas, prestaciones o facultades que la parte dependiendo de su posición dentro del proceso debe realizar por imperio de la Ley a fin de lograr a su beneficio un determinado resultado y dicha obligación, no puede ser suplida por el juez de instancia en virtud de sus derechos probatorios.

En ese sentido la sala considera que la facultad probatoria del Juez contenida en la Ley se remite a las facultades comprendidas en el Código Judicial, y tales facultades resultan inoperantes en la etapa de acogida y/o admisión de la demanda; ya que el proceso no ha sido iniciado y por ende la facultad probatoria del Juez y su intermediación procesal, se debe limitar exclusivamente a la etapa donde el anterior buscar corroborar la veracidad y/o confirmar las alegaciones hechas por las partes. La Ley establece claras limitaciones al respecto de la carga de la prueba para las partes del proceso, en particular con respecto al demandante en lo que atañe a la

acreditación de forma indiciaria del supuesto daño y/o afectación en que se fundamenta su acción.

En adición, el juez no puede ordenar la corrección de la demanda cuando observe que la prueba indiciaria del daño no se encuentra presentada o no se encuentra adjunta en debida forma, ya que al tratarse de un defecto extrínseco a la demanda, es decir, no constituye un defecto que opera a lo interno del libelo de la demanda como lo son aquellos como domicilio y demás contemplados en el artículo 665 del Código Judicial y por ello el juez no puede ordenar su corrección y si lo hace nos encontraríamos en supuesto de nulidad procesal por extralimitación de funciones del Juzgado; ya que como mencionamos en el párrafo anterior, el Juez debe ser solo garante de los requisitos procesales y la carga probatoria que deben cumplir las partes en la etapa procesal en comenté; mas no ejercer su facultad de inmediación la cual se encuentra destinada en este tipo de proceso a una etapa distinta.

En cuanto a la valoración de la prueba indiciaria del daño la misma se restringe únicamente a evaluar la relación directa y fehaciente entre el daño alegado y las partes afectadas que lo aportan; entonces en el caso específico de esta sentencia el juzgador de segunda instancia consideró que las publicaciones periodísticas que aportó la parte demandante junto con el libelo de la demanda, como pruebas indiciarias del daño dan cuenta del hecho generador de la causa: que fue el defecto de los cilindros de gas (tanques) marca PANAGAS, con ello aportó prueba de un hecho notorio del defecto de un producto, pero los mismo no reseñaban relación alguna respecto con los supuestos daños sufridos por las

personas que comparecieron de forma individual, especialmente en el tipo de daño moral (que se refieren a afectaciones contra el honor, decoro, etc.).

El Tercer Tribunal Superior de Justicia de Panamá comparte la opinión del juzgador de primera instancia en el sentido que confirma el rechazo de la admisión de la demanda, fundamentando su decisión en que el proceso fue interpuesto de forma temeraria, la cual constituye causal de rechazo de la demanda en un proceso colectivo de clase según la ley 29 de 1996, ya que no se acreditó en el proceso, la clase y por ende la calidad de consumidores de los cilindros de gas de quienes concurren al proceso.

Sostiene el tribunal de alzada que la temeridad hace referencia a la conducta que observa una de las partes en el proceso y los elementos que la caracterizan básicamente son dos: la ausencia y el conocimiento de dicha ausencia, de las razones o causas para entablar y seguir un proceso. En el proceso que nos ocupa se puede observar que existía una ausencia de comprobación de hechos esenciales de formalización de la demanda; es decir hechos fácticos sin los cuales no es viable darle seguimiento al curso de la demanda, dado que en el caso en comento no se acreditó la clase de personas afectadas, lo cual es un requisito sine qua non para la admisión de un libelo de demanda con pretensiones de naturaleza colectiva. En otras palabras la procuraduría judicial de los actores, no pudo acreditar quienes eran consumidores del producto o servicio que relacionaba a los demandados con la causa respectiva.

Este requisito de acreditación no se cumplió ya que al presentar los hechos de la demanda no se logró vincular que la UNCUREPA representaría

adecuadamente los interés de la clase alegada en el sentido que no se esclareció la relación hecho y de derecho con los consumidores afectados y además con la “prueba” indiciaria del daño alegado aportada en el expediente, si bien es cierto sostiene que existió un defectos en los cilindros de gas, no se establece la relación o el nexo vinculante con los afectados ni la forma de su afectación.

1.2 RESOLUCION DE 10 DE DICIEMBRE DE 2006, DEL TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMÁ

En el juzgado primero de circuito, ramo civil, de Veraguas se presentó formal demanda de proceso colectivo de clase, instaurado por el licenciado Melitón Aguilar, actuando en su propio nombre y en representación de la ASOCIACIÓN PARA LA PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y DEL AMBIENTE (ANAPRODECA) contra la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO EL EDUCADOR VERAGUENSE R.L. (COOPEVE), en la cual la asociación se encontraba actuando en nombre de los asociados de dicha cooperativa que se encontraban afectados por el cobro en exceso de intereses en préstamos de rápida recuperación.

Dentro del proceso la parte demandante presenta formal incidente de nulidad por falta de competencia, y a razón del mismo el juzgado de primera instancia mediante Auto No. 953 de 28 de septiembre de 2005 declarando probado el incidente y decretando la nulidad de todo lo actuado en el proceso, condenando en costas a la parte actora e instar a las partes a agotar la vía arbitral.

La resolución del juez fue motivada en lo siguiente: las sociedades cooperativas se encontraban reguladas en el Código de Comercio pero fueron sustraídas al constituir asociaciones privadas constituidas por personas jurídicas para funcionar como empresas que sin perseguir fines de lucro quedan sometidas a sus reglamentos internos y a sus estatutos conforme lo establece la ley 17 de 1 mayo de 1997, además según el artículo 30 de dicha ley y el estatuto de COOPEVE en su artículo 159 y el decreto ejecutivo 137 de 5 de noviembre 2001, existe una forma de resolver los conflictos entre los asociados y las cooperativas a través de decisiones arbitrales, por lo que a su juicio estamos ante un negocio jurídico y que no se había agotado la vía arbitral, por lo que se decretó la nulidad de todo lo actuado.

Es por ello que cuando la parte actora presenta formal recurso de apelación contra el auto No. 953 de 28 de septiembre de 2005. El Tercer tribunal superior de Justicia, entra a analizar no solo el ámbito de competencia del juzgado de primera instancia, sino también la viabilidad del proceso colectivo de clase, que dio origen al proceso; tales como sus características y presupuesto de admisibilidad, antes de cualquier análisis referente a la decisión de fondo que fue objeto del recurso de apelación.

El tribunal de alzada determina que en el proceso la parte actora junto con los hechos de la demanda y las pruebas aportadas al proceso acreditaron que el hecho que se reclama deriva de una relación de utilización de servicios, dado que se refiere a una actividad de intermediación financiera, llevada a cabo por una cooperativa, cuya actividad está regulada por la ley 17 de 1 de mayo de 1997 y el

decreto ejecutivo 99 de 22 de octubre de 1998, que en su artículo 8 se refiere a las llamadas cooperativas de ahorro y crédito, que entre sus actividades tiene “suministrar, a los asociados y terceros, servicios de tipo bancario y realizar las operaciones de crédito que sean necesarias en iguales condiciones”.

En esa línea de ideas es indudable que la actividad que presta la COOPERATIVA DE AHORRO Y CRÉDITO EL EDUCADOR VERGAUENSE R.L. (COOPEVE) es la de prestación de servicios, que se caracteriza por ofrecer una función o actividad dentro de las relaciones de consumo, a cambio de una remuneración.

Por lo tanto, consideró la sala que es innecesario adelantarse en el análisis de la competencia o no, para conocer de un proceso colectivo de clase contra una cooperativa de ahorro y crédito, cuando la ley no contempla la posibilidad de dicha acción por la reclamación de daños y perjuicios derivados de servicios. (Recordemos que la norma anterior de protección al consumidor, la ley 29 de 1996, no contemplaba los servicios como un presupuesto dentro de las acciones de clase, solo se refería a daños derivados de un bien o producto). Tampoco se entró a analizar la legitimidad de ANAPRODECA, pero podemos deducir que la misma no contaba con una adecuada representación según lo estipulado en los requisitos de Ley estudiados en el capítulo anterior, ya que no había un nexo entre la asociación y los posibles afectados.

Los requisitos de admisibilidad para un proceso colectivo de clase no se cumplen, ya que no se ajustan a lo normado en el artículo 172 de la ley 29 de 1996, por lo que procede el rechazo de la demanda a fin de evitar un fallo inhibitorio o

posibles nulidades procesales. La norma solo contempla posibles reclamaciones derivadas de un daño o perjuicio ocasionados por un producto o un bien.

En consecuencia, el Tribunal Superior ordena revocar el auto impugnado y en su lugar resuelve no admitir la demanda colectiva de clase.

Luego de este caso, la Ley 29 de 1996 es derogada por la norma vigente la Ley 45 de 2007, donde el legislador contempló incluir los servicios como un supuesto de reclamación derivada de una mala prestación del mismo que afecte o perjudique a un gran número de consumidores y que los mismos puedan entablar una acción de clase, ya que al excluir los servicios y solo contemplar los bienes o productos, el consumidor se encontraba con una gran desventaja, al tener que utilizar los otros mecanismos que establecía la antigua ley para hacer valer sus reclamaciones. De igual forma, el Tribunal Superior, dentro de su fallo también entra a analizar la legitimación y/o la relación jurídico material que tiene la asociación que presentó la acción con las personas afectadas directamente por los actos del proveedor de servicios que en este caso en particular no fue acreditada tampoco de forma indiscutible; por cuanto el Tribunal Superior reafirma los conceptos vertidos por el A-QUO en lo que atañe a falta de competencia para conocer de la causa; pero también entra a analizar el elemento de la legitimación en la causa del actor que procura la acción.

1.3 RESOLUCIÓN DE 9 DE OCTUBRE DE 2009, PROFERIDA POR EL TERCER TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMÁ.

En este caso en particular, tribunal de segunda instancia confirma el auto No. 244 de 10 de febrero de 2003 dictado por el Juzgado Octavo de Circuito, Ramo Civil, del Primer Circuito Judicial de provincia de Panamá, que rechaza el proceso colectivo de clase propuesto por **AUGUSTO AROSEMENA (CONSUMIDORES DE COMBUSTIBLES) CONTRA PETROLERA NACIONAL S.A., THE SHELL COMPANY (W.I) LIMITED, COMPAÑÍA TEXACO DE PANAMÁ S.A. (THE TEXACO COMPANY OF PANAMA S.A.), ESSO STANDARD OIL S.A Y PETROLEOS DELTA S.A. (DELTA).**

Las razones de tal confirmación fueron las siguientes:

En primer lugar, se estudió la legitimidad activa del actor, en este caso la del señor AUGUSTO AROSEMENA, en ese sentido la Ley 29 de 1996 establecía que para interponer un proceso colectivo de clase, el mismo tenía que ser promovido por un consumidor. Pero se determinó que el demandante no cumplía o no encajaba dentro de la definición de consumidor que contemplaba la Ley, al establecer que se entiende por consumidor aquella persona natural o jurídica que adquiera de un proveedor bienes y servicios finales de cualquier naturaleza, es decir, que no sea un intermediario con el cual el producto adquirido reingrese al mercado para lucrarse de él y no para un consumo personal o familiar.

De igual forma el señor AROSEMENA debió acreditarse como un miembro representante de la clase que alegaba y en adición demostrar que había sufrido un daño o un perjuicio producto de la relación de consumo con el agente económico demandado.

Las pruebas y las alegaciones presentadas por el demandante tales como recibos o facturas emitidas por gasolineras, registro único vehicular y constancia de haber renovado su placa de circulación anual, no fueron suficientes para acreditar su legitimación en base a lo siguiente:

1. Las facturas fueron emitidas sin colocar o sin especificar el nombre del consumidor que adquirió el producto, por lo tanto, no consta quien fue el comprador y este es un elemento vital para acreditar la legitimación activa, en el sentido que los integrantes de la clase deben ser determinables.

2. El registro único vehicular y la constancia del pago de derechos de circulación no demostraban que el señor AROSEMENA utilizaba el vehículo para uso personal o familiar o si por el contrario se encontraba integrado a la cadena de comercialización.

En segundo lugar se observó que tampoco se reunían en el expediente del proceso los elementos necesarios para que los demandados cumplieran con los supuestos relativos a la legitimación pasiva en este proceso especial de protección al consumidor, toda vez que no se acreditó que las empresas demandadas fueran proveedores tal como lo indica la Ley 29 de 1996 ya que al tribunal no le consta en qué consisten exactamente las actividades comerciales que puedan realizar las demandadas, ya que las facturas aportadas como pruebas, lejos de acreditar que se dedican al suministro de combustible a los consumidores, solo prueban que el obtenido en esas ocasiones fue suministrado por empresas distintas a las demandadas y por lo tanto no se puede admitir como una prueba indiciaria del daño alegado, ya que no se acredita el daño ni la relación de las facturas con las

empresas objeto de la demanda. Se entiende como proveedor: aquella persona natural o jurídica, ya sea pública o privada, que como industrial, comerciante, profesional o cualquier otro tipo de agente económico desarrolla de manera habitual, aun ocasionalmente y a título oneroso o con un fin comercial, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución, venta y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores en la República de Panamá.

En tercer lugar, el demandante confunde el derecho de protección al consumidor con el derecho de la competencia, lo que demuestra falta de conocimiento sobre el fin y la razón de ser de un proceso colectivo de clase, en el sentido que se realizó una petición al juez de primera instancia solicitando la acumulación del expediente, con uno existente en el juzgado noveno de circuito civil por prácticas monopolísticas interpuesto por la CLICAC en contra de los mismos agentes económicos demandados. Dichos expediente no se pueden acumular ya que no cumplen lo estipulado en el Código Judicial sobre la acumulación de procesos ya que la misma solo se debe dar cuando se vean procesos especiales de igual procedimiento o dos o más procesos ordinarios, en este escenario no se puede acumular un proceso colectivo de clase (derecho de los consumidores) con un proceso de prácticas monopolísticas (derecho de defensa de la competencia) ya que son procesos de diferente procedimiento y diferente materia.

1.4 RESOLUCION DE 17 DE DICIEMBRE DE 2009, TERCER TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PRIMER DISTRITO JUDICIAL DE PANAMA

A este tribunal de segunda instancia llegó en grado de apelación contra el auto No. 1070 de 12 de octubre de 2009 del Juzgado Octavo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, mediante el cual no admite a trámite el proceso colectivo de clase interpuesto por INDUSTRIAS LÁCTEAS S.A. contra F. HOFFMAN LA ROCHE, BASF AG, SOLVAY PHARMACEUTICALS BV, MERCK KGAA, DAIICHI PHARMACEUTICAL CO LTD Y TAKEDA CHEMICAL INDUSTRIES LTD.

En este asunto el juez de primera instancia dictaminó que el poder especial otorgado a la firma forense que representó a INDUSTRIAS LACTEAS S.A. no solo menciona que se entablará proceso colectivo de clase contra ROCHE y no contra las demás empresas demandadas, por lo cual el apoderado judicial no se encontraba legitimado para iniciar un proceso contra las demás compañías, ya que incumplía con los requisitos de Ley, este hecho fue confirmado por el tribunal de alzada.

Entrando en la materia que nos corresponde que son el cumplimiento de los requisitos para la admisión de una acción de clase, el juzgador de primera instancia detectó que no se aportó junto con el libelo de la demanda prueba indiciaria del daño alegado (que es un requisito indispensable) ya que solamente el demandante anunció que en el tiempo procesal oportuno presentaría pruebas y que en adición, siguiendo lo estipulado en la ley 45 de 2007, solo los consumidores afectados por un producto o servicio están legitimados para iniciar un proceso colectivo de clase, producto de ello y en concordancia con el decreto ejecutivo 46 de 2009 que reglamenta la ley 45 de 2007, en su artículo 2 establece la definición de consumidor y

dentro de la cual se establece que es la persona natural o jurídica que ha obtenido el bien o el servicio como último destinatario. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa el demandante es un intermediario y no el consumidor final por lo cual no está legitimado para iniciar este tipo de acción. Lo que le valió para emitir el auto de no admisión de la demanda.

Como último punto controversial, analizado por el Juez Octavo de Circuito Civil al momento de proferir su auto y que consideramos imperante mencionar, se encuentra el hecho que las empresas demandadas eran internacionales. Por cuanto este proceso debía ser ventilado como un conflicto internacionales en materia de derecho privado, toda vez que nuestro Código Judicial en su artículo 1421-M establece que los competentes para conocer de estos procedimientos son los jueces de circuito y no los tribunales especializados de protección al consumidor y por lo tanto no regirán supletoriamente las normas de la ley 45 de 2007, la cual da vida y cabida a la presentación de la acción de clases.

En este escenario el criterio del Tercer Tribunal Superior es confirmar el auto apelado.

El apoderado judicial de la parte actora contra la resolución del Tribunal de Segunda instancia interpone recurso de casación, el cual le es negado y posteriormente procede a presentar ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia recurso de hecho, a lo cual el máximo tribunal de justicia de Panamá, le niega el recurso de hecho toda vez que el artículo 190 de la ley 45 de 2007, establece:

“El recurso de casación tendrá lugar contra las resoluciones de segunda instancia, proferidas por el tribunal superior de apelaciones, en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de sentencias que impongan las condenas civiles a que se refiere el artículo 30 de esta Ley, u ordenen el desmembramiento de una concentración.

2. Cuando se trate de sentencias dictadas con motivo del ejercicio de una acción de clase.

3. Cuando se trate de sentencias que impongan condenas por un monto de quinientos mil balboas (B/.500,000.00) o más.

4. Cuando se trate de sentencias dictadas por el tribunal superior de apelaciones, en los procesos sobre concentraciones económicas.

Las demás resoluciones que dicte el tribunal superior de apelaciones no admiten recurso de casación”.

Como se observa al ser un auto y no una sentencia la resolución proferida por el Tribunal de Segunda instancia no se perfecciona el supuesto contemplado en el numeral 2 del artículo en mención y por consiguiente no se admite el recurso de hecho. Maxime a los otros criterios vertidos por el Juzgador. En este mismo sentido cabe destacar, que de los fallos antes estudiados se puede apreciar que las formalidades y mecanismo procesales que enmarcan la presentación de un proceso de clase, son altamente formalistas por cuanto antes de entablar una acción de esta naturaleza se debe realizar un profundo estudio

del derecho sustantivo, el derecho procesal y la jurisprudencia aplicable a estos casos en concreto.

CONCLUSIONES

1. Nuestra legislación en comparación a otras jurisdicciones latinoamericanas muestra cierto grado de avance en el sentido que se tiene un procedimiento definido para la consecución del proceso colectivo de clase, pero el mismo existe un gran vacío entorno a este tema, ya que no hay una sentencia sobre el fondo de un asunto de esta naturaleza; toda vez que el puñado de demandas presentadas para estos efectos, no han superado la admisibilidad

de la misma por defectos de forma y falta de caudal probatorio que acredite la existencia de la relación jurídico material que requiere este supuesto. Nuestra economía nacional no es una economía potente, ni siquiera en la región, hay un crecimiento acelerado es cierto que no contamos con un tráfico comercial interno como el colombiano, el mexicano o el argentino y quizás esta sea una de las razones de que este tan valioso instrumento de tutela de los derechos de los consumidores no haya encontrado su desarrollo jurisprudencial, y es cierto que nuestra legislación acertadamente incluyo elementos como la economía procesal, la exclusión de miembros de la clase y la publicidad como parte del procedimiento el cual ha tenido muy buenos resultados en otras latitudes. De igual forma, al ser nuestra economía pequeña a razón del volumen de personas en nuestros mercados, hay temas que se pueden solventar rápidamente de manera extrajudicial y por ende no se requiere en muchos casos de la presentación de este tipo de procesos.

2. Es positivo que determinados autores nacionales se hayan interesado en redactar ensayos sobre el tratamiento de la figura procesal de la cual estudiamos, pero hace falta realizar docencia a los profesionales del derecho. Ya que en nuestras universidades dentro del plan de estudio de la carrera de Derecho no se toca en profundidad el tema procesal referente a protección del consumidor y libre competencia. Salvo por parte de ciertos Profesores específicos, con el DR. JORGE FABREGA o el Magistrado LUIS CAMARGO, de los cuales hemos hecho varias citas dentro de este trabajo de docencia.

3. Las cuatro resoluciones tratadas en el presente trabajo de graduación reflejan el valeroso esfuerzo de nuestros magistrados por esclarecer las reglas y la interpretación judicial de los procesos colectivos de clase. Se destaca y se despejan muchas dudas, como por ejemplo el tratamiento especial de la prueba indiciaria del daño, la cual no ha podido acreditarse en ninguno de los casos estudiados, por la confusión que creaba en los juristas. Se destacó y se resaltó la importancia de la correcta acreditación de la legitimación activa y pasiva de las partes del proceso en este tipo de acciones, así como la adecuada representación de las clases y los demás requisitos de ley.

4. El proceso colectivo de clase encuentra su razón de ser en el fenómeno económico y social característico del mundo moderno, el capitalismo, que lleva como estandarte el tráfico y la intermediación del comercio de bienes y servicios entre productores o proveedores y consumidores y el cual coloca en una posición de desequilibrio jurídico a la parte considerada más débil en una negociación la cual es el consumidor final, ya que no tiene el mismo poder económico, ni en materia de recursos para negociar en igualdad de condiciones con un gran comerciante. De igual forma, cabe destacar que día a día el comercio electrónico le gana terreno al comercio internacional, lo cual en un lapso de tiempo no muy corto creará distribución de productos de formas más masiva, lo cual estamos seguro requerirá de una Tutela especial

en lo que respecta a los consumidores de bienes y servicios que adquieran su mercancía en línea.

RECOMENDACIONES

1. Juristas, docentes universitarios y abogados litigantes deben interesarse más por este tipo de procesos, conocerlo, estudiarlo y por lo tanto crear doctrina en esta materia, de igual forma la autoridad competente en materia de protección al consumidor y defensa de la competencia debe realizar y ser más enérgico al momento de ofrecer orientación al público sobre esta interesante herramienta procesal y en forzar este tipo de acciones, cuando el derecho le asista a fin de proteger de una manera dinámica los derechos de los consumidores.

2. Incluir en los planes de estudio de la carrera de Derecho de todas las universidades, la asignatura o módulos de derecho de la competencia y protección al consumidor, ya que nuestros estudiantes salen de la universidad sin conocer muchas veces la existencia de esta rama del derecho privado y menos aún el procedimiento judicial especial que se desprende de una acción colectiva de clase.

3. Este proceso colectivo de clase, al no ser conocido ampliamente por los abogados litigantes de Panamá, no se ha ensayado mucho en los tribunales de justicia y por lo tanto existe poco desarrollo jurisprudencial, por lo tanto, instamos a los abogados a interponer este tipo de procesos a fin de tutelar los derechos de un grupo o clase de panameños afectados. De igual forma consideramos que el estudio de esta materia es sumamente importante; toda vez que con la evolución de comercio actual electrónico, todos los contratos de consumo son en su mayoría de adhesión y con el desarrollo de diferentes redes sociales; seguro se pueden identificar fácilmente a miembros de un grupo o clase afectada por la venta de un producto o servicio.

4. Una reforma a la actual ley 45 de 2007 debe ser propuesta en el sentido que debemos emular la reglamentación legal que existe para este tipo de procesos en otras jurisdicciones, establecer mecanismos claros y un desarrollo específico que no deje cabida a interpretaciones. Es decir facilitar la acogida de este tipo de proceso por los Tribunales a fin de que esta norma no sea letra muerta por su

dificultada procesal y técnica para incoar de forma satisfactoria una acción de esta naturaleza, pero siempre bajo ciertos parámetros específicos que no permitan un abuso en el derecho de acción.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. Cartona, Walter. (2012). "La acción de clase: desde los estados unidos a la argentina. En ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL (1138-4824). MADRID: MADRID
2. Adrián R. Timpanaro. (2009). ACCIONES DE CLASE. CONSIDERACIONES RESPECTO A SU REGIMEN PROCESAL ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY QUE LO REGLAMENTE. 2015, 0, 289-303

3. Araúz, Heriberto. (2003). PANORAMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PANAMEÑA. Panamá: Universal Book.
4. Alejandro Ferreres Comella. (2005). LAS ACCIONES DE CLASE ("CLASS ACTIONS") EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, 38-48.
5. Salmieri Delgue Pablo Nicolás. (2015). LA ACCIÓN DE AMPARO -EL AMPARO COLECTIVO –ACCION "DE CLASE" y EL AFECTADO-VACÍO LEGAL –PARÁMETROS DE LA CORTE. Pensamiento Legal, 1, 1-42.
6. Marin Lopez, Juan Jose. (2001). Las acciones de clase en el derecho español. InDret, 1-13.
7. Mónica Vásquez, Lorena Barrios, María Carolina Ibáñez, Anny Rangel. (2006). ACCIONES DE GRUPO. UNA VISIÓN A TRAVÉS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, 26, 273-306.
8. Fábrega Ponce, Jorge; Acción de clase, Editorial cultural portobello, Panamá, 2012.
9. Camargo Vergara, Luis. (2009). Derecho procesal de los consumidores. Panamá: Editorial Panamá.
10. Cabanellas De Torres, Guillermo. (2000). DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL. Argentina Buenos Aires: Editorial Heliasta, Decimocuarta Edición
11. Cabanellas De Torres, Guillermo. (2004). Diccionario Jurídico Universitario. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2da Edición, tomo 2.

12. Bianhi, Alberto. (1998) Las acciones de clase. Editorial ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos aires, Argentina.
13. Londoño Toro, Beatriz, Carrillo, Arturo. (2010). Acciones de grupo y de clase en casos de graves vulneraciones a derechos humanos. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
14. Arauz, Heribert. (2007) La protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos. Panamá. Universal books. Volumen I
15. Acosta Estevez, Jose. (1995) Tutela procesal de los consumidores. Barcelona, J.M. Bosch.
16. Viguri Perea, Agustin (1997). La responsabilidad civil en el marco del derecho de consumo. Granada, editorial Comares
17. Arjona, Adán Arnulfo. (1998). Anotaciones sobre el proceso colectivo de clase en la ley 29 de 1996. Panamá, editorial Portobelo.
18. Fletcher, Giovani. (1997) conferencia del seminario ley 29 de defensa de la competencia y de protección al consumidor de la teoría a la práctica. Panamá, Editorial Portobelo.
19. Stiglitz, Gabriel. (2001). Defensa de los consumidores de productos y servicios. Argentina, Ediciones La Rocca.
20. Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo, Pablo (2001). La nueva ley de enjuiciamiento civil y los daños con múltiples afectados. Madrid.
21. Gidi, Antonio y Ferrer, McGregor, Eduardo. (2004). La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. México. Editorial Porrúa.

22. Fábrega, Jorge. (2004) Instituciones de derecho procesal civil, Panamá, Editora Jurídica Panameña.

23. Aicar Adicae. (2014). Las Class Action en Estados Unidos, un acercamiento a la Justicia colectiva real. 2014, de ADICAE Sitio web:<http://usuariosdebancayseguros.adicae.net/?articulo=2524>

24. Vázquez del Mercado Cordero, Óscar. (2007). Derecho mercantil y globalización: desafío y compromiso. Colección Facultad de Derecho. 2007, de El Derecho y sus Maestros Sitio web:<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4118-derecho-mercantil-y-globalizacion-desafio-y-compromiso-coleccion-facultad-de-derecho>

25. González Martín, Nuria Rodríguez Jiménez, Sonia. (2010). Derecho internacional privado. Parte general. Colección Cultura Jurídica. 2010, de González Martín, Nuria Rodríguez Jiménez, Sonia Sitio web:<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3261-derecho-internacional-privado-parte-general-coleccion-cultura-juridica>

LEGISLACIÓN

Ley 29 de 1996

Ley 45 de 2007

Constitución Política de la República de Panamá de 1972

Código judicial de la República de Panamá

JURISPRUDENCIA:

Sentencia del tercer tribunal superior de justicia del 2 de junio de 1999

Sentencia del tercer tribunal superior de justicia del 10 de diciembre de 2006

Sentencia del tercer tribunal superior de justicia del 9 de octubre de 2009

Sentencia del tercer tribunal superior de justicia del 17 de diciembre de 2009

ANEXO 1

**ESCRITO JURIDICO INSTRUCTIVO DE ELEMENTOS BÁSICO DE
CONOCIMIENTO POR PARTE DE EL CONSUMIDOR SOBRE EL PROCESO
COLECTIVO DE CLASE**

¿Quién es un agente económico o proveedor?

Es aquel industrial, comerciante, profesional o cualquier otro agente económico que, a título oneroso o con un fin comercial, proporcione a otra persona un bien o servicio de manera profesional y habitual.

¿Quién es un consumidor?

Es aquella persona natural o jurídica que adquiere de un proveedor bienes o servicios finales de cualquier naturaleza.

¿Qué es una asociación de consumidores organizados?

Es una organización constituida por personas naturales, cuyo objetivo es garantizar la protección y defensa de los intereses de los consumidores, independientemente de todo interés económico, comercial o político.

¿Qué es el proceso colectivo de clase?

Es un proceso judicial especial en el cual un grupo muy numeroso e indeterminado de consumidores que ha sufrido un daño o un perjuicio derivado de un producto o un servicio que ha adquirido por parte de un proveedor, presenta una demanda para hacer valer sus derechos.

La razón de ser de este proceso es acumular en una sola demanda, reclamaciones idénticas, evitando de esta forma una multiplicidad de procesos que saturarían el sistema judicial y dentro de los cuales se podrían producir sentencias (decisiones) contradictorias, siendo los hechos de las mismas idénticas.

La mayor ventaja de este tipo de procesos especiales de protección al consumidor, es que muchas veces los anteriores no se atreven a reclamar un derecho afectado, ya al ser el consumidor la parte más débil económicamente, el anterior teme ser afectado de forma individual directa por parte del proveedor del bien o servicios que representa un poder económico, mediático y social superior a la luz de la forma en la cual se desarrolla el comercio en nuestros días.

Resulta un proceso que se ajusta al principio de economía procesal y de la justicia social.

¿Ante quien se interpone el proceso colectivo de clase?

El proceso se debe interponer en el Organo Judicial en ciertos juzgados de circuito del ramo civil especializados en defensa de la competencia y protección al consumidor.

El proceso se interpone mediante una demanda redactada por un abogado, que no es más que un escrito donde se relatan los hechos de la controversia, se fundamentan en derecho (de acuerdo a la ley) y se establece una petición especial al tribunal y se aporta un aprueba indiciara del daño sufrido por las partes actoras de la demanda.

Este tipo de procesos NO se atienden en la Autoridad de Protección al consumidor y defensa de la Competencia (ACODECO), ya que por la naturaleza del proceso no cabe una instancia de conciliación administrativa.

Entiendase la ACODECO como el ente encargado de proteger los derechos de los consumidores (entre otras funciones).

¿Quiénes pueden interponer el proceso?

- Uno o más miembros del grupo o clase de consumidores afectados.
- La Autoridad de Protección al consumidor y defensa de la Competencia (ACODECO).
- Las asociaciones de consumidores organizados.
- Un grupo de consumidores que nombre un representante colectivo.

¿Qué necesito saber sobre procedimiento del proceso colectivo de clase?

1. Es muy importante destacar que junto con la demanda se debe aportar la prueba indiciaria del daño. En este apartado nos extenderemos un poco para explicar en detalle que se entiende por “prueba indiciaria del daño” ya que de no aportarla el juez no admitirá la demanda.

En este escenario vale la pena definir lo que en nuestra legislación se entiende como indicio y su tratamiento jurídico: “Se llama indicio cierto hecho que indica la existencia de otro. Para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso”.

Los indicios tienen más o menos valor, según sea mayor o menor la relación que exista entre los hechos que los constituyen y los que se trata de establecer.

El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes y apreciará los indicios teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y las demás pruebas que obren en el proceso, en conclusión, el juzgador apreciará los indicios en conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica.

La jurisprudencia nacional (decisiones de los jueces) establece en relación al tema de los indicios procesales lo siguiente:

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 9 de mayo de 1998 “... la corte expresa que la doctrina ha establecido que “los indicios deben estar plenamente probados, mediante documentos, testimonios, inspecciones, etc.”

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá de 19 de mayo de 1998. “... respecto a este tema, la sala cita el fallo de 21 de diciembre de 1971: - en cuanto a los indicios o conjeturas, que dicho sea de paso el recurrente no precisa, por no haber formulado los cargos contra la sentencia en casa motivo, el reparo no procede en casación sino en determinados casos. La doctrina de la Sala es que en casación solo es viable atacar la apreciación probatoria del fallador de segunda instancia sobre los indicios, en los siguientes casos excepcionales:

- a) Cuando se haya dado por probado un indicio, que no lo está.
- b) Cuando se haya pasado por alto uno cuya estimación impondría conclusiones distintas de las aducidas sobre el tema respectivo, o que con este resultado se haya obtenido por no probado un indicio a pesar de estarlo.
- c) Cuando se ha faltado notoriamente a la lógica por no haber entre los indicios y su conjunto, de un lado y de otro, las deducciones del tribunal, el vínculo de causalidad que obligatoriamente ha de atar aquellas con éstas.

Concluye la Sala que, en base al extracto transcrito, en materia de indicios, en la sentencia del ad-quem sólo es atacable la apreciación de los indicios cuando dicha evaluación incurra en alguna de las situaciones establecidas en los tres literales concebidos por el fallo en comento, de forma que, si no se asimilan a uno de ellos, esta Sala no puede variar el criterio utilizado por el ad-quem al revisar la supuesta violación de las reglas de interpretación”.

Fallo de la Corte Suprema de justicia de Panamá de 10 de octubre de 1999. “... se entiende que los indicios deben ser graves cuando son importantes para la causa; concordantes toda vez que los hechos indicadores deben concordar entre sí, que exista coherencia entre ellos; y convergentes porque esos indicios deben procurar la misma injerencia sobre el hecho, es decir, que conduzca a una misma conclusión”.

De la Jurisprudencia antes transcrita, se puede apreciar que las pruebas indiciarias sobre el daño que se pretende reparar con la acción de clases, deben de relacionarse de forma indiscutible con las pretensiones de la demanda y de igual manera han de ser prueba Prima facie para acreditar la existencia de los hechos sobre los cuales versa la reclamación de clase en debate.

2. Resulta relevante conocer que el tribunal que conozca de la demanda, publicará un edicto por cinco (5) días consecutivos en un diario de reconocida circulación nacional, para que, en el término de veinte (20) días, contado a partir de su última publicación, el demandante o los demandantes y todas las personas pertenecientes al grupo comparezcan al proceso para hacer valer sus derechos, formular argumentos o participar en el proceso, esto es de esta manera dado que como la demanda no la presentan todos los afectados, se debe hacer público que se está llevando a cabo este tipo de proceso para que los consumidores afectados sean parte del proceso o tengan conocimiento del mismo.

3. Dentro del proceso se puede llegar a una transacción, es decir, se puede redactar un acuerdo entre el proveedor y los consumidores, pero el juez debe validarlo tratando de que no se vean afectados los derechos de los consumidores.

4. La sentencia (la decisión del juez) afectará a todos los miembros que pertenezcan a la clase, aunque no hayan intervenido en el proceso.

Como conclusión del presente escrito jurídico, podemos acotar que este tipo de proceso es una herramienta muy importante, para regular las relaciones de prestaciones de servicios y consumo; ya que a la postre del desarrollo comercial y su incesante intermediación por conducto de las redes sociales y diversos medios de comunicación, las grandes corporaciones promocionan bienes y servicios, cuyas características y condiciones ofertadas, deben ser dadas al consumidor en su totalidad. Toda vez que sus maquinarias promocionales, bajo sus sistemas de publicidad inducen al consumidor a que adquiera sus bienes y servicios los cuales

de forma posterior no pueden ser de una calidad inferior so pretexto de que no exista una equidad procesal dado la capacidad económica en influencia mediática que pueda tener una mega corporación. Por ende esta herramienta regulatoria del proceso de clase es indispensable para que exista una paz social frente al sistema comercial vigente en nuestros días.