

PROCESOS COLECTIVOS Y ACCIONES DE CLASES: PROBLEMAS QUE SUSCITA LA LEGITIMACIÓN Y EL ALCANCE DE LA COSA JUZGADA

Roberto Omar BERIZONCE*

SUMARIO: I. *El plexo de las ponencias y propuestas.* II. *Estado actual de la normativa regulatoria de los procesos colectivos y su aplicación efectiva.* III. *Perspectivas: los cambios normativos imprescindibles.* IV. *Propuestas.*

Argentina, como otros países de Iberoamérica puja por el dictado de una legislación adecuada para regular los procesos colectivos, mientras trabajosamente la doctrina de los autores va perfilando la naturaleza de los derechos supraindividuales y sus instituciones típicas y, de su lado, la jurisprudencia de los tribunales trata de brindar respuestas razonables a los casos que se van planteando.

En este escenario, tuvo lugar en Mendoza, Argentina, el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (2005), donde se debatió arduamente sobre el tema. Las propuestas que allí se formularon nos parecen de especial interés para ser tenidas en cuenta en México, donde actualmente también está planteada la discusión. Es por esa razón que me permito aportar lo que fuere el relatorio general sobre las ponencias a dicho Congreso y las propuestas formuladas por el autor, que fueran recogidas como base para las conclusiones arribadas.

I. EL PLEXO DE LAS PONENCIAS Y PROPUESTAS

Más de medio centenar de ponencias presentadas a este Congreso, en su mayoría de singular valía, y que contienen sugerencias, propuestas y recomendaciones, ponen de manifiesto el interés despertado por el tema y su

* Profesor emérito de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

actualidad en el derecho argentino. Además de las cuestiones viscerales de la legitimación extraordinaria para accionar, el régimen de las notificaciones y publicidad y los alcances subjetivos de la cosa juzgada en los procesos colectivos, prácticamente agotadas en los trabajos, han sido también objeto de consideración otras no menos relevantes y particularmente novedosas entre nosotros, como son las relativas a la regulación del requisito de la representación adecuada, el régimen de los derechos individuales homogéneos, la legitimación pasiva o la intervención del *amicus curiae* en tales procesos y, en general, las complejas cuestiones del trámite procedimental (problemas de la litispendencia, de las medidas cautelares y anticipatorias, las impugnaciones, las costas, etcétera).

No han faltado los análisis exhaustivos de la jurisprudencia de nuestros tribunales, verdadero motor que viene impulsando con el soporte de la doctrina más actualizada, los avances prácticos para dar respuesta a los requerimientos de los litigantes. Ni tampoco se han escatimado las críticas, como respecto de pronunciamientos y aún doctrinas jurisprudenciales que viene restringiendo en el amparo colectivo la legitimación del Defensor del Pueblo y también de algunas entidades representativas sectoriales y corporativas.

Un lugar muy destacado ocupan, en este balance provisional, los enfoques en clave comparatística que llevaron a la consideración de los distintos sistemas que se brindan en las legislaciones, especialmente el de las *class actions* norteamericana, diseñado en la conocida regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure de 1938, con sus modificaciones de 1966 y, en contrapunto, el brasileño tan difundido en todo el subcontinente a partir de su legislación de defensa de los derechos de consumidores de 1990. Perspectiva comparatística que se ha visto notablemente enriquecida ahora con la elaboración del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado en 2004 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, punto de referencia obligado en el estudio de la reforma de nuestra legislación y que tan presente ha estado en la mayoría de las ponencias.

Se ha puesto en foco los procesos colectivos en general y, también, las cuestiones propias de los que involucran a consumidores y usuarios o las relativas a la tutela del medio ambiente. Respecto de estas últimas, el saldo se exhibe francamente positivo por las concretas propuestas que se formulan, sin desmedro de cotejar las dificultades y para algunos la inconveniencia, que conlleva la reforma de las respectivas legislaciones en vigencia en nuestro país. Todavía, se han tematizado ciertas cuestiones de actualidad vinculadas con el medio ambiente y la necesidad de encontrar mecanismos aptos para la solución de los conflictos internacionales.

Como telón de fondo, está latente el propósito de asegurar el efectivo acceso a la justicia y la tutela de los derechos de incidencia colectiva consagrados en la carta fundamental por la reforma de 1994.

II. ESTADO ACTUAL DE LA NORMATIVA REGULATORIA DE LOS PROCESOS COLECTIVOS Y SU APLICACIÓN EFECTIVA

En el estado actual de la normativa vigente, avances doctrinarios y jurisprudenciales se destacan algunos datos de esencia cuya consideración resulta imprescindible a la hora de vislumbrar las perspectivas de su evolución futura.

1. En primer y decisivo plano ha de ubicarse el reconocimiento y linaje constitucional de los nuevos derechos y garantías, en el texto de la reforma de la Constitución Nacional de 1994 —y en paralelo, las enmiendas a las Cartas provinciales— de los *derechos de incidencia colectiva* (de consumidores y usuarios de bienes y servicios, medio ambiente) —artículos 41, 42— y su tutela expedita y rápida a través del amparo —artículo 43—. Dispositivo este último que se complementa con el reconocimiento explícito de la legitimación para la defensa de tales derechos que se acuerda con amplitud al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley. De la aplicación directa y en ciertos aspectos dinámica y funcional que de dichos preceptos constitucionales han venido efectuando los tribunales —principalmente a través del *amparo colectivo*—, de consuno asimismo a las normas contenidas en los tratados y convenciones internacionales (así, artículos 8, 25 y conc., Pacto de San José de Costa Rica), se ha configurado un plexo mínimo procedimental de utilidad para canalizar las diversas pretensiones que se articulan, pero que sin embargo suscita palmaria inseguridad jurídica por la falta de una normativa legal abarcatória de las distintas pretensiones con sus adecuados carriles procesales.

2. Basta señalar que carecen de regulación cuestiones viscerales como, por ejemplo, el o los tipos procesales de cognición plena para el trámite de las pretensiones; los requisitos de la acción colectiva —representatividad adecuada del legitimado, relevancia social de la tutela colectiva—; la intervención del Ministerio Público en los casos de interés social relevante y la eventual asunción de la titularidad de la acción por defección de los legitimados; un específico régimen cautelar y de tutela anticipada; la creación de un fondo al que reviertan las indemnizaciones por reparación de los daños colectivos y el régimen de su integración y administración; las particulares potestades judiciales en las acciones que tengan por objeto obligaciones de

hacer y de no hacer; el régimen de competencia territorial y de litispendencia; las potestades judiciales singulares para la conducción y ordenación del proceso y el esclarecimiento de los hechos controvertidos; la carga dinámica de la prueba; la disciplina de las costas, honorarios y gratificaciones especiales; el régimen de los recursos y de la ejecución de la sentencia. Mención especial merece la preceptiva de la acción colectiva para la defensa de los derechos individuales homogéneos, cuya inexistencia en el derecho argentino genera numerosísimas dificultades dilatando innecesariamente la reparación de los afectados y perturbando el correcto funcionamiento del sistema jurisdiccional. Lo propio cabe señalar a propósito del régimen singular de los alcances subjetivos de la cosa juzgada, cuya omisión ocasiona no pocas incertidumbres; al igual que la falta de previsión del tratamiento de las acciones contra el grupo, categoría o clase, hipótesis también frecuente en la litigación colectiva.

3. La normativa específica tuteladora de los *derechos de consumidores y usuarios de bienes y servicios* —Ley 24.240 de 1993 y modificatorias, regímenes provinciales complementarios “de implementación” (así, el Código de implementación de la Provincia de Buenos Aires, Ley 13.133, de 2004), con más de una década de vigencia, resulta manifiestamente insuficiente en punto a la protección de tales derechos en sede judicial, principalmente por la falta absoluta de regulación en el régimen nacional de las vías procesales específicas para el encausamiento de las pretensiones, defección derivada del criticado veto presidencial (decreto 2089/93). Sin que hubiere resultado apropiada la remisión legal al procedimiento más abreviado, el sumarísimo o extraordinario, palmariamente inapropiado para albergar los tan disímiles conflictos que desembocan en acciones de consumidores. Bien que sea de destacar la operatividad de las instancias administrativas de conciliación —ante la Dirección de Defensa de la Competencia y del Consumidor de la Nación, o sus homólogos provinciales— y el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo instituido por decreto PEN núm. 276/98.

4. Mejor suerte ha tenido la *protección del medio ambiente* especialmente a partir de la sanción de la Ley Nacional núm. 25.675, Ley General del Ambiente, de 2002, que contiene un plexo normativo procesal novedoso aunque insuficiente. Un significativo avance lo constituye la regulación de las distintas acciones de cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo (verdadera acción popular), de recomposición del ambiente dañado, declarativas y cautelares; como igualmente, la creación del Fondo de Compensación Ambiental, con destino específico, al cual refluyen las indemnizaciones sustitutivas debidas por quien cause daño ambiental cuando fuere imposible el restablecimiento al estado anterior de los bie-

nes dañados (artículos 28, 34). No menos importancia ha de concederse a los amplios poderes—deberes adjudicados al juez para su actuación oficiosa (artículo 32, primer párrafo); al igual que la potestad para decretar en cualquier estado del proceso medidas de urgencia a pedido de parte o de oficio, aún sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieren producirse (artículo 32, segundo párrafo). Finalmente, aunque sin la claridad debida, se prevé que la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aún parcialmente, por cuestiones probatorias (artículo 33). A ello cabe adunar las previsiones contenidas en las leyes locales de protección del medio ambiente (así, la Ley 11.723, de 1995, vigente en la Provincia de Buenos Aires).

5. Son conocidos los avances que a despecho de las numerosas “lagunas” legislativas se han producido a través de la experiencia judicial al impulso de un notorio y promisorio activismo de los particulares y principalmente de las numerosas asociaciones defensoras de los derechos de consumidores y del medio ambiente, en sus diversas ramificaciones. Podría afirmarse que el objetivo del constituyente de 1994, de estimular la participación popular en la justicia, ha recibido el acompañamiento y el compromiso de numerosos sectores de la sociedad. A ello se viene sumando una elogiada postura de la judicatura, en general abierta y permeable a la consideración de la novedosa conflictividad, a través de una interpretación funcional, dinámica y casi siempre valiosa que haciendo incapie en los textos constitucionales, y aún en las reglas contenidas en los pactos y convenciones internacionales, ha sabido encontrar los caminos para tutelar en concreto y de modo efectivo los derechos colectivos.

III. PERSPECTIVAS: LOS CAMBIOS NORMATIVOS IMPRESCINDIBLES

Sentado todo lo anterior, nos parece que resulta apropiado a esta altura del análisis, formular algunas observaciones útiles para orientar el debate de las ideas centrales y que, al mismo tiempo, supone el intento de llamar la atención sobre la necesidad de articular, entre todos y consensuadamente, estrategias y metodologías para la configuración de una *política judicial* (comprehensiva y más abarcadora que una política procesal) *para la tutela efectiva de los derechos colectivos*. Queremos significar que el debate será fructífero si se orienta principalmente hacia el análisis de los aspectos viscerales de la compleja problemática que nos ocupa y, a partir de ello, si se alcanzan a formular conclusiones abarcativas que como recomendaciones sirvan al propósito de orientar el futuro mejoramiento de los regímenes legales en vigor.

a) Una de las cuestiones de esencia que plantea la regulación de los procesos colectivos radica en cómo articularlos en armonía con la garantía de la defensa que corresponde a todos los interesados. La legitimación extraordinaria presupone que la titularidad de la acción, al radicarse en cabeza de los representantes del grupo, categoría o clase, sustituye la participación individual. La notificación de la demanda colectiva, por su parte, ofrece habitualmente dificultades poco menos que insalvables; no queda otra alternativa que recurrir a la notificación ficta que proviene de las publicaciones edictales o por otros medios masivos de comunicación. Ahora bien, la salvaguarda de la defensa proviene en los procesos colectivos de los alcances subjetivos de la cosa juzgada, que siendo acogida la demanda la sentencia produce efectos *erga omnes* mas, si fuera rechazada por falta de prueba o colusión, opera *secundum eventum litis*, por lo que deja abierta la posibilidad de su revisión en un nuevo proceso. Por otro lado, poco sentido tiene dentro de ese esquema insistir en la notificación personal individualizada que, en todo caso es propia del sistema norteamericano, especialmente en caso de derechos individuales homogéneos, para posibilitar el *opt out*, y su correlato lógico es el alcance más amplio de la cosa juzgada que, en todos los supuestos, produce efectos *erga omnes*.

De todo lo cual se concluye, en definitiva, que la opción por el sistema que se propugna abastece mejor la realidad de las acciones colectivas. De hecho, así ha funcionado en la experiencia reciente de nuestras acciones colectivas. Sin dejar de considerar las críticas que invocan la imposibilidad de aducir y defender un derecho diverso u opuesto al que motoriza la acción colectiva. En todo caso, cada miembro del grupo, categoría o clase ha tenido la posibilidad de ejercer sus derechos dentro del propio colectivo, o bien de plantear la propia acción judicial.

b) Otra cuestión central es la que se plantea a propósito de los derechos individuales homogéneos. No se trata ontológicamente de derechos colectivos pero ha de convenirse que existen razones suficientes para brindarles el mismo tratamiento, con la salvedad de las particularidades propias. Por lo demás, aún admitiendo que el concepto constitucional de “derechos de incidencia colectiva” suscita razonables dudas en cuanto a sus alcances, es lo cierto que en la praxis judicial se han admitido a trámite como procesos colectivos diversas acciones típicas de tutela de derechos individuales homogéneos. No se cuestiona la conveniencia de brindar dicho trámite por obvias razones que son las mismas que justifican los procesos colectivos. De lo

que se trata, en definitiva, es de acertar en su regulación articulando debidamente el juzgamiento del derecho colectivo como un todo y de aquellos individuales y subjetivos aunque homogéneos.

- c) Igualmente crítica se presenta la cuestión de la competencia territorial y la regulación de la prevención y la litispendencia. Motivo ambas de insoportables dilaciones de los procesos, adquieren aquí relevancia decisiva, lo que exige no solo reglamentar claramente todos los supuestos previsibles por el natural entrecruzamiento de las diversas acciones, y aún la relación entre la acción colectiva y las acciones individuales.
- d) Los poderes—deberes del juez se despliegan necesariamente con la mayor intensidad en los procesos colectivos, consecuencia natural del linaje privilegiado que en la preceptiva constitucional se reconoce a los derechos en cuestión y a la correlativa y apremiante exigencia de su operatividad y eficacia en concreto.

La actuación aún oficiosa de las potestades ordenatorias del trámite, comprensivas del encausamiento correcto de la acción y su eventual reconducción, por el tipo procesal más adecuado, del control de la legitimación de los postulantes, de la correcta traba de la relación procesal y la integración de la litis, todo ello en una etapa inicial, deviene presupuesto esencial y prioritario de la debida tramitación de toda la causa.

Singularmente conflictiva se presenta la actuación oficiosa del juez en la instrucción probatoria, por las ínsitas dificultades que ofrece el quehacer demostrativo en estos procesos ante la predominancia de las pruebas científicas. Claro que la estricta observancia del contradictorio ha de balancear el natural activismo que se espera de los jueces.

- e) Emparentadas con semejantes atribuciones se insertan otras cuestiones no menos arduas y polémicas, como las que plantea la tutela anticipatoria —que el principio precautorio acoge con amplitud en materia ambiental y aún de consumidores—, o todavía las restricciones y atenuaciones de principios básicos como el de preclusión y de congruencia. Lo primero por la admisión que se postula de la modificación o alteración, en todo tiempo, del objeto y causa de la pretensión; lo segundo, por la regla que permite al juez en la sentencia interpretar extensivamente dichos elementos de la pretensión.

Se trata en fin, los que hemos analizado, de principios de esencia, aspectos decisivos en la regulación de las acciones colectivas. Sin restar importancia, desde luego, a las demás previsiones en buena medida complemen-

tarias aunque igualmente significativas en el armado del íntegro sistema de las acciones colectivas.

IV. PROPUESTAS

A partir de esas premisas, concluimos poniendo a consideración el siguiente catálogo de *propuestas* concretas para orientar la futura regulación de los procesos colectivos:

1) La tutela de los derechos de incidencia colectiva se sustenta en los preceptos de la Constitución nacional —artículos 41, 42, 43 y conc.— y los pactos y convenciones internacionales; resulta comprensiva, entre otros, de los derechos de consumidores y usuarios, a un ambiente sano, a la integridad del patrimonio comunitario cultural, artístico, arquitectónico, y también, con no menos significancia, a la institucionalidad de la República, a la ética pública y a los derechos humanos en general.

2) La interpretación judicial de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos de incidencia colectiva y de las leyes reglamentarias, debe ser dinámica, funcional y valorativa, atendiendo a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice de un modo efectivo.

3) La vía del amparo colectivo sólo es admisible cuando se den las causales del artículo 43, primera parte de la CN; en los demás casos corresponde el trámite del proceso de conocimiento, en sus diversos tipos según las legislaciones.

4) Sin perjuicio del perfeccionamiento de las leyes nacionales vigentes de defensa de los consumidores y de tutela del ambiente, ha de incorporarse a los ordenamientos procesales locales un título especial regulatorio de los procesos colectivos. A esos fines, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004 constituye una valiosa fuente para tomar en consideración, junto con la experiencia jurisprudencial acumulada.

5) La legitimación para la defensa de los derechos colectivos proviene del artículo 43 de la Constitución Nacional, precepto que debe ser interpretado de modo amplio. Resulta inconstitucional la hermenéutica que restringe infundadamente la legitimación asignada al Defensor del Pueblo de la Nación. Será requisito de la acción colectiva la adecuada representatividad del legitimado, que se verificará liminarmente como presupuesto de admisión de la demanda, y en cualquier tiempo del proceso, sin perjuicio en caso

de la asunción voluntaria de la titularidad de la acción por el Ministerio Público u otros legitimados.

6) Son principios generales de los procesos colectivos:

- i) Corresponde al juez el ejercicio de amplios poderes-deberes de ordenación, impulso e instrucción de las causas. A esos efectos, deberá reconducir en su caso el tipo procesal elegido; controlar y pronunciarse liminarmente sobre la legitimación y representatividad adecuada; conceder trámite prioritario a las causas; ordenar oficiosamente las pruebas necesarias para esclarecer los hechos controvertidos, dictando todas las medidas conducentes a ese objeto.
- ii) Deberá asegurarse la notificación suficiente de la demanda a todos los interesados a efectos de garantizar el derecho de defensa.
- iii) La carga de la prueba incumbe a la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla, por poseer conocimientos científicos o técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad en su demostración.
- iv) Son procedentes medidas preventivas o anticipatorias, a petición de parte y para anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida, cuando existe convicción suficiente acerca del derecho invocado y fundado temor de la ineficiencia o inutilidad de la sentencia definitiva.
- v) En las acciones colectivas, el objeto y la causa de la pretensión serán interpretadas extensivamente. Cabe admitir su modificación en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción, siempre que se preserve el contradictorio, la alteración sea realizada de buena fe y no represente perjuicio injustificado para la contraria.
- vi) La apelación de la sentencia en el mérito tendrá efecto meramente devolutivo, salvo la atribución del juez de concederle efecto suspensivo cuando la fundamentación fuere relevante y pudiera derivarse para el recurrente perjuicios graves o de difícil reparación. La pendency de recursos admisibles no impedirá la ejecución provisoria de la sentencia, bajo responsabilidad del ejecutante.
- vii) El cumplimiento de la sentencia, cuando se trate de condena a obligaciones de hacer o no hacer, debe efectuarse de modo específico *in natura*, salvo imposibilidad en cuyo caso el juez determinará las medidas que aseguren el resultado práctico equivalente. Podrá imponer sanciones conminatorias compulsivas (*astreintes*) tendientes al cumplimiento de sus mandatos.

7) Debe regularse la competencia territorial y los supuestos de conexidad y litispendencia entre acciones colectivas y su relación con las acciones individuales, conforme al principio de prevención y para asegurar la más rápida tramitación de las causas evitando sentencias contradictorias.

8) Ha de implementarse un sistema nacional integral de registro de procesos colectivos, mediante convenios interjurisdiccionales; se registrarán las causas declaradas colectivas, las sentencias y demás actos que determine la reglamentación.

9) Ha de regularse la extensión subjetiva de los efectos de la cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, cuando surgiere nueva prueba sobreviniente que no hubiera podido ser producida en el proceso.

10) Debe introducirse la acción colectiva para la tutela de los derechos individuales homogéneos, como conjunto de derechos subjetivos individuales provenientes de un mismo origen, cuando predominan las cuestiones comunes, y atendiendo a la representatividad del legitimado y la relevancia social de la tutela colectiva (en función del bien jurídico afectado, las características de la lesión o la cantidad de personas comprometidas). Los legitimados, incluyendo a los miembros del grupo, categoría o clase involucrados, podrán proponer en nombre propio y en el interés de todos los miembros acción colectiva de responsabilidad civil por los daños individualmente sufridos. El trámite procesal contemplará la citación y notificación, por los medios eficientes, a todos los interesados quienes podrán intervenir voluntariamente actuando de modo accesorio; el alcance de la sentencia condenatoria; los procedimientos de liquidación y ejecución de los daños globalmente causados y de los daños individuales, y demás aspectos pertinentes.

11) Se hace menester crear un fondo de derechos colectivos, previendo el régimen de su integración, gestión, administración y destino específico de sus recursos, que estarán destinados prioritariamente a la reconstitución de los bienes colectivos dañados y demás actividades que los benefician, en especial las preventivas. Sus recursos se integran, entre otros, por los provenientes de las sentencias que condenen a reparar los daños provocados a los bienes indivisiblemente considerados.

12) Cabe regular, asimismo, las acciones colectivas pasivas interpuestas contra un grupo, categoría o clase organizada o que tenga representante adecuado, cuando el bien jurídico a tutelar sea colectivo y esté revestido de interés social; debiendo preverse especialmente el régimen de la cosa juzgada pasiva.

13) Se recomienda, finalmente, promover la formación y capacitación de abogados especializados en procesos colectivos, y, en su oportunidad, la creación de un fuero de procesos colectivos con órganos a cargo de magistrados especializados, que se desempeñarán con auxilio de gabinetes científicos y técnicos interdisciplinarios.