

APOSTILLAS EN TORNO A LOS PROCESOS COLECTIVOS A PROPÓSITO DE LAS CONDICIONES DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN COLECTIVA*

COLLECTIVE PROCESSES CONDITIONS GOVERNING THE CLASS ACTION

Francisco Junyent Bas y M. Constanza Garzino***

“A pesar de que los escépticos quisieran acotar la noción del acceso a la justicia a problemas estrictamente de desarrollo técnico, la aspiración legítima de una mejor tutela judicial está íntimamente relacionada con problemas sociales fundamentales como son los que conciernen a la igualdad y al poder en una sociedad”

Antonio Gidi (1)

Resumen: Los procesos colectivos han llegado a ocupar un lugar importante en el mundo globalizado. El derecho ha reaccionado a partir del siglo XX, con respuestas para permitir el acceso a una justicia verdadera. En este aspecto, Falcón (2) realiza un interesante estudio histórico de la institución del proceso colectivo, para concluir que, en el ámbito anglosajón, la *class action* es el antecedente más lejano de la acción de representación. En Argentina, los procesos colectivos se expandieron en la jurisprudencia y en la legislación mediante la alternativa del juicio de amparo, reglado en el artículo 43 de la Carta Magna, pero sin legislación específica que permita predicar la existencia

* Trabajo recibido para publicación el 10 de septiembre de 2012 y admitido el 10 de octubre del mismo año.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular Plenario de Derecho Concursal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

*** Abogada. Maestría de Derecho Privado en la Universidad Nacional de Rosario, con tesis en elaboración. Profesora de Derecho Privado II: Obligaciones, Universidad Siglo 21. Colaboradora en la Materia Opcional Derecho del Consumidor de la Facultad de Derecho de la UNC. Adscripción completa en Derecho Privado II, Facultad de Derecho de la UNC. Es autora de diversos artículos de la especialidad. E-mail: oti_garzino@hotmail.com

(1) GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Un modelo para países de derecho civil*, traducido por Lucio Cabrera Acevedo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pág. XIV.

(2) FALCÓN, Enrique M. “Una definición de los procesos colectivos, en Procesos colectivos”, *Revista de Derecho Procesal*, Tomo 2, Rubinzal Culzoni, 2011, pp. 17 y ss.

de la *class action* como categoría general. En el panorama a estudiar se advierte la necesidad de tipificar los conflictos colectivos, considerando los derechos individuales homogéneos y los bienes colectivos. Además, resulta necesario estudiar el proceso colectivo propiamente dicho, y sus aspectos centrales como la legitimación, la prueba y la sentencia.

Palabras-clave: Procesos colectivos - Condiciones de ejercicio - Acción colectiva.

Abstract: Collective processes play an important role in the globalized world. The right has reacted from the twentieth century to allow access to true justice. In this aspect, Falcon makes an interesting historical study of the institution of the class action, concluding that, in the Anglo-Saxon, the class action is the oldest record of the representative action. In Argentina, the collective processes spread in the jurisprudence and legislation by alternative injunction, regulated in Article 43 of the Constitution, but there is no specific legislation that allows preach the existence of class action as a general category. It notes the need to treat collective disputes, considering homogeneous individual rights and collective goods. Moreover, it is necessary to study the collective process itself, and its central aspects such as standing, evidence and sentencing.

Key words: Collective processes - Conditions of exercise - Class action.

Sumario: I. Introducción preliminar. — II. Los precedentes jurisprudenciales. — III. La noción de proceso colectivo. III. 1. En busca del perfil jurídico del instituto. III. 2. La división entre diversos tipos de intereses tutelados. III. 3. La clasificación de Lorenzetti. III. 4. Esquema en el derecho argentino. — IV. Las notas caracterizantes. IV. 1. El interés tutelado por el ordenamiento. IV. 2. La existencia de la acción colectiva y la cuestión de la legitimación. IV. 3. Los integrantes de la clase y los efectos expansivos de la sentencia. — V. Legitimación y condiciones de ejercicio del proceso colectivo. V. 1. La regulación en la Constitución Nacional. V. 2. El esquema legal en el plexo consumeril y en la Ley General del Ambiente. V. 3. La competencia en materia de acciones colectivas. V. 4. El beneficio de la justicia gratuita. V. 4. a. La preeminencia del ambiente como bien colectivo no negociable. V. 4. b. La necesaria defensa del equilibrio del mercado. V. 5. La intervención del Ministerio Público. — VI. El caso “Halabi”: un “modelo” de proceso colectivo. VI. 1. Una creación procesal constitucional y la tutela de los derechos individuales homogéneos. VI. 2. El reconocimiento de la clase. VI. 3. La representación adecuada. VI. 4. El llamamiento a los interesados y el derecho de *opt out*. — VII. La sentencia en los procesos colectivos. VII. 1. El alcance *erga omnes*. VII. 2. Los casos de contenido patrimonial. VII. 3. La transacción prevista en el artículo 54 de la ley 24240. — VIII. Conclusiones.

I. Introducción preliminar

Los procesos colectivos han llegado a ocupar un lugar importante en este mundo complejo y despiadado y frente a los nuevos retos al derecho, este ha reaccionado a partir del siglo XX, con respuestas que, aunque no siempre aplicables en todos los ámbitos, permiten tener herramientas conceptuales para poder seguir en la lucha por el derecho, uno de cuyos puntos centrales es el acceso a una justicia verdadera.

En este aspecto, Falcón (3) realiza un interesante estudio histórico de la institución del proceso colectivo, para concluir que en el ámbito anglosajón la *class action* es el antecedente más lejano y, en rigor, se trata de una acción de representación, donde grupos de personas demandaban o eran demandadas, basados en intereses comunes, y que de Inglaterra pasa a los Estados Unidos de América, donde es receptada en las Reglas Federales de Procedimiento Civil.

En Latinoamérica, Brasil es el primer país en introducir la tutela de los intereses difusos y colectivos, en primer lugar, mediante la ley de Acción Popular, luego por una ley específica, denominada “Acción Civil Pública”, y finalmente, por medio del Código de Defensa del Consumidor.

Este Código brasileiro es el que va más allá de la dicotomía de los intereses difusos y colectivos, creando la categoría de los llamados intereses individuales homogéneos que abrieron caminos a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos, y que en el sistema anglosajón se llaman *class actions for damages*.

Por su parte, el “Código Modelo de Procesos Civil para Iberoamérica”, recogió la idea brasileña de la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, y agregó al modelo brasileño cuestiones relacionadas a la legitimación y al control de la representatividad adecuada; además, en relación a la eficacia *erga omnes* de la sentencia, se adoptó el criterio de su eficacia en la medida en que sea favorable, dejando a salvo las acciones individuales de los afectados.

Por el contrario, en Argentina, los procesos colectivos se expandieron en la jurisprudencia —tal como veremos *infra*— y en la legislación mediante la alternativa del juicio de amparo, reglado en el artículo 43 de la Carta Magna, pero sin legislación específica que permita predicar la existencia de la *class action* como categoría general.

En consecuencia, tal como señala Meroi (4), ante el abrumador consenso en la comunidad jurídica acerca de la necesidad de contar con mecanismos especiales y específicos para la tutela de intereses que involucran a un número significativo de personas, las distintas respuestas han ido conformando diversos modelos de solución que en el caso argentino resulta deficiente, por lo que, se advierte una serie de desequilibrio que obstaculizan la efectiva tutela de este tipo de intereses.

(3) FALCÓN, Enrique M. “Una definición de los procesos colectivos”, *Procesos colectivos, Revista de Derecho Procesal*, Tomo 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, pp. 17 y ss.

(4) MEROI, Andrea. “Desequilibrios en la recepción de modelos de procesos colectivos”, *Procesos colectivos, Revista de Derecho Procesal*, Tomo 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 149.

En esta inteligencia, en cuanto a la regulación de los procesos colectivos de consumo, terminológicamente existe una variedad de conceptos en orden a los distintos niveles de conflictos de este tipo, tal como explica con claridad Lorenzetti (5).

Así, el autor citado, expresa que entre las diversas denominaciones existentes: “acción de clase”, *“aggregate litigation”*, *“public litigation”* y “proceso colectivo”, en nuestro derecho, es más precisa la última noción, porque incluye tanto los intereses individuales homogéneos (acción de clase) como los “bienes colectivos” (ambiente, discriminación, etc.).

Por lo expuesto, una explicación sistemática de esta fenomenología trasciende la problemática de la justicia conmutativa, para tener claros efectos redistributivos, con el consecuente impacto en el ámbito socioeconómico.

De tal modo, en el panorama a estudiar se advierte la necesidad de tipificar los conflictos colectivos, considerando los derechos individuales homogéneos y los bienes colectivos.

Además, resulta necesario estudiar el proceso colectivo propiamente dicho, y sus aspectos centrales como la legitimación, la prueba y la sentencia.

Por último, cabe advertir el mosaico legislativo existente en nuestro país relativo a la temática, que hunde sus raíces en la Carta Magna, y que se proyecta en Ley General del Ambiente N° 25675, y en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24240.

Asimismo, el nuevo Anteproyecto de Código Civil y Comercial reguló el proceso colectivo en los artículos 1745 a 1748, aspecto que a la postre no fue incorporado al texto remitido al Poder Ejecutivo, por pedido expreso de éste poder del Estado.

II. Los precedentes jurisprudenciales

La variedad de conflictos que implica la tutela de los derechos colectivos se advierte en la evolución jurisprudencial de nuestro país.

Así, en el caso “Kattan” (6) se hace lugar a una acción de amparo para impedir la caza y posterior exportación de 14 ejemplares de delfines o toninas overas, autorizadas por el Gobierno Nacional.

En este caso, se declaró que todo ser humano posee un derecho subjetivo a ejercer las acciones tendientes a proteger el equilibrio ecológico y, consecuentemente, se encuentra habilitado para iniciar la acción de amparo, como garantía implícita contenida en el artículo 33 de la Constitución Nacional.

En la actualidad, este derecho está reconocido expresamente en el artículo 30 de la Ley General del Ambiente N° 25.675.

(5) LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 11.

(6) Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, Buenos Aires, “Kattán Alberto y otros c. Estado Nacional”, mayo 1983, inédito.

En igual línea, cabe recordar el caso “Ekmekdjian” (7) en donde se admitió la legitimación del actor para que el conductor del programa de televisión leyera una carta que hablaba del agravio del sentimiento religioso de los ciudadanos católicos, como consecuencia de una de las expresiones vertidas en una emisión, respecto de Jesucristo y la Virgen María.

En una palabra, la acción estuvo orientada hacia la defensa de un bien colectivo: el respeto del derecho de libertad de culto, en particular, de los católicos.

Por otro lado, en el caso “Viceconte” (8) la actora promovió una acción de amparo en contra del Estado Nacional para que produzca la vacuna “Candid 1” y la suministre a la totalidad de la población afectada con fiebre hemorrágica argentina, y para que se implemente una campaña publicitaria, a lo que la Cámara hizo lugar con fundamento en el artículo 14 bis de la CN, concretamente en el derecho social a la salud.

En igual sentido, se pronunció la misma Cámara en el caso “Labatón” (9) de discriminación hacia una persona discapacitada, que alegaba por medio de la acción de amparo, la imposibilidad de ejercer su profesión de abogada, por no tener acceso de rampas en los tribunales en la ciudad de Buenos Aires, por lo que, se veía vulnerado su derecho a la igualdad con el resto de los profesionales no discapacitados, a lo que obtuvo sentencia favorable.

Por otro lado, un caso de suma trascendencia promovido por el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (10), a fin de que indemnizara a esta misma y a los damnificados por los cortes de luz ocurridos en la ciudad el día 15 de febrero de 1999, que duró varios días. Concretamente, en este proceso, la actora afirmó que los interesados eran indeterminados al momento de la interposición de la demanda, pero que lo serían al momento de la ejecución de la sentencia, mediante una citación pública para que se presenten, aleguen el daño sufrido y lo demuestren. Así, la Cámara hizo lugar al recurso y entendió que el Defensor del Pueblo estaba legitimado para accionar por la reparación de daños a derechos subjetivos individuales homogéneos.

Otro antecedente importante de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación es el caso “Verbitsky” (11).

En esta oportunidad, el periodista Verbitsky junto con el Centro de Estudios Legales y Sociales interpusieron una acción de “habeas corpus” a fin de que cesara el estado de 6.000 personas que se encontraban detenidas en comisarías de la provincia

(7) CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo”, Fallos: 315: 1422.

(8) CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV, Buenos Aires, “Viceconte, Mariela c. Ministerio de Salud”, LL, Suplemento de Derecho constitucional, 5/11/98.

(9) CNFed. Contencioso Administrativo, Sala V, Buenos Aires, “Labatón, Ester c. Poder Judicial de la Nación”, LL, Suplemento de Derecho Administrativo, 27/11/98.

(10) CNFed, C.C, Sala I, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur”, LL, 2000-C-399.

(11) CSJN, “Verbitsky, Horacio, Habeas corpus”, Fallos: 328:1147.

de Buenos Aires en estado de ser juzgadas, por la enorme sobrecarga del sistema. Así, el Máximo Tribunal entendió que, por la naturaleza supra individual del caso, y el problema sistémico planteado, se necesitaba una resolución colectiva e integral, por lo que diseñó medidas de ejecución de la sentencia, dirigidas a diversos poderes y órganos del Estado, a fin de hacer cesar la situación denunciada.

Por otro lado, en materia ambiental, el *leading case* que no puede dejar de citarse es el relativo al proceso colectivo de la causa “Mendoza” (12), en donde se respetaron las garantías procesales, pero atendiendo a la urgencia de la situación extrema de contaminación ambiental existente.

En esta causa de gran magnitud, se fueron dictando diversas resoluciones intermedias que daban respuesta a determinadas cuestiones, hasta que se alcanzó la sentencia definitiva en 2008.

De tal modo, la Corte reconoció su competencia originaria en virtud de la materia, e hizo hincapié en las medidas de prevención que debían adoptarse para el futuro, así como también reconoció el deber de reparar el daño ocasionado.

Sin embargo, el Tribunal Supremo rechazó su competencia en relación a los reclamos indemnizatorios contra la Nación, la Provincia y la Ciudad Autónoma, al entender que la lesión a bienes individuales, afirmando que cada integrante del grupo debía proseguir su reclamo en sede civil, por tratarse de lesiones a bienes individuales.

Del breve análisis de los fallos citados se desprende el avance que en materia jurisprudencial alcanzó el tema de los procesos colectivos.

III. La noción de proceso colectivo

III. 1. En busca del perfil jurídico del instituto

Como cuestión preliminar, cabe tener presente la advertencia de Arazi (13) cuando puntualiza que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Halabi”, puntualizó la falta de una regulación para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, y de los derechos individuales, y alertó sobre la mora del legislador que debe solucionar cuanto antes sea posible para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, concretamente en los artículos 42 y 43, segundo párrafo.

Así, en la legislación nacional existen dos leyes que se refieren de manera expresa a los procesos colectivos, la ley 24240 y su modificatoria 26361, de Defensa del Consumidor y Usuario, y la ley 25675, relativa a la Defensa del Ambiente.

En efecto, estas dos leyes no abarcan todos los supuestos posibles, como surge del propio texto de la normativa citada, que no coinciden en la definición del proceso colectivo,

(12) CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros”, Daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo, Fallos: 329: 2316.

(13) ARAZI, Roland. “Reflexiones para la regulación de los procesos colectivos”, *Procesos colectivos*, Revista de Derecho Procesal, Tomo 2, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 49.

ni en la legitimación activa para la tutela de dichos derechos, pero que sirven de marco referencial para el análisis del tema, en pos a su tratamiento general y aplicable a todos los casos de procesos colectivos, independientemente de la temática de la que se trate.

En nuestro sistema, el artículo 43 de la Carta Magna sólo nos da una denominación de los derechos de incidencia colectiva, y de los legitimados, pero lleva a una confusión notable al mezclar el sistema colectivo, con distintos derechos que se puede invocar por vía del amparo.

Este sistema limitativo, también aparece en el Código de Derecho Procesal de Tucumán, que en su artículo 71 regula estos procesos dentro del campo del amparo, y legitima concretamente al Ministerio Público, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones legalmente reconocidas, adecuadamente representativas de la realidad, pero deja afuera al propio afectado, quien fue legitimado por la Corte Suprema de Justicia en la causa “Halabi”.

En esta línea, Falcón (14) explica que “tentativamente será aplicable el proceso colectivo cuando se demande o se encuentre demandado un grupo de personas, con intereses que correspondan a derechos transindividuales provenientes de un origen común, jurídico o de hecho y que, por la indivisibilidad del reclamo, por pertenecer a una clase, o por el elevado número de los miembros, hiciera impracticable la reunión de todos ellos”.

En igual línea, Verbic (15) entiende que existirá un conflicto colectivo, que amerite una tutela diferenciada, cuando se vulnere un bien de naturaleza colectiva o bienes y derechos de naturaleza individual, emparentados estos últimos por una relación de similitud cualitativa (equivalente de las pretensiones particulares) ante un único hecho o acto generador del entuerto, y en la medida que se encuentren afectadas un gran número de personas.

Además, el citado autor afirma que las notas tipificantes del proceso colectivo son: un gran número de personas involucradas, la unicidad del hecho o acto generador del perjuicio, o bien indivisibilidad del bien vulnerado, homogeneidad de las pretensiones derivadas de aquél, relevancia y trascendencia social del tema implicado, derivaciones políticas, sociales y económicas en la resolución de la sentencia.

En igual línea de pensamiento, Gil Domínguez (16) sostiene que en la categoría de derechos colectivos nadie puede arrogarse la titularidad exclusiva de una porción en los términos previstos por el derecho subjetivo, y todos lo pueden usar y gozar en concurrencia solidaria, sin disponerlo como si fuera un bien particular.

Por ejemplo, el derecho a un medio ambiente sano, configura una prerrogativa perteneciente a las personas, o mejor dicho, a la comunidad que se asienta en

(14) FALCÓN, E., ob. cit., pág. 41.

(15) VERBIC, Francisco. *Procesos colectivos*, Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 41 y 42.

(16) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. “El caso Mendoza. Hacia la construcción pretoriana de una teoría de los derechos colectivos”, L.L., 2006-E, 40.

una determinada porción geográfica, y su goce se vivencia por igual en cada uno de ellos.

En una palabra, se puede decir que son intereses plurilaterales, de relevancia pública, cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa, como sucede también con los derechos del consumidor.

Por su parte, Lorenzetti (17) sostiene que proceso colectivo es aquél que tiene una pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo, con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos, y una sentencia que tiene efectos expansivos, que exceden a las partes.

Finalmente, resulta conveniente recordar la definición de Gidi (18), pionero en el derecho brasileño en materia de procesos colectivos, cuando señala que “una acción colectiva es la promovida por un representante (legitimación colectiva) para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada). En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son: la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de cosa juzgada.

De todo lo dicho se sigue que la diferencia de las acciones colectivas con el litisconsorcio es que el proceso colectivo no permite razonablemente la reunión de todos los integrantes de la clase, lo que da lugar a una institución esencial en este tipo de procesos, como es la representación adecuada.

A su vez, en la acción popular, basta la intervención de cualquier ciudadano o persona para que sea el interés público vigente en la materia, la que dispere la tutela jurisdiccional, en forma oficiosa.

En consecuencia, los aspectos señalados precedentemente requieren introducirnos en los aspectos tipificantes de los procesos colectivos.

III. 2. La división entre diversos tipos de intereses tutelados

En esta inteligencia, cabe señalar que una primera subdivisión de la temática que nos ocupa, es la que se realiza entre derechos difusos y derechos colectivos, tal como lo hace el artículo 81 del Código del Consumidor de Brasil, constituyendo así dos categorías diferenciadas de incidencias colectivas.

En esta línea, Gidi (19) enseña que de acuerdo con el artículo 81 del Código brasileño, el derecho difuso es un derecho “transindividual e indivisible”, que pertenece a un grupo indeterminado de personas que previamente no estaban vinculadas únicamente por circunstancias de hecho en una situación específica. El derecho colectivo es también “transindividual e indivisible”, pero pertenece a un grupo más específico

(17) LORENZETTI, R. ob.cit., p. 75.

(18) GIDI, A. ob. cit., p. 31.

(19) GIDI, A. ob. cit., p. 52.

de personas relacionadas entre sí o con la contraparte, debido a una relación jurídica. Los derechos individuales homogéneos, son derechos individuales divisibles, que tienen un origen común.

En una palabra, los miembros del grupo están vinculados por circunstancias de hecho, en la definición de derechos difusos, por una relación jurídica común, en la conceptualización de los derechos colectivos, y por un origen común en la definición de los derechos individuales homogéneos.

Por su parte, en la doctrina patria, Hitters (20) enseña que tanto los derechos difusos cuanto los colectivos se caracterizan por ser indivisibles y plurindividuales, y se distinguen por la forma en que se integra la colectividad.

En esta línea, los derechos difusos se vinculan a una colectividad de personas, a partir de circunstancias de hecho, como lo es vivir en una misma zona, o consumir idénticos productos, mientras que los derechos colectivos tienen una subjetividad típica, que parte de una relación jurídica base, como es el caso de la salud, donde existe un bien colectivo, aún cuando el daño se concrete en cada persona.

De tal forma, aparece una tercera categoría de derechos de incidencia colectiva: los “individuales homogéneos”, que si bien por naturaleza pueden dividirse, en razón de provenir de una misma causa, se afecta a una pluralidad de personas, por lo que el derecho individual se multiplica en cada uno de los sujetos integrantes de la clase, provocando así trascendencia social.

III. 3. La clasificación de Lorenzetti

En este sentido, y a modo de síntesis, resulta conveniente recordar el esquema que realiza Lorenzetti (21) cuando explica que los conflictos jurídicos tienen una tipicidad que permite marcar tres categorías:

a) aquellos que versan sobre bienes jurídicos individuales, y donde el derecho y/o el interés pertenece a una persona individual, y por ende la legitimación, también, de modo tal que, cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral. Es el modelo tradicional de litigio;

b) en otros casos, la lesión es individual, pues afecta derechos sobre intereses individuales, pero que son homogéneos, y susceptibles de una sola división, por lo que, si existen numerosas personas en la misma situación, nace el interés del grupo, que puede dar lugar a un proceso colectivo, pues la sentencia tiene efecto *erga omnes*. La legitimación es individual, pero hay homogeneidad objetiva entre todos los afectados, y una sola causa o evento generador del daño;

c) por último, se ubican los conflictos sobre bienes jurídicos colectivos, o “transindividuales” en donde puede existir una legitimación difusa, en cabeza de uno de los

(20) HITTERS, Juan Carlos. “Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos”, LL, 2005-F, 751.

(21) LORENZETTI, R. ob. cit., p. 19.

sujetos que integra el grupo, o de una asociación que tiene representatividad en el tema, o del propio Estado.

En definitiva, el autor citado señala que se observa bastante confusión sobre estas categorías y diferentes denominaciones.

III. 4. Esquema en el derecho argentino

En el derecho patrio, existe un sistema de acciones colectivas que tiene pluralidad de fuentes, y que la doctrina presenta según el siguiente esquema:

Acciones colectivas referidas a bienes colectivos: son admisibles con base en la Constitución Nacional, artículo 43, y la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia en las causa “Mendoza” y “Halabi”.

Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos no patrimoniales: tienen el mismo fundamento y el caso típico lo constituye la causa “Halabi” citada supra.

Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales referidas a las acciones de consumo: por ejemplo, las previstas en el artículo 43 de la CN y artículo 54 de la LDC.

En este sentido, existen numerosos proyectos de regulación de las acciones de clase en el Congreso de la Nación (22) que hasta ahora no han tenido tratamiento legis-

(22) Proyecto de ley 433-D-2011, de los diputados Ricardo Gil Lavedra y otros. La proyectada legislación establece:

Artículo 1. Objeto. La presente ley regula la acción de clase para la protección de los derechos individuales homogéneos dentro del procedimiento ordinario, de acuerdo a las siguientes disposiciones.

Artículo 2. Concepto de clase. Se configura la clase cuando existe una pluralidad relevante de derechos individuales lesionados por un hecho único o complejo que permite a sus titulares interponer una sola acción.

Artículo 3. Condiciones de admisibilidad. La acción de clase es admisible siempre que se verifiquen las siguientes condiciones:

a) Que la cantidad de personas que integran la clase sea tan numerosa que un litisconsorcio activo necesario o facultativo o una acumulación de procesos resulte impracticable o sumamente dificultosa;

b) Que el derecho individual homogéneo, considerado aisladamente, no justifique o no permita la promoción de una demanda;

c) Que la clase sea definida o susceptible de serlo, en forma objetiva;

d) Que la representación de la clase sea adecuada;

e) Que exista un hecho o acto o un conjunto de hechos o actos, emanados de autoridad pública o de particulares que cause una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales homogéneos;

f) Que la pretensión se circunscriba en la afectación de los aspectos comunes de toda la clase.

Artículo 4. Legitimación activa. Están legitimados para deducir la acción de clase a que se refiere la presente ley:

a) Toda persona física o jurídica afectada en sus derechos individuales homogéneos que sea miembro de la clase;

b) El Defensor del Pueblo;

lativo, y que exigirían la necesaria labor de reordenamiento y definición de una tipología de proceso colectivo para evitar contradicciones y asincronías en el texto legal.

IV. Las notas caracterizantes

IV. 1. El interés tutelado por el ordenamiento

En esta inteligencia, un elemento de calificación del proceso colectivo es la existencia de un conflicto sobre un bien colectivo o sobre una pluralidad de intereses individuales homogéneos, tal como se explicó *supra*.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Halabi”, puntualizó la inexistencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia del proceso colectivo, y destacó que se tornaba indispensable formular algunas precisiones con el objeto que la figura de la acción colectiva asegure determinados recaudos elementales, que hagan a su viabilidad, en orden a la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretende asumir su representación, y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.

En rigor, y para aclarar esta temática, puede decirse que en realidad el conflicto se torna colectivo porque la pluralidad de derechos afectados, aunque sean individuales, reconocen una causa común, verbigracia: un cargo a todos los usuarios de la tarjeta de crédito, o daños masivos a una serie de personas con motivo de la rotura de un cable de electricidad o de un caño de agua.

IV. 2. La existencia de la acción colectiva y la cuestión de la legitimación

En este aspecto, Ferrer (23) explica que a partir del concepto de interés difuso o derecho de incidencia colectiva, y derechos individuales homogéneos, la consideración del tópico desde la perspectiva del derecho procesal, nos conecta necesariamente con el fenómeno de la pluralidad de eventuales contendientes.

c) Las asociaciones inscriptas conforme a la ley aplicable según su radicación, cuyos fines propendan en forma expresa a la protección de los derechos de incidencia colectiva objeto de la acción de clase.

Artículo 5. Competencia material y territorial. Es competente para conocer en la acción de clase el juez de primera instancia con competencia en el lugar en que el acto se cumpla, ejecute, exteriorice o pueda tener efecto, o el del domicilio del demandado, a elección del actor.

Cuando se hubieren presentado acciones de clase anteriores que alcancen en forma total o parcial al mismo grupo y que tengan el mismo objeto, o que, sin tenerlo, puedan dar lugar a sentencias contradictorias, las actuaciones deben ser remitidas al juzgado que previno.

Se observarán, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas generaran dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido debe conocer en la acción.

En todos los casos, cuando existan dudas razonables respecto de cuál es el juez competente y se acredite la urgencia en la resolución de la medida cautelar solicitada, el juez requerido debe conocer en la acción a efectos de resolver esta petición y someter la causa al juez competente inmediatamente, en los términos del artículo 196 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

(23) FERRER, Sergio E. “La cosa juzgada en el proceso colectivo”, LLC, 2008, 1059.

De tal modo, el jurista cordobés expresa que la afectación plural de este tipo de derechos plurindividuales, se traslada a la legitimación *ad causam* habilitando un número plural de interesados para postular judicialmente la pretensión.

En orden a una primera consideración sobre la existencia de la acción colectiva y la legitimación activa, la doctrina (24) enseña que existe una clara opción de la Corte Federal por un sistema en el que se lleve a cabo una precisa identificación del grupo o colectivo afectado, y en el que la adecuada representación sea afirmada y demostrada por quien pretende, y decidida por el juzgador.

Ahora bien, en orden a la representación adecuada, en el derecho comparado, existen dos sistemas: *ope iudices* que es aquel que confía la comprobación de la existencia de la representación adecuada al juez del caso concreto, que es el sistema de las *class actions*, de conformidad a las Reglas Federales de Estados Unidos, 23.4; y *ope legis* que determina normativamente quiénes son los representantes adecuados, como lo es el régimen brasileiro, y la mayoría de los que reconocen origen en el derecho continental, y que legitiman a ciertos sujetos o categorías de sujetos, como son el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, las asociaciones, y el afectado.

IV. 3. Los integrantes de la clase y los efectos expansivos de la sentencia

De la distinción que hemos realizado *supra*, sobre el régimen de integración de la clase, surge la necesidad de calificación, tal el sistema anglosajón, al que pareciera adherir la Corte, y el sistema brasileño, al que sigue el sistema argentino, cuando enumera a los legitimados para representar los intereses colectivos.

La afirmación precedente, permite señalar que la segunda nota característica del proceso colectivo está dada por los efectos expansivos de la sentencia, pues la decisión judicial alcanza a todos los integrantes de la clase, salvo que hayan hecho uso del derecho de *opt out*, es decir, como explica Merói, implica que hayan decidido expresamente apartarse del proceso y de esa manera tener autonomía en su reclamo (25).

Tal como enseña Ferrer (26), La “pretensión colectiva” se caracteriza por el hecho que lleva por fin la obtención de una sentencia que provoque el restablecimiento del derecho plurindividual vulnerado, en toda su expansión subjetiva. Así, la “pretensión colectiva” tiende a la declaración del derecho en términos que aproveche a toda la categoría o clase de sujetos que integran el polo plural de la relación procesal.

De todas formas, y tal como señala con agudeza la doctrina (27), la legitimación de ciertos sujetos requiere la necesidad de asegurar una verdadera legitimación adecuada, y desde esta perspectiva, en lugar de abandonar ese control a la entera discrecionalidad judicial, se propicia la previsión normativa de parámetros a tener en cuen-

(24) MEROI, A. ob. cit., p. 162.

(25) MEROI, A. ob. cit., p. 222.

(26) FERRER, S. ob. cit.

(27) MEROI, A. ob. cit., p. 163.

ta, para objetivar el sistema, en la medida de lo posible, y exteriorizar la preferencia del legislador.

Así, el Código Modelo para Iberoamérica destaca: a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo; c) su conducta en otros procesos colectivos; d) el tiempo de constitución de la asociación, y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo o categoría o clase.

Por otro lado, cabe destacar que a la par de tal “pretensión colectiva” cada legitimado mantiene el derecho de acceder a la jurisdicción en reclamo del restablecimiento de su derecho pretendidamente vulnerado, sin que se derive de tal accionar ninguna consecuencia a favor en contra de otros legitimados integrantes de la misma categoría o clase de personas. Se trata de una pretensión individual común, u ortodoxa, como cualquier otra, con la sola particularidad que se halla ligada a un derecho plurindividual, en razón de lo cual, es probable que haya otros casos semejantes sometidos a juicio de manera simultánea o sucesiva.

En esta línea, la doctrina señala que la concentración de los conflictos produce un contexto más apropiado para la transacción, y de allí, que los actores individuales adquieren más fortaleza al actuar unidos, y los demandados pueden mejorar una información sobre el alcance de la pretensión.

Así, esta situación se refleja en el artículo 43 de la Carta Magna, en el 30 de la Ley General del Ambiente, y en el 52 y siguientes de la Ley de Defensa del Consumidor.

En este marco, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, presentado al Poder Ejecutivo en este año 2012, establece en el artículo 14: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales;

b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común, según lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1;

c) derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común...”

En la actualidad, el nuevo texto proyectado con las modificaciones del Poder Ejecutivo Nacional dispone: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen:

a) derechos individuales.

b) derechos de incidencia colectiva.

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

Va de suyo que la primera redacción propuesta por la Comisión se ajusta con mayor precisión a la correcta calificación de los derechos, y en especial, en materia de los que tienen incidencia colectiva.

V. Legitimación y condiciones de ejercicio del proceso colectivo

V. 1. La regulación en la Constitución Nacional

En nuestro país, los intereses colectivos y difusos, como así también los que comprenden la categoría de los derechos individuales homogéneos, aparecen tutelados en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional que, al regular el amparo, puntualiza que dicha acción “se dirige en contra de cualquier forma de discriminación, y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general”, y a esos fines, legitima al afectado, al Defensor del Pueblo, y a las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de organización.

De tal modo, el texto constitucional regla la tutela de los derechos de incidencia colectiva, conjuntamente con la vía del amparo, y resulta necesario articular el sistema con la Ley de Defensa del Consumidor, y la Ley General del Ambiente, a los fines de definir las distintas vías procesales que pueden articular un proceso colectivo propiamente dicho, como son las llamadas “acciones de clase” en el derecho angloamericano, y que en nuestro país no tienen una regulación general, sino solamente la que nace de la Carta Magna y de las dos leyes citadas precedentemente.

Por ello, el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, formulado por la Comisión integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Aída Kemelmajer de Carlucci y Elena Highton de Nolasco, al tratar de incorporar un proyecto de proceso colectivo implicaba sin dudas, un avance en la materia (28).

(28) De los daños a los derechos de incidencia colectiva

Artículo 1745.- Daño a los derechos de incidencia colectiva. Cuando existe lesión a un derecho de incidencia colectiva y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.

Están legitimados para accionar:

- a) el afectado individual o agrupado que demuestra un interés relevante;
- b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;
- c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional;
- d) el Estado nacional, los Estados provinciales, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y los Estados municipales;
- e) el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa.

Artículo 1746.- Daño a derechos individuales homogéneos. Hay daños a derechos individuales homogéneos cuando media una pluralidad de damnificados individuales con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados en forma indirecta por la lesión a un derecho colectivo o pro-

V. 2. El esquema legal en el plexo consumeril y en la ley General del Ambiente

Desde esta atalaya, existe un mosaico legislativo a partir de la propia norma de la Carta Magna que refiere a determinados legitimados, la Ley General del Ambiente, y la Ley de Defensa del Consumidor, todo lo cual, resta claridad a la integración sistemática del ordenamiento jurídico.

A los fines de poder individualizar a quienes están legitimados para iniciar un proceso colectivo en la LDC, cabe realizar una correlación entre los artículos 52, 54 y 56, y señalar que la acción colectiva propiamente dicha, como la referida a intereses individuales homogéneos puede ser deducida por consumidores o usuarios, asociaciones, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal.

Por su parte, la Ley General del Ambiente, al regular el tema puntualmente señala en el artículo 30 que: “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

venientes de una causa común, fáctica o jurídica. Pueden demandar la reparación de esta clase de daños: a) el afectado individual o agrupado que demuestre un interés propio;

b) el Defensor del Pueblo de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según corresponda;

c) las organizaciones no gubernamentales de defensa de intereses colectivos, en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Artículo 1747.- Presupuestos de admisibilidad. Para el reconocimiento de la legitimación en los procesos en los que se reclama el resarcimiento de daños a derechos de incidencia colectiva o individuales homogéneos, se debe exigir que el legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos. Entre otros requisitos, el juez debe tener en cuenta:

a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses;

b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda.

Para la admisibilidad de los procesos en los que se reclama la reparación de daños a derechos individuales homogéneos es requisito necesario que el enjuiciamiento concentrado del conflicto constituya una vía más eficiente y funcional que el trámite individual, para lo cual el juez debe tener en consideración aspectos tales como el predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares o la imposibilidad o grave dificultad de constituir un litisconsorcio entre los afectados.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo” (29).

Tal como se advierte, el ambiente merece una tutela especial, y la legitimación no sólo comprende al afectado, a las asociaciones y al Defensor del Pueblo, sino también al Ministerio Público, en función del artículo 120 de la Constitución Nacional, tal como lo señala con acierto Falcón (30).

En rigor, la solución exacta la otorga el “Proyecto de Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica”, que en el artículo 53 legitima indistintamente al Ministerio Público y a las instituciones o asociaciones de interés social, que según la ley o juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”.

Por su parte, no podemos dejar de lado que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Nacional Argentino, 2012, reglaba en su versión originaria (31), la legitimación para iniciar acciones colectivas, en el artículo 14 de la siguiente forma: “..El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”.

V. 3. La competencia en materia de acciones colectivas

En esta línea, tanto el plexo consumeril, como la Ley General del Ambiente, constituyen legislación sustantiva, y por ende, la competencia es del juez ordinario, según el lugar a donde se produzca el evento que motiva la acción colectiva.

En este aspecto, el artículo 32 de la Ley General del Ambiente expresamente puntualiza que la competencia jurisdiccional será la que corresponda a las reglas ordinarias.

Asimismo, la Ley de Defensa del Consumidor, en el artículo 53 señala que las acciones judiciales que se inicien corresponden: “a la jurisdicción del tribunal ordinario competente”, en el párrafo en el cual se dispone que regirán las normas del procedimiento más abreviado, salvo que el juez a pedido de parte, y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

De tal modo, este tipo de acciones, sean individuales o correspondan a un proceso colectivo, son competencia de la justicia ordinaria, salvo situaciones especiales de interconexión de jurisdicciones que justifiquen la intervención de la justicia federal,

(29) Sobre este tema, existe un Proyecto de Modificación en la Cámara de Diputados, bajo el N° 1700-D-2009: Protección ambiental, que modifica diversos artículos de la Ley General del Ambiente.

(30) FALCÓN, E. ob. cit., pp. 27 y ss.

(31) El articulado referido al proceso colectivo y que comprendía los artículos 1745 en adelante, fue eliminado por decisión del Poder Ejecutivo, dejando de lado la regulación de estos procesos pese al requerimiento de la Corte en la causa “Halabi”.

por afectar a diversas provincias, y/o a la nación, o que por la materia específica que se trate o en razón de las personas, correspondiera la competencia federal.

V. 4. El beneficio de la justicia gratuita

V. 4. a. La preeminencia del ambiente como bien colectivo no negociable

La relevancia de las cuestiones colectivas en general, justifica dos normas realmente clarificadoras en orden al acceso a la justicia, que constituyen un verdadero principio general.

El artículo 32, 2° párrafo de la Ley General del Ambiente establece que el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo ni especie, agregando que el juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general.

De tal modo, en las cuestiones ambientales, no solamente existe gratuidad en el proceso, sino que no puede haber restricción de ninguna naturaleza, y el juez tiene facultades oficiosas para impulsar el procedimiento a los fines de tutelar el principio protectorio, lo que denota un traspaso del típico proceso dispositivo a uno más cercano al inquisitivo.

Así, las facultades de los jueces en las cuestiones ambientales son notables pues, pueden ordenar medidas urgentes de tipo cautelar, aún sin pedido de parte, así como fallar *extrapetita*, tal como lo habilita el artículo 32 citado.

V. 4. b. La necesaria defensa del equilibrio del mercado

Desde otro costado, la Ley de Defensa del Consumidor, deviene más acotada, estableciendo de manera expresa, en el artículo 55 *in fine*, el beneficio de gratuidad para las asociaciones de consumidores a los fines de facilitar el acceso a la justicia, no admitiendo pruebas en contrario, es decir, que no existe reglado en este supuesto el llamado “incidente de solvencia” que el proveedor puede iniciar contra el consumidor o usuario individual.

En este punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banca Nazionale del Lavoro S.A.” (32), mediante los votos de los jueces Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda y, por su voto, Carmen Argibay, ratificaron que el beneficio de justicia gratuita otorgado para todas las acciones judiciales iniciadas en defensa de los intereses de incidencia colectiva, abarca las costas del proceso.

En esta línea, el Alto Cuerpo Federal terció en el debate jurisprudencial que otorgaba un distinto alcance al beneficio de gratuidad.

(32) CSJN, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banca Nazionale del Lavoro S.A.,” 11/10/2011, Sumarísimo, Expte. 009415.

Así, hemos explicado que una parte de la doctrina y jurisprudencia entiende que la gratuidad sólo alcanza a los conceptos de Tasa de Justicia y Aportes Previsionales iniciales, facilitando el acceso al proceso, pero que no alcanzaba a las costas.

Va de suyo que otro sector de la doctrina y la jurisprudencia, equiparaba el beneficio de gratuidad del plexo consumeril a la carta de pobreza y, por ende, la hacía extensiva a las costas.

En el fallo en cuestión, en el marco de una acción colectiva, la Corte Federal puso fin al debate expresando que el beneficio de justicia gratuita abarca también a las costas del proceso.

V. 5. La intervención del Ministerio Público

V. 5. a. El esquema legal argentino

Desde esta perspectiva, y a la luz del artículo 120 de la Carta Magna, debe ponderarse la especial articulación institucional del Ministerio Público Fiscal, que aparece como el organismo más idóneo para la defensa de los intereses de la sociedad, ya sean difusos, colectivos, como así también individuales homogéneos.

En efecto, se trata del organismo constitucional rearticulado en la reforma constitucional de 1994, que tiene un rol fundamental en la defensa de los intereses comunes en donde se encuentra de por medio el orden público, es decir, aquellas materias que hacen al bienestar general, como son el ambiente, la salud pública, el equilibrio del mercado, entre otros.

En esta línea, el texto legal de la ley 24240, en el artículo 54, comienza presuponiendo la existencia de la iniciación de un proceso colectivo, y donde puede arribarse a un acuerdo señalando que debe correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal.

Esta intervención del organismo constitucional, reglada también en el artículo 120 de la Carta Magna, demuestra el orden público vigente en la LDC, tal como de manera expresa se recepta en el artículo 65.

En igual sentido, el artículo 120 de la Constitución Nacional citado, es aplicable en materia de cuestiones ambientales, por tratarse de un bien de incidencia colectiva, y a cualquier otro caso en donde se encuentre de por medio un proceso colectivo, tal como lo receptaba la anterior versión (33) del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, del 2012, en el artículo 1745.

En efecto, la norma aludida expresa que “cuando exista lesión a un derecho de incidencia colectiva, y la pretensión recae sobre el aspecto colectivo, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador, y si ello es imposible, o resulta insuficiente, procede la indemnización”.

(33) Hemos explicado que la regulación originaria del Anteproyecto, en esta materia del proceso colectivo, fue dejada sin efecto.

Al aludir a la legitimación, el artículo proyectado puntualmente autorizaba a: “el afectado, individual o agrupado, el Defensor del Pueblo de la Nación o de las Provincias, según corresponda, a las organizaciones no gubernamentales de intereses colectivos, al Estando Nacional, Provincial y Municipal y al Ministerio Público Fiscal y de la Defensa”.

De tal modo, a pesar de no haberse mantenido en el proyecto la regulación, resulta una directiva esclarecedora en orden a la articulación de los procesos colectivos.

Por ello, en todos los casos, el Ministerio Público Fiscal está legitimado activamente para iniciar acciones colectivas, de cualquier especie que se trate, y además, deberá expedirse respecto de la adecuada consideración de los intereses de los afectados, a los fines de que posteriormente el juez al resolver pueda fundar debidamente su resolución, en tanto ésta tiene efecto *erga omnes*.

V. 5. b. Los antecedentes relevantes en el derecho brasileiro

Desde esta perspectiva, y para que se comprenda adecuadamente la relevancia del Ministerio Público en materia de acciones colectivas, Gidi (34) pone de relieve que en Brasil, este órgano ha asumido una participación activa en la protección de los derechos de grupo, al grado tal que su labor ha sido esencial para la evolución de las acciones colectivas.

Así, el jurista brasileño recuerda que el éxito del Ministerio Público al asumir este papel social, ha ampliado considerablemente su poder político como una institución, al grado que ahora es considerado por algunos como una especie de “cuarto poder”, y este fenómeno ha evocado un agrio criticismo por parte de algunos jueces, litigantes, juristas y observadores sociales.

Además, deviene absolutamente meridiana la explicación del autor brasileño en orden a que los miembros del Ministerio Público fueron participantes activos en el Comité que redactó las leyes de las acciones colectivas, y ellos son también los más activos representantes y los juristas con más autoridad en este tipo de proceso colectivo.

De tal modo, no es sorprendente, que las leyes, los precedentes y el debate académico den al Ministerio Público una especie de “trato preferente”, pues el papel de este órgano en la tutela de los derechos de grupo ha sido y es permanente.

VI. El caso “Halabi”: un “modelo” de proceso colectivo

VI. 1. Una creación procesal constitucional y la tutela de los derechos individuales homogéneos

Desde esta perspectiva, las directrices jurisprudenciales del caso “Halabi”, parecen fundamentales para aplicar analógicamente pues, se trata de una creación de nuestra Corte Suprema de Justicia, que consagra la acción colectiva o de clase.

(34) GIDI, A. ob. cit., p. 89.

Así, cabe recordar que los hechos que justifican el pronunciamiento de la Corte, se basan en la pretensión, ejercida a través de una acción de amparo, para que se declare la inconstitucionalidad de la ley 25873, y de su decreto reglamentario, en cuanto vulneraban los artículos 18 y 19 de la Carta Magna, al autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet, sin que una ley determine en qué casos y con qué justificativos.

El letrado accionante alegó que dicha intromisión constituía una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, en su condición de usuario, y menoscababa el privilegio de confidencialidad que como abogado le impone su código necrológico.

En primera instancia se hizo lugar a la pretensión, y el tribunal de Alzada confirmó el fallo, atribuyéndole el carácter *erga omnes*, por lo que, el Estado Nacional interpuso recurso extraordinario federal, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó el pronunciamiento, lo que le otorgó al resolutorio del Alto Cuerpo notable trascendencia, porque vino a cambiar la interpretación jurisprudencial sobre el sentido y alcance de los derechos de incidencia colectiva.

De tal modo, en este caso, un derecho que no era supraindividual en sentido estricto, sino que constituía un interés plural homogéneo, se introducía dentro de la expresión “derechos de incidencia colectiva”.

En este sentido, Alterini (35) puntualiza que la Corte manifiesta su capacidad de operar a favor de la evolución del Derecho Procesal Constitucional, pues las acciones de clase constituyen una parte importante y valiosa del sistema jurídico, cuando permiten la justa y eficaz resolución de los reclamos legítimos de numerosas partes, al permitir su acumulación en una única acción contra quienes han causado el daño.

En la causa “Halabi”, la Corte Suprema se refirió concretamente a la categoría a la que pertenecen los derechos de los usuarios y consumidores, y que resulta del segundo párrafo del artículo 43 de la Carta Magna, sosteniendo que está conformada por derechos de incidencia colectiva, referente a derechos individuales homogéneos.

El Alto Cuerpo señaló en la causa que no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individualmente divisibles, pero hay un hecho único y continuado, que provoca la lesión a todos los sujetos, y por lo tanto, es identificable una causa fáctica homogénea.

Por ello, la Corte Suprema estableció que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de esa causa fáctica común, es decir, que el primer elemento es la existencia de un hecho único y complejo, que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento, consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes, y no en lo que cada individuo puede peticionar.

(35) ALTERINI, Atilio. “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo”, LL, 17/06/2009.

Y, como tercer elemento, aparece la situación que hace que el interés individual, que no justifique la promoción de la demanda, lo que obstaría a la tutela judicial.

En una palabra, del fallo “Halabi”, y de otros antecedentes legales como el Proyecto Bauzá, y en el derecho comparado, la Regla 23 de la “Federal Rules of Civil Procedure” y el “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” se desprenden una serie de medidas similares a los fines de la articulación del proceso colectivo, y que se reseñan a continuación.

VI. 2. El reconocimiento de la clase

En esta inteligencia, la resolución que disponga la sujeción del proceso al trámite de la acción de clase deberá disponer la notificación a quienes pudiera tener la condición de perjudicados, por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio, por ejemplo, que de origen al proceso, y éste llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda mediante edictos en medios de publicación masiva (36).

Los que comparezcan pueden intervenir en el proceso, o en su caso, pedir su exclusión de la clase, siempre que la solicitud se realice hasta determinada fecha.

Va de suyo que la doctrina también entiende que el juez al resolver fundadamente el trámite de la acción de clases deberá ponderar si él o los actores tienen la capacidad, competencia, prestigio y experiencia como para tutelar los intereses de los miembros del grupo, y el nivel de coincidencia, que permita calificar la clase, categoría en orden al objeto de la demanda, este último aspecto siempre que no se trate de un organismo institucional o una asociación con el objeto especial de tutela del grupo de que se trate, quienes tienen “acción directa”, como lo explica Lorenzetti (37).

VI. 3. La representación adecuada

El instituto de la representación adecuada ha sido definido (38) como el requisito que asegura que quien interviene en el proceso colectivo, gestionando o representando los intereses de una clase, debe poseer las condiciones personales, profesionales, financieras suficientes para garantizar una adecuada defensa de dichos intereses, y de allí, la relevancia de los artículos 54 a 58 de la Ley de Defensa del Consumidor, en cuanto articulan a las asociaciones de consumidores dotándolas de los elementos necesarios para asegurar la aludida representación.

Así, el artículo 55 de la LDC, puntualmente señala que las asociaciones de consumidores y usuarios están legitimadas para accionar en defensa de los intereses de sus

(36) En este sentido, los proyectos que se encuentran en el congreso determinan que existe “clase” o “derecho de incidencia colectiva” no solamente cuando exista un bien colectivo propiamente dicho, como el ambiente o la salud, sino también cuando una pluralidad de sujetos se encuentre afectado por una causa fáctica común generadora del daño o amenaza, S3396-10, S0018/11.

(37) LORENZETTI, R. ob. cit., p.75.

(38) GIANNINI Leandro J. “Legitimación en las acciones de clase”, LL, 2006- E, 916.

miembros, de manera tal que en este caso, no es necesario acreditar la representación, ni citar los integrantes del grupo.

En este sentido, Lorenzetti (39) puntualiza que no se requiere manifestación alguna de los consumidores y que, si bien se ha criticado la solución, lo cierto es que la regla especial habilita la acción colectiva sin consulta previa.

Por su parte, Maurino, Nino y Sigal (40), puntualizan que para el ejercicio de esta legitimación colectiva en defensa de los intereses generales de los consumidores, no se requiere ningún acto de investidura, poder o mandato en cabeza de la asociación y que la misma solución resulta, por analogía, a los otros legitimados institucionales, autoridad de aplicación, Ministerio Público, cuando ejerzan acciones colectivas.

Como ya manifestáramos *supra*, la ley no contiene prácticamente regulación procesal específica, más allá del breve texto del artículo 53, y por ende, no existen limitaciones al tipo de pretensiones que puedan deducirse mediante acciones colectivas.

En esta línea, Mosset Iturraspe y Wajntraub (41) puntualizan que la acción es de naturaleza preventiva o reparatoria, y que la realidad señala que en muchos casos es difícil que el consumidor ejerza por sí actos tendientes a su defensa.

Desde esta perspectiva, cabe señalar que aún cuando también se encuentren legitimados para iniciar este tipo de procesos el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal, la crónica insuficiencia de la infraestructura y falta de medios de los órganos públicos sólo puede ser suplida mediante la activa participación de los consumidores nucleados a tal fin en estas asociaciones.

Por otro lado, las asociaciones de usuarios y consumidores se encuentran expresamente legitimadas para promover los reclamos extrajudiciales directamente ante los proveedores, de conformidad a lo reglado en el artículo 58 de la LDC, cumpliendo una labor conciliatoria.

A esta altura de las circunstancias, corresponde recordar la opinión de Gidi, citada por Arazi (42), en el sentido de que el artículo 43 de nuestra Constitución Nacional, trae una legitimación directa, no sometida a ningún tipo de recaudo, similar a la denominada “calificación” del derecho estadounidense, y que simplemente el magistrado debe evaluar la calidad y capacidad del afectado para representar a la clase, pero que ello no implica una verdadera incidencia tendiente a la admisión de la acción colectiva.

Por ende, Arazi entiende que es peligroso centrar en una persona la representación de un grupo, pues en las acciones colectivas los demandados cuentan con litigantes

(39) LORENZETTI, R. ob. cit., p. 75.

(40) MAURINO, Gustavo; NINO, Ezequiel; SIGAL, Martín. “Las acciones colectivas”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 52.

(41) MOSSET ITURRASPE, J. WAJNTRAUB J. ob. cit., p. 294.

(42) ARAZI, R. Conferencia relativa a los Proyectos de Procesos colectivos existentes en el Congreso, remitida por e-mail.

expertos, que asesoran a las corporaciones, y cuando advierten una patología en una acción colectiva, la utilizan al máximo para frustrar los derechos de los integrantes del grupo.

En este sentido, el autor agrega que hacer descansar el impulso de una *class action* es anacrónico, pues no es el individuo sino el grupo el cliente real, y por ello, la mejor opción es que las leyes de acciones colectivas atribuyan sólo legitimación sólo a funcionarios públicos y a las asociaciones privadas.

VI. 4. El llamamiento a los interesados y el derecho de *opt out*

En esta inteligencia, en el caso de que la demanda sea interpuesta por el propio afectado, ya sea en el caso de la Ley General del Ambiente, o por imperio de la Ley de Defensa del Consumidor, y aún cuando se trata de la acción directa, ejercida por una asociación, o por una autoridad institucional, como el Defensor del Pueblo, o el Ministerio Público Fiscal, resulta necesaria la convocatoria a los integrantes de la clase por el efecto expansivo de la sentencia.

En este aspecto, cabe puntualizar que no nos referimos a la “calificación de la clase”, propia del sistema anglosajón, sino simplemente a la convocatoria de los interesados, a los fines de que puedan ejercer el derecho de exclusión denominado *opt out*.

Asimismo, y durante el período de llamamiento de los interesados, el proceso podría suspenderse en forma breve, y transitoria, a los fines de integrar adecuadamente la litis.

La “Regla 23 de la Federal Rules of Civil Procedure”, y a la que la Corte Suprema de Justicia se refirió en la causa “Halabi”, establece: “(a) Requisitos para la interposición de una acción por clase de personas. Uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como partes representantes, en representación de todos, solo si: (1) la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable; (2) existen cuestiones de derecho y de hecho comunes a la clase; (3) las demandas o defensas de las partes representantes son típicas de las demandas o defensas de la clase, y (4) las partes representantes protegerán los intereses de la clase justa y adecuadamente.

En esta línea, Ferrer (43) explica que el mantenimiento de la congruencia subjetiva y la expansión subjetiva de la sentencia evita la reiteración de procesos medularmente idénticos, y con ellos, las indeseables consecuencias de la proliferación masificada de planteos similares, pero que cabe aclarar que dicho efecto expansivo sólo se proyectará hacia los actores y demandados que intervinieron en el proceso, otorgándose con relación a los primeros el denominado derecho de *opt out*, que se ejerce en la oportunidad del llamamiento, a fin de excluirse del proceso.

De tal modo, si por cualquier motivo la defensa del interés colectivo efectuada por el legitimado actuante fuere inidónea o defectuosa, la sentencia desestimatoria de la pretensión no puede extender sus consecuencias a los terceros no intervinientes,

(43) FERRER, S. ob.cit.

quienes conservan su derecho de acceder a la justicia, a fin de obtener un pronunciamiento sobre el mérito de su pretensión.

En esta inteligencia, las dos notas salientes que singularizan a las causales de exclusión consisten en cualquier circunstancia que abra la razonable posibilidad de provocar una mutación del fallo en beneficio del grupo.

En una palabra, la idea de limitar el efecto “extra partes” de la cosa juzgada, cuando la pretensión colectiva haya sido rechazada, y a la vez se evidencia que la reapertura de la cuestión resulta hábil para torcer el resultado negativo para los intereses del grupo, no configura una novedad y puede surgir de la existencia de nuevas pruebas en la medida que constituye una cuestión novedosa y dirimente, que habilite el nuevo proceso.

Entre todas estas cuestiones que permiten causales de exclusión, Ferrer (44) cita a la existencia de hechos nuevos; de nuevas pruebas; de nuevas argumentaciones jurídicas; y de deficiente actuación procesal, en tanto y en cuanto, abran una razonable chance de provocar nuevos juzgamientos por situaciones omitidas en el primer proceso.

Por el contrario, otra parte de la doctrina (45) entiende simplemente que la sentencia que rechaza la acción colectiva produce sobre la cosa juzgada la consecuencia denominada *efectum secundum litis*, es decir, que la aludida cosa juzgada sólo expandirá sus efectos al legitimado marginado de la contienda, en la medida en que lo favorezca, quedando en libertad el no compareciente a replantear la cuestión *ex novo*, con absoluta independencia de lo hecho por el representante del grupo o clase.

Así, hemos visto las principales enseñanzas que nacen del caso “Halabi”, y que permiten articular un proceso colectivo.

VII. La sentencia en los procesos colectivos

VII. 1. El alcance erga omnes

Desde esta perspectiva, la Carta Magna nada dice en relación a la sentencia que se dicte en los procesos colectivos, sino que se limita a constitucionalizar su existencia, como dijimos.

En esta línea, Ferrer (46) explica que el mantenimiento de la congruencia subjetiva en un proceso colectivo generaría dificultades sumamente difíciles de superar.

Por ende, señala que la expansión subjetiva robustece la eficacia del decisorio convirtiéndolo en herramienta idónea para componer el litigio en su integridad

(44) FERRER, S. ob.cit.

(45) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25675, ley general del ambiente (LGA)”, www.laleyonline.com.ar.

(46) FERRER, S. ob.cit.

subjetiva, con prescindencia de la efectiva participación del legitimado en el trámite adjetivo.

De tal modo, la sentencia tiene efectos *erga omnes*, sin que de ello se derive agravio alguno a los derechos constitucionales, pues, quienes no quisieran intervenir pudieron excluirse mediante el derecho llamado “opt out”, que explicamos supra, y en caso de sentencia negativa, quienes no han intervenido pueden abrir un nuevo proceso como por ejemplo lo regula el artículo 54 de la LDC, tal como lo explicaremos infra.

En esta inteligencia, el efecto expansivo de la sentencia se proyecta a todos los que integran el grupo, conjunto o categoría de personas, que se verán afectados por la decisión que juzgue el caso, aún cuando no hayan intervenido efectivamente en su sustanciación, configurándose entonces “la secuela del efecto ultra partes” (47).

Desde otro costado, también la expansión subjetiva del fallo afectará al polo pasivo de la relación procesal, cuando se haya integrado por un conglomerado colectivo de legitimados, y esto es así, pues la plurindividualidad típica del proceso colectivo justifica y motoriza la proyección de la cosa juzgada, todo lo cual desborda el aspecto subjetivo del litigio, tanto en la faz activa como pasiva.

En consecuencia, cabe analizar los efectos que las leyes especiales dan a la sentencia que se obtiene en un proceso colectivo, que en general, es la del carácter de eficacia *erga omnes*.

Ahora bien, cabe enfatizar, tal como lo señala Salgado (48), que existe una conexión entre el instituto de la cosa juzgada y el de la representación adecuada que indica que la eficacia de aquella se extiende a todos los miembros de la clase, ausentes en el proceso colectivo, siempre que sus derechos hubieran sido defendidos en una forma tal que ellos no podrían haberlo hecho mejor de haberse presentado.

En otras palabras, es imprescindible la constitución de la clase o colectivo, desde el comienzo del litigio a fin de conocer con certeza quienes se beneficiarán con la resolución.

Por su parte, y en forma específica, la Ley de Defensa del Consumidor, en el artículo 54 regula los efectos de la sentencia del proceso colectivo de consumo, y señala que la resolución que haga lugar a la pretensión, en el caso que el proceso colectivo haya concluido con una decisión jurisdiccional, hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similar situación, excepto a quien haya ejercido el derecho del *opt out*, es decir, quienes se excluyeron de manera expresa del proceso, y por lo tanto, de su resolución.

En definitiva, se consagra el efecto expansivo de la cosa juzgada, que no tiene los clásicos límites relativos a quienes intervinieron en el proceso, sino que puede ser

(47) FERRER, S, ob.cit.

(48) SALGADO, José María. *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 93.

validamente invocada por terceros consumidores que se encuentren en condiciones semejantes a los que obtuvieron el fallo favorable.

Por su parte, la Ley General del Ambiente, en el artículo 33, regula que “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”.

Desde otra perspectiva, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, expresamente establecía los alcances de la sentencia y la cosa juzgada en los procesos colectivos en el hoy eliminado artículo 1748 (49).

Así, la norma citada recepta el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en la causa “Halabi” (50), e idéntico principio al de la Ley General del Ambiente, al establecer que “la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto *erga omnes*, excepto que la acción sea rechazada”, aclarando que: “este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa”.

Además, la norma estatuye que “si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio”, como forma de “acercar” la justicia al afectado.

Finalmente, texto proyectado aclara que “la sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por perjuicios ocasionados a cada damnificado”, a fin de mantener incólume el derecho individual de cada integrante del colectivo.

VII. 2. Los casos de contenido patrimonial

Desde otro costado, una situación particular se alza cuando además de la resolución sobre la cuestión colectiva propiamente dicha, la sentencia contiene la consiguiente reparación de los daños y perjuicios.

En este aspecto, el párrafo final del artículo 54 expresa que si la cuestión tuviese contenido patrimonial se establecerán las pautas para la reparación integral, o el procedimiento para su determinación, y si se trata de sumas de dinero, el juez fijará la manera en que el resarcimiento será instrumentado en la forma que más beneficie al grupo afectado.

En esta línea, cabe señalar que la remisión al principio de la reparación integral es un rasgo común del derecho de daños, y no una particularidad de la normativa

(49) *Artículo 1748.- Alcances de la sentencia. Cosa juzgada.* En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto *erga omnes*, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.

(50) Donde la CSJN determinó que: “los miembros ausentes de la clase sólo toman provecho de la decisión y no podrán verse perjudicados”, de conformidad a los considerandos 8° y 9°.

del consumo, por lo que, la solución del artículo 54 constituye un principio general aplicable a todo proceso colectivo donde haya condena de daños y perjuicios a una pluralidad de sujetos, y en favor también de otra pluralidad.

De tal modo, cuando los daños son susceptibles de una determinación diferenciada, la sentencia firme es el título que acredita la procedencia del resarcimiento, y sólo resta requerir incidentalmente la cuantificación del daño particular.

Así, la norma establece que si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, pueden configurarse subgrupos o clases, y por vía incidental, estimar y demandar la indemnización particular que le corresponda.

De esta forma, la norma establece un principio de flexibilidad a fin de cuantificar el resarcimiento o reintegro de sumas indebidamente cobradas, habilitando al juez a establecer las diferentes situaciones objetivas, y el consiguiente procedimiento para definir la indemnización que corresponda a cada categoría comprendida en el proceso colectivo.

En aquellos supuestos donde se encuentra de por medio la tutela de un bien colectivo, como es concretamente el caso del ambiente, se debate el destino de la indemnización dispuesta en la sentencia condenatoria.

En esta línea, el Proyecto 1700-D-2009 de reforma de la Ley General del Ambiente, propone reformular el artículo 34, creando el Fondo de Compensación Ambiental a esos fines.

Así, señala que dicho Fondo será administrado por la autoridad competente de cada jurisdicción, y estará destinado a garantizar la calidad ambiental, la prevención y mitigación de efectos nocivos o peligrosos del ambiente, la atención de emergencias ambientales, como así también la preservación, conservación y compensación de los sistemas ecológicos.

De igual forma, se establece que mientras se cree dicho fondo, los jueces podrán disponer la creación de un fondo *ad hoc* destinado a cumplir con la finalidad de preservar el ambiente, y que según las circunstancias del caso, el juez podrá designar como administrador de dichos fondos a la autoridad de aplicación de la jurisdicción respectiva, o a un auxiliar técnico de la justicia.

VII. 3. La transacción prevista en el artículo 54 de la ley 24.240

Desde otro costado, la experiencia muestra un alto porcentaje de transacciones en los procesos colectivos, y de allí, se explica el modo en que comienza el modo del artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Así, el artículo citado reza: “Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usua-

rios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda”.

Pese a lo dicho, cabe señalar que la organización de un proceso colectivo, tiene un importante grado de complejidad que no resulta adecuadamente reglada en la LDC.

En esta línea, Calderón, Cornet, Franco Carrara, Márquez, Tinti (51), caracterizan a la acción colectiva como aquella promovida por un representante para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas, y cuya sentencia obligará al grupo como un todo, siendo sus elementos esenciales la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo, y el efecto de la cosa juzgada.

Así, los autores citados explican que la masificación de las pretensiones obedece a la identidad de situaciones subjetivas generadas en la sociedad de consumo, en orden a los usuarios o consumidores de servicios de agua, gas, bancarios o de tarjetas de créditos, pues los problemas que los aquejan dentro de las relaciones jurídicas, son generalmente comunes.

De allí, que la problemática que plantea este tipo de acciones es la legitimación de los integrantes del grupo en cuanto a su incorporación al proceso, es decir, la formación de los litisconsorcios, los efectos de la cosa juzgada y su expansión, y la inoponibilidad a consumidores que no fueron parte del proceso de una sentencia denegatoria.

Por su parte, en nuestro continente, fue Brasil quien primero introdujo al ordenamiento la tutela de los intereses difusos y colectivos, de naturaleza indivisible, en primer término por la reforma de 1977 de la ley de Acción Popular, y luego mediante el Código de Defensa del Consumidor, cuyas disposiciones procesales son aplicables a la tutela de todo y cualquier interés o derecho transindividual, articuló la categoría de los llamados “intereses individuales homogéneos”, que se agregó a la de los intereses difusos y colectivos, abriendo camino a las acciones reparadoras de los perjuicios sufridos, de manera similar a las *class actions for damages*.

(51) CALDERÓN, CORNET, FRANCO CARRARA, MÁRQUEZ, TINTI, ob. cit., pág. 49.

Va de suyo, que en el caso del ambiente, y de la salud pública, no existe posibilidad de transacción alguna, por constituir bienes que están fuera del comercio.

De allí, que nuevamente cabe enfatizar sobre la problemática de la inexistencia de una reglamentación adecuada en el derecho vigente.

VIII. Conclusiones

De todo lo dicho se sigue que la configuración de los procesos colectivos se encuentra todavía en vías de definición y, hasta ahora, en nuestro país sólo existen antecedentes jurisprudenciales, que no permiten establecer reglas homogéneas, así como dos leyes 24240 y 25675, que por tratar temáticas diferentes, si bien reconocen puntos en común, constituyen dos especies diferenciadas de procesos colectivos, y consecuentemente, sigue faltando una regulación general de este tipo de proceso pues, actualmente la aplicación analógica se torna sumamente dificultosa.

En efecto, la doble vertiente de las *class actions* anglosajonas y del sistema brasileño, permite advertir en primer lugar una clara diferencia en orden a la precalificación de la clase, no requerida en nuestro régimen por el esquema normativo vigente.

En esta inteligencia, resulta prudente recordar la opinión de Ricardo Lorenzetti, como presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando sostiene que el Poder Judicial ha dejado de tener una impronta legalista, para pasar a ser constitucional, lo que implica una clara hermenéutica a favor de la operatividad de los derechos constitucionales.

De tal modo, en materia de procesos colectivos, la precalificación de la clase aparece como un rito innecesario, en atención al derecho a excluirse que tiene cada uno de los miembros del grupo, y a la característica del *effectum secundum litem* que limita la extensión de la cosa juzgada sólo en caso de resultar sentencia favorable, dejando en libertad al no compareciente para plantear la cuestión *ex novo*.

De todas formas, la falta de una regulación infraconstitucional y la dificultad de articular adecuadamente el procedimiento, como así también el régimen probatorio, y demás aspectos no reglados por la actual legislación, imponen que el Congreso de la Nación se avoque a la regulación de un tema tan relevante como lo es la tutela de los intereses colectivos.

