

PROCESOS COLECTIVOS PARA LA TUTELA DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Francisco Verbic ^o

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca ofrecer una lectura general del estado en que se encuentra la tutela judicial colectiva de derechos a nivel federal en la República Argentina, tanto en lo relativo al medio ambiente como en lo que respecta a los derechos de consumidores y usuarios. El enfoque es concreto y no ahonda en muchos detalles habida cuenta las características del encuentro académico en el cual se presenta el trabajo, el limitado espacio disponible y la finalidad principal que perseguimos los argentinos que participamos del evento: presentar ante nuestros colegas brasileños un cuadro lo más completo posible de las aristas principales del tema para poder ahondar en las cuestiones más específicas a la hora de la discusión.

Los contenidos que siguen fueron elaborados tomando como punto de partida diversos trabajos previos, publicados o en curso de publicación, en los cuales abordé muchas de las cuestiones aquí planteadas. De acuerdo con las pautas de trabajo fijadas por la organización del Congreso, el relato comprende tres partes bien diferenciadas entre ellas. La primera es de tipo introductorio y pretende ubicar el tema en contexto (apartado II). La segunda se enfoca en institutos procesales específicos y tiene características más bien descriptivas, aunque sin perder de vista cierta lectura crítica de algunos aspectos (apartado III). La tercera y última es de tipo prospectivo, en tanto pretende reflejar algunas tendencias que pueden vislumbrarse en distintos proyectos de ley que actualmente se encuentran en discusión en el Congreso de la Nación (apartado IV).

II. PREMISAS NECESARIAS Y CONTEXTO PARA EL ANÁLISIS: CONSTITUCIONALIZACIÓN DE DERECHOS, LEGITIMACIÓN COLECTIVA Y MODELO REPRESENTATIVO.

La República Argentina es un país federal cuyo Estado central coexiste con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual tiene un status particular reconocido por la Corte

^o Abogado (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP). Especialista en Derecho Civil (UNLP). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA). LL.M. in International Legal Studies (NYU). Docente de Derecho Procesal II (Civil y Comercial) (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Cátedra III, UNLP). Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y miembro de su comisión de jóvenes. Miembro Ordinario de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Más información y algunos trabajos disponibles para descargar en <http://unlp.academia.edu/FranciscoVerbic>.

Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Los poderes del gobierno federal son sólo aquellos que han sido delegados por las provincias. El sistema político supone que todo poder no expresamente delegado queda en manos de estas últimas.¹ En materia de administración de justicia debemos tener en cuenta que el artículo 5 de la Constitución Nacional Argentina (CNA) establece, como condición para el reconocimiento de la autonomía de las provincias argentinas, la obligación de organizar su propio sistema de justicia. Esta obligación, por supuesto, incluye las pertinentes regulaciones orgánicas y procesales, así como el consiguiente poder para sancionarlas ya que se trata de un poder no delegado al gobierno federal (sin embargo, como veremos más adelante, la CSJN ha reconocido la constitucionalidad de normas procesales dictadas por el gobierno federal para regir en la órbita provincial bajo ciertas condiciones).

En lo que hace a la tutela procesal colectiva de derechos, no es posible encontrar en el orden federal argentino un mecanismo procesal comprensivo para enfrentar conflictos que involucran grandes grupos de personas.² Lo mismo sucede a nivel local, aun cuando diversas provincias han avanzado en algunos aspectos dignos de ser tenidos en cuenta.³ La falta de un mecanismo procesal adecuado a nivel federal es particularmente problemática debido a dos hechos provocados por la reforma constitucional de 1994: (i) el reconocimiento constitucional de ciertos derechos subjetivos colectivos denominados “derechos de incidencia colectiva”; y (ii) el reconocimiento constitucional de la legitimación de ciertos actores sociales para promover acciones en defensa de tales derechos.

En lo que hace a la primera cuestión (reconocimiento de derechos colectivos en el texto constitucional), para los fines de este trabajo cabe destacar que los arts. 41 y 42 CNA configuran el

¹ Ver la explicación de Alberto Molinario en John F. Molloy “*Miami Conference Summary of Presentations*”, 20 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 47, 49 (2003) (planteando que en Argentina “*Los padres fundadores de nuestro país se inspiraron en la Constitución de los Estados Unidos de América. Por ello nuestro sistema evolucionó de la misma manera que el sistema estadounidense, ya que los Estados, que nosotros llamamos “Provincias”, existieron antes del gobierno federal. Estas Provincias se reunieron en un Congreso y adoptaron una Constitución. En contraste con Argentina, la estructura gubernamental de Brasil, a pesar de que también es republicana, evolucionó de otra manera. Brasil empezó como una monarquía, un imperio, y recién luego se convirtió en una república federal*”).

² Para una explicación del problema, ver Oteiza, Eduardo “*La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ‘ampare’*”, en OTEIZA; Eduardo (Coordinador) “*Procesos Colectivos*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006. Para una reseña de algunos de los precedentes más importantes en materia de tutela procesal colectiva en Argentina y una discusión más profunda acerca de los problemas ocasionados por la ausencia de medios procesales adecuados, particularmente después de la reforma constitucional de 1994, ver GIANNINI, Leandro J. “*La Tutela Colectiva de Derechos Individuales Homogéneos*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007; SALGADO, José M. “*La corte y la construcción del caso colectivo*”, L.L. 2007-D, 787; ARDOY, Leandro “*La defensa de los intereses colectivos. Su evolución jurisprudencial*”, D.J. 2007-I, 1; VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

³ Hay diversas leyes locales que regulan mecanismos procesales colectivos en las Provincias argentinas. Sin embargo, ninguna de ellas provee un sistema coherente y comprensivo para enfrentar conflictos masivos. La modificación reciente al procedimiento de amparo en la provincia de Buenos Aires puede tomarse como ejemplo de ello (Ley N° 14.912, que introduce modificaciones a la Ley N° 13.928). Aun cuando todavía carece de una estructura sistémica, la versión actual de dicha norma puede considerarse como un avance sobre la versión anterior porque -entre otras modificaciones- en materia de amparo colectivo contempla el requisito de la representatividad adecuada por primera vez en la Provincia (art. 7). He criticado la versión anterior en otro lugar por su falta de consistencia y particularmente por la ausencia de disposiciones concernientes a dicho requisito fundamental de los procesos colectivos de tipo representativo (ver VERBIC, Francisco “*El proceso colectivo en la nueva ley de amparo de la Provincia de Buenos Aires. Falta de visión sistémica y un oportuno veto parcial del Poder Ejecutivo*”, L.L. Buenos Aires 2009, 235).

asiento fundamental de la tutela del medio ambiente y de consumidores y usuarios, respectivamente. El art. 41 CNA reconoce el derecho de todos los habitantes a un ambiente sano, a un desarrollo sustentable y a la recomposición del daño ambiental, estableciendo al mismo tiempo el deber de preservarlo. Esta previsión constitucional también dispone que las autoridades tienen el deber de proteger este derecho y de velar por la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y el acceso a la información y educación ambiental. Además, el art. 41 CNA acuerda poder a la Nación para dictar normas de presupuestos mínimos, dejando en manos de las provincias la potestad de dictar las normas complementarias que fueran necesarias.⁴ Por último, prohíbe el ingreso al país de residuos peligrosos y radioactivos.

En lo que hace al campo del consumo de bienes y servicios, el art. 42 CNA reconoce el derecho de usuarios y consumidores a un trato equitativo y digno, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, al acceso a una información adecuada y veraz, y a la libertad de elección. Asimismo, al igual que el art. 41, pone en cabeza de las autoridades ciertos deberes entre los cuales se cuentan el de proveer a la protección de estos derechos, brindar educación para el consumo, defender la competencia, garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos y permitir la constitución de asociaciones integradas por consumidores y usuarios. En el mismo orden, el art. 42 CNA establece que la legislación deberá determinar procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, así como también los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional (debiendo prever la necesaria participación en los organismos de control tanto de las asociaciones de consumidores como de las provincias interesadas).

La segunda cuestión a que hice referencia (reconocimiento constitucional de la legitimación para promover acciones en defensa de derechos colectivos) será abordada con mayor detenimiento

⁴ Las leyes “de presupuestos mínimos” pueden ser caracterizadas como aquellas que contienen disposiciones de orden público orientadas a regir en todo el territorio de la Nación (art. 3 LGA.), y cuyo contenido regula cuestiones que se consideran “...necesarias para asegurar la protección *ambiental*.” (art. 6 LGA). Advirtiendo la relevancia de la legislación adjetiva para garantizar la efectiva vigencia de los derechos ambientales, en dicho marco se optó por incluir las normas procesales apuntadas. Sin embargo, en esta tarea el legislador se quedó a mitad de camino ya que tales disposiciones no comprenden ciertos aspectos esenciales para el correcto funcionamiento de un sistema colectivo de resolución conflictos. En este orden de ideas, cabe señalar que las disposiciones del art. 30 y siguientes de la LGA se presentan como preceptos aislados para ser utilizados en el marco de mecanismos procesales que a lo largo del país continúan siendo, en esencia y salvo algunas excepciones, de carácter puramente individual. En la época de su sanción la LGA sin duda significó un importante avance en la materia. No obstante, actualmente lejos se encuentra de conformar un sistema de debate adecuado para resolver conflictos colectivos ambientales. Diversos casos corroboraron a su manera esta realidad, generando serias incertidumbres y obligando a la Corte Suprema a utilizar sus poderes ordenatorios e instructorios para determinar el camino a seguir. Un camino que entendemos, en aras de respetar el derecho de igualdad de las partes y la garantía de debido proceso legal, debería encontrarse demarcado de antemano [ver, entre otras, las decisiones tomadas por la CSJN en “*Asociación de Superficiarios de la Patagonia c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y ots. s/ Amparo*”, sentencia del 13/07/04, LL 13/10/04; “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios*”, sentencia del 20/06/06, LL diario del 29/06/06; resolviendo sobre la admisibilidad de las pretensiones); “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios*”, sentencia del 24/08/06, DJ 13/09/06, 107; resolviendo la solicitud de intervención como tercero y de ampliación de demandad planteada por el defensor del Pueblo de la Nación); y “*Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios*”, sentencia del 08/07/08, L.L. 23/07/08; resolviendo la pretensión de fondo por recomposición del daño ambiental).

más adelante. Basta con adelantar por ahora que el art. 43 CNA habilitó al “afectado”, al Defensor del Pueblo de la Nación y a ciertas organizaciones intermedias para defender en sede judicial los derechos de grupos de personas “*contra 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 a los derechos de incidencia colectiva en general*”. A ello se suma el art. 86 CNA, el cual incorporó en la carta magna la figura del Defensor del Pueblo de la Nación y dispone que dicha figura “*tiene legitimación procesal*”. Finalmente, vale mencionar el art. 120 CNA, referido al Ministerio Público de la Nación, por cuanto confiere a éste autonomía funcional y autarquía financiera, creando así las condiciones de posibilidad necesarias para que el organismo pueda asumir un rol relevante en este campo (como veremos, de hecho, las normas reglamentarias en materia de medio ambiente y consumo otorgan legitimación colectiva al Ministerio Público en el ámbito de sus respectivas incumbencias).

Por último, antes de avanzar debe quedar claro que la reforma constitucional de 1994 optó por un tipo de proceso que es similar al regulado por las acciones de clase estadounidenses y por el sistema del CDC y la LACP brasileño. En efecto, entre las distintas alternativas que podrían utilizarse para defender en un solo litigio la situación de grandes grupos de personas, la CNA eligió un modelo de tipo representativo. Este modelo de tutela colectiva supone la presencia de un determinado sujeto (o un pequeño conjunto de ellos) que se autotitula como representante del grupo afectado y lleva adelante el caso en sede judicial. Esta representación es atípica ya que no hay autorización expresa de parte de los miembros del grupo para que tal sujeto pueda actuar en su nombre. Es más, en muchos supuestos tal representación se da en ausencia de conocimiento por parte de los miembros del grupo, y –en ciertos casos- incluso contra la voluntad expresa de algunos de ellos. Volveré sobre este punto más adelante al analizar los alcances de la legitimación colectiva.

En este contexto y sobre estas premisas debe asentarse cualquier examen del tema: (i) jerarquía constitucional de derechos subjetivos colectivos; (ii) jerarquía constitucional de legitimación procesal colectiva; y (iii) modelo procesal de tipo representativo para canalizar pretensiones colectivas al seno del Poder Judicial.

III. PREVISIONES ESPECIALES PARA LA TUTELA COLECTIVA DEL MEDIO AMBIENTE Y DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Como fuera adelantado, la República Argentina carece de una regulación sistémica para el tratamiento de casos judiciales colectivos. Las únicas regulaciones federales disponibles en la actualidad para tratar conflictos en clave colectiva son la Ley General del Ambiente N° 25.675

(LGA)⁵ y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (LDC).⁶ Ambas normas han sido sancionadas por el Congreso de la Nación y pueden ser caracterizadas como leyes “de fondo” por regular mayormente derechos sustantivos. A pesar de tal caracterización, en las dos podemos encontrar ciertas disposiciones procesales aisladas que resultan aplicables, en principio, a casos que involucran conflictos colectivos en esas áreas particulares del derecho. En este punto es importante aclarar que aun cuando el poder de promulgar regulaciones procesales es reservado y exclusivo de las provincias argentinas (por no haber sido delegado a la Nación, tal como señalé en la introducción de este trabajo), la CSJN ha reconocido el poder del gobierno federal para dictar normas de esta naturaleza que deben ser aplicadas en las provincias cuando tales normas son consideradas indispensables a fin de garantizar el respeto de los derechos subjetivos en cuestión.⁷

La República Argentina también carece a nivel federal de fueros judiciales especializados en materia ambiental o de consumo.⁸ Los conflictos que involucran asuntos ambientales son ventilados, por lo general aunque no exclusivamente, en los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo. Esto se debe principalmente a que el Estado (en cualquier de sus niveles, local, provincial o nacional) resulta demandado en la inmensa mayoría de los casos. En cuanto a los casos de consumo, su discusión se desarrolla principalmente en la jurisdicción comercial a la par de otros asuntos correspondientes a esta amplia área del derecho. Sin perjuicio de estas tendencias, lo cierto es que la elección del fuero donde promover la acción dependerá de las reglas de competencia tradicionales. Por tanto, puede ocurrir perfectamente que un caso de consumo deba ser promovido en sede contencioso administrativa por encontrarse demandado el Estado nacional (por ejemplo, cuando se solicita la restitución de algún tributo federal percibido sobre un cargo que forma parte de la factura de un servicio público domiciliario); o bien que un caso ambiental sea promovido en sede civil por dirigirse la demanda solamente contra una empresa privada.

La descripción general del estado de situación en Argentina en materia de procesos colectivos se completa con la opinión emitida por la CSJN a comienzos del 2009 en el caso

⁵ Texto completo disponible acá: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79980/norma.htm>

⁶ Texto completo disponible acá: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>

⁷ CSJN en “*Correa c/Barros*”, sentencia del año 1923, Fallos 138:154. Para más información acerca de la distribución del poder para promulgar leyes procesales en el sistema federal argentino, ver el clásico trabajo de Amílcar A. Mercader “*Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento*”, Ed. Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939.

⁸ En materia ambiental sólo pueden encontrarse a nivel federal y en algunas provincias ciertas fiscalías ambientales en el área penal. La primera Fiscalía Ambiental de la República Argentina fue creada por la Resolución de la Procuración general del Tesoro de la Nación N° 123/06 y se denomina Unidad Fiscal de Investigaciones en Materia Ambiental, iniciando su trabajo en abril de 2007 y contando con enlaces en las distintas provincias del país. Entre las provincias, se destaca Corrientes con sus Fiscalías de Investigación Rural y Ambiental, incardinadas en el Ministerio Público (Ley N° 5691). No existe nada del género en materia de consumo.

“Halabi”.⁹ Si bien se trata de un caso de consumo, lo cierto es que la CSJN delineó allí por primera vez, y con cierta pretensión de generalidad que a mi juicio permitiría su aplicación analógica al campo ambiental, los caracteres de la “*acción colectiva en tutela de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos*”. Este caso fue promovido por Ernesto Halabi, un abogado y usuario del servicio de telefonía móvil e Internet. Halabi interpuso una acción de amparo con el objeto de obtener una declaración de inconstitucionalidad de la ley nacional que permitía la observación y revisión de conversaciones telefónicas privadas sin previa orden judicial.¹⁰ El caso llegó a la CSJN con la cuestión de fondo ya resuelta. La Cámara de Apelaciones había confirmado la declaración de inconstitucionalidad de la ley dictada por el magistrado de primera instancia, y había extendido los efectos de la sentencia a todos los usuarios de empresas de telecomunicación que se encontraban en la misma situación que Halabi. Este alcance colectivo de la cosa juzgada de la sentencia fue la única cuestión que debía tratar la CSJN.

A la hora de resolver el caso, la mayoría de los jueces de la CSJN (la votación resultó en un ajustado 4-3) afirmaron que en la República Argentina es “*perfectamente aceptable*” que los legitimados colectivos deduzcan en los términos del art. 43 CNA “*una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano*” (consid. 19). Asimismo señalaron que, aun en ausencia de legislación, el art. 43 de la CNA es claramente operativo y debe ser hecho efectivo por los tribunales de justicia. En igual orden de ideas, la CSJN anunció en esta sentencia cuáles son los requisitos constitucionales mínimos para obtener una decisión colectiva válida en términos de debido proceso legal. Luego de subrayar la ausencia de una regulación procesal adecuada en materia de acciones colectivas,¹¹ la Corte formuló algunas observaciones a modo de guía para los operadores jurídicos y con el objetivo de proteger la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo en futuros procesos de esta naturaleza.¹²

Así, la CSJN sostuvo que la “admisión formal” de cualquier acción colectiva debe estar sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) tiene que haber una identificación precisa del

⁹ CSJN “Halabi, Ernesto c/ PEN -Ley 25.873, Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111. Si bien su dictado llamó la atención, puede decirse que la sentencia no fue algo inesperado. Sucede que para ese entonces la CSJN ya había emitido algunas opiniones con respecto a diferentes aspectos del litigio colectivo (la mayoría de ellas dictadas en casos relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos). Además, la línea argumental de la mayoría de la Corte en “Halabi” había sido insinuada, al menos en sus aspectos más relevantes, en ciertos votos (incluso disidencias) pronunciados en el marco de dichos casos. Ver en este sentido “Mendoza I” (causa M.1569.XL, sentencia del 20/06/06), “Asociación de Superficiales de la Patagonia I” (causa A.1274.XXXIX, sentencia del 29/08/06), “Defensoría del Pueblo” (causa D. 859. XXXVI, sentencia del 31/10/06); “Mujeres por la Vida” (causa M.970.XXXIX, sentencia del 31/10/06), “Mendoza II” (causa M.1569.XL, sentencia del 08/07/08) y “Asociación de Superficiales de la Patagonia II” (causa A.1274.XXXIX, sentencia del 26/08/08).

¹⁰ Ley N° 25.873 y Decreto N° 1563/04 (denominada por la prensa como “Ley Espía”).

¹¹ Es ilustrativa la opinión brindada por el Presidente de la CSJN en un libro publicado poco después del dictado de la decisión en “Halabi” con relación a las carencias de la LDC en materia procesal colectiva. Ver Lorenzetti, Ricardo “Justicia colectiva”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pp. 275-276 (sosteniendo que la LDC establece una “acción colectiva”, pero de una “manera muy insuficiente teniendo en cuenta el abundante material comparativo omitido por el legislador”).

¹² Considerando 20° de la opinión de la mayoría.

grupo de personas que está siendo representado en el caso; (ii) el actor debe ser un representante adecuado; (iii) el reclamo tiene que enfocarse en cuestiones de hecho o de derecho comunes y homogéneas a toda la clase; (iv) debe haber un procedimiento apto para proporcionar notificaciones adecuadas a todos aquellos que puedan tener interés en la resolución del caso; (v) dicho procedimiento debe proveer a los miembros de la clase la oportunidad de intervenir en el proceso u optar por no hacerlo; y (vi) debe haber una adecuada publicidad de la acción para evitar dos problemas diferentes pero relacionados: de un lado, la multiplicidad o superposición de procesos colectivos con causas similares; del otro, el riesgo de opiniones diferentes o incompatibles sobre el mismo asunto.¹³

Cabe destacar que la LDC (recordemos: “Halabi” es un caso de consumo) ya contaba para ese entonces, gracias a la reforma del año 2008, con algunas disposiciones que imponían ciertos reaseguros procesales similares a los exigidos por la CSJN en esta decisión. La mayor importancia del fallo radica en que, por su intermedio, la CSJN acordó jerarquía constitucional a todas las garantías procesales mencionadas hace un momento.

Habiendo dejado en claro la ausencia de sistemas procesales colectivos en la República Argentina, avancemos ahora sobre algunos aspectos específicos efectivamente contemplados en la LGA y la LDC.

1. Objeto Mediato de la Tutela Colectiva: ¿Derechos Individuales Homogéneos?

La determinación del objeto mediato de la tutela colectiva en la República Argentina resulta algo dificultosa ya que, a pesar de haber transcurrido 18 años desde la incorporación del concepto “derecho de incidencia colectiva” en el nuevo art. 43 CNA, ni la doctrina ni la jurisprudencia son contestes en cuanto a su significado. El mayor interrogante se plantea en torno a la viabilidad de las acciones colectivas para tutelar derechos individuales homogéneos, toda vez que no hay duda

¹³ Hay un punto que merece seguimiento para poder determinar el alcance que finalmente la CSJN acordará a la tutela colectiva de derechos individuales homogéneos. Me refiero específicamente a aquellos casos que involucran reclamos “individualmente recuperables”. La CSJN afirmó en “Halabi” que el art. 43 de la CNA es operativo y que es una obligación de los tribunales de justicia hacerlo cumplir, esto es cierto. El problema es que tal postura fue calificada en la misma opinión: la Corte continuó diciendo que el cumplimiento de dicho art. 43 CNA debe tener lugar “cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un *derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular*” y que para que proceda la acción colectiva “es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso *a la justicia*” (v. Considerando 13° de la opinión de la mayoría). De acuerdo con esta postura, los casos que involucran reclamos individualmente recuperables no calificarían para ser litigados colectivamente (porque no hay daño al derecho de acceso a la justicia, ya que el portador tiene interés suficiente para iniciar una acción individual por su cuenta). Sin embargo, a la hora de explicar este principio en la propia sentencia la mayoría del tribunal incorporó una excepción al sostener que, si bien como regla general el actor debe demostrar que el pleito individual no está “completamente justificado”, esta condición no aplica en casos donde hubiera predominio de asuntos relacionados con temas como el ambiente, la salud y los consumidores, o bien cuando el grupo afectado pueda ser considerado como un grupo desaventajado (“grupos que tradicionalmente han *sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos*”, en palabras de la Corte). Todo esto parece indicar que la CSJN está preparada para admitir el litigio colectivo en Argentina sólo en casos de potencial vulneración de acceso a la justicia (no en materia de mass torts) y en situaciones que involucran grupos desaventajados.

alguna sobre el punto en materia de derechos de objeto indivisible (difusos, colectivos o como se los quiera llamar).

La primera vez que la CSJN se refirió a la idea de derechos individuales homogéneos fue a modo de obiter dicta en la decisión tomada en junio del año 2006 para resolver la admisibilidad en la causa “Mendoza”.¹⁴ Casi tres años más tarde, en “Halabi”, la CSJN intentó zanjar las dudas en la materia al identificar la existencia de tres categorías de derechos que pueden ser defendidos ante la justicia, a saber: (i) individuales; (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.¹⁵

Me refiero a un intento y no a la resolución de las dudas sobre el tema por distintos motivos. En primer lugar, porque “Halabi” es un caso de usuarios y consumidores y todavía no ha habido pronunciamientos de la CSJN que aplique la doctrina allí establecida en el campo ambiental (lo cual, a mi modo de ver, podría ocurrir perfectamente echando mano al recurso interpretativo de la analogía). En segundo término, debido al modo poco claro en que la CSJN definió en “Halabi” el alcance de las dos categorías de derechos de incidencia colectiva a que hizo referencia.¹⁶ Y en

¹⁴ “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 20/06/06, LL diario del 29/06/06 (ver el considerando 17°, donde la CSJN se refirió en los siguientes términos a las pretensiones que perseguían obtener una indemnización individual por daños y perjuicios para todos los miembros del grupo afectado por el daño ambiental: “*Que más allá de lo expresado, cabe señalar con respecto a dicha pretensión que, si bien, eventualmente, podrían ser calificados como intereses individuales homogéneos, en razón de que podría haber un solo hecho ilícito que cause lesiones diferenciadas a los sujetos peticionantes, ello no surge de la demanda, en la medida en que, por el contrario, menciona diferentes supuestos de causación*”). Para más información sobre los antecedentes de la causa ver los informes realizados por el Defensor del Pueblo de la Nación y diversas organizaciones de la sociedad civil: “*Informe Especial sobre la Cuenca Matanza-Riachuelo*”, 2003 (disponible en <http://www.dpn.gob.ar/informes/riachuelo.pdf>).

¹⁵ Ver Considerando 9° de la decisión. De este modo, y a pesar de apoyar gran parte de su argumentación en el sistema de acciones de clase estadounidense, el máximo tribunal del país parece haber seguido, al menos en parte, el modelo del CDC brasileño y su categorización de derechos pasibles de ser tutelados colectivamente.

¹⁶ Presento a continuación la crítica desarrollada en VERBIC, Francisco “*Los Procesos Colectivos. Necesidad de su Regulación*”, L.L. 2010-A-769: Con respecto a los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, la Corte comenzó sosteniendo que son aquellos “*ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado*”. Esta primera aproximación al tema puede criticarse por invertir el orden lógico de análisis: en lugar de definir las características de este tipo de derechos para justificar -a partir de allí- quienes pueden actuar en su defensa, la sentencia comienza por señalar esta última circunstancia como determinante de aquéllos. Parece evidente que si la vulneración de derechos de incidencia colectiva actúa como presupuesto para que los legitimados extraordinarios puedan accionar ante la justicia, tales derechos no pueden definirse por la actuación de estos sujetos. En algún punto, creo que estamos en presencia de un razonamiento circular. Inmediatamente a continuación, el Tribunal apuntó que “*en estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes*”. El primero de ellos gira en torno a la necesidad de que la petición tenga por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre –siempre en palabras de la Corte– “*cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna*”. En el fallo se aclara que tales bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas y que tampoco conforman una comunidad en sentido técnico. Según el Tribunal, pertenecen a la esfera social y no son divisibles en modo alguno. Sin emitir juicio sobre las características que la Corte considera determinantes para definir a un bien como colectivo, destaco que el análisis propuesto nos porta fuera del argumento en discusión. Sucede que este primer “elemento de calificación” no brinda precisión alguna sobre la naturaleza jurídica del derecho que el Tribunal busca definir, sino exclusivamente respecto de cierto tipo de bienes que habrán de constituir el objeto mediato de la pretensión procesal (porque a esto último se alude, aunque el Tribunal utilice el término petición). Avancemos ahora sobre el segundo elemento que, según la Corte, debería servir para catalogar a un derecho como de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos. Aquél estaría configurado por la necesidad de que la pretensión promovida se encuentre “*focalizada en la incidencia colectiva del derecho*”. Como puede advertirse, nuevamente estamos fuera del argumento. Es que aun cuando la circunstancia a que se refiere

tercer lugar porque “Halabi” exige, como requisito de procedencia de la acción colectiva en tutela de derechos individuales homogéneos, “la constatación de que el ejercicio individual no aparece *plenamente justificado*”. Este condicionante podría ser interpretado en el sentido que la CSJN sólo habrá de permitir las acciones colectivas (de consumo, por ahora) cuando las pretensiones de los miembros del grupo considerados individualmente resulten de escasa cuantía y, por tanto, se encuentre en juego su derecho de acceso a la justicia. Pero aquí también cabe hacer una aclaración ya que el requisito en análisis tiene una excepción que parece desnaturalizar gran parte de su alcance. En efecto, luego de exigir la mencionada acreditación la CSJN señaló que “[la acción

la Corte configura un requisito necesario (y hasta indispensable) para que resulte admisible la tutela procesal colectiva, con ella no se califica el derecho en disputa sino que se impone cierto requisito en la formulación de la pretensión procesal que habrá de ser incluida en la demanda. Lo expuesto hasta aquí permite sostener que la Corte no logró brindar una definición adecuada de esta primera categoría de derechos de incidencia colectiva. Y ello sucedió porque las notas que predica como características distintivas de los mismos no se refieren a derechos sino a: (i) los sujetos que se encuentran legitimados para actuar en su defensa; y (ii) el objeto mediato de la pretensión; y (iii) el modo en que debe plantearse esa pretensión. El intento por definir el alcance de los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos no corrió mejor suerte. Para no tergiversar el contenido de la decisión, me tomo la licencia de transcribir en forma textual el párrafo que la Corte dedicó al efecto: “*En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño*”. Parecería ser que la causa fáctica homogénea es la nota esencial que permitiría definir este segundo tipo de derechos de incidencia colectiva. No otra cosa puede interpretarse a poco tengamos en cuenta que, según palabras de la propia Corte, si no fuera por ella nos enfrentaríamos cara a cara con derechos individuales enteramente divisibles. Ahora bien, ¿es posible sostener que un derecho de naturaleza individual se transforma en un derecho de incidencia colectiva con motivo de existir otros derechos individuales similares, homogéneos, o como se los quiera llamar? Creo que aun para quienes defienden la existencia de naturalezas jurídicas, una respuesta afirmativa al interrogante resultaría por lo menos difícil de justificar. Si prestamos atención a la doctrina brasileña, podemos encontrar una respuesta posible en la conocida afirmación de que los derechos individuales homogéneos son accidentalmente colectivos, a diferencia de los derechos difusos y colectivos propiamente dichos, que lo son en modo esencial. No obstante, tengo para mí que una respuesta del género no sólo esquiva en gran parte el problema, sino que además concurre para sostener la tesis que pretendo demostrar: lo que puede calificarse como de incidencia colectiva y, por tanto, lo que permite justificar la existencia de una tutela diferenciada, es el conflicto que se dispara ante cierto tipo de hechos u omisiones que vulneran derechos en masa. Conflicto que reúne características que lo distinguen del conflicto individual y que (por tal motivo, con independencia de la materia de fondo en discusión) amerita un debate diferente para arribar a su desactivación. Hecha esta pequeña digresión, cabe analizar el resto del desarrollo argumental que la Corte propuso para definir la segunda categoría de derechos de incidencia colectiva. Explicación que entiendo tampoco resulta del todo acertada en la medida que (nuevamente, tal como ocurriera con los derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto bienes colectivos) ella se aparta del objeto que pretende describir para referirse a otras cuestiones. En efecto, una lectura atenta del fallo permite advertir que -al intentar explicar por qué la causa fáctica homogénea tiene relevancia jurídica en estos supuestos- el Tribunal se refiere a dos elementos que nada dicen sobre la naturaleza de los derechos que pretende definir. Por el contrario, ambos guardan relación con razones prácticas de economía procesal, a saber: (i) posibilidad de demostrar los presupuestos de la pretensión en forma común; y (ii) razonabilidad de llevar adelante sólo un proceso, coronado por una cosa juzgada expansiva, para resolver concentradamente todos los conflictos (conflictos que, si hablamos en términos de naturalezas jurídicas, siguen siendo en esencia individuales!). Creo que el análisis efectuado hasta aquí demuestra que la Corte tampoco logró brindar una definición adecuada de esta segunda categoría de derechos de incidencia colectiva, lo cual entiendo se debe a que las notas consideradas como definitivas de aquéllos no permiten diferenciarlos de los derechos individuales por estar referidas a otras cuestiones, a saber: (i) consecuencias que genera el acto u omisión lesiva; (ii) razones de economía procesal que tornan conveniente la tutela procesal colectiva (posibilidad de juzgamiento concentrado, resolución única de los conflictos de todos los integrantes del grupo afectado). En resumidas cuentas, incluso luego de “Halabi”, los operadores jurídicos argentinos continuamos careciendo de pautas claras que permitan comprender cuándo puede considerarse vulnerado un “derecho de incidencia colectiva” que justifique la tutela procesal diferenciada reconocida en el art. 43 de la CN.

colectiva] también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares *características de los sectores afectados*". ¿Cuáles son los derechos que se consideran "socialmente trascendentes" y cuáles son los sectores afectados con "particulares características" que permitirían exceptuar la acción del requisito? La propia CSJN lo explica sobre el final del mismo considerando 13° al señalar que se refiere a "aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente *protegidos*".¹⁷

2. Objeto Inmediato de la Tutela Colectiva: Amplio Espectro de Posibilidades

En lo que hace al tipo de decisión que puede solicitarse al Poder Judicial por medio de una acción colectiva, tanto las dos leyes reglamentarias sobre las que venimos trabajando (LDC y LGA) como la jurisprudencia federal (y local) en la materia han reconocido un amplio espectro de posibilidades que va desde pretensiones meramente declarativas hasta pretensiones de tipo estructural, pasando por pretensiones de daños y perjuicios (colectivos, con seguridad; individuales homogéneos, está por verse todavía aunque todo indica que no serían procedentes, según vimos, cuando las pretensiones individuales de los miembros del grupo son individualmente recuperables), pretensiones de cese, de recomposición y cautelares.

3. Legitimación y representatividad adecuada

Cabe comenzar por advertir que al trabajar sobre este tema, y como el título de este apartado sugiere, tomo como premisa la indisoluble relación que existe entre legitimación activa y representatividad adecuada. Estoy convencido en este punto que, por razones constitucionales, debemos distinguir la legitimación que con carácter general y abstracto reconocen los art. 43, 2do párrafo y 86 (y sus leyes reglamentarias), de la legitimación que, en el caso concreto en discusión, puede tener (o no) cualquiera de los actores sociales allí comprendidos para actuar en defensa del grupo de personas que busca representar. Esta legitimación en el caso concreto estará ligada a la demostración de las cualidades de quien pretenda asumir la representación del grupo y a la ausencia de conflictos de interés que puedan perjudicar tal representación. Entiendo que la diferenciación entre "legitimación en abstracto" y "legitimación en concreto" es de suma trascendencia. Sucede que las características del caso particular pueden hacer de un sujeto habilitado por una norma

¹⁷ Según la Corte, "En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una *pauta en la línea expuesta*" ("Halabi", Considerando 13°).

constitucional para promover acciones colectivas alguien no adecuado para la defensa del grupo que pretende representar. Las razones por las cuales ello puede suceder son de diversa índole. Una de las más interesantes y complejas, por ejemplo, es la que involucra un “conflicto de agenda” que impide a determinado sujeto dar una discusión robusta sobre el asunto.

Las razones constitucionales que sostienen la ligazón entre la legitimación colectiva y la cualidad del representante en un caso determinado se asientan en consideraciones de debido proceso legal y de autonomía individual. Es que la tutela colectiva de derechos supone, por un lado, un riesgo para la garantía de debido proceso legal de los miembros de la clase o grupo ausentes en el proceso, y, por otro, una limitación a su autonomía individual ya que tales personas no podrán tomar la decisión de reclamar o no ante la justicia, cuándo hacerlo o con qué argumentos.¹⁸ Todo esto ocurre como consecuencia del tipo de proceso colectivo por el cual optó el constituyente argentino en el año 1994 (como ya señalé, un proceso de tipo representativo).

En este contexto, y teniendo presente las (serias) consecuencias que se desprenden de la sentencia colectiva a dictarse como consecuencia de la actuación de un representante tan atípico (que no fue elegido sino que se autotitula como tal, y que actúa incluso en desconocimiento o, en ciertos casos, contra la voluntad de quienes representa), podemos llegar sin mayores esfuerzos a la necesidad de exigir que, para reconocer su legitimación, éste se encuentre en condiciones de dar una robusta discusión sobre el asunto y que no se encuentre inmerso en ningún conflicto de interés.¹⁹ La legitimidad constitucional del sistema colectivo depende de ello. Y su verdadera eficacia también, toda vez que si no se garantiza una adecuada defensa de los derechos del grupo afectado por medio del control de las cualidades del representante colectivo, la sentencia no podrá ser opuesta a sus miembros.

A partir de “*Halabi*” los tribunales de todo el país han comenzado, tímidamente y en ocasiones aisladas, a exigir el cumplimiento de este requisito esencial del sistema procesal colectivo en la República Argentina. Queda todavía mucho por trabajar ya que los estándares brindados por la CSJN en dicho precedente para controlar la representatividad adecuada no son idóneos a tal fin.²⁰

¹⁸ Cabe dejar planteada una necesaria advertencia: el argumento de la autonomía individual no aplica a los casos de pretensiones individualmente no recuperables ya que en tales supuestos la acción colectiva es la única vía realista para enfrentar racionalmente el conflicto y, por tanto, la necesidad de preservar la autonomía individual de los miembros del grupo se convierte en una falacia.

¹⁹ Sobre los estándares para controlar el requisito, su aplicación a los abogados y otras particularidades, ver VERBIC, Francisco “*La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas*”, Revista de Derecho Comercial Abeledo-Perrot n° 233, Nov/Dic. 2008).

²⁰ En “*Halabi*” la CSJN entendió que “*ha existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones (dentro de los que se encuentran los abogados) a las que se extenderán los efectos de la sentencia*”. Para arribar a tal conclusión el tribunal tuvo en cuenta tres factores: (i) la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante sus estrados; (ii) la circunstancia que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encontraba ya firme y que el decreto reglamentario 1563/04 había sido suspendido en su vigencia; y (iii) las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, realizaron la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal en carácter de *amicus curiae*. Si bien la CSJN sostuvo que como era la primera vez que se delineaban los contornos de este tipo de acciones cabía ser “*menos riguroso*

a. Medio Ambiente

La LGA reconoce legitimación colectiva para promover un proceso ambiental en amplios términos, tanto cuando el objeto de la pretensión es obtener el cese de la actividad generadora de daño como cuando se trata de lograr la reparación de éste. En tal sentido, el 1er párrafo del art. 30 de dicho cuerpo legal establece 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

a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza” (entre los cuales se encuentra el requisito de la representatividad adecuada), es importante destacar que ninguno de estos tres estándares resulta idóneo para evaluar la calidad del representante. Comencemos por los dos primeros. Sobre el particular, las audiencias públicas y la admisión de memorias de amicus curiae en el expediente configuran importantísimos mecanismos instrumentales en el marco de los procesos colectivos. Ello así en la medida que ambos concurren a dotar de una mayor transparencia al proceso y permiten lograr una discusión más robusta sobre el asunto (conf VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, cap. IV; VERBIC Francisco *“Propuesta para regular la figura del amicus curiae en la Provincia de Buenos Aires”*, LLBA 2009-14, LL Suplemento Actualidad del 19/03/09). Sin embargo, es por lo menos difícil comprender qué relación guardan tales instrumentos con la calidad del representante. A nuestro juicio, ninguno de los dos resulta útil para operar como estándar de valoración del requisito en estudio. En contra de la referida posición se podría postular que las audiencias públicas y los memoriales de amicus curiae se encuentran efectivamente relacionados con la calidad del representante, ya que pueden funcionar como medios para demostrar su incompetencia. Se trata, en definitiva, de una relación mediata (pero relación al fin). Sin embargo, aun concediendo mérito a esta objeción, hay dos argumentos que sostienen la crítica. Primero, que –a todo evento- el estándar no debería ser la mera publicidad de las audiencias o la mera presencia de memoriales de amicus, sino algo así como “las objeciones presentadas por X en el marco de la audiencia (o del memorial)”. Y segundo, que ambos criterios sólo servirían para determinar que la calidad exigida no se configura en cabeza del representante y/o sus abogados, lo cual nos posiciona nuevamente al inicio del problema que los estándares deberían ayudar a resolver: ¿cómo evaluamos en términos positivos la calidad del representante? Por lo expuesto, consideramos que ninguna de las dos circunstancias presentes en el caso (audiencia pública y memoriales de amicus curiae) configuraba un estándar apropiado para justificar la calidad adecuada de Halabi como representante colectivo. En cuanto al otro criterio utilizado por la Corte (esto es, el hecho que la decisión sobre el fondo del asunto había sido favorable al grupo y ya se encontraba firme), vale destacar que a primera vista puede parecer un estándar apropiado. Sucede que uno podría pensar: ¿cómo no va a ser adecuado si triunfó en el pleito? No obstante, una mirada algo más detenida sobre el tema muestra que ello no es así. Al menos dos razones concurren para sostener nuestra posición. La primera es que el resultado del pleito no necesariamente guarda relación con la calidad del representante, y la segunda es que el empleo de este criterio implica juzgar el asunto en una etapa procesal inoportuna. Comencemos por este último punto. Según vimos en el apartado 3, en el sistema norteamericano el instituto en estudio configura un prerrequisito de admisibilidad de la pretensión colectiva, el cual debe evaluarse en una etapa temprana del proceso (y controlarse durante toda su tramitación) a fin de que éste se trabaje entre partes con aptitud suficiente para obligar a las personas que las integran. No mencionamos al sistema norteamericano como argumento de autoridad, sino porque es fruto de muchos años de experiencia, porque la CSJN hace lo propio en el fallo y porque la propia CSJN consideró perfectamente aceptable plantear en nuestro país acciones como las allí vigentes. En este escenario, parece por lo menos inconveniente establecer como estándar de evaluación el resultado favorable del pleito. Es que si el juez necesita saber si el representante es adecuado para decidir si habilita (o no) la discusión del conflicto en clave colectiva, no parece sensato sujetar el juzgamiento de tal calidad a una (eventual) circunstancia que ocurrirá (o no) en el futuro. En cuanto a la falta de relación necesaria entre la calidad del representante y el resultado del pleito, basta con recordar que aquél puede ser adecuado y, no obstante, resultar vencido por carecer de razón en su planteo. Esta eventual situación (perfectamente posible) demuestra -desde una segunda perspectiva, que se suma a la presentada en términos de oportunidad procesal- que el criterio “resultado favorable del pleito” utilizado por el Tribunal tampoco es apropiado para evaluar la calidad del representante colectivo. Por otra parte, que el Dr. Halabi haya ganado el caso no significa que haya ejercido una representación adecuada del conjunto de los interesados en el fallo. Es que ganar o perder un caso no importa haber sido un representante adecuado de aquéllos que no tuvieron oportunidad de hacer valer su derecho al debido proceso, ni importa permitir una razonable participación de los sujetos involucrados (el desarrollo de esta crítica puede encontrarse en OTEIZA, Eduardo – VERBIC, Francisco *“La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?”*, Lexis N° 0003/014882, SJA 10/03/10. Para un análisis general de los alcances del requisito de la representatividad adecuada me remito a VERBIC, Francisco *“La representatividad adecuada en las class actions norteamericanas”*, Revista de Derecho Comercial Abeledo-Perrot n° 233, Nov/Dic. 2008).

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*". La necesidad de contar con una amplia legitimación colectiva en este campo venía desde hace ya muchos años atrás.²¹ Si bien estas legitimaciones colectivas han sido reconocidas ampliamente por la jurisprudencia –en ocasiones expresamente, en otros casos implícitamente al tratar el fondo del asunto- cuando la pretensión colectiva tiene objeto indivisible, no se conocen hasta la actualidad pronunciamientos en el orden federal que permitan su ejercicio para la tutela de derechos individuales homogéneos.²² Si consideramos aplicable la "doctrina Halabi" al campo ambiental (lo cual, insisto, creo que es posible por analogía), todo indicaría la posibilidad de actuar en tal sentido (más allá de que, en la práctica, las diferencias existentes entre las pretensiones individuales en cuanto a causación y otros elementos de la responsabilidad puedan desaconsejar el tratamiento colectivo del conflicto).

Para terminar con este punto, cabe señalar que el 2do párrafo del mencionado art. 30 de la LGA establece que: "*Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo*". La noción de "toda persona" incorporada en la norma ha llevado a algunos a interrogarse si la LGA reconoció una especie de acción popular en el ordenamiento argentino. La respuesta de autorizada doctrina parece inclinarse en ese sentido,²³ aunque la jurisprudencia parece orientarse por la negativa ya que exige –en términos generales y también a quien promueve la acción de cesación- que demuestre cierta afectación para poder tener por configurado un caso o causa judicial. De este modo, en la práctica la noción de "toda persona" se asimila a la del "afectado".

b. Consumidores y Usuarios

²¹ Ver el trabajo de MORELLO, Augusto M. - HITTERS, Juan C. - BERIZONCE, Roberto O. "La defensa de los intereses difusos", Ponencia Nacional argentina al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Alemania en Septiembre de 1983, J.A. 1982-IV-700. Ver también la Recomendación N° 3 de la IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil (celebradas en Mar del Plata del 10 a 13 de Noviembre de 1983). Allí se sostuvo por mayoría que: "Corresponde también reconocer legitimación activa para la defensa de los intereses vinculados al medio ambiente a un órgano público de alta especialización (similar al ombudsman sueco o al defensor del pueblo español), sin perjuicio de reconocer dicho derecho a asociaciones representativas de los referidos intereses". La recomendación tuvo dos disidencia parciales dentro de la tendencia de mayoría: Una, denominada A, según la cual "se deberá atribuir al Ministerio Público las facultades para ejercer la protección del medio ambiente"; y otra, denominada B, en cuya virtud se propició declarar que "Es recomendable que se dicte la Ley Orgánica del Ministerio Público, que atribuya a éste facultades para ejercer la protección del entorno ambiental" (conf. CARRANZA, Jorge A. "La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por daño ecológico", L.L. 1984-A-1062).

²² Donde mantienen plena vigencia las enseñanzas de Morello (ver, entre muchos otros trabajos del autor, MORELLO, Augusto M. "La legitimación en la tutela de los derechos subjetivos homogéneos", D.J. 2004-1-183).

²³ Ver SAGÜES, Néstor P. "El amparo ambiental. Ley 25.675", L.L. 2004-D-1194 [sosteniendo que "el art. 30 'in fine', de manera muy enfática, está confirmando en lo que hace a este amparo, índole de acción popular, al determinar que 'toda persona' podrá solicitarlo. De modo parecido al hábeas corpus (art. 43, párrafo cuarto, Constitución Nacional), tendrá entonces legitimación activa cualquier sujeto, natural, jurídico incluso (así lo entendemos), nacional, extranjero (hasta alguien no residente y ni siquiera visitante en el país, pareciera, alternativa que ampliaría el espectro legitimatorio hasta a organizaciones no gubernamentales ubicadas en el exterior, o a Estados extranjeros). En otros términos, la legitimación para promover este amparo es más generosa que la contemplada por la ley 25.675 en el mismo art. 30, párrafo primero, para plantear las demandas por recomposición o indemnización"].

La legitimación colectiva en este campo se encuentra regulada por los arts. 52²⁴ y 55²⁵ de la LDC (reformados en el año 2008 por la Ley N° 26.361). Cabe adelantar que la LDC no contempla ninguna obligación en cabeza del juez para controlar el requisito de la representatividad adecuada con relación a los sujetos cuya legitimación allí se reconoce. Entre ellos tenemos en primer lugar al consumidor o usuario afectado.²⁶ A pesar de que alguna doctrina sostiene que la reglamentación del art. 43 CNA en el campo del consumo no debería conceder legitimación colectiva a las personas físicas,²⁷ lo cierto es que un entendimiento del género sería claramente insostenible por tres motivos fundamentales: (i) sería inconstitucional a la luz del art. 43 CNA; (ii) implicaría avanzar a contracorriente de la directriz política de acceso a la justicia que subyace en la LDC; y (iii) difícilmente pueda justificarse constitucionalmente a la luz del principio de igualdad con respecto a sujetos afectados en derechos de incidencia colectiva de otra índole.²⁸ El nuevo art. 52 LDC también reconoce la legitimación colectiva de las asociaciones de defensa del consumidor. Estas asociaciones, de acuerdo con los términos en que quedó redactada la ley, pueden promover una demanda o actuar como litisconsorte en defensa de un grupo de consumidores o usuarios en cualquier tipo de conflicto. En tercer lugar, la reforma mantuvo la habilitación para actuar colectivamente en justicia en cabeza de las autoridades locales de aplicación de la LDC, pero

²⁴ El renovado art. 52 dispone lo siguiente (el subrayado destaca las modificaciones operadas por la Ley N° 26.361): "Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es precedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal".

²⁵ El primer párrafo del nuevo art. 55 establece que "*Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación*, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley" (nuevamente, el subrayado destaca las novedades relevantes con respecto al texto original de la LDC).

²⁶ En línea de principio, ante un acto u omisión lesivo las personas físicas individualmente consideradas pueden accionar en defensa de su propio derecho o bien actuar en calidad de legitimados colectivos en tutela de los derechos de incidencia colectiva que pudieran encontrarse en juego (esto es, como afectados en los términos del art. 43 CN). Sobre los alcances de la noción de afectado y específicamente sobre la suerte de éste ante los tribunales en materia de consumidores y usuarios, me remito a VERBIC, Francisco "*Procesos colectivos*", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 104 y ss. La reforma a la LDC incorporó en el primer párrafo del nuevo art. 52 LDC una referencia muy concreta sobre el asunto, al establecer que la acción corresponde a los consumidores y usuarios "*...por su propio derecho*". No se advierte a qué apunta esta innovación. Sin perjuicio de ello, creo evidente que no cabe interpretar la nueva norma en el sentido de que en el campo del consumo los individuos sólo pueden accionar en defensa de sus derechos individuales.

²⁷ Ver ARAZI, Roland "*Propuesta de ley de la Asociación de Bancos Argentinos para regular los procesos colectivos sobre derechos individuales homogéneos*", RDP 2012, Número Extraordinario "Procesos Colectivos", pp. 429 y ss.

²⁸ En igual sentido, al analizar el proyecto luego de obtener media sanción en la cámara baja, GIANNINI, Leandro J. "*La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*", Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 226. El autor considera que este agregado lisa y llanamente debe tenerse por no escrito atento anular la potestad del particular de accionar en calidad de afectado.

suprimió la facultad de las provincias de delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales.²⁹

En cuarto lugar encontramos la incorporación del Defensor del Pueblo de la Nación en el elenco de legitimados colectivos. Si bien tanto el art. 43 CNA como el 86 CNA reconocen claramente la legitimación colectiva de esta figura, hasta la sanción de la ley N° 26.361 la jurisprudencia no parecía haber tomado nota de ello. Para algunos autores la jurisprudencia era “vacilante”,³⁰ aunque, en rigor de verdad, en la órbita de la CSJN la figura encontró una barrera infranqueable.³¹ En algún momento la Corte pareció comenzar a repensar el asunto, al menos en algunos aspectos.³² Sin embargo, la decisión recaída en la “causa del corralito” promovida por la figura confirmó una vez más que el máximo tribunal no está dispuesto a admitir planteos en defensa de derechos “patrimoniales, puramente individuales”, por entender que éstos se encuentran marginados de la previsión del art. 43 CN y sólo pueden ser defendidos en justicia por sus titulares directos.³³ Anotando dicha sentencia algunos vaticinaron el fin de la discusión sobre los límites de las acciones colectivas iniciadas por el Defensor del Pueblo o las Asociaciones de Defensa de los Consumidores.³⁴ Si bien uno podría pensar que el fallo recaído en “*Halabi*” dio por tierra con esa

²⁹ VAZQUEZ FERREYRA Roberto A. – AVALLE, Damián “*Reformas a la ley de defensa de los consumidores y usuarios*”, L.L. 2008-D-1063.

³⁰ Ver ARAZI, Roland “*Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24240 (ley 26361): Legitimación y cosa juzgada*”, J.A. 2008-III-1193.

³¹ Me remito al análisis efectuado en VERBIC, Francisco “*La (negada) legitimación activa del defensor del pueblo de la nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva*”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2007-I. Para un desarrollo más general de la jurisprudencia en la materia, VERBIC, Francisco “*Procesos colectivos*” Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 154-175.

³² Me refiero a los votos concurrentes de la causa “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. – P.E.N. – M°. E. – dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento*” CSJN, Sentencia del 24/05/05, causa D. 90. XXXVIII.

³³ “*Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional*”, CS, Sentencia del 26/06/07. Como destaca GIANNINI, en este fallo primó la postura restrictiva de considerar que “...sólo los derechos transindividuales de objeto indivisible (difusos stricto sensu) pueden ser llevados a juicio mediante la legitimación extraordinaria reconocida en el art. 43” (GIANNINI, Leandro J. “*Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de ‘derechos de incidencia colectiva’*”, L.L. 2008-A-97). WAJNTRAUB ensaya una interpretación de este fallo desde otra óptica, considerando que “*Lo que se plantea en el caso es que muchos de los ahorristas, tal vez la mayoría, habían iniciado a esa altura su reclamo individual, los que en ningún caso se referían a sumas insignificantes. Probablemente, lo que se trató de establecer es que lo que determina la existencia de derechos de incidencia colectiva no es si lo que se discute son reclamos patrimoniales divisibles o indivisibles sino, en todo caso, la imposibilidad material de que un particular lleve a cabo una acción individual por una suma insignificante, siendo que el hecho habría importado una afectación masiva*” (WAJNTRAUB, Javier H. “*Las acciones colectivas tras la reforma de la ley de defensa del consumidor*”, J.A. 2008-II-1286).

³⁴ LAGUNGE, Esteban “*Límites de las acciones colectivas*”, L.L. 2007-F-33 (nota a fallo). Este autor asume una posición restrictiva sobre el tema al sostener que “*nuestro derecho establece que la nota característica de las acciones colectivas es velar por los intereses colectivos de naturaleza indivisible*”. Para justificar esa afirmación señala que “*Es fundamental no extender irrazonablemente los alcances de la legitimación del Defensor del Pueblo y de las asociaciones a la tutela de intereses patrimoniales divisibles. Si bien es cierto que sería conveniente encontrar un canal procesal adecuado para la tutela de estos intereses (como las acciones de clases del derecho estadounidense), el otorgamiento de legitimación al Defensor del Pueblo y a las asociaciones del art. 43 CN, segundo párrafo, crearía aún mas problemas de los que se pretende solucionar*”. Más allá de algunas citas doctrinarias y de la afirmación transcrita (que nada dice sobre qué problemas se crearían de reconocerse legitimación colectivas para la defensa de derechos individuales homogéneos), no encontré argumentos plausibles que sostengan la posición del autor. Según PRATO, el análisis efectuado en este trabajo, al cual califica de “*muy equivocado*”, puede ser “*fruto tal vez de provenir sus autores del espacio profesional que asesora empresas, lo cual probablemente no los torna imparciales*” (PRATO, Osvaldo A. “*Acción de clase vs. Asociaciones de consumidores*”, L.L. 2008-A-867). A propósito de esta afirmación, sobra

idea, lo cierto es que todavía está por verse que sucederá cuando llegue a estrados de la CSJN una causa de este tipo (derechos individuales homogéneos puramente patrimoniales) ya que en “*Halabi*” se dejó expresamente a salvo la opinión de Highton de Nolasco en lo que hace a la legitimación de la figura para demandar en defensa de este tipo de derechos.³⁵

Por último encontramos entre los legitimados colectivos al Ministerio Público Fiscal ya que el 1er párrafo del nuevo art. 52 mantuvo en cabeza de este organismo la competencia para accionar colectivamente en defensa de los consumidores y usuarios, así como su participación en los procesos colectivos relativos a esta materia en carácter de fiscal de la ley. El 4to párrafo, al mismo tiempo, hizo lo propio con el mandato legal que exige a esta institución asumir la calidad de actor en aquellos procesos iniciados por una asociación y luego desistidos o abandonados.³⁶

4. Competencia

La estructura federal de la República Argentina, sumado a la facultad reservada por las Provincias para dictar sus propios códigos procesales (donde, por supuesto, se regula la competencia de los tribunales locales), configura un contexto complicado para trabajar con casos colectivos ambientales y de consumo. La razón de esta complicación es evidente: un gran número

mencionar que el lobby en contra de la protección de consumidores y usuarios rara vez se agota en los pasillos del Congreso.

³⁵ Ver Considerando 28° del voto de la mayoría.

³⁶ En otro lugar he destacado que el Ministerio Público cuenta con la suficiente autonomía para asumir un rol activo en la arena de los procesos colectivos, no obstante lo cual poco ha hecho hasta ahora en tal sentido (ver VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 235 y ss). Teniendo presente que la Ley N° 26.361 nada ha innovado sobre el asunto, me permito tres reflexiones. La primera de ellas tiene que ver con la poca utilidad de exigir la continuación del proceso abandonado o desistido en el marco de un sistema donde, como veremos, la cosa juzgada desfavorable no afecta el derecho de los miembros del grupo. Si una sentencia recaída sobre el mérito del asunto no puede perjudicar los intereses de aquellos, mucho menos podrá hacerlo una sentencia que pone fin al pleito por desistimiento o caducidad de instancia (consecuencia del abandono). ¿Qué sentido tiene entonces imponer al Ministerio Público semejante carga? Asumiendo por un momento que alguna utilidad pudiera tener la participación del Ministerio Público en el sentido previsto por la norma, la segunda reflexión gira en torno a la conveniencia de imponer como exigencia insoslayable la necesidad de asumir la titularidad de la acción. La norma es loable en tanto permite controlar de alguna manera que no se produzca connivencia entre la asociación actora y el demandado (utilidad que cobra especial relevancia ante la ausencia de control de la representatividad del legitimado colectivo). Sin embargo, parece razonable suponer que no siempre que se desista de una acción o se abandone la lucha en un proceso, ello tendrá por causa una conducta fraudulenta. También puede suceder, por ejemplo, que la actora se de cuenta que ha planteado mal el caso, o bien que no le asiste razón en su pretensión. Si no hay mérito para continuar con la discusión, no tiene sentido imponer al Estado la (gravosa) carga de litigar por litigar. La última idea que quiero presentar respecto a este tema también guarda relación con los supuestos en que habrá de operar la mentada obligación de continuar con el proceso, aunque desde otra perspectiva. Según el texto de la norma, dicho deber sólo se presenta cuando la demanda colectiva hubiera sido interpuesta por una asociación. Puedo conceder (no sin algún reparo) que en los supuestos de demandas promovidas por el Defensor del Pueblo y por las autoridades de aplicación, la intervención del Ministerio Público no resulte necesaria dado que se trata de entidades públicas. Sin embargo, no advierto razón alguna para omitir la intervención de aquel cuando el proceso es promovido (y desistido o abandonado) por un consumidor que actúa en calidad de afectado en los términos del art. 43 CN y 52, 1er. párrafo, de la LDC. Parece razonable suponer que también en este tipo de supuestos debería darse intervención al Ministerio Público para que actúe como lo prevé la norma (suponiendo que fuera útil y conveniente, ambas cuestiones que –como sostuve hace un momento– pueden ponerse en tela de juicio). A mi modo de ver, lo ideal hubiera sido que el legislador se ocupara en términos generales de regular el modo de disponer del proceso y del derecho, acordando al Ministerio Público, en ese escenario, un importante rol de control (tal como lo hizo al regular los acuerdos transaccionales).

de estos casos tienen por causa hechos, acciones u omisiones que trascienden las fronteras políticas y, por tanto, involucran a personas domiciliadas en distintas provincias.³⁷

a. Medio Ambiente

El art. 7 de la LGA provee una regla general en la materia al establecer que la aplicación de dicha ley “*corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas*” y disponer que la competencia corresponderá a los tribunales federales “*en los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales*”. A su turno, el art. 32 de la LGA ratifica esa regla en materia de daño ambiental al disponer que “La competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia”.

b. Consumidores y Usuarios

La LDC no contiene previsión alguna en materia de competencia. Por tanto, en los casos colectivos de consumo resultan de aplicación, en principio, las reglas de competencia generales. No obstante es importante mencionar que en un reciente fallo la CSJN se expidió sobre la competencia de los tribunales locales para juzgar casos colectivos de consumo que involucran personas domiciliadas en distintas provincias del país. En los autos “*Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Neuquén S.A. s/ Ordinario*”,³⁸ el tribunal estableció de manera muy clara una regla acorde con los principios que gobiernan tanto el campo del derecho del consumo como el -aun más elemental- derecho de acceso a la justicia.

El caso involucraba una demanda colectiva contra un Banco promovida por una asociación civil en representación de todos los clientes de dicha entidad financiera (los cuales estaban domiciliados en distintos lugares del país). Se produjo un conflicto de competencia ya que un tribunal de la provincia de Neuquén consideraba que le correspondía entender en el asunto, al mismo tiempo que un tribunal nacional con sede en la Ciudad de Buenos Aires, donde se había promovido la demanda, opinaba que era él quien debía juzgar el caso (aclaramos: estos tribunales nacionales no son federales sino que actúan como justicia local en la Ciudad de Buenos Aires). Para resolver el caso la CSJN aplicó la regla general de competencia en materia de competencia territorial para juzgar pretensiones personales fundadas en derechos crediticios de origen contractual (art. 5, inc. 3° CPCCN) y consideró que la apertura de una sucursal o establecimiento en una jurisdicción distinta a la de su domicilio estatutario implicaba, de parte de una empresa como el Banco demandado “*‘ipso iure’* avecindarse en ese lugar para el cumplimiento de las obligaciones *allí contraídas*”).

³⁷ El breve desarrollo efectuado aquí responde a la interjurisdiccionalidad “interna”, pero el problema resulta todavía más complejo ya que estos hechos, acciones y omisiones muchas veces trascienden las fronteras nacionales.

³⁸ Causa Competencia NG 945. XLVII, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Neuquén S.A. s/ ordinario” (disponible en www.csjn.gov.ar). El dictamen de la Procuración está disponible acá: http://www.mpf.gov.ar/ics-wpd/DocumentosWeb/LinksNoticias/dictamen_Union_Us_y_Cons.pdf.

De este modo, y a pesar de que la clase representada por la asociación actora comprendía personas domiciliadas en distintos lugares del país, la CSJN dejó en claro que las personas jurídicas que operan comercialmente por medio de sucursales y establecimientos localizados en diferentes lugares del país pueden ser demandadas en clave colectiva en cualquiera de esas jurisdicciones, siempre y cuando alguno de los contratos tipo con relación a los cuales se produce la afectación homogénea de todo el grupo de usuarios se hubiera perfeccionado en la jurisdicción elegida. Habrá que estar atentos a cómo evoluciona esta posición de la CSJN ya que ha dejado abierto un gran espacio para el forum shopping, algo que en general se ve con malos ojos en los países de tradición continental europea o del civil law, como es el caso de la República Argentina.

5. Litispendencia

En el marco de los procesos colectivos el instituto de la litispendencia presenta algunas particularidades que lo distinguen del modo en que opera en el contexto de los procesos individuales. Ello se debe, fundamentalmente, a que una acción colectiva puede generar litispendencia respecto de otras acciones colectivas y también respecto de las múltiples acciones individuales que encuentren causa en los mismos hechos. La posibilidad, siempre latente, de violentar los derechos individuales de los sujetos afectados y ausentes en el proceso colectivo, torna necesario el replanteo del instituto. Un replanteo que, hasta el día de la fecha, no se ha producido en la República Argentina.³⁹

En efecto, a pesar de la relevancia del asunto para el correcto trámite de las causas y para evitar el “escándalo jurídico” que se deriva del dictado de sentencias contradictorias sobre una misma cuestión, el instituto de la litispendencia no es objeto de regulación positiva en la LDC y sólo es atendido en la LGA, como veremos a continuación, cuando se da el supuesto de nuevas pretensiones de daño ambiental colectivo. Esto resulta particularmente llamativo atento la altísima probabilidad que, con motivo del elevado número de personas involucradas en el conflicto, se produzca en ambos ámbitos (consumo y ambiente) una multiplicidad y superposición de procesos (individuales y colectivos) sobre el mismo asunto.

a. Medio Ambiente

En cuanto a regulación positiva, entonces, sólo tenemos el art. 30 de la LGA. Dicha norma establece en su segundo párrafo que “Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno

³⁹ En “Halabi” la CSJN abordó el tema indirectamente, refiriéndose a la relación entre publicidad de la acción colectiva y el problema de la multiplicación y superposición de procesos. Lo hizo en los siguientes términos: “Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de avertir el peligro de que se dicten sentencias disímiles o *contradictorias sobre idénticos puntos*” (Consid. 20°). Entiendo que no basta con la publicidad para resolver los problemas de litigios paralelos y superpuestos, aunque ella configura un instrumento fundamental para el correcto funcionamiento de cualquier sistema de litispendencia que se adopte en el futuro.

de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a *intervenir como terceros*". Puede verse cómo este sistema procesal recepta la regla de prevención, impidiendo lisa y llanamente el planteo de nuevas pretensiones por daño ambiental colectivo. Esta limitación debería hacer suponer que la litispendencia entre acciones colectivas por daño ambiental no tiene por qué producirse, aunque en la realidad efectivamente puede ocurrir que distintos legitimados colectivos promuevan acciones del género (especialmente cuando se trata de conflictos interjurisdiccionales) debido a que no existe un registro público que les permita informarse de la existencia de otros procesos en trámite que persiguen el mismo objeto y tienen la misma causa.

Este rígido sistema provoca serios riesgos al debido proceso de los miembros del grupo habida cuenta que no hay obligación positiva, como veremos, de controlar la representatividad adecuada del legitimado que promovió la primera acción (el cual, por este sólo hecho, limita la actuación del resto de potenciales representantes colectivos, quienes sólo podrán, como veremos en el apartado siguiente, intervenir como terceros). Por lo demás, como adelantamos, la LGA no contiene regla alguna sobre litispendencia en materia de derechos individuales homogéneos.

6. Intervención de Terceros y Litisconsorcio

El régimen procesal federal habilita para los procesos tradicionales la conformación de litisconsorcios, tanto facultativos como obligatorios, originarios y sucesivos, activos, pasivos o mixtos;⁴⁰ y también permite la intervención de terceros que tenga interés en el proceso, la cual puede ser voluntaria u obligada.⁴¹ Estas reglas resulta de aplicación en materia colectiva, campo en el cual son escasas las previsiones al respecto (y más escasa todavía la jurisprudencia sobre el tema).

a. Medio Ambiente

El art. 30 de la LGA establece en su segundo párrafo que "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*". De este modo, podemos ver cómo la LGA permite la conformación de un litisconsorcio activo por intervención de terceros, pero impide la modificación de la demanda en modo alguno. Esta previsión del art. 30 LGA produjo una serie de pronunciamientos de la CSJN en el marco de la causa "Mendoza". Cabe detenerse por un momento en el análisis de estas decisiones interlocutorias ya que son útiles como muestra de los problemas

⁴⁰ Arts. 88, 89 y 91 CPCCN.

⁴¹ Intervención voluntaria de terceros (arts. 90 a 93 CPCCN), intervención obligada de terceros (art. 94 y 95 CPCCN). La CSJN ha señalado que el interés suficiente para justificar la intervención de terceros en el marco del art. 90 CPCCN tiene que ser "*propio y directo del pretendiente*" ("Loveli S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa", Fallos 326:1276, sentencia del 10/04/03) y también ha calificado tal interés como "*jurídico*" ("Neuquén TV S.A. c/ Río Negro, Provincia de y otra s/ Cesación de emisiones", Fallos 311:2725, sentencia del 20/12/88).

que produce esta particular disposición⁴² y, por qué no, de la falta de claridad de las reglas de debate en materia de intervención voluntaria de terceros y de los límites de tal intervención.⁴³ A través de dichas sentencias, como veremos, se resolvieron diversos pedidos de intervención de terceros y de ampliación de demanda formulados por afectados particulares, asociaciones civiles, fundaciones y el Defensor del Pueblo de la Nación.

En primer lugar tenemos la presentación del Defensor del Pueblo de la Nación, por medio de la cual éste buscó integrarse al polo activo de la relación procesal junto con los actores originales (recordemos, 17 afectados particulares) y ampliar demanda contra 14 municipios que consideraba involucrados en el conflicto y que no habían sido demandados por los actores. En la sentencia dictada el 24/08/06, la CSJN resolvió que más allá de la legitimación autónoma que corresponde reconocer al Defensor con relación al asunto que se discute en la causa, la pretensión de ampliar demanda era inadmisibles toda vez que los actores no habían dirigido reclamo alguno contra los municipios. En virtud de esta última circunstancia, la Corte sostuvo que lo pedido infringiría “*el preciso alcance subjetivo asignado por los pretensesores a la reclamación que han formulado en el sub lite*”.⁴⁴ Luego de referirse a las razones de economía procesal que justifican la intervención voluntaria de terceros en un proceso en trámite, el Tribunal afirmó que tal fundamento “*es desplazado y deja de ser predicable*” cuando por medio de la intervención se persigue modificar el contenido objetivo y subjetivo de la pretensión promovida por el actor “*pues lo impide el principio dispositivo que –en la cuestión que se trata- mantiene su sitial preeminente para procesos de esta índole*”. Si resulta por lo menos cuestionable la afirmación de que el principio dispositivo mantiene un sitial preeminente en el marco de un proceso colectivo (de cualquier tipo, no sólo ambiental); mayor perplejidad arroja lo que continúa diciendo la Corte, a saber: “*Ello es así, pues la condición del demandante como único titular activo de la relación jurídica procesal le confiere la absoluta disponibilidad de su pretensión, constituyendo las decisiones discrecionales que adoptare, con las salvedades reconocidas por el propio ordenamiento procesal, un límite infranqueable que desecha de plano todo intento –de parte del tribunal o de cualquier tercero- de imponerle coactivamente la*

⁴² Los problemas que encontró la CSJN para resolver diversas peticiones de terceros que buscaron intervenir en la mencionada causa muestran, en líneas generales y entre otras cuestiones, la necesidad de discutir la conveniencia de flexibilizar el sistema rígido de preclusiones propio de nuestro proceso civil a la hora de adaptarlo a la discusión de conflictos colectivos, repensar el alcance del derecho de los terceros a intervenir en el pleito y evaluar los potenciales riesgos que implica la prohibición para ampliar demanda establecida por el art. 30, 2do. párrafo de la LGA (al menos en la medida que los tribunales no controlen y exijan que el representante colectivo resulte “adecuado”, requisito de admisibilidad de toda acción colectiva según sostuvo la propia Corte al fallar en “*Halabi*”).

⁴³ Todas estas sentencias se encuentran disponibles en la página web de la CSJN (www.csjn.gov.ar). El número de la causa “*Mendoza*” es M.1569.XL. Algunas de las ideas que siguen respecto de la jurisprudencia de la CSJN en el marco de dicha causa fueron publicadas en la revista Temas Judiciales del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Salta, N° 16, Septiembre de 2010, bajo el título “*Intervención voluntaria de terceros, imposibilidad de ampliar o modificar demanda y representatividad adecuada en el proceso colectivo ambiental (una vez más, el caso “Mendoza” como ejemplo)*”. Allí asumí una posición muy crítica ya que analicé el tema desde la perspectiva del requisito de la representatividad adecuada, el principio dispositivo y algunas inconsistencias argumentales del tribunal.

⁴⁴ Considerando 2°.

obligación de litigar contra un sujeto que deliberadamente no ha escogido o por un objeto que es *ajeno a su interés declarado*.⁴⁵ Según sostuvo la CSJN, el hecho que “*en actuaciones de esta naturaleza*” se hayan morigerado ciertos principios vigentes en el tradicional proceso adversarial civil y, en general, se hayan elastizado las formas rituales “*no configura fundamento apto para permitir en esta clase de asuntos la introducción de peticiones y planteamientos en apartamiento de las reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir a este proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción de este Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura*”.⁴⁶ Por las razones indicadas, la CSJN rechazó la ampliación de demanda pretendida y se limitó a admitir al Defensor del Pueblo como tercero voluntario en los términos del art. 90 CPCCN.

Poco menos de una semana después la CSJN resolvió otros pedidos de intervención en la causa por medio de la sentencia dictada el 30/08/06. En esta oportunidad se trataba de siete organizaciones no gubernamentales que, además de intervenir como terceros, pretendían citar en tal carácter al CEAMSE (Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado) y a los mismos 14 municipios contra los cuales buscó ampliar demanda el Defensor del Pueblo. Asimismo, intentaron incorporar nuevas peticiones como objeto de discusión.⁴⁷ La Corte analizó los estatutos de las organizaciones interesadas y reconoció legitimación para actuar sólo a cuatro de ellas por entender que sus fines estatutarios guardaban necesaria vinculación con la pretensión ventilada en el expediente.⁴⁸ Sin embargo, invocando lo resuelto con relación al Defensor del Pueblo y la “*sustancial analogía*” que guardaban ambas situaciones, tal reconocimiento no implicó hacer lugar a las nuevas pretensiones que buscaban incorporar al debate, así como tampoco a las citaciones peticionadas. Sólo se admitió la intervención de las ONGs en carácter de terceros.

La tercera decisión de esta serie fue dictada el 20/03/07. Allí la CSJN debía resolver: (i) un nuevo pedido de intervención de parte de una ONG; y (ii) un pedido de acumulación de procesos incoado por setenta personas en el marco de la causa “*Verga*”.⁴⁹ La primera de dichas pretensiones no innovaba demasiado con respecto a las anteriores promovidas por otras ONGs. Es por ello que la Corte, por mayoría, se limitó a analizar el objeto estatutario de la organización y -encontrando que guardaba relación con lo que se discutía en la causa- admitió su participación como tercero con cita del precedente de fecha 30/08/2006 y “*con igual alcance*” que el reconocido a sus pares en tal

⁴⁵ Considerando 3°.

⁴⁶ Considerando 4°.

⁴⁷ Conformar un comité especial de expertos, inmediata implementación de un sistema de acceso a la información, crear un organismo interjurisdiccional para la cuenca, obligar a conformar un fondo de compensación ambiental, exigir la contratación de los seguros legalmente contemplados, etc.

⁴⁸ Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN), Fundación Greenpeace Argentina, Asociación Civil Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y Asociación Vecinos de la Boca (consid. 2°). Por falta de esa “*necesaria vinculación*” fue rechazada de plano la intervención de Fundación Metropolitana, Fundación Ciudad y Poder Ciudadano (consid. 3°).

⁴⁹ CSJN, “*Verga, Angela y ots. c/ Estado Nacional y ots. s/ Medida cautelar*”, causa V.625.XLII.

oportunidad (art. 90 CPCCN). En cuanto a la segunda petición (esto es, la de acumulación de procesos), la mayoría consideró que también resultaba aplicable lo dispuesto por el art. 30 de la LGA. Por tal motivo, dispuso admitir la participación de los afectados en carácter de terceros en el marco de la causa “Mendoza” y denegó la pretensión autónoma formulada en la causa “Verga” por ser posterior en el tiempo. Hasta aquí, nada nuevo. Lo que torna interesante esta sentencia es que la CSJN puso un límite a futuras intervenciones de sujetos interesados. Recordando lo que había sostenido al resolver el pedido del Defensor del Pueblo en cuanto a: (i) su condición de tribunal “*director de este proceso*”; (ii) la rigurosidad con que debe ejercer las facultades ordenatorias que le reconoce el art. 32 de la LGA; y (iii) el hecho que la morigeración de ciertos principios no puede habilitar la introducción de planteos que terminarían por convertir a la causa en una “*actuación anárquica*”; el voto de la mayoría del Tribunal utilizó sus atribuciones ordenatorias y dispuso que en futuras ocasiones rechazaría “*mediante la mera cita del presente toda petición por la cual cualquier persona pretenda incorporarse a esta causa con fundamento en el art. 30 de la LGA*”. El fundamento para fijar este límite fue que “*a esta altura de la litis*” la condición de afectados y/o interesados en cuanto al daño colectivo se encontraba “*suficientemente representada*” (aunque la mayoría no explicó por qué ni señaló qué factores deben ser evaluados para arribar a tal conclusión).

El fallo tuvo una disidencia de los Ministros Fayt, Petracchi y Argibay, la cual también genera algunos interrogantes. Sucede que estos Ministros fueron más drásticos en la limitación fijada y la aplicaron automáticamente (no de modo prospectivo como la mayoría). De esta forma, la disidencia rechazó de plano la intervención de la ONG y de los afectados que habían promovido la causa “Verga”. Para fundar su decisión los jueces señalaron que la intervención de nuevos terceros “*significaría ahondar la complejidad inherente a un proceso que –por su naturaleza e implicaciones- es genuinamente excepcional*”. En este orden de ideas afirmaron que, de hacerse lugar a los pedidos en análisis, se afectaría la garantía constitucional de defensa en juicio de actores y demandados en cuanto comprende el derecho a obtener una sentencia en tiempo útil, y podría llegar incluso a frustrarse la jurisdicción constitucional de la Corte en el asunto. Máxime cuando –según sostuvieron- una decisión favorable “*debería propagarse frente a toda futura pretensión análoga*”.⁵⁰

⁵⁰ Según la disidencia, este modo de decidir no excluye ni restringe los derechos individuales ni colectivos de los interesados. Ello así en la medida que con respecto a los primeros, se mantiene intacta la atribución de promover las acciones de daños y perjuicios pertinentes ante los tribunales que corresponda; y con respecto a los segundos (prevención y recomposición del medio ambiente, así como también el resarcimiento del daño de incidencia colectiva), la pretensión común de quienes dicen ser damnificados y de la asociación presentante se superpone con el objeto de la demanda inicial, “*por lo que la decisión que se dicte tendrá un efecto expansivo como es característico a procesos de esta naturaleza*”.

Como puede observarse, el criterio de todos los miembros de la CSJN en la última de las decisiones analizadas conduce al mismo lugar (sea en modo inmediato, postura de la disidencia; o a partir de futuras presentaciones, postura de la mayoría): nadie más podrá actuar en la causa como tercero en el polo activo de la relación procesal. Ahora bien, si tenemos en cuenta que los interesados no pueden promover un nuevo proceso colectivo debido a lo dispuesto en el art. 30, 2do. Párrafo, LGA; y a ello sumamos que tampoco pueden participar en la causa en carácter de terceros de acuerdo a lo decidido por la CSJN, ¿qué opción les queda disponible? ¿Simplemente sentarse y esperar? Si la respuesta es afirmativa, ¿no estamos ante una flagrante vulneración del derecho de acceso a la justicia? Porque si bien es cierto lo sostenido por la disidencia en cuanto a que quedan a salvo las acciones individuales, no sucede lo mismo con la colectiva (cuyo resultado producirá cosa juzgada aun en contra de los intereses del grupo, salvo que la demanda fuera rechazada por insuficiencia probatoria).⁵¹

b. Consumidores y Usuarios

Sobre el tema en estudio la LDC sólo contiene, en su art. 52, 3er párrafo, una referencia a la posibilidad de que “*En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas*”. Esta disposición no agrega demasiado al asunto ya que resulta de toda lógica que si tales asociaciones pueden ejercer la acción colectiva de manera autónoma también puedan intervenir como litisconsortes en el marco de procesos promovidos por otros legitimados colectivos. Lo que no resulta claro, y sobre esto no hay jurisprudencia de la CSJN, es si la posibilidad de intervenir como litisconsortes se encuentra sólo reservada a las asociaciones intermedias o también puede ser ejercida por otros legitimados colectivos. En virtud del mismo razonamiento (quien puede lo más, puede lo menos), entiendo que

⁵¹ Mayoría y disidencia presentan distintos argumentos para justificar la solución que proponen. Comencemos por la disidencia. Aun cuando del voto no surge del todo claro cómo jugaría el “*efecto expansivo*” de la sentencia a dictarse a la hora de justificar la prohibición de eventuales intervenciones, una lectura posible es suponer que tal efecto tornaría innecesaria la participación de nuevos sujetos. Claro que esta lectura no tiene mucha lógica porque el carácter expansivo de la sentencia más que justificar la prohibición debería operar exactamente en sentido contrario. Es decir: si la sentencia afectará a los integrantes del grupo como si hubieran estado presentes en el proceso (insisto: salvo insuficiencia probatoria, excepción expresamente prevista en la LGA), se supone que ello exige que el sistema les permita participar de algún modo, sea como terceros (tal como lo prevé dicho cuerpo legal) o bien de alguna otra manera que los habilite –al menos- a controlar que quienes están llevando adelante la discusión lo hagan en debida forma. El voto de la mayoría, por su parte, esgrimió como argumento el hecho que los intereses de los miembros del grupo ya se encontraban suficientemente representados en la causa. Cómo evaluó esa “suficiencia” no podemos saberlo ya que no hay argumentos que sustenten tal afirmación. Debido a esta falta de argumentos no está claro si la Corte se estaba refiriendo a que el representante (o mejor dicho, los representantes) eran “adecuados” y por tanto el derecho de defensa de los terceros interesados se encontraba garantizado. A pesar de la falta de motivación de este aspecto de la decisión, creo posible especular que la Corte siguió una línea argumental de ese tipo. Esto es, considerar que los intereses de los terceros se encontraban adecuadamente representados en el pleito, y que por tanto la intervención debía ser denegada. De ser así, esta decisión puede considerarse como un adelanto de lo que años después iba a ser una de las aristas más interesantes del caso “*Halabi*”: el reconocimiento de la representatividad adecuada como requisito constitucional del proceso colectivo.

no existirían obstáculos para que un consumidor o usuario afectado, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo o cualquier otro de los legitimados para accionar colectivamente en defensa de los intereses del sector pueda también actuar como litisconsorte cuando la demanda hubiera sido interpuesta previamente por otro.

7. Medidas Cautelares

El CPCCN reconoce amplios poderes cautelares a los jueces federales, permitiéndoles dictar cualquier medida –siempre a petición de parte- que concurra a asegurar la efectividad de la decisión a tomarse sobre el mérito del asunto.⁵² En el campo de los procesos colectivos las medidas cautelares se erigen claramente como otra de las cuestiones que deberían ser objeto de análisis y especial cuidado, sobre todo cuando el objeto del proceso se encuentra relacionado con la prestación de servicios públicos, la protección del medio ambiente o el desarrollo de la actividad estatal en sus distintas esferas de actuación. En atención a la magnitud de los intereses en disputa se impone la necesidad de repensar los alcances de las denominadas “cautelares materiales” o anticipaciones de la sentencia de fondo para establecer una regulación que las recepte expresamente fijando límites y pautas claras con respecto a su funcionamiento.⁵³ Asimismo, y siempre que la urgencia del caso lo permita, debería evaluarse la posibilidad de establecer un mecanismo que permita generar algún grado de contradictorio con carácter previo al otorgamiento de las medidas cautelares en este tipo de procesos (volveré sobre esto a continuación).

a. Medio Ambiente

El campo cautelar en materia de medio ambiente resulta particularmente sensible debido a la relevancia social y pública del bien tutelado. Además de receptar expresamente el principio precautorio en su art. 4 (“Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de

⁵² Arts. 195 a 237 CPCCN.

⁵³ Así lo aconsejan las conclusiones de Mendoza en el pto. 6.4.El Código Modelo, por su parte, establece en su art. 5º la posibilidad de que el juez anticipe total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda, siempre que “con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: I) exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o, II) esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado”.Se exceptúan de esta posibilidad los casos en que existiera “peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante” (art. 6º, párr. <0>1º).Para un análisis de estas previsiones, consultar CAMPS, Eficacia cautelar de los procesos colectivos, en OTEIZA (coord.), “Procesos colectivos”, p. 289 a 312.En los proyectos nacionales, por el contrario, la regulación sobre la materia es mínima y reiterativa de principios generales que responden a un proceso de tipo individual.El proyecto BAUZÁ establece que los magistrados “ponderarán especialmente en la materia cautelar los eventuales efectos dañosos que las medidas precautorias podrían ocasionar a terceras personas o aún a otros integrantes de la clase para adoptar aquellas cautelares que cumplan su finalidad específica causando los menores perjuicios” (art. 38), mientras que el proyecto BALTUZZI agrega la necesidad de evaluar los perjuicios que pudieran ocasionarse al demandado (art. 61).No obstante, este último innova al habilitar al juez a dictar de oficio medidas cautelares cuando existieran razones de urgencia vinculadas al bien público que lo tornaran necesario.Finalmente, el proyecto URTUBEY prevé curiosamente que las medidas cautelares deben solicitarse en el escrito inicial y que “deberán concederse solo excepcionalmente” (art. 14).

medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación *del medio ambiente*”), la LGA reconoce en su art 32 el poder del juez para ordenar medidas cautelares, aún de oficio. En su parte pertinente, dicho artículo establece que “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez *podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte*”. La doctrina y la jurisprudencia han reconocido en forma conteste la amplitud de este poder cautelar y la relevancia del principio precautorio como fundamento último de su ejercicio.⁵⁴

Más allá de eso entiendo que el dictado de medidas cautelares sin audiencia previa de la contraria es uno de los principios tradicionales que deberíamos revisar partiendo de la base dada por la complejidad de los conflictos colectivos y su carácter policéntrico. Ante todo, debe tenerse en cuenta que la tutela cautelar puede adquirir distintos matices dentro del proceso colectivo (de igual modo que en el marco del proceso individual). En líneas generales pueden identificarse dos grandes tipos. Por un lado, tenemos aquellas medidas cautelares que tienden a asegurar la existencia de bienes para responder frente a una eventual condena de tipo pecuniario por daños individuales homogéneos o por daño colectivo ambiental (embargo, anotación preventiva de litis, inhibición general de bienes, etc.). En estos supuestos, el dictado inaudita parte de la medida cautelar continúa manteniendo plena justificación ya que la noticia previa de la inminente restricción puede frustrar el objetivo de la pretensión cautelar de modo exactamente igual a como puede hacerlo en el marco de un proceso individual. Además, las consecuencias que se derivan de la traba de este tipo de medidas no necesariamente gravitan de modo determinante en la marcha de la empresa, organismo estatal o persona física demandada. Finalmente, siempre existe la posibilidad de sustituir la medida por otra menos perjudicial para el cautelado.

Por otro lado, encontramos ciertas medidas cautelares que tienden a incidir sobre la conducta de la parte demandada mediante una orden de hacer o no hacer (prohibición de innovar, orden de innovar). Es en torno a estas medidas que sugiero repensar hasta dónde resulta necesario y conveniente su dictado sin previo contradictorio. Ello así por diversas razones. En primer lugar, porque la noticia anticipada de la restricción que habrá de padecer el cautelado no influye del mismo modo que en los supuestos analizados anteriormente. En estos casos, al cautelado no le basta con insolventarse. Más aun, éste no tiene forma de desembarazarse de lo que viene si no es mediante el cumplimiento de lo pedido en carácter de medida cautelar; lo cual, a lo sumo, tornaría

⁵⁴ Ver, entre otros, SBDAR, Claudia “*Proceso Colectivo Ambiental*”, L.L. 2009-A-922 (sosteniendo que “*Consistente con la finalidad preventiva del derecho ambiental, contemplada como principio por el art. 41 de la CN como por el art. 4° de la LGA, el juez está facultado para disponer medidas cautelares de oficio ... a raíz de que el daño ambiental colectivo es social, incide en una comunidad, el juez pierde neutralidad, aunque conserva su independencia y, consecuentemente, puede disponer medidas cautelares tendientes a evitar ese daño, aun cuando no hayan sido solicitadas por las partes*”).

abstracta la cuestión y solucionaría en forma indirecta (y más rápida) el problema del cautelante. En segundo lugar, porque las eventuales consecuencias privadas y públicas de la traba de la medida suelen ser más graves que en los otros supuestos. Detener la explotación minera desarrollada en cierta zona geográfica, por poner un ejemplo de suma actualidad en la República Argentina, no sólo puede afectar a la empresa que la lleva adelante sino también a los trabajadores e incluso al país entero en términos macroeconómicos. Por último, cabe señalar que las mandas contenidas en las providencias cautelares de este tipo suelen ser de carácter personalísimo y sumamente específicas, lo cual impide sustituir la medida por otra menos perjudicial para el cautelado. En virtud de lo expuesto, entiendo que resulta conveniente -al menos en línea de principio- correr un traslado con carácter previo a resolver sobre pretensiones cautelares que encuadren en este segundo grupo.⁵⁵

b. Consumidores y Usuarios

En el ámbito del derecho del consumo resultan aplicables los principios generales en materia de medidas cautelares toda vez que la única referencia sobre la materia la encontramos en el art. 45 LDC, norma referida a las actuaciones administrativas y no al campo judicial, donde se establece que “la autoridad de aplicación gozará de la mayor aptitud para (...) dictar medidas de no *innovar*”. Nada dice la LDC sobre los alcances del poder cautelar de los jueces en el marco del proceso, sea éste individual o colectivo.

⁵⁵ Sobre la base de estos argumentos, entiendo que el marco legal actualmente vigente permite (y, según cierta interpretación, exige como principio) la sustanciación previa de las medidas cautelares en este campo. Si bien el 1er. párrafo del art. 198 CPCCN establece que “*Las medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte*”, ésta es una norma general que sólo resulta aplicable al proceso colectivo ambiental en la medida que no se contradiga con las previsiones instrumentales contenidas en la LGA (ley especial para estos casos). Y el citado art. 32 LGA contiene al menos un argumento de lege lata, sumamente específico, que habilita a los jueces a ordenar un traslado antes de expedirse sobre una pretensión cautelar. Me refiero a la referencia de que las medidas de urgencia pueden ser solicitadas “*aun sin audiencia de la parte contraria*”. Si bien la redacción del art. 32 LGA no es del todo feliz ya que las peticiones de las partes -del género que sean- se formulan siempre al juez sin audiencia de la parte contraria; una interpretación razonable de este artículo permite concluir que la frase citada se refiere al dictado de la providencia judicial y no al pedido de la parte. Partiendo de esta premisa, ¿qué significa que las medidas de urgencia “aun con carácter de medida precautoria” pueden ser dictadas “aun sin audiencia de parte contraria”? A mi juicio, esto implica reconocer tácitamente que el juez cuenta con la facultad de correr traslado con carácter previo a resolver sobre el pedido cautelar. Más aun, hasta podría llegar a afirmarse que esta norma impone un principio que desplaza a aquél establecido en el art. 198 del CPCCN, a saber: que el juez debe correr traslado como regla general, pero si lo considera conveniente o necesario puede resolver sin hacerlo. Esta interpretación exegética de la norma cobra mayor fuerza una vez que se analizan los antecedentes parlamentarios de la ley. En efecto, el proyecto original presentado en la Cámara de Diputados existía una previsión similar al actual art. 32, 2do. párrafo de la LGA. Similar, pero no igual. Dicho proyecto establecía en el 2do. párrafo de su art. 33 que “*En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida preparatoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte*” (el subrayado no pertenece al original). Nótese que el proyecto tuvo dos modificaciones en este aspecto (además del cambio de número del artículo). Como primera medida, se sustituyó el término “preparatoria” por “precautoria” y con ello se dejó en claro que la norma rige el campo de las medidas cautelares. En segundo lugar, se incorporó el vocablo “aun” inmediatamente antes de la expresión “sin audiencia de la parte contraria”. Lamentablemente, el dictamen de las comisiones que intervinieron antes de que el proyecto obtuviera media sanción carece de mención alguna respecto de las razones que justificaron dichos cambios. Sin perjuicio de ello, parece evidente que -lejos de ser una mera cuestión semántica o de estilo- la incorporación del término “aun” cambió diametralmente el sentido de la norma y demuestra que la intención del legislador fue establecer que las “medidas de urgencia” (“aun con carácter de medida precautoria”) deben -en principio- ser dictadas previa audiencia de la parte contraria [VERBIC, Francisco “Sustanciación previa de ciertas pretensiones cautelares en el marco del proceso colectivo *ambiental*”, Actualidad Jurídica de Córdoba, Volumen 182, p. 641 (2010)].

8. Poderes del Juez

La necesidad de contar con un juez presente y activo, con un verdadero director del proceso, configura un reclamo común en el ámbito del proceso tradicional y adquiere carácter esencial en el campo colectivo para garantizar la correcta marcha del proceso.⁵⁶ Además del evidente ahorro de tiempo y recursos, una de las principales ventajas de contar con un juez activo en este tipo de procesos se encuentra en la protección que tal participación proporciona a los derechos de los sujetos involucrados en el caso.⁵⁷ Es por eso que el Manual for Complex Litigation se refiere a la “supervisión judicial” como uno de los principios generales que gobiernan este campo procesal en

⁵⁶ Uno de los primeros en profundizar sobre el nuevo rol del juez en esta arena fue Chayes, por medio de un trabajo que puede ser calificado como clásico en la materia. Enfocado fundamentalmente en los litigios colectivos sobre derechos civiles que se desarrollaron en los Estados Unidos de América durante las décadas del 60' y 70' del siglo pasado, dicho profesor señaló que los jueces debían ejercer sus funciones como verdaderos managers (directores/gestores) de un proceso civil que involucraba por entonces, cada vez con mayor frecuencia, cuestiones de Derecho público [Abram CHAYES, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976). A su modo de ver, este nuevo rol es legítimo en términos constitucionales y se presenta como algo inevitable en la medida que se pretenda obtener justicia en el marco de sociedades cada vez más reguladas]. Ya con anterioridad a la publicación de ese trabajo, desde distintos espacios institucionales se había comenzado a insistir en este necesario cambio de rol del juez para enfrentar conflictos de dimensiones cada vez mayores. Entre las instituciones se destaca especialmente el Federal Judicial Center, creado en 1967 para ser el brazo de investigación, desarrollo y entrenamiento del poder judicial federal. Ver Francis E. MCGOVERN, “Toward a Functional Approach for Managing Complex Litigation”, 53 U. Chi. L. Rev. 440 (1986). Lejos de tratarse de un hecho aislado, este cambio radical en la función judicial se dio en el marco de un proceso histórico que involucró también un profundo cambio en la visión de la sociedad respecto de los objetivos del Derecho en general. En este nuevo imaginario, el proceso judicial dejó de ser un mecanismo para resolver exclusivamente disputas privadas por medio de un juez neutral y se convirtió en una herramienta para alcanzar cambios sociales. Conf. Clarence Thomas, “A Return to Civility”, 33 Tulsa L.J. 7, 11 (1997). Es importante aclarar que en este trabajo Thomas (juez de la Corte Suprema estadounidense desde el año 1991 y hasta la actualidad) se muestra contrario a la utilización del Derecho para avanzar una agenda política o social. A su modo de ver, tales cambios deberían darse como resultado de la discusión en sede legislativa. En otro orden de ideas, es interesante observar que la lectura del alcance del papel del juez en controversias colectivas no difiere cuando es estudiada desde la perspectiva de observadores foráneos. En opinión de los juristas italianos Cappalli y Consolo, por ejemplo, el catálogo de facultades y deberes del juez establecido en la FRCP 23 lo convierte en “director de una especie de pequeña burocracia estatal cuyo objetivo es determinar derechos y distribuir responsabilidades entre un grupo de beneficiarios”, Richard B. Cappalli-Claudio Consolo “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, 6 Temp. Int'l & Comp. L.J. 217 (1992), nota a pie de página N° 261.

⁵⁷ A pesar de tales evidentes ventajas, los desarrollos a favor de una activa participación del juez distan de ser lineales. De hecho, algunos autores han expresado su escepticismo respecto de los resultados de la función judicial en este contexto, tanto en términos generales como específicamente respecto de la revisión de acuerdos transaccionales [ver MOLOT, Jonathan T. “An Old Judicial Role for a New Litigation Era”, 113 Yale L.J. 27 (2003); RESNIK, Judith, “Managerial Judges”, 96 Harv. L. Rev. 374, 425 (1982) (sosteniendo que el contexto generado por mega acuerdos transaccionales crea oportunidades para que los jueces abusen de sus poderes); LAHAV, Alexandra “Fundamental Principles for Class Action Governance”, 37 Ind. L. Rev. 65, 75-76 (2003) (quien opina que el rol del juez como facilitador de este tipo de acuerdos lo aleja (aun más) de su tradicional calidad de “árbitro desinteresado y neutral” para convertirlo, en cierto modo, en una verdadera parte interesada a la hora de aprobar el acuerdo y lograr de tal modo la consiguiente disposición final del caso]. Ver también WILLING, Thomas E. “An Empirical Analysis of Rule 23 to Address the Rulemaking Challenges”, 71 N.Y.U. L. Rev. 74 (1996) (afirmando que los resultados de estudios de campo demuestran que aun cuando no pueda afirmarse que una activa dirección del proceso elimina la posibilidad de forzar al demandado a entrar en acuerdos extorsivos, dicha actividad efectivamente disminuye la posibilidad de que la sola certificación de la acción, sin importar el mérito de la pretensión de fondo, pueda forzar la celebración de acuerdos del género). Más allá de las críticas que puedan esgrimirse, hay un hecho indiscutible que debe servir de punto de partida para cualquier análisis sobre el tema: el tiempo judicial es escaso, razón por la cual los jueces deben utilizarlo de la mejor manera posible y también hacer uso de toda la ayuda que puedan obtener de las partes para definir los contornos del debate y evitar incurrir en actuaciones innecesarias para la justa definición del conflicto.

los Estados Unidos de América.⁵⁸ Principio que, al menos en teoría, también debería tener plena aplicación en la República Argentina.⁵⁹ Los arts. 34 y 36 del CPCCN establecen en cabeza de los jueces federales diversos poderes/deberes que les permiten asumir y llevar adelante un rol de dirección. Estas previsiones son perfectamente aplicables al campo colectivo y, en algunos supuestos, se encuentran también contempladas con algunas variantes en la normativa especial.

a. Medio Ambiente

La LGA es un ejemplo donde los poderes/deberes reconocidos a los jueces por el CPCCN cuentan con expresa (y amplia) recepción. En efecto, dicha norma contiene en su art. 32 ciertas disposiciones que acuerdan al magistrado amplios poderes ordenatorios e instructorios para asegurar la buena marcha del proceso al establecer. Además de los ya mencionados amplios poderes en materia cautelar y precautoria, dicho art. 32 también establece 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*”.⁶⁰ Diversos casos de la CSJN han demostrado el amplio alcance de estos poderes.⁶¹ La doctrina nacional también es conteste en la necesidad de contar con un juez activo y presente en el contexto de causas ambientales colectivas.⁶²

b. Consumidores y Usuarios

A diferencia de la LGA, la LDC carece de una previsión que confiera al juez amplios poderes con carácter general. Sin embargo, distintos artículos de dicha norma contemplan supuestos específicos de ejercicio de tal poder. En primer lugar tenemos el art. 52 LDC, que, al regular la posibilidad de las asociaciones civiles de intervenir como litisconsortes, pone en cabeza del juez el poder/deber de evaluar la legitimación de éstas antes de permitir su incorporación al proceso en tal carácter. En segundo lugar encontramos el art. 52 bis LDC, el cual confiere al juez -siempre que haya pedido de parte- el poder de imponer una “*multa civil*” a favor del consumidor y le atribuye fuerte discreción para fijar sus alcances: “*la que se graduará en función de la gravedad*

⁵⁸ Al explicar sus alcances, el manual destaca cómo invertir tiempo en etapas tempranas del litigio lleva a una resolución más rápida del asunto, evita incurrir en actividades innecesarias y -en el largo plazo- implica un ahorro de tiempo judicial y un achicamiento de la carga de trabajo del tribunal [Manual For Complex Litigation (Fourth) § 10.01 (2004)].

⁵⁹ He sostenido en otro lugar la posibilidad que tienen los jueces federales argentinos para erigirse en verdaderos directores del proceso colectivo sin necesidad de modificaciones legislativas y sólo con base en los arts. 34, 36 y 360 del CPCCN [VERBIC, Francisco “*El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos*”, en BERIZONCE, Roberto O. (Coordinador) “*Los Principios Procesales*”, Librería Editora Platense, 2011, capítulo 13].

⁶⁰ El art. 32 LGA también disponía que “[e]n su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes”, pero tal facultad fue vetada por el Poder Ejecutivo al promulgar la ley debido a la clara vulneración al derecho de defensa que tal previsión legal implicaba. Sobre los alcances de la noción de “congruencia” y los límites que deben respetarse a la hora de su flexibilización en este campo, remitimos a nuestro trabajo “*Flexibilización de la congruencia en la sentencia colectiva*”, Revista de Derecho Ambiental Abeledo-Perrot, Diciembre 2008.

⁶¹ El caso “Mendoza” es el má paradigmático de todos. En el contexto de este expediente la CSJN ha llevado tales poderes a límites impensados anteriormente.

⁶² Ver MORELLO, Augusto M. “*Dificultades de la prueba en procesos complejos*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que *correspondan*".

En tercer lugar, la LDC también reconoce al juez el poder de decidir el cauce procesal por el cual tramitará la acción colectiva, aunque –al igual que con respecto a la multa civil- tal poder se encuentra limitado por la necesidad de que exista petición de parte al respecto. En este sentido, el art. 53 LDC dispone que las causas iniciadas con fundamento en dicha ley se regirán por las normas del procedimiento más abreviado que rija en la jurisdicción del tribunal que resulte competente "a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de *conocimiento más adecuado*". En cuarto lugar tenemos el art. 54 LDC que, en materia de acciones colectivas, reconoce al juez el poder de fijar "la manera en que el resarcimiento será instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo *afectado*". Este poder, sin embargo, tiene también una limitación importante: sólo podrá ser ejercido cuando los beneficiarios de la sentencia colectiva "*no pudieran ser individualizados*". Por último cabe mencionar que los arts. 36 y 37 LDC, referidos al proceso sino a los requisitos de las operaciones financieras y de crédito para el consumo y a los términos abusivos y cláusulas ineficaces, respectivamente, establecen el poder del juez para integrar contratos en los siguientes términos (idénticos en ambos artículos): "*Cuando el juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario*".

9. Cosa Juzgada

La cosa juzgada puede ser definida como la inmutabilidad o irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia definitiva cuando ésta ha quedado firme o consentida. Se trata de una cualidad específica de la sentencia que abarca sus efectos y supone, fundamentalmente, su inimpugnabilidad. Si bien la influencia de la decisión se extiende a toda la comunidad, la cosa juzgada se presenta sólo en relación a los efectos que la sentencia produce respecto de las partes del proceso.⁶³ Para evaluar el alcance del instituto en los procesos colectivos ambientales y de consumo debe partirse del examen del objeto y las finalidades perseguidas por estos dispositivos procesales,⁶⁴ así como también del significado y alcance que se confiera a la legitimación

⁶³ En tal sentido cobran relevancia las siempre vigentes enseñanzas de Liebman, quien expone claramente que la sentencia, como acto autoritativo emanado de un órgano del Estado, formula e impone ante todos el mandato concreto de la ley para un determinado caso. Es por ello que "las partes, como sujetos de la relación a que la decisión se refiere, son, en verdad, las primeras que sienten su eficacia, pero no hay motivo alguno que exonere a los terceros de sentirla igualmente". Dicha influencia de la sentencia sobre los terceros ajenos al proceso es denominada por el autor como el efecto natural de la sentencia. Este último no se encuentra revestido de cualidad de cosa juzgada en tanto puede ser modificado por tales terceros cuando vulnera sus derechos en grado suficiente para legitimarlos a la impugnación de la decisión (LIEBMAN, Enrico T. "*Eficacia y autoridad de la sentencia*", Ed. Ediar S.A., Buenos Aires, 1946, p. 150 y ss.).

⁶⁴ La desactivación adecuada del conflicto depende de una necesaria expansión de la cualidad de cosa juzgada de los efectos de la sentencia hacia la esfera individual de quienes no formaron parte del debate procesal. Sucede que la

extraordinaria reconocida en la CNA y las leyes reglamentarias sobre las cuales venimos trabajando.⁶⁵

a. Medio Ambiente

En líneas generales, no hay claridad en el derecho argentino sobre los alcances de la cosa juzgada de las decisiones tomadas en casos ambientales colectivos. El art. 33 LGA dispone en su última parte 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”*. Más allá de la previsión expresa de la excepción prevista en la norma, resulta posible arribar al mismo resultado a través de otro camino argumental. Ello así en la medida que las deficiencias probatorias previstas por la norma son una clara demostración de que la representatividad del legitimado no era adecuada, haciendo que una sentencia dictada en tales condiciones resulte inoponible a los miembros ausentes del grupo. Claro que este último razonamiento actualmente resulta posible únicamente de lege ferenda y con apoyo en la doctrina *“Halabi”*, en tanto, según hemos ya visto, ninguna norma prevé la obligación del juez de controlar el requisito de la adecuada representatividad cuando se plantea una pretensión colectiva.

Analizando el art. 33 LGA se ha puesto en evidencia que la redacción de la norma no convence demasiado a los fines de evitar posibles fraudes procesales. En este orden de ideas se

posibilidad de discutir nuevamente lo juzgado por iniciativa de cualquier interesado comprendido en la misma clase, grupo o sector representado por el actor en el proceso colectivo, dejaría vacío de contenido al sistema. Un proceso judicial puede ser calificado como un proceso colectivo sólo si resuelve los intereses de los miembros ausentes del grupo involucrado en el conflicto. En este entendimiento, la concepción tradicional de los límites subjetivos de la cosa juzgada podría constituirse en un obstáculo insalvable para la efectiva tutela jurisdiccional de los derechos que se pretende proteger. En este sentido, GIDI, Antonio *“Cosa juzgada en acciones colectivas”*, en GIDI - FERRER MAC-GREGOR, (Coordinadores) *“La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”*, Ed. UNAM, México, 2003 p. 261. Ver también GORDILLO, Agustín *“Un ‘leading case’ provincial en que el derecho no cae en la vorágine”*, L.L. 2002-B-344 (sosteniendo que *“el efecto erga omnes de la sentencia en un caso de derechos de incidencia colectiva es una de las obligaciones mínimas de eficiencia y eficacia del sistema”*). Sobre este aspecto de la cuestión cabe formular una breve digresión, ya que en ciertas ocasiones el conflicto colectivo parece encontrar solución sin que se produzca la expansión de la cosa juzgada. Me refiero a los supuestos en que el objeto de la pretensión es indivisible, el actor triunfa en su pretensión y, además, ejecuta la sentencia. En caso de reunirse todos estos extremos la solución beneficia a los miembros ausentes del grupo, pero no por existir una cosa juzgada colectiva sino por la expansión de los efectos naturales de la sentencia sobre éstos (VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, 2007, Capítulo III).

⁶⁵ En este sentido resulta ilustrativo lo que sostiene Gidi en cuanto a que si bien los procesos colectivos presentan el problema de la legitimación activa como cronológicamente anterior al de la cosa juzgada, este último resulta ser lógicamente anterior [GIDI, Antonio *“Cosa juzgada en acciones colectivas”*, en GIDI - FERRER MAC-GREGOR, (Coordinadores) *“La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”*, Ed. UNAM, México, 2003 p. 261]. Con esto se quiere significar que deberíamos discutir primero qué alcances tendrá una sentencia dictada en el marco del sistema colectivo, para luego resolver a quién y de qué manera permitimos discutir el asunto ante el tribunal en defensa del grupo, clase o sector afectado. A pesar de ello, la CNA no ha seguido ese orden lógico y reconoce legitimación procesal extraordinaria a sin formular consideraciones acerca de los efectos de las sentencias a dictarse con motivo de su intervención. Puede advertirse así la constante relación que existe entre la legitimación extraordinaria y la necesaria reformulación del instituto de la cosa juzgada, ya que el reconocimiento de aquella debe traer como correlato necesario la expansión de ésta a todos aquellos sujetos menoscabados por el conflicto colectivo cuya solución se persigue en justicia. En resumidas cuentas, el reconocimiento constitucional de legitimaciones extraordinarias requiere una cosa juzgada en cierto modo también extraordinaria, siempre que se pretenda acceder a soluciones coherentes en la materia. De hecho, al dictar sentencia en *“Halabi”* la CSJN reconoció el carácter constitucional de la cosa juzgada colectiva, necesaria e ineludible contracara del art. 43 CNA (VERBIC, Francisco *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, 2007, Capítulo III).

señala –en posición que comparto– que si bien el artículo es claro en cuanto dispone que la sentencia que favorece al actor tiene efectos erga omnes con respecto al resto de los sujetos comprendidos en el grupo afectado; el problema se presenta cuando la demanda es rechazada por cualquier motivo que no sea la insuficiencia probatoria. Ello así en la medida que podría interpretarse a contrario sensu que en estos últimos supuestos la cualidad de cosa juzgada de la sentencia produce efectos expansivos sobre el colectivo afectado, con lo cual los posibles acuerdos entre actor y demandado para perjudicar al resto del grupo “estarían a la orden del día”⁶⁶.

Respecto de este tema cabe destacar que hace ya más de 5 años (precisamente en el año 2007) se presentó en el Senado de la Nación un proyecto de reformas a los aspectos procesales de la LGA, recogiendo la sugerencia de la Asociación Argentina de Derecho Procesal que, a su turno, tuvo origen en una propuesta elaborada por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.⁶⁷ Este proyecto traía relevante modificaciones en materia de cosa juzgada. En primer lugar, modificaba el art. 33 LGA sustituyendo “cuestiones probatorias” por “insuficiencia probatoria”. De este modo se buscaba precisar el alcance de la excepción a la configuración de la cosa juzgada erga omnes.⁶⁸ Asimismo, el proyecto preveía efectuar dos agregados al art. 33 LGA en los siguientes términos: (i) “Si la pretensión colectiva fuera acogida, los damnificados podrán solicitar la liquidación y ejecución de la sentencia a título personal”; y (ii) “En ningún caso, la sentencia que rechaza la acción colectiva perjudicará la posibilidad de promover las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado”. El primero de tales agregados se integra en el proyecto con otras modificaciones que buscaban permitir la promoción de pretensiones colectivas tendientes a juzgar las cuestiones comunes del conflicto dejando para una etapa posterior la liquidación y la eventual ejecución de la sentencia. La particular novedad se encuentra en el segundo agregado, en tanto preveía –siguiendo las aguas del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y el modelo brasileño del

⁶⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Estado de la jurisprudencia nacional en el ámbito relativo al daño ambiental colectivo después de la sanción de la ley 25.675, ley general del ambiente (LGA), Comunicación efectuada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 22 de junio de 2006.

⁶⁷ Conf. exposición de motivos. El mérito por la redacción del anteproyecto en este último escenario –donde tuve la posibilidad de participar activamente con distintas críticas y sugerencias– corresponde a los Dres. Leandro J. Giannini y Leandro K. Saffi. El texto completo del proyecto fue publicado en *La Ley Actualidad* del 16/12/06

⁶⁸ Aun cuando a primera vista pueda parecer una mera cuestión terminológica, la modificación encierra un significado de extrema relevancia. En efecto, una cosa es decir que la cualidad erga omnes de los efectos de la sentencia no se configura cuando la demanda es rechazada por “*cuestiones probatorias*” (texto actual); y otra muy distinta sostener que no se configura cuando el rechazo tiene por causa “*insuficiencia probatoria*” (texto proyectado). De seguirse la formulación actual de la norma, la cosa juzgada de los efectos de la sentencia no tendría cualidad erga omnes incluso cuando la demanda fuera rechazada porque las pruebas efectivamente rendidas en juicio demuestran que el demandado no es responsable del daño, o que éste último no existe. El proyecto buscaba corregirlos términos de la norma, permitiendo llevar la excepción a su justo límite: la expansión erga omnes no se produce en aquellos casos en los cuales la pretensión es rechazada por defectos en el ofrecimiento y/o la producción de la prueba por parte del legitimado colectivo. Siempre pensando en respetar la garantía de debido proceso legal de los miembros ausentes, lo que intenta esta opción de política legislativa es evitar que tales sujetos se vean afectados en su esfera individual por una defectuosa actividad de su representante.

CDC-⁶⁹ que la sentencia adversa a los intereses del grupo en ningún modo puede perjudicar los intereses individuales de sus miembros, a quienes se deja abierta la posibilidad de promover la pertinente acción tradicional por daños y perjuicios.⁷⁰

b. Consumidores y Usuarios

El modo en que evolucionó la regulación del instituto de la cosa juzgada colectiva en materia de consumidores y usuarios es bastante curioso. Ocurre que el texto original de la LDC preveía en su art. 54 que “*la sentencia dictada en un proceso promovido por el consumidor o usuario, sólo tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el párr. 2º del art. 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general*”. Sin embargo, dicho artículo fue vetado por el Poder Ejecutivo al promulgar la ley,⁷¹ lo

69 El art. 33, Par. 2º, del Código Modelo establece que “*Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir acción de indemnización a título individual*”. En cuanto al sistema brasileño, ver GIDI, Antonio “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del derecho civil*”, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 107-111.

⁷⁰ A primera vista, esta solución puede parecer en cierto punto injusta para el demandado. Podría argumentarse en tal sentido que si este último pierde, pierde a lo grande ya que todos los miembros del grupo pueden aprovechar del resultado del pleito; mientras que si gana, gana muy poco ya que todavía deberá enfrentar los planteos individuales de los sujetos afectados en su esfera individual. No obstante la atención que merece una crítica de este tipo, sobre todo porque pone en tela de juicio nada menos que la garantía de igualdad de las partes, considero que la eventualidad de enfrentar nuevas demandas incoadas por los sujetos individualmente damnificados resulta, si bien posible, poco probable. Ello así por tres razones fundamentales. La primera de ellas es que el representante en el proceso colectivo fue calificado como adecuado por el juez de la causa, juez que además debería controlar el desarrollo del trámite que tal cualidad se mantuviera incólume. Ello implica, siempre según la modificación que prevé el Proyecto para el art. 30 L.G.A., que la parte que llevó adelante el pleito era capaz y competente, tenía experiencia en el ejercicio de la profesión y reunía antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los derechos de grupo, a lo cual se suma que era titular de un interés común con los miembros del colectivo afectado. Claramente esta situación puede, por sí sola, desalentar planteos posteriores. Sin embargo existe otra razón, en parte complementaria de la ya señalada, que se asienta en el hecho de que la hipotética demanda colectiva fue rechazada luego de que el juez analizó todas las pruebas que el legitimado colectivo podía ofrecer y producir en el caso (ya que de otro modo se aplicaría la excepción prevista expresamente al principio de expansión erga omnes). Llegados hasta aquí, nos enfrentamos con un representante sumamente cualificado que argumentó, ofreció y produjo toda la prueba disponible sobre el caso, no obstante lo cual se decidió que no le asistía razón. Luego de comprobar esto ¿quién promovería una acción a título individual? Pero aún resta una tercera razón que atenta contra los hipotéticos planteos individuales: la influencia del precedente sobre casos futuros. Si bien esta influencia no reviste entre nosotros la misma fuerza que tiene en otros sistemas jurídicos como el Inglés o el norteamericano, no resulta por ello nada despreciable. De este modo, analizada la situación con cierta profundidad, considero que el argumento de la desigualdad -fundado en la posibilidad que el demandado deba enfrentar eventuales procesos individuales a pesar de haber resultado vencedor en el proceso colectivo- resulta más formal que real. Vale aclarar que el presente análisis sobre los alcances de las modificaciones proyectadas al régimen de la cosa juzgada del proceso colectivo ambiental no implica una toma de posición sobre la conveniencia de un sistema secundum eventum litis en comparación con uno pro et contra o “de doble vía” (rule of mutuality) como el establecido en el sistema norteamericano de las class actions. El instituto de la cosa juzgada es uno de los aspectos más complejos del proceso colectivo y las ventajas entre uno u otro sistema no pueden evaluarse en abstracto dada la estrecha relación que presentan con factores de índole política, social y cultural propios de cada país y, en algunos casos, de cada región. Para mayores desarrollos sobre el tema me remito a VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, Capítulo III; “El proyecto de Reformas a la Ley General del Ambiente n° 25.675. En Búsqueda de un Sistema Procesal Colectivo Para la Reparación del *Daño Ambiental en la República Argentina*”, RePro N° 157, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo (2008) “La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Estadounidense y su Influencia Sobre el Proyecto de Reformas a la Ley General del Ambiente de la República Argentina”, RePro N° 167, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo (2009).

⁷¹ Decreto N° 2089/93. El fundamento esgrimido fue que “*en el proyecto de ley ha quedado claramente establecida la legitimación de las asociaciones de consumidores a fin de promover acciones judiciales cuando la cuestión afecte el interés general de un grupo de consumidores, pero ello no permite prescindir, respecto de ellas, de un instituto procesal que como el de la cosa juzgada resulta esencial a fin de garantizar los preceptos constitucionales de defensa*

cual dejó subsistente el interrogante de cómo se evaluarían los efectos de la decisión cuando la acción hubiera sido iniciada por una asociación de consumidores en función de la legitimación colectiva acordada por el propio cuerpo legal.⁷² En este punto vale recordar que si bien al momento de sancionarse la LDC los derechos de consumidores y usuarios aún no encontraban reconocimiento expreso en la CNA, dicha ley reconoció legitimación colectiva a las asociaciones que congregaban a tales sujetos. El veto no hizo más que romper la lógica interna del sistema ideado por el legislador, dejando en pie una legitimación colectiva sin posibilidad de obtener una resolución también colectiva de la controversia.

La incoherencia de esta regulación era evidente, pero recién fue solucionada en el año 2008 con la reforma de la LDC operada por la Ley N° 26.361. Esta reforma incorporó un nuevo art. 54, cuyo 2do párrafo dispone lo siguiente: “*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*”. La terminología de la nueva disposición no es clara ya que por un lado recepta el sistema *secundum eventum litis* según el cual sólo la sentencia favorable hará cosa juzgada para los miembros del grupo, propio del sistema brasileño, y por el otro reconoce el derecho de optar por excluirse de los efectos de la sentencia, mecanismo propio del sistema *pro et contra* establecido en el sistema estadounidense de acciones de clase. La innovación de la ley 26.361 debe ser bienvenida en cuanto regula el alcance de la cosa juzgada, devolviendo a la LDC la mínima coherencia de que había sido privada por el veto presidencial en el año 1993.⁷³ No obstante, la ausencia de previsiones concretas en la nueva ley respecto de cómo discutir durante el proceso para llegar a la solución elegida por el legislador argentino impide formular un juicio acabado acerca de la conveniencia del sistema adoptado.⁷⁴

10. Transacción

en juicio, debido proceso adjetivo e igualdad ante la ley, así como también para preservar la seguridad jurídica de las personas demandadas por dichas asociaciones y evitar una indebida proliferación de causas judiciales, cuyos costos redundarían en perjuicio de los productores y en definitiva del propio consumidor”.

⁷² Ver TABOADA, Marcelo “*En torno a la ley de defensa del consumidor y a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo*”, LL 1994-A-766.

⁷³ La irrazonabilidad del veto quedó expuesta con mayor claridad luego de la incorporación del nuevo art., 42 CN. Sobre este aspecto específico, al informar al pleno los fundamentos de la mentada cláusula, el convencional Irigoyen sostuvo que la comisión que trabajó sobre el tema se encontraba convencida de que “...*la cosa juzgada en materia de amparo deberá ser extensiva porque, evidentemente, el tema con el que opera la norma interesa a muchos, y de nada valdría que la cosa juzgada fuera exclusiva de quien plantea el caso, sino que debe removerse el obstáculo para que pueda ser suprimido un problema presentado por una persona o una asociación de consumidores, desapareciendo del mercado...*” (IRIGOYEN, Roberto “*Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor*”, L.L. 1994-E-1020).

⁷⁴ VERBIC, Francisco “*La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la Ley N° 26.361*”, RDP 2009-I (tutelas diferenciadas II) (2009).

En materia de transacción ocurre algo similar a lo que señalé al abordar la litispendencia. Esto es: a pesar de la altísima importancia del asunto para el correcto funcionamiento del sistema colectivo (la experiencia comparada lo demuestra, la gran mayoría de los procesos colectivos terminan por medio de acuerdo transaccionales), el derecho positivo argentino presenta una carencia absoluta de reglas al respecto en la LGA y (recién desde el año 2008) cuenta con una legislación insuficiente y en gran medida inadecuada en la LDC, como veremos a continuación.

a. Consumidores y Usuarios

La reforma de la LDC por medio de la Ley N° 26.361 trajo consigo la incorporación de ciertas previsiones en materia de acuerdos transaccionales colectivos (previsiones que estaban totalmente ausentes en el texto original de la LDC). A partir del año 2008 el primer párrafo del nuevo art. 54 establece lo siguiente: “Artículo 54: 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 usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de *la solución general adoptada para el caso*”.

De allí se desprende que la norma impone tres requisitos para dotar de validez a un acuerdo transaccional colectivo: (i) vista del Ministerio Público Fiscal cuando éste no haya sido quien promovió la acción colectiva; (ii) homologación por sentencia fundada;⁷⁵ y (iii) reconocimiento del derecho de exclusión de los consumidores o usuarios miembros del grupo para que puedan apartarse de la solución consensuada entre las partes nominales del proceso, si es que así lo desean. Comparando esta regulación con la estadounidense, podemos ver que el primero de los requisitos señalados está ausente en la Regla 23, el segundo ha sido claramente tomado de dicha fuente, y lo mismo puede decirse del tercero (aunque con una aclaración: el reconocimiento de este derecho de exclusión resulta obligatorio en la LDC, mientras que en la Regla 23(e)(3) se deja a discreción de la corte aprobar o no un acuerdo que no contemple tal derecho).

⁷⁵ Sobre los contenidos objetivos del acuerdo, ver más arriba algunos de los factores contemplados en el sistema estadounidense, los cuales, en su gran mayoría, resultan plenamente aplicables al sistema argentino. Ver también GIANNIN, Leandro “*La transacción en los procesos colectivos*”, RDP 2011-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 309-311; PEREIRA CAMPOS, Santiago “*Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América*”, en OTEIZA, Eduardo (Coordinador y Editor) “*Procesos Colectivos. Class Actions*”, Buenos Aires, 2012, pp. 203, 207-219; ARMENTA DEU, Teresa “*Acciones colectivas: los recaudos para aprobar un acuerdo. La cosa juzgada y ejecución de sentencia*”, en OTEIZA, Eduardo (Coordinador y Editor) “*Procesos Colectivos. Class Actions*”, Buenos Aires, 2012, pp. 247, 259-267.

Como señalé en otro trabajo publicado poco después de la reforma, a pesar de que en abstracto ésta puede considerarse como un avance por haber regulado el asunto,⁷⁶ hay algunas cuestiones concretas que exigen profundizar la discusión para permitir el logro de mejores acuerdos y un adecuado control de los mismos, tanto en beneficio de consumidores y usuarios como del propio sistema de tutela colectiva.⁷⁷

En primer lugar cabe destacar que, a pesar de haber tomado como fuente la Regla 23 estadounidense, el legislador argentino no contempló tres aspectos fundamentales allí previstos para permitir un adecuado control de la legitimidad de estos acuerdos. Me refiero a la notificación de la propuesta de acuerdo, la necesidad de descubrir cualquier arreglo conexo con la transacción colectiva (en especial, el de honorarios de los abogados del representante colectivo) y la posibilidad de impugnación por parte de los miembros de la clase. Tal vez esto se deba a que, como bien señala Giannini, en gran medida el legislador nacional enfrentó el fenómeno desde una perspectiva “ajena a la de estos mecanismos de enjuiciamiento concentrado”.⁷⁸

Dado el carácter colectivo y el consiguiente interés público involucrado en estas controversias, entiendo que la falta de contemplación de tales exigencias en el art. 52 LDC no debería ser óbice para que los jueces que tienen que evaluar estos acuerdos dispongan las notificaciones que entiendan necesarias (cuidando que el costo de las mismas no se convierta en un obstáculo para la efectividad de la tutela, por supuesto),⁷⁹ por un lado, y exijan absoluta transparencia y acceso a toda la información que estimen razonable a fin de desarrollar su tarea, por el otro. Y ni que hablar del derecho que tienen los miembros del grupo para impugnar el acuerdo, derecho que entiendo implícito en la garantía de debido proceso legal de los integrantes de la clase. No olvidemos que estas personas están siendo representados por un sujeto que no eligieron y serán afectadas, con cualidad de cosa juzgada, por las resultas de tal actuación.

En segundo lugar, aun cuando la intervención del Ministerio Público parece razonable, debe quedar claro que quien se encuentre en mejores condiciones para evaluar si el acuerdo considera adecuadamente los intereses de los sujetos involucrados en el conflicto es el propio juez de la causa, que es, además, quien debe en última instancia resolver fundadamente al respecto. De hecho, en la

⁷⁶ En esta línea señala Wajntraub que “La reforma legislativa aporta también claridad en un tema que preocupaba tanto a representantes de los proveedores como de los consumidores, como ser la solidez de los acuerdos conciliatorios y sus requisitos de validez” (WAJNTRAUB, Javier H. “Las acciones colectivas tras la reforma de la ley de defensa del consumidor”, J.A. 2008-II-1286). Salgado, por el contrario, entiende que “las deficiencias sistémicas arrojan como resultado un precepto de muy limitada eficacia funcional y poca afinidad con la estructura de gestión individual homogénea” (SALGADO, José M. “Tutela Individual Homogénea”, Ed. Astrea, Bs. As. 2011, p. 289).

⁷⁷ VERBIC, Francisco “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361”, RDP 2009-I, Rubinzal Culzoni.

⁷⁸ GIANNINI, Leandro J. “La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 231.

⁷⁹ Como bien apunta Giannini, estas notificaciones bien podrían ser ordenadas con fundamento en los poderes/deberes de dirección y saneamiento del juez reconocidos en el art. 34, inc. 5° del CPCCN (conf. GIANNINI, Leandro “La transacción en los procesos colectivos”, RDP 2011-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 311-312).

práctica, el contenido de los pocos dictámenes del Ministerio Público que se conocen sobre la materia se limita por lo general a presentar una suerte de “no objeción” para acceder a lo pedido (esto es, la homologación del acuerdo).

Todo esto resulta particularmente delicado si tenemos en consideración que algunos tribunales de justicia han conferido a la intervención del Ministerio Público un carácter “dirimente” del asunto. Carácter que es, a mi juicio, abiertamente equivocado: si bien el control previo (y el consiguiente dictamen) por parte del Ministerio Público es útil y relevante, en modo alguno puede considerarse como dirimente, dispositivo o vinculante de la decisión del tribunal de justicia. Es este último quien tiene el deber ineludible de controlar que el acuerdo no vulnere derechos de los miembros ausentes representados por el legitimado colectivo.

En tercer lugar, el art. 52 LDC establece un derecho de exclusión a favor de los miembros del grupo al disponer que “el acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso”. Trabajando sobre el tema hace unos años me incliné por criticar fuertemente esta previsión.⁸⁰ Sostuve por entonces que desde un plano de principio *“esta prerrogativa no concurre en lo más mínimo para avanzar las finalidades de los procesos colectivos. Es que la posibilidad de optar por quedarse afuera de la solución del caso una vez que las partes arribaron a ella, atomiza el conflicto y socava su juzgamiento concentrado. Además, alienta actitudes del tipo ‘espero y veo qué pasa’ e impide al demandado contar con un panorama acabado de las dimensiones del conflicto al cual se enfrenta”*.

Igualmente, desde el plano de las consecuencias prácticas señalé que *“esta previsión tornará casi imposible lograr cualquier tipo acuerdo [gran error de apreciación...]. Digo esto ya que parece razonable suponer que nadie suscribirá una transacción si no es para desactivar el conflicto, y que nadie capitulará en su posición si no puede evaluar las consecuencias de esa capitulación. Es que el derecho de los miembros del grupo a optar por no ser vinculado por los términos del acuerdo incluso luego de que éste fue celebrado y homologado por el juez (lo cual además supone la previa intervención del Ministerio Público, que debe dar su venia sólo en el supuesto de considerar que atiende adecuadamente los intereses de los afectados), impide al demandado evaluar los alcances de la transacción y, por ende, decidir cuánto está dispuesto a conceder en aras de arribar a ella”*.

Pues bien, no quiero decir ahora que las citadas afirmaciones resulten del todo equivocadas. Pero si me parece que deben ser matizadas. Ocurre que la posibilidad de los miembros del grupo de optar por excluirse del acuerdo ya celebrado concurre a garantizar que las partes (sobre todo el

⁸⁰ VERBIC, Francisco “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361”, RDP 2009-I, Rubinzal Culzoni.

representante colectivo) se esfuercen por lograr un buen acuerdo. Si el acuerdo es malo, probablemente ocurrirá todo lo que vaticiné en el trabajo citado. Si el acuerdo es bueno, es altamente probable que muy pocos o ninguno de los miembros del grupo opte por quedarse afuera de la solución del caso.

Para terminar con este último punto y con el tema en general, es importante subrayar que el derecho de exclusión previsto en el art. 52 LDC sólo opera como un reaseguro de las bondades del acuerdo en los casos donde las pretensiones de los miembros de la clase son individualmente recuperables. Cuando tales pretensiones son de escasa cuantía, por el contrario, el derecho de exclusión difícilmente juegue el rol de reaseguro de las bondades del acuerdo que el sistema le asigna. Sucede que el problema de acceso a la justicia por falta de incentivo suficiente para actuar individualmente recobra en esta instancia del pleito la misma vigencia que tenía antes de promoverse el caso colectivo.

11. Liquidación y Ejecución de Sentencias

Los procesos colectivos pueden desembocar en dos tipos de sentencias de condena que presentan particulares problemas a la hora de su liquidación o ejecución: (i) condenas a una obligación de dar, que puede ser por daños y perjuicio o por restitución de sumas percibidas indebidamente; y (ii) condenas a una obligación de hacer o no hacer, que pueden adquirir cierta complejidad en los denominados casos de reforma estructural. En ambos supuestos el instrumental procesal clásico se muestra insuficiente para proceder a la liquidación y/o ejecución de las mandas contenidas en las sentencias colectivas.

Con respecto a las sentencias colectivas de condena por daños y perjuicios o restitución, un claro ejemplo de ello puede verse en los supuestos donde no resulta posible liquidar individualmente el daño sufrido por los miembros del grupo representado debido a la imposibilidad de determinar con precisión quiénes son tales personas. Otro supuesto -bastante frecuente por cierto- se presenta cuando es posible proceder a tal liquidación, pero hacerlo (y distribuir los resultados) insumiría un costo demasiado alto como para justificar la actividad. El derecho comparado ofrece diversas alternativas para enfrentar los problemas operativos que enfrentan jueces y justiciables en este tipo de situaciones.⁸¹

En cuanto a las sentencias que obligan a llevar adelante determinada acción, los casos de litigio estructural que tramitaron (y tramitan) ante distintos estrados judiciales de la República

⁸¹ El mecanismo de *cy pres distribution* o *fluid recovery* es uno de ellos (de hecho, este mecanismo se encuentra expresamente contemplado en la LDC luego de la reforma del 2008). El mismo puede efectivizarse de diferentes maneras tales como crear fondos ad hoc para atender necesidades relacionadas con el grupo que venció en el pleito, derivar las sumas obtenidas en la condena a la financiación de organizaciones que defienden los intereses del sector perjudicado, disponer la baja del precio de determinado servicio que presta la demandada durante una cantidad limitada de tiempo, entre otras.

Argentina demuestran la falta de idoneidad de los mecanismos tradicionales de ejecución actualmente disponibles. La orden de recomponer el ambiente dañado recaída en el caso “Mendoza II” es el mejor ejemplo.⁸² Ocurre que cuando el Poder Judicial debe involucrarse en la reforma de estructuras burocráticas o debe lograr la implementación de complejas decisiones como la mencionada, lejos de terminar con el dictado de la sentencia podemos decir que lo más difícil del caso recién se inicia en esta etapa. En este campo el derecho comparado también ofrece interesantes alternativas a considerar.⁸³

a. Medio Ambiente

La causa “Mendoza” viene otra vez en auxilio a la hora de explicar cómo implementar una decisión colectiva de tipo estructural en la República Argentina. En primer lugar, cabe destacar que al dictar sentencia sobre la pretensión de recomposición del daño colectivo ambiental el máximo tribunal delegó el proceso de ejecución de sentencia en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Quilmes, a quien también facultó para fijar el valor de las multas diarias derivadas del incumplimiento del programa a cuyo cumplimiento se había condenado a los demandados.⁸⁴ La CSJN también estableció un sistema de monitoreo y control sobre la ejecución de la sentencia, el cual es ejercido con una fuerte participación de organizaciones no gubernamentales. En este sentido el tribunal designó a la Auditoría General de la Nación como encargada de controlar específicamente la asignación de fondos y la ejecución presupuestaria de todo lo que tenga relación

⁸² La decisión de la CSJN del mes de Julio de 2008 brinda respuesta tan sólo a una de las pretensiones que los actores acumularon en su demanda. Esto es, aquella que persigue la recomposición del ambiente y la prevención de nuevos daños en el futuro. En el considerando 15° de la sentencia el tribunal se ocupó de especificar tal premisa y de señalar que la condena consiste en un “...mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados”, cuyo contenido fue diagramado por el propio tribunal en uso de las atribuciones conferidas por la CNA y la LGA. Las razones que lo llevaron a conducirse de tal modo también se encuentran aclaradas en el fallo: ninguna de las partes contribuyó con precisiones suficientes al efecto. Si bien la Corte invocó la CNA y la LGA como fundamento de su competencia para determinar el contenido del mandato, evitó citar artículo alguno de tales normas o especificar (con respecto a este punto de la decisión) a qué principios o directrices políticas de las comprendidas en aquéllas estaba haciendo alusión. Tampoco se encuentra en la sentencia algún tipo de cita doctrinaria o jurisprudencial (local o extranjera) que pueda ser de utilidad. No obstante, es posible advertir que la estructura y el objeto de la decisión comulgan en gran medida con las injunciones dictadas por las Cortes norteamericanas. Los criterios generales fijados por la Corte fueron precisados como integrantes de un “programa” que fue considerado como necesario para garantizar la eficacia en la implementación de la sentencia. Las principales características del contenido de dicho programa fueron resumidas por la CSJN en los siguientes términos: “un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control” (ver su contenido en el considerando 17° de la decisión).

⁸³ Para este tipo de sentencias es la propia jurisprudencia de la CSJN quien ha señalado algunos caminos posibles a seguir. Entre ellos: (i) la delegación de la ejecución en un magistrado determinado con específicas competencia para atender la problemática (“Mendoza II”); (ii) la creación de un comité de supervisión en el cumplimiento de la decisión, integrado por organizaciones del tercer sector y organismos públicos (“Mendoza II”). En el derecho comparado también se cuenta la posibilidad de que ciertos expertos sean designados por el juez de la causa para llevar adelante la ejecución de la decisión (Special Masters, también denominados Officers of the Court).

⁸⁴ El juez de la causa ha sido recientemente separado de la misma por la CSJN, la cual también lo denunció penalmente y ante el Consejo de la Magistratura de la Nación. Ello se debió a serias sospechas de corrupción, las cuales indicarían que en el marco de la ejecución de la decisión dicho magistrado habría actuado en beneficio de ciertas empresas en las cuales tiene interés directo o indirecto. Ver <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-207289-2012-11-07.html> y notas relacionadas.

con el programa⁸⁵ y autorizó al juez de la ejecución para presentar ante dicho organismo de control cualquier cuestionamiento que estime necesario con relación al control presupuestario y a su ejecución. Por otro lado, y con el declarado objetivo de fortalecer la participación ciudadana en esta causa judicial, la CSJN designó al Defensor del Pueblo de la Nación como coordinador de un cuerpo colegiado a conformarse con las distintas organizaciones no gubernamentales que estaban por entonces ya presentadas en la causa. Este cuerpo colegiado tiene por objeto: (i) recoger sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado; (ii) recibir información; y (iii) formular planteos concretos ante la ACUMAR para el mejor logro de los objetivos trazados en el programa.

En cuanto hace a sentencias que involucren condenas al pago de daños y perjuicios, cabe señalar que la LGA creó en su art. 34 un “Fondo de Compensación Ambiental” que, si bien no se encuentra reglamentado, permitiría canalizar el dinero correspondiente a indemnizaciones colectivas o individuales homogéneas para facilitar su aplicación y, de ser necesaria, su distribución entre los beneficiados por la sentencia colectiva.⁸⁶

b. Consumidores y Usuarios

En el campo del consumo vale detenerse sobre la novedad incorporada al art. 54 LDC por la Ley N° 26.361 en materia de modos de distribución de las resultas del proceso, bien conocida en el ambiente como *cy pres distribution* o *fluid recovery*. Dicho art. 54 establece que -en el supuesto que no sea posible individualizar a los usuarios o consumidores afectados por la conducta ilícita de la demandada- el juez podrá ordenar que la condena sea instrumentada “*en la forma que más beneficie al grupo*”. En líneas generales, y ante la ausencia de una regulación detallada sobre la materia, es lícito afirmar que las formas que puede asumir este tipo de mecanismos de “recuperación fluida” en Argentina no tienen más límite que la discrecionalidad del juez (y, lógicamente, la justificación racional que éste debe brindar para sostener la opción escogida). La única “condición” que impone la LDC para proceder a su utilización es que la solución sea la que más beneficie al grupo afectado. De alguna manera esto recoge los principios de la jurisprudencia estadounidense, de donde es originario el mecanismo, en cuanto a la necesaria “cercanía” que debe tener la solución con respecto al grupo afectado.

IV. NUEVAS TENDENCIAS

1. Proyectos de Ley para Regular un Régimen General de Acciones de Clase

⁸⁵ <http://www.agn.gov.ar/>

⁸⁶ El art. 43 LGA establece 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 sobre el ambiente, la atención de emergencias ambientales; asimismo, a la protección, preservación, conservación o compensación de los sistemas ecológicos y el ambiente.*”

Las autoridades podrán determinar que dicho fondo contribuya a sustentar los costos de las acciones de restauración que puedan minimizar el daño generado.

La integración, composición, administración y destino de dicho fondo serán tratados por ley especial”.

Si bien el Congreso de la Nación no sancionó hasta el día de la fecha ley procesal alguna que regule en forma sistémica y adecuada los procesos colectivos en el orden federal argentino, luego del dictado del fallo “*Halabi*” fueron muchos los proyectos presentados en ese ámbito.⁸⁷ Sin embargo, todos ellos, sin excepción, padecen serios problemas sistémicos y –en algunos casos– contienen lisa y llanamente errores conceptuales de diversa índole. Uno de tales problemas sistémicos, por ejemplo, tiene que ver con la falta de previsión respecto de cómo la nueva ley habrá de operar en la práctica con relación a otras normas vigentes en el ordenamiento jurídico nacional que también se ocupan del asunto (LDC y LGA). Ninguno de los proyectos parece haber pensado en esta necesaria articulación entre la nueva norma y el contexto donde habrá de operar. Entiendo que esto llevará inexorablemente a una situación de superposición de regulaciones sobre el mismo tema, con las consiguientes dificultades en la aplicación del nuevo régimen a sancionarse.

Más allá de eso, cabe también formular diversas críticas de tipo más específico. La primera de ellas es que la mayoría de los Proyectos en trámite se inclinaron por regular un proceso diagramado a imagen y semejanza de la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos de América. Uno podría pensar que esto no es ningún problema. Por el contrario, podría argumentarse que es una buena decisión del legislador ya que el sistema de acciones de clase estadounidense configura el modelo paradigmático de tutela colectiva de derechos a nivel mundial. Además, en el país del norte dicho sistema ha brindado respuestas muy interesantes a conflictos colectivos de diversa índole desde hace décadas, y hasta siglos si tomamos en consideración el origen del mecanismo en la jurisdicción de equidad. Desde esta perspectiva de análisis, la decisión del legislador argentino lejos de ser criticada debería ser aplaudida. Esta es una postura posible, pero –a mi juicio– no del todo plausible. Como usualmente ocurre, el problema no está en lo que esta postura afirma sino en lo que omite tomar en consideración. Me refiero a algunas cuestiones que, si bien son bastante obvias, creo que son olvidadas (consciente o inconscientemente) por quienes así piensan el asunto. En particular, apunto al hecho que el sistema de acciones de clase estadounidense funciona en los Estados Unidos de América. Y los Estados Unidos de América no son la República Argentina. En efecto, a pesar de que la Constitución Argentina de 1853 copió la estructura orgánica y el mecanismo de separación de poderes de la constitución estadounidense, el marco constitucional es bien diferente entre ambos países (en especial, luego de la reforma que la carta magna argentina sufriera en el año 1994). El sistema infraconstitucional de tutela de derechos también difiere en gran medida. Y ni que hablar, ya más puntualmente, del sistema procesal en el

⁸⁷ Son al menos 8 las iniciativas. Cuatro de ellas tramitan ante el Senado. Me refiero a los proyectos de Negre de Alonso (expte. N° S-1045/11), Escudero (expte. N° S-204/11), Bortolozzi (expte. N° S-3396/10) y Lores (expte. N° S-18/11). Otras cuatro tramitan ante la Cámara de Diputados. Hablo de los presentados por Yarade y otros (expte. N° 5996-D-2010), Gil Lavedra y otros (exptes. N° 2540-D-2011 y N° 4033-D-2011) y Camaño (expte. N° 4055-D-2011). Todos ellos pueden ser consultados y descargados de la página web oficial de ambas Cámaras (<http://www.diputados.gov.ar/> y <http://www.senado.gov.ar/>).

cual las acciones de clase se encuentran enmarcadas. Con respecto a este último punto no debemos olvidar que la famosa Regla 23 es ni más ni menos que eso: la regla número 23 de un conjunto de reglas que gobiernan distintos aspectos del proceso civil. Es un subsistema dentro del sistema conformado por todas las reglas federales de procedimiento civil. Y en cuanto tal, lógicamente, fue pensado para operar articuladamente con esas otras reglas. ¿Cómo podemos creer que es posible extraer quirúrgicamente la Regla 23 de ese sistema y lograr que funcione correctamente una vez que lo insertemos en el ordenamiento procesal nacional prácticamente sin ninguna adaptación? Por último, pero no por ello menos importante, aun cuando las diferencias de tipo constitucional y legal deberían bastar por sí solas como advertencia a la hora de trasladar automáticamente el modelo de tutela colectiva estadounidense a la República Argentina, esta advertencia se refuerza con las diferencias de tipo social y cultural (profundas, arraigadas) que también existen entre ambos países. No quiero decir que el sistema de acciones de clase estadounidense sea un mal sistema. Tampoco quiero decir que no pueda ser tomado consideración como punto de referencia, incluso como punto de partida para el debate.⁸⁸ Es más, creo que dicho sistema cuenta con aspectos muy interesantes para imitar. Pero, y esto debe quedar bien claro, hay que trabajar en la adaptación. Hay que trabajar para generar un sistema de acciones de clase “a la argentina”. Me refiero a un sistema que comulgue con nuestras tradiciones y con nuestro esquema constitucional, que se articule con otras normas de nuestro ordenamiento jurídico, que pueda insertarse sin inconvenientes en un escenario que ya cuenta con algunas regulaciones sobre el tema, que contemple la realidad social y cultural donde habrá de operar. Si trabajamos sobre todas estas variables podremos tomar una decisión informada, lo cual –a su turno- permitirá avanzar en la sanción de una regulación que pueda operar eficientemente. Insisto: no hay ningún problema con optar por un modelo como el estadounidense (en lugar de uno como el brasileño, por ejemplo). Lo que intento poner de resalto es que cualquiera sea el sistema que tomemos como referencia debemos intentar hacer lo que Kahn-Freund denominaba “transplante responsable”.⁸⁹ Máxime cuando de ello depende ni más ni menos que la efectiva operatividad del sistema una vez que la ley sea sancionada (de lo cual depende –a su turno- la efectiva vigencia de los derechos de incidencia colectiva).

Una segunda crítica que es necesario formular respecto de estos proyectos legislativos gira en torno a la sorprendente falta de consideración, de parte de sus autores, de los importantes antecedentes disponibles sobre la materia. Los legisladores argentinos cuentan con un bagaje muy importante de material legal, jurisprudencial y doctrinario para trabajar sobre el tema. Se trata de

⁸⁸ En este punto cabe destacar que, como bien apunto SALGADO, al dictar sentencia en “Halabi” la CSJN acordó mayor importancia al mecanismo de las acciones de clase vigente en los Estados Unidos de América que al resto de los sistemas de derecho comparado a los cuales se hizo referencia en el considerando 17º de la sentencia (ver SALGADO, José M. “*Aristas del caso ‘Halabi’*”, D.J. del 07/10/2009).

⁸⁹ KHAN-FREUND, Otto “*Sull’uso ed abuso del diritto comparato*”, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1975, pp. 785 y ss.

material generado no sólo a nivel nacional sino también a nivel provincial y comparado. A pesar de ello, todo parece indicar que los proyectos en trámite ante ambas cámaras del Congreso de la Nación han tomado en consideración poco y nada de todo eso. Tal vez el ejemplo más claro para justificar esta crítica pueda encontrarse en el proyecto que tramita en la Cámara de Senadores por expediente N° S-204/11. Tal como se explica en los fundamentos de este proyecto, se trata de una iniciativa que tomó como principal fuente de inspiración otro proyecto que, allá por el año 2000, presentó otro Senador con el objetivo de regular la materia. La comparación entre ambos proyectos refleja muy pocos cambios, prácticamente ninguno de sustancia. Esto es por lo menos sorprendente a poco que revisemos todo lo que ocurrió en torno al tema que nos ocupa en la República Argentina durante los últimos 10 años, tanto a nivel jurisprudencial como normativo y doctrinario.⁹⁰ El resto de los proyectos no confesó con tanta claridad esta falta de análisis y trabajo sobre el material disponible para obtener una mejor regulación del asunto. Sin embargo, la lectura de tales proyectos parece arrojar la misma conclusión. Me refiero a la preocupante ligereza con que han sido propuestas las soluciones legislativas para el tema que nos ocupa. Soluciones de las cuales se desprenderán relevantes consecuencias sociales, económicas y hasta políticas una vez que sean puestas en marcha. Entiendo que esta falta de consideración de los numerosos y diversos antecedentes disponibles en nuestro país para trabajar sobre el tema tal vez puede explicar, al menos en parte, el porqué de la imitación casi al pie de la letra del sistema de acciones de clase estadounidense a la cual nos referimos más arriba.

Una tercera crítica que puede presentarse tiene que ver con la insistencia de algunos en considerar al amparo como una vía idónea para resolver conflictos colectivos. Uno de los proyectos que tramita en la Cámara de Diputados propone regular un “amparo colectivo” como mecanismo para tutelar derechos de incidencia colectiva (expediente N° 2540-D-2011). Ello a pesar de que la jurisprudencia, la doctrina y hasta el sentido común exigen alejarse de ese tipo de vía procesal rápida y expedita cuando de enfrentar conflictos colectivos se trata.⁹¹ Al menos, como vía general de discusión. En efecto, la jurisprudencia de los tribunales federales argentinos (incluida la CSJN) ha sostenido incansablemente que el amparo es inadmisibile cuando el conflicto que se pretende canalizar por su intermedio al seno del Poder Judicial exige mayor amplitud de debate o prueba. La

⁹⁰ Por más que en los fundamentos de la iniciativa legislativa presentada en el año 2011 su propulsora señale que el viejo proyecto del año 2000 “*contempla adecuadamente la mayoría de los aspectos relativos a este tipo de acciones con una notable adaptación al orden jurídico nacional*”, lo cierto es que una rápida lectura del mismo permite advertir que distintas cuestiones presentadas en “*Halabi*” como contenidos adjetivos mínimos del proceso colectivo no fueron consideradas. Hablamos de contenidos mínimos que, curiosamente, los propios fundamentos del proyecto reconocen y reproducen. Un ejemplo bastará para que se entienda lo que digo: ¿cómo puede considerarse que la elección del representante en el marco de una “*junta de clase*” y por mayoría de votos tiene algo que ver con el requisito de idoneidad (representatividad adecuada) exigido por la CSJN en “*Halabi*”? (por no hablar de dónde habría de celebrarse una junta de clase con los más de cinco millones de personas involucradas en la causa “*Mendoza*”...).

⁹¹ Coinciden en este punto SALGADO, José M. “*Tutela individual homogénea*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 55; GIANNINI, Leandro “*La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pp. 194 y ss.; VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 330-335.

pregunta que se impone es: ¿hay algún proceso colectivo en tutela de medio ambiente o consumidores y usuarios que no exija mayor amplitud de debate y prueba? Mi respuesta: si los hay, son los menos. De hecho, la propia CSJN ha confirmado esta afirmación al reconducir de oficio hacia un proceso de conocimiento ordinario numerosas pretensiones promovidas como amparos colectivos (tanto en materia de medio ambiente como de consumo). En cuanto a la doctrina, vale señalar que durante los primeros años que siguieron a la reforma constitucional de 1994 se inclinó por sostener que el amparo colectivo era una vía idónea debido –a mi modo de ver– a la terminología utilizada por el art. 43, 2do párrafo de la CN. Sin embargo, a medida que la realidad se fue imponiendo sobre las especulaciones teóricas y etiquetas jurídicas, la inmensa mayoría de los autores que trabajan sobre el tema se inclinaron por reclamar un proceso colectivo que permita un amplio margen de debate y prueba para las partes. En cuanto al sentido común, como señaló el Profesor Eduardo Oteiza en alguna oportunidad, parece bastante evidente que no es adecuado acudir a una vía sencilla y rápida como el amparo para resolver conflictos de alta complejidad como son los que involucran asuntos colectivos. En resumidas cuentas: el amparo (u otra vía sumarísima) tal vez puede ser una vía idónea para canalizar pretensiones colectivas, pero lo será –en todo caso– sólo como excepción. Es por ello que no parece conveniente regular una ley de amparo colectivo cuando todavía no existe una ley que se ocupe adecuadamente del trámite de los procesos colectivos en general. Y por la misma razón tampoco creo conveniente acordar como regla el trámite de un proceso sumarísimo a este tipo de litigios.⁹²

Un cuarto problema que se advierte en los proyectos tiene que ver con la falta de contemplación de una etapa de certificación de la acción de clase, o bien con la ausencia de reglas adecuadas al respecto. Las consecuencias de tramitar una causa en clave colectiva son de diversa índole, tanto para el tribunal como para la parte actora, los miembros de la clase y –muy especialmente– la parte demandada. Además del cambio de reglas de debate que ello supone, es fundamental tener en cuenta cuál será el resultado de ese debate: una decisión judicial que resuelve el conflicto mediante una sentencia cuya cualidad de cosa juzgada se expande (si bien de distintas maneras según el sistema que se adopte) sobre todos los sujetos involucrados en el conflicto. Tomando esto en consideración, resulta esencial conocer desde una etapa bien temprana del proceso si el asunto tramitará como una causa colectiva o como una causa individual.⁹³ En el sistema estadounidense ello se determina por medio de una sentencia interlocutoria que “certifica” la acción como una acción de clase. Hasta el momento en que se dicta esta sentencia no hay verdaderamente

⁹² Así, la presente crítica también le cabe al proyecto que tramita en la Cámara de Senadores por expediente N° S-3396/2010), ya que, si bien no se refiere al amparo, establece en su art. 6° que “*Los procesos de acciones de clase se sustanciarán bajo las normas del proceso sumarísimo...*”.

⁹³ GIANNINI, Leandro “*La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pp. 92-96; VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 81-86; SALGADO, José M. “*Tutela individual homogénea*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, pp. 210 y ss.

proceso colectivo alguno.⁹⁴ Para poder determinar si el proceso será de tipo colectivo (en el sistema estadounidense: para certificar la acción de clase), a su turno, es necesario que el tribunal de justicia corrobore la presencia de una serie de requisitos (existencia de la clase, impracticabilidad del litisconsorcio, existencia de cuestiones comunes de hecho o de derecho, etc.). Lógicamente, la determinación de estos requisitos exige del juez el análisis de cuestiones de hecho y de derecho. Habida cuenta la mencionada gravedad de las consecuencias que implica tramitar un conflicto en clave colectiva, resulta también evidente que la determinación judicial sobre la configuración de tales requisitos exige una sustanciación adecuada entre las partes. Fuera de la lógica y el sentido común, estamos hablando nada más y nada menos que de respetar la garantía de debido proceso legal. ¿Cómo se ocuparon los proyectos de regular el modo en que debe tomarse esta (necesaria, temprana y previamente sustanciada) decisión judicial sobre si la causa tramitará en clave colectiva o no? Algunos directamente omitieron referirse al asunto. Otros, por el contrario, contienen previsiones al respecto pero diagramadas de manera inadecuada por dos motivos: (i) lo acotado de los tiempos en que se pretende sustanciar el incidente; y/o (ii) el hecho de no prever ningún tipo de sustanciación previa para resolver el asunto. Volveré sobre algunos ejemplos específicos al desarrollar mi siguiente crítica.

Esta quinta crítica tiene que ver con el modo en que el requisito de la representatividad adecuada ha sido tratado (o no) en los proyectos. Los procesos colectivos, como vimos, configuran un mecanismo de enjuiciamiento excepcional por poner en riesgo la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo ausentes en el proceso y limitar su autonomía individual. Teniendo en consideración esto y la clara manda contenida en “Halabi” respecto de la necesidad de que el representante del grupo sea “idóneo”, es por lo menos curioso que prácticamente ninguno de los proyectos se ocupa de regular el instituto de la representatividad adecuada. La excepción está configurada por dos de ellos que tramitan en la Cámara de Diputados (expedientes N° 4055-D-2011 y 4033-D-2011). No obstante, a pesar de regular el instituto estos dos proyectos no proveen estándares para su control y administración. El primero de ellos simplemente establece en su art. 1 inc. 4°, como un requisito de la acción, lo siguiente: “*Que los representantes de la clase protejan en forma justa y adecuada los intereses de la clase*”. También contempla la necesidad de certificar la acción de clase por parte del juez. Todo esto de modo casi idéntico a lo previsto en el sistema estadounidense, pero para operar en un contexto procesal muy diferente al estadounidense como ya explicamos. El segundo de los proyectos mencionados establece en su art. 3 inc. “d” que la acción requiere “*Que la representación de la clase sea adecuada*”. Además, esta iniciativa prevé una especie de etapa de certificación en su art. 15 al establecer allí que “*El juez se debe pronunciar sobre la admisibilidad de la acción y la adecuada representación de la clase en el plazo de quince*

⁹⁴ VERBIC, Francisco “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, pp. 81-86.

(15) días desde la contestación de la demanda o desde el vencimiento del plazo para ello". Aquí se destaca lo exiguo del plazo, pero al menos el mismo fue incorporado. A primera vista podría pensarse que hay entre los proyectos otra excepción a la crítica aquí planteada. Me refiero al que tramita en el Senado por expediente S-18/11. Esta iniciativa establece en su art. 3 inc. 4º, como uno de los *"requisitos previos de una acción de clase"*, el siguiente: *"Las partes representativas van a proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada"*. A pesar de ello hay tres razones que demuestran que dicho recaudo constitucional elemental no ha sido –valga la redundancia– adecuadamente regulado. En primer lugar, no se proveen estándares para administrar el instituto. Esto podría no ser tan grave, pero en segundo lugar encontramos que el proyecto tampoco prevé una etapa de certificación donde sustanciar y resolver si el requisito se encuentra presente o no. Finalmente, lo peor de todo, el propio proyecto establece en su art. 8 que *"La elección del representante se hará por medio de una votación, y el integrante que obtenga mayor número de votos será el encargado de representar a la clase"*. La mayoría de votos, como ya señalé, nada tiene que ver con la calidad del representante.

La última crítica: a pesar de que la liquidación y ejecución o implementación de muchas decisiones colectivas se presenta como un asunto de gran complejidad, ninguno de los proyectos contempla provisiones para atender esta problemática.

Para terminar con los proyectos de ley en trámite, cabe señalar que la iniciativa de los legisladores nacionales es bienvenida en cuanto (y esto debe ser rescatado) busca en general lograr la sanción de una ley procesal abarcadora de cualquier tipo de conflicto colectivo, rompiendo con la lógica sesgada y sectorial que hasta ahora hace depender la aplicación de instrumentos procesales colectivos del tipo de materia en discusión. Pero claro, la iniciativa no basta. Ante las serias falencias de los proyectos, la pregunta que se impone es cómo seguir. Al respecto creo que pueden señalarse dos puntos. En primer lugar, creo que la discusión no debe agotarse en el ámbito académico si es que pretendemos obtener algún resultado fructífero de ella, y para eso debe mejorarse y profundizarse el diálogo entre el Congreso y las Universidades, Institutos de Investigación y Asociaciones Profesionales dedicadas al estudio del tema. En segundo lugar, creo también que la mejor forma de avanzar en este campo sería implementando una práctica legislativa mucho más participativa, mucho más abierta y decididamente mucho más preparada que la que se ha dado hasta el momento. El impacto social, económico y político que producen este tipo de procesos en el marco de un sistema republicano y democrático de gobierno así lo exige.

2. Proyecto de Reforma al Código Civil

Además de los proyectos de ley tratados hasta aquí, hay uno en particular de suma trascendencia. Me refiero al proyecto que pretende reformar el Código Civil Argentino para

convertirlo en un Código Civil y Comercial. Luego de diversos intentos infructuosos a lo largo de la historia institucional argentina, por medio del Decreto N° 191/2011 el Poder Ejecutivo Nacional designó una Comisión especial para redactar un Anteproyecto de Código Civil y Comercial.⁹⁵ El Anteproyecto fue concluido, oportunamente elevado por la Comisión al Poder Ejecutivo, y luego remitido por éste al Congreso de la Nación. Entre sus previsiones se cuentan algunas cuestiones de relevancia en materia de tutela procesal colectiva de derechos, y también se contaban otras que, como veremos, han sido eliminadas por el Poder Ejecutivo y no forman parte del Proyecto enviado al Congreso.

Según se desprende de los fundamentos del Anteproyecto, el mismo buscaba contemplar, entre otras cosas, ciertos “*aspectos que ya están en la práctica social y en el sistema jurídico*”. Entre ellos estaba el reconocimiento de los “*derechos de incidencia colectiva*”. El art. 14 del Anteproyecto reconocía en tres incisos distintas categorías de derechos, a saber: individuales (inc. “a”), de incidencia colectiva propiamente dichos (inc. “c”), e individuales susceptibles de enjuiciamiento colectivo (esto es, derechos individuales homogéneos; inc. “b”).⁹⁶ Recordemos que en “*Halabi*” la CSJN había reconocido la existencia de estos mismos tres “tipos” de situaciones subjetivas al pronunciarse sobre “la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida” (consid. 8° de dicha decisión).⁹⁷ Lamentablemente, luego de las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, el art. 14 del Proyecto enviado al Congreso de la Nación sólo contempla dos incisos que se refieren a: (i) derechos individuales (inc. “a”); y (ii)

⁹⁵ Esta comisión estuvo integrada por tres jueces: Ricardo Lorenzetti (Presidente de la CSJN), Aída Kemelmajer de Carlucci [Presidente de la Sala I (Civil y Comercial) de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza] y Elena Highton de Nolasco (Jueza de la CSJN).

⁹⁶ En los fundamentos de la iniciativa los miembros de la Comisión redactora explican que los “*derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos se refiere a aquéllos que son indivisibles y de uso común, sobre los cuales no hay derechos subjetivos en sentido estricto. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno*”. En cuanto a los “*derechos individuales homogéneos*” (tal la terminología utilizada en los fundamentos de la iniciativa, aunque no en el articulado), la Comisión los explicaba sosteniendo que “*una causa común afecta a una pluralidad de derechos y por lo tanto se permite un reclamo colectivo. Se diferencian de los primeros [derechos subjetivos individuales] en cuanto a que se permiten procesos colectivos, como lo proponemos en materia de responsabilidad. Se distinguen de los segundos [derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos] porque son derechos subjetivos individuales y no indivisibles, como el ambiente*”. ¿Cómo se refería el articulado a estas dos especie de derechos de incidencia colectiva? Respecto de los primeros el Anteproyecto establecía en su art. 14 inc. “b” que eran aquellos “*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 I*”. En cuanto a los segundos, se refería a ellos como “*derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común*” (inc. “c”) y establecía que “*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*”.

⁹⁷ En dicha oportunidad, como fuera explicado al analizar el posible objeto mediato de las acciones colectivas en la República Argentina, la CSJN identificó tres categorías, a saber: (i) individuales; (ii) derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos; y (iii) derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos (Considerando 9°). Según el tribunal, los últimos dos tipos encuadran en la noción de “derechos de incidencia colectiva” receptada por el art. 43 CNA.

derechos de incidencia colectiva (inc. “b”). Este tema continuará, entonces, sujeto a los avatares de la jurisprudencia y lejos de ser cristalizado en el texto del nuevo Código.

Un aspecto que sí permaneció en el texto enviado al Congreso fue el art. 1714, el cual establece, en sintonía con la reforma operada sobre la LDC en el año 2008 (que incorporó la “multa civil” a dicho cuerpo legal), el poder de los jueces para aplicar una “*sanción pecuniaria disuasiva*”. En tal sentido, la norma proyectada acuerda al juez la potestad de aplicar, a petición de parte, una sanción pecuniaria a quien actúe “*con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva*”. Pueden petitionar tal medida cualquiera de los legitimados para defender este tipo de derechos.⁹⁸ El monto de la sanción se fija prudencialmente por el juez.⁹⁹ En cuanto al destino de los fondos obtenidos por su aplicación, la propia norma prevé que será aquel “*que le asigne el juez por resolución fundada*”.¹⁰⁰ Vale señalar que este artículo fue modificado en parte por el Poder Ejecutivo ya que la versión contenida en el Anteproyecto remitía a “*los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c*”. Esto es, sólo a los derechos colectivos que recaen sobre bienes indivisibles (por lo cual podía interpretarse que esta sanción no era aplicable en aquellos casos que versan sobre derechos individuales homogéneos). En su redacción actual podría

⁹⁸ Según se desprende de los fundamentos presentados por la Comisión, “*un sujeto puede iniciar un pleito reclamando el resarcimiento de daños individuales (cobrará una indemnización que ingresará a su patrimonio) y pedir la aplicación de la sanción (que no irá a su patrimonio), o sólo esto último*”.

⁹⁹ Al ejercer su discreción el juez debe tener en consideración “*las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener con su conducta, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas en su contra*”. En los fundamentos se explica que, a diferencia de la regla general que impone resarcir el daño “*por equivalencia o por satisfacción*”, en el caso de la sanción regulada por este artículo “*no hay prueba directa para la cuantificación y por ello se alude a la fijación prudencial*”.

¹⁰⁰ Es interesante subrayar que la Comisión evaluó otras alternativas para definir este punto, sobre el cual hubo muchos debates según se desprende de los fundamentos del Anteproyecto. Entre tales opciones alternativas, además de la escogida, se cuentan “*a) darle el dinero a la víctima; b) distribuirlo parcialmente entre la víctima y un destino distinto; c) darle un destino colectivo*”. Encontramos en los fundamentos las razones por las cuales la Comisión se inclinó por la opción de dejar librado a la prudencia del juez el destino de los fondos obtenidos con motivo de la aplicación de esta sanción disuasiva: “*La Comisión, finalmente, optó por el último supuesto por las siguientes razones: 4.4.1. Dogmática. Desde el punto de vista dogmático, si la sanción se aplica sólo a los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y no dan lugar a derechos subjetivos, no es admisible que el peticionante cobre. No tiene un derecho subjetivo; actúa como un legitimado extraordinario. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dársele a quien no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países, como Brasil, en los que, mediante otros institutos, se ha logrado mejorar bienes públicos: creación de fundaciones, campañas de educación, patrimonios de afectación para la promoción de un bien afectado, etcétera. 4.4.2. Litigiosidad: Uno de los argumentos para darle la indemnización a la víctima es que constituye un incentivo para hacer juicios con el objeto de defender derechos individuales o colectivos. En nuestro país tenemos un buen sistema que ha logrado altos niveles de litigiosidad a través de reformas procesales de acceso a justicia. Hoy existen juicios sobre todos los grandes temas colectivos en todo el país y podemos exhibir un nivel considerable de litigiosidad ambiental, derechos económico/sociales y consumidores. Eso se ha logrado porque no se paga tasa de justicia, hay una amplia legitimación (afectado, asociaciones, defensores, fiscales, etcétera), y acciones colectivas a nivel nacional y provincial. Es decir, no se advierte que la sanción pecuniaria pueda incidir mucho en incrementar la litigiosidad o el acceso a justicia. Darle una parte del dinero a la víctima no es una solución que incida en la litigiosidad, o por lo menos, las pruebas empíricas demuestran lo contrario. En los sistemas en los que eso sucede, como en Estados Unidos de América, es absolutamente distinto: la víctima paga grandes costos, asume riesgos, y el tema es tratado por los grandes estudios que hacen las inversiones; en Argentina no tenemos ese sistema y tampoco hay quienes propongan adoptarlo*”.

interpretarse que la sanción puede ser aplicada cuando se trata de cualquiera de las especies de derechos de incidencia colectiva, lo cual, ante la modificación del art. 14, nos remite a los derechos que la CSJN reconoció en “*Halabi*”.

Otra previsión interesante sobre el tema que nos ocupa es la contenida en el art. 1102, donde se prevé la posibilidad de que los consumidores afectados “*o quienes resulten legalmente legitimados*” puedan petitionar al juez la cesación de la publicidad ilícita, la publicación de anuncios rectificatorios a cargo del demandado y, en su caso, de la sentencia condenatoria dictada en el proceso.¹⁰¹ Cuando se refiere a “*quienes resulten legalmente legitimados*” el Proyecto no especifica si se refiere a legitimados individuales o colectivos. Sin embargo, cabe presumir que la norma refiere especialmente a estos últimos si tenemos en cuenta que la publicidad engañosa o ilícita es un ejemplo paradigmático de derechos de incidencia colectiva con objeto indivisible.

Un último comentario respecto del Anteproyecto: éste contenía distintas previsiones procesales de importancia en materia de tutela colectiva de derechos. Previsiones sobre temas que exigen una regulación específica y aun no cuentan con ella. Previsiones que, a pesar de esto, también fueron eliminadas por el Poder Ejecutivo. Lo más interesante en este aspecto se encontraba regulado en los arts. 1745 a 1748. En primer lugar, se contemplaban allí ciertos principios en materia de daños colectivos e individuales homogéneos y se regulaban los sujetos legitimados para proceder a su reclamo. Con relación a este último punto se partía del art. 43 de la Constitución Nacional como piso y se procedía a la incorporación de diversos sujetos no contemplados allí.¹⁰² En segundo lugar, esta sección del Anteproyecto receptaba también el requisito de la representatividad adecuada como un presupuesto de admisibilidad de la acción tendiente a obtener la reparación del daño. Y lo regulaba con estándares bien pensados para su interpretación y

¹⁰¹ “**ARTÍCULO 1102.-** Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

¹⁰² Arts. 1745 y 1746. “**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 provenientes 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

administración por parte de los tribunales.¹⁰³ Finalmente, el Anteproyecto regulaba el alcance de la cosa juzgada en el marco de los procesos colectivos y traía interesantes previsiones relativas a la ejecución de sentencias allí recaídas. En materia de cosa juzgada la iniciativa seguía en gran medida los lineamientos del modelo brasileño al establecer un sistema de cosa juzgada secundum eventum litis.¹⁰⁴

Para terminar, quiero destacar que, a mi juicio, la iniciativa propuesta por el Poder Ejecutivo Nacional configura una oportunidad y un contexto más que interesante para evaluar la posibilidad de incorporar previsiones procesales que garanticen reglas claras de debate en –al menos- ciertos aspectos medulares que hacen a la tutela colectiva de derechos. Entre ellos, la incorporación de los derechos individuales homogéneos como una categoría de derecho subjetivo,¹⁰⁵ la legitimación activa, el requisito de la representatividad adecuada y el alcance de la cosa juzgada. A pesar de que estas cuestiones se encontraban contempladas en el texto del Anteproyecto, como ya fuera expuesto, toda referencia a ellas fue eliminada por el Poder Ejecutivo Nacional y –por tanto- no forman parte del Proyecto enviado al Congreso de la Nación. Si bien en la página oficial de la iniciativa se detallan todas las modificaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo Nacional a la versión original del Anteproyecto, no surge de allí ninguna explicación ni argumento de por qué se procedió en tal sentido.¹⁰⁶ Más allá de eso, lo cierto es que con tal eliminación se pierde una nueva (y buena) oportunidad para avanzar en la materia, y es por ello que la Asociación Argentina de

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ Más allá de las críticas que pueden esgrimirse sobre la conveniencia y utilidad de proceder en tal sentido (me remito en este sentido a VERBIC, Francisco *“Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación”*, L.L. 2010-A-769; también publicado en Brasil con el título *“Por qué es Necesario Regular los Procesos Colectivos. Propuesta de Justificación de la Tutela Procesal Diferenciada: Alejarse de las “Esencias” y Acercarse a los Conflictos”*, RePro N° 182, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo), lo cierto es que en la experiencia brasileña una definición del género –incluida en el Código de Defensa del Consumidor- fue el puntapié inicial (y fundamental) para avanzar en el desarrollo de un sistema procesal adecuado orientado a su defensa. Sucede que la recepción de estas categorías hubiera clarificado en gran medida qué modelo de tutela colectiva debe tener presente el legislador argentino a la hora de sancionar una regulación procesal adecuada para enfrentar y resolver eficientemente conflictos colectivos. Modelo que hasta ahora, sobre todo después del fallo *“Halabi”* y sus profusas referencias al sistema estadounidense, no está del todo claro.

¹⁰⁶ Ver <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-PEN.pdf>

Derecho Procesal, en el marco de las audiencias públicas celebradas en la ciudad de La Plata a mediados del mes de Septiembre de 2012, ha sugerido su reincorporación al texto del Proyecto.¹⁰⁷

V. CIERRE

A la hora del cierre cabe volver a insistir, una vez más, otra vez más, en la urgente necesidad de regular en la República Argentina un sistema procesal adecuado que permita desactivar los conflictos colectivos de manera eficiente y justa para las partes. Un sistema que permita asignar eficientemente los recursos del sistema de administración de justicia estatal, que respete la garantía de debido proceso legal de todos los sujetos involucrados (ausentes o presentes en el debate) y que respete también su autonomía individual cuando ésta realmente pueda ser ejercida en el caso (me refiero a cuando exista interés suficiente para actuar autónomamente). Este reclamo aplica no sólo a la tutela del medio ambiente y de consumidores y usuarios, sino que se presenta con vocación de generalidad frente al fenómeno de la conflictividad colectiva en la Argentina. Un fenómeno en el cual estamos inmersos por las fuerzas de las circunstancias y del cual, sobra decirlo, no podemos escapar.

¹⁰⁷ La ponencia de la AADP puede consultarse acá: http://ccycongresos.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/083_FRA_NCISCO_VERBIC.pdf