

PROPUESTA DE BASES PARA LA DISCUSIÓN DE UN PROYECTO DE LEY QUE REGULE LOS PROCESOS COLECTIVOS

Leandro J. Giannini

Alejandro Pérez Hazaña

Caren Kalafatich

Dante Rusconi

José M. Salgado

Matías A. Sucunza

Matías R. Tau

M. Carlota Ucín

Francisco Verbic

I. INTRODUCCIÓN

El presente documento contiene una propuesta de bases para colaborar en la discusión y elaboración de una Ley Nacional de Procesos Colectivos para la República Argentina.¹

El estudio de los procesos colectivos ha arribado en nuestro país a un grado de madurez que se distingue claramente respecto del estado de avance parcial que, en paralelo, evidencian las concreciones legislativas en la materia. En efecto, desde hace décadas y especialmente a partir de la introducción de la categoría de los “derechos de incidencia colectiva” con la reforma constitucional de 1994, la doctrina ha desarrollado progresivamente distintos contenidos fundamentales para el estudio adecuado de la problemática de estos mecanismos de procesamiento y enjuiciamiento de conflictos colectivos.

Sin embargo, la legislación sigue manteniendo una tendencia fragmentaria en la materia, que se exhibe especialmente desde dos perspectivas:

¹ La propuesta fue redactada por los autores con motivo de la invitación realizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación para remitir aportes o sugerencias en el marco de la *Primera Mesa de Trabajo para la elaboración de un Proyecto Normativo que regule los Procesos Colectivos*, celebrada el día 30 de junio de 2016. La iniciativa forma parte del *Programa Justicia 2020* y es encabezada por la Directora del Programa Nacional de Coordinación General de Derecho Privado, Agustina Díaz Cordero, con la coordinación de la señalada Mesa de Trabajo a cargo de Javier Wajntraub y Hernán Calvo. El documento fue enviado el 15/08/16 a todos los participantes de dicha mesa de trabajo y ya está incorporado a la plataforma Justicia 2020 en la sección 3.3 *Civil: Cambios procesales para un mejor servicio de justicia/Ley de procesos colectivos* (<https://www.justicia2020.gob.ar/foro/topic/ley-de-procesos-colectivos/>).

(i) Al avanzar, sin vocación de sistema, sobre la reglamentación de algunos de sus aspectos controvertidos (típicamente: la enunciación de los sujetos legitimados para accionar colectivamente o la previsión de algunas variantes de regulación de los alcances subjetivos de la cosa juzgada), descuidando otros temas relevantes (vg., la representatividad adecuada, la litispendencia, la interacción de las acciones colectivas e individuales, etc.).

(ii) Al continuar sancionando normas relativas al trámite de este tipo de conflictos en cuerpos normativos aislados por materia (por ejemplo, leyes de defensa del consumidor o del medio ambiente; leyes de amparo, etc.), desconociendo así la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que compartan cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los conflictos y procesos colectivos.

La CSJN de Justicia de la Nación (CSJN), en el conocido caso “Halabi” (2009), puso de manifiesto la existencia de un cuadro de “mora legislativa” en la materia al advertir la inexistencia de un cuerpo de reglas fundamentales que permitan dar eficacia al citado mandato constitucional, así como aportar certeza y eficiencia al trámite destinado a la resolución de esta clase de conflictos. Como es sabido, en dicho precedente, la Corte consideró que dicha omisión del legislador no podía ser obstáculo para reclamar ante nuestros tribunales la tutela efectiva de derechos de incidencia colectiva, dado que un criterio opuesto importaría invertir el sistema de prelación normativa y reconocer la supremacía del legislador procesal sobre la Constitución misma.

La CSJN entendió que aun en ausencia de reglas explicitadas, los jueces deben encontrar mecanismos adecuados para tramitar y decidir esta clase de pretensiones. Además, indicó en ese mismo fallo cuáles serían algunas de las instituciones a contemplar en cada caso tales como la tipología de casos susceptibles de ser enjuiciados colectivamente, la legitimación, la representatividad adecuada, la notificación a los miembros del grupo, la posibilidad de ejercer el derecho de autoexclusión, la modalidad de definición de la clase, la litispendencia y la relación entre las acciones colectivas y las individuales, la cosa juzgada, etc.

Si bien dicho precedente cumplió un papel fundamental en el desarrollo de las acciones de clase en nuestro país, lo cierto es que no fue suficiente para que los distintos tribunales de las diversas instancias y fueros de todo el país puedan afrontar la multiplicidad de dilemas que enfrentan cuando llega a sus estrados una acción de este tipo. En otros términos, ni el fallo “Halabi” ni la significativa jurisprudencia posterior de la CSJN (o sus reglamentaciones) han remediado los serios inconvenientes que produce la necesidad de tramitar y decidir conflictos atípicos y complejos como son los que tramitan en el marco de procesos colectivos, con estructuras judiciales y reglas procesales que no fueron concebidas ni están preparadas para ello.

A más de siete años del caso “Halabi”, por lo tanto, se renueva y refuerza la necesidad de encontrar reglas adecuadas para afrontar el debate y resolución de esta clase de conflictos.

II. CARACTERES Y FUNDAMENTOS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS. OBJETIVOS DE UNA LEY NACIONAL DE PROCESOS COLECTIVOS

Conocer los caracteres y fundamentos de una institución constituye el necesario puntapié inicial para intentar reglamentarla adecuadamente. Al poner en evidencia sus rasgos más salientes y definir para qué sirve un instrumento procesal, es posible explicitar los principios que guían su diseño normativo, lo que entendemos servirá ulteriormente para interpretar los alcances de sus previsiones.

1) Caracteres

La característica fundamental de los procesos colectivos es su cualidad “representativa”. Suele utilizarse dicha expresión para calificar a los modos de enfrentar la conflictividad plural mediante el reconocimiento de la atribución de una persona pública, privada o entidad intermedia para representar en juicio los intereses de la totalidad del grupo alcanzado por la controversia, sin que sus integrantes le hayan conferido explícitamente autorización o poder para hacerlo.

Esta conocida nota de los procesos colectivos, concentrada en el concepto de la “legitimación colectiva”, pone en juego la necesidad de preservar la garantía del debido proceso de los miembros del grupo involucrados en la contienda, que pueden verse alcanzados por la decisión final del litigio, sin haber tenido oportunidad de ser oídos a título personal, sino sólo a través de la actuación de ese representante.

Por ello, para preservar la eficiencia y constitucionalidad de esta clase de procesos, el régimen procesal debe incorporar a este tipo de pleitos una serie de recaudos que permitan concentrar el debate de las cuestiones comunes de hecho o de derecho comunes al grupo, sin afectar la garantía de defensa en juicio de los integrantes que no han participado de la litis. Nos referiremos a dichos recaudos más adelante.

Una segunda característica de esta clase de litigios es su complejidad. Dada la multiplicidad de los integrantes del grupo, la extensión territorial de la afectación, la dificultad probatoria que en general acarrearán, los inconvenientes que conlleva la implementación de los mandatos y remedios contenidos en la sentencia definitiva, etc., los procesos colectivos están marcados por especiales problemas de administración en casi todas sus fases. Dichas dificultades

deben ser abordadas en la legislación, brindando a los operadores mejores herramientas para obtener decisiones de calidad, útiles y pronunciadas en un plazo razonable.

2) Fundamentos

El elenco de fundamentos de los procesos colectivos puede sintetizarse en cuatro aspectos principales.

En primer lugar, este tipo de acciones tienden a lograr una mayor eficiencia en el sistema de administración de justicia mediante el juzgamiento concentrado de numerosos reclamos similares, evitando así malgastar recursos humanos y materiales para discutir miles de veces las mismas cuestiones frente a los mismo sujetos. Esta aspiración de eficiencia se magnifica cuando la multiplicidad de reclamos por análoga problemática provoca cuadros de litigiosidad masiva que llega a colapsar los fueros e instancias encargados de su juzgamiento, como ha ocurrido en más de una oportunidad en nuestro país.

Asimismo, tienden a facilitar el acceso a la justicia de conflictos que de otro modo quedarían marginados del sistema debido a los conocidos obstáculos materiales (económicos) y personales (sociales y culturales) que impiden el ejercicio efectivo de los derechos por parte de la ciudadanía, tales como el desconocimiento de los derechos (potenciado cuando se pone en juego la aplicación de marcos normativos o cuadros regulatorios complejos), la falta de acceso a la información por parte de los afectados (agravada en general por la insuficiencia de medios para obtenerla), la relación costo beneficio desfavorable para el accionar individual (excesivo costo que conlleva el remedio, frente a la escasa cuantía del beneficio ulterior), entre otras.

En tercer lugar, gracias a dicha nota de acceso, los procesos colectivos sirven como instrumento de prevención y desaliento de conductas ilícitas masivas al brindar instrumentos adecuados para inhibir, sancionar y reparar las consecuencias de conductas que, de no ser por este tipo de acciones, permanecerían en el anonimato y la impunidad (lo cual, a su turno, estimula su reiteración en el futuro).

Por último, este tipo de procesos genera capacidad para que el sistema de administración de justicia pueda brindar soluciones igualitarias frente a violaciones masivas de derecho, concurriendo con ello también a fortalecer la legitimidad del sistema frente a la sociedad.

3) Objetivos y pautas generales para una Ley de Procesos Colectivos

Teniendo a la vista los caracteres de esta clase de procesos (representatividad, complejidad) y los fundamentos de la institución (eficiencia y economía procesal; acceso a la justicia; prevención y desaliento de conductas ilícitas; soluciones igualitarias a conflictos repetitivos), es posible definir los objetivos generales que entendemos debe perseguir una Ley de Procesos Colectivos.

(i) Lograr un mecanismo de debate flexible que permita la discusión amplia, pública, robusta e informada sobre el conflicto colectivo. Este mecanismo debería incluir el análisis del impacto social y económico de las decisiones a tomar, una preferencia por la discusión oral, y contemplar la intervención de la mayor cantidad de voces posibles en la discusión.

(ii) A tal fin entendemos fundamental la regulación de audiencias públicas regulares, tanto a los efectos de la determinación de la litis cuanto de la determinación fáctica de los hechos controvertidos, y luego para la determinación del cumplimiento de la sentencia en la fase de ejecución. La participación en éstas debe ser prevista de modo amplio para que puedan tener intervención otras voces. Igualmente, consideramos conveniente que la ley establezca pautas objetivas que definan cuándo convocar, cómo hacerlo, bajo qué condiciones y el deber de que los magistrados tomen en consideración y efectivamente analicen los argumentos conducentes para la resolución del conflicto, sea a fin de tomarlos como elemento de juicio para la decisión o bien descartarlos.

(iii) Reglamentar un mecanismo de procesamiento y resolución de conflictos colectivos de orden transustantivo. Esto es, aplicable con independencia de la materia de fondo sobre la cual verse el conflicto en cuestión. Este tipo de esquema de procesamiento transustantivo no implica negar la existencia de particularidades en función de ciertos sujetos, bienes y conflictos. De ese modo, la ley debería contener un conjunto de reglas generales (comunes a todo proceso) y otras especiales (propias de ciertos sujetos y bienes).

(iv) Estas reglas especiales no sólo tendrían que ver con modulaciones propias del microsistema sustantivo de que se trate (por ejemplo, consumo), sino también con aquellas especificidades procesales (tutelas diferenciadas) que puedan asumir. Por ejemplo, reglas especiales para la ejecución de sentencias en conflictos vinculados con pretensiones que buscan controlar la constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas, o la posibilidad de tolerar en ciertos supuestos la mutación de la cosa juzgada. Es decir, intentar sancionar una ley que regule adecuadamente los procesos colectivos de manera general y común, incorporando las reglas especiales que sean necesarias para atender las especificidades propias de ciertos conflictos, sea dentro de cada institución o como apartados diferenciados.

(v) Entendemos necesario también poner especial énfasis en la necesidad de garantizar normas específicas que contemplen las necesidades propias de los derechos sociales, de naturaleza eminentemente colectiva, pues su judicialización importa un litigio que procura modificaciones de prácticas y reformas estructurales que en la mayoría de los casos, además, involucra sectores de la población tradicionalmente relegados de la discusión institucional o débilmente protegidos por el Estado.

(vi) Los procesos de reforma estructural deben asumir que habrá dos grandes etapas procesales “necesarias”, una de “juicio” y otra de “ejecución”. Asimismo, esta última debería incluir instancias de seguimiento afines a las desarrolladas en el “experimentalismo” norteamericano.

(vii) Respetar el esquema de reglas existentes (legales, reglamentarias o jurisprudenciales) como un piso de mínima ya que cualquier interpretación o norma que tienda a restringir los estándares de protección existentes incurriría en violación al marco hermenéutico constitucional-convencional, violentando el derecho al acceso a la justicia y debido proceso colectivo (en tanto garantía humana fundamental de cumplimiento efectivo e inmediato por el Estado), el propio margen de aplicación nacional (auto)impuesto y los principios de progresividad, no regresividad, indivisibilidad e interdependencia de derechos, generando responsabilidad internacional.

(viii) Establecer reglas comunes para todo el territorio nacional. Existen distintas razones que justifican ese temperamento, entre las cuales cabe destacar: (i) el alcance y dimensión que los conflictos colectivos suelen suponer; (ii) el correcto procesamiento de esos conflictos, la reiteración de múltiples procesos en diversas jurisdicciones y la eficacia de una sentencia colectiva; (iii) el respeto por parte de las regulaciones locales de los estándares de mínima que el debido proceso colectivo supone.

(ix) Receptar instrumentos amplios, concretos y efectivos para garantizar el derecho humano de acceso a la justicia colectiva. Eso incluye desde incentivos económicos tales como beneficios de gratuidad o regulaciones especiales en materia de costas u honorarios, hasta la ampliación de la legitimación colectiva por encima de lo dispuesto en el art. 43 de la CN e incluso de las normas reglamentarias con previsiones al respecto (LGA y LDC). Esta legitimación debería pensarse en línea con la instauración del modelo heterogéneo constitucional-convencionalmente consagrado (personas individuales, entidades intermedias y organismos públicos).

(x) Contemplar la posibilidad de que el proceso colectivo sea no solo activo, sino también pasivo y mixto.

(xi) Reconocer la importancia de la intervención del Ministerio Público en este campo, atento las funciones y poderes asignados constitucional y legalmente a dicho organismo.

Consideramos que estos poderes y funciones asumen particular relevancia en el campo de la tutela colectiva ya que el correcto tratamiento y resolución de esta clase de conflictos involucra siempre, aunque más no sea de modo indirecto, un interés general de la sociedad. Para permitir la actuación de esta figura sugerimos establecer un sistema de comunicaciones regulares de los pasos procesales más relevantes del debate, generando así condiciones de posibilidad reales para que, en ejercicio de sus facultades discrecionales, pueda evaluar modalidades de actuación acordes con cada situación en particular.

(xii) Receptar expresamente la noción de derechos individuales homogéneos como especie del género “derechos de incidencia colectiva” establecida en el art. 43 de la CN, eliminando las restricciones asociadas con la justificación “económica” de las acciones individuales.

(xiii) Reconocer la consolidación de la idea de caso o causa colectiva, en tanto elemento definitorio para la apertura en instancia jurisdiccional de cualquier conflicto de esa naturaleza. Esto supone asumir un cambio de paradigma en el rol del Poder Judicial dentro de la estructura de división de funciones de Estado. Un cambio de paradigma que reclama fuertemente una regulación adecuada en este campo para mantener un equilibrio razonable que permita a la administración y al Poder Legislativo trabajar en sus esferas privativas de actuación, y que al mismo tiempo habilite canales idóneos para que el Poder Judicial cumpla con su deber funcional de tutelar derechos de manera eficaz y eficiente sin avanzar indebidamente sobre aquellas esferas privativas.

(xiv) Analizar la posibilidad y conveniencia de la creación de fueros especializados y establecer la posibilidad de intervención de expertos como auxiliares de la justicia para cumplir distintas funciones que requiera cada discusión en particular.

(xv) Reconocer el poder de los jueces para convertir acciones individuales en un proceso colectivo, aspecto especialmente importante en el campo de la tutela de derechos económicos, sociales y culturales.

III. INSTITUCIONES FUNDAMENTALES A REGLAMENTAR

Dados los objetivos de la legislación que se auspicia, consideramos que existen una serie de instituciones que deben necesariamente ser incorporadas a su articulado. A tal fin proponemos buscar soluciones proporcionadas que permitan a los procesos colectivos cumplir sus funciones más reconocidas.

Dada la complejidad de este tipo de procesos, es prácticamente imposible prescindir en este campo de disposiciones flexibles, que puedan adaptarse equilibrada y proporcionalmente a la variedad de situaciones que pueden quedar comprendidas en su ámbito de acción.

La indeterminación de algunos de los criterios de valoración y recaudos de admisión más relevantes del litigio colectivo, constituye una nota permanente en los más reconocidos sistemas de enjuiciamiento grupal. Dicha flexibilidad en los estándares legales que gobiernan los procesos colectivos brinda a los jueces considerable poder (y consiguiente responsabilidad) en la ponderación de los principios que articulan el sistema.

Es por ello que la determinación de los parámetros que nutren dichos principios es tan relevante para brindar al sistema claridad y previsibilidad, sin merma de su flexibilidad y capacidad de adaptación a las características del caso respectivo. Y es por ello también que sería auspicioso establecer expresamente un estándar de motivación y justificación agravado para el dictado de sentencias interlocutorias y definitivas.

1) Presupuestos de admisibilidad. Certificación del proceso colectivo

La norma debería establecer las condiciones de admisibilidad de la tutela colectiva. Atento el carácter excepcional de este tipo de mecanismos de defensa de derechos y las implicancias que conllevan, entendemos que esa determinación debe darse en una etapa temprana del proceso y previa sustanciación entre las partes.

Los requisitos específicos a considerar el efecto se encuentran mayormente reconocidos en la doctrina de la CSJN en “Halabi”, sin perjuicio de lo cual será importante debatir sobre el alcance de cada uno de ellos a fin de proceder a una correcta redacción en su recepción legal. Ellos son: (i) existencia de una causa fáctica común (origen común de la lesión o riesgo); (ii) una pluralidad relevante de sujetos perjudicados que no permita procesar el conflicto por las vías procesales tradicionales; (iii) una pretensión enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de esa causa común; y (iv) un representante colectivo adecuado (volveremos sobre esto más adelante).

La CSJN ha establecido también como requisito de admisibilidad la presencia de un interés individual de los miembros del grupo que *"considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia"*. Entendemos, sin embargo, que no hay fundamentos constitucionales, legales ni de principio para sostener una mirada estrecha del proceso colectivo que se desentienda de una de sus principales finalidades.

El art. 43 de la CN no contiene ningún tipo de restricción en tal sentido. Y lo mismo puede decirse de las leyes en materia de consumo y medio ambiente, así como de los principios jurídicos en general (y los procesales en particular). Y el problema con este tipo de aproximación al fenómeno es que priva al proceso colectivo de generar en muchas situaciones una de las principales

ventajas que presentan en el escenario judicial contemporáneo: producir economía procesal a escala.

2) Competencia

La articulación de reglas de competencia para los procesos colectivos es un particular desafío en un país federal, dada la frecuente expansión territorial interjurisdiccional de la afectación asociada a los conflictos que se ventilan en esta clase de litigios.

El primer punto a analizar es el de los alcances de la competencia federal en los procesos colectivos. Siguiendo la jurisprudencia imperante, elaborada en ausencia de reglas específicas de competencia en los procesos colectivos, será útil distinguir entre la interjurisdiccionalidad de la fuente del conflicto y la existencia de afectados en más de una jurisdicción. Al limitarse la competencia federal en razón de la interjurisdiccionalidad del conflicto a la primera hipótesis, se mantiene a la justicia federal como un fuero de excepción y se evita que se transforme en el árbitro final de la casi totalidad de los procesos colectivos. Este es el criterio de la CSJN en la materia, quien ha reconocido en diversos fallos que el solo hecho de existir personas afectadas domiciliadas en distintas jurisdicciones no genera necesariamente competencia federal sobre el asunto.

En cuanto a la materia, será importante discutir la creación o no de un fuero especializado en materia de procesos colectivos. Se ha discutido doctrinariamente sobre este punto, que en general pone en juego un interrogante fundamental. Lo que interesa discutir es si para la definición de la especialización del fuero como técnica para una mejor solución de esta clase de pleitos, son más importantes las particularidades del modo en que se debate en los procesos colectivos o el conocimiento de la materia sustancial que subyace en el litigio. Si fuera más eficiente para dar respuesta al litigio contar con un fuero especializado en el modo (colectivo) de administrar la contienda, la respuesta sería crear un fuero especializado. Si, en cambio, el predominio para definir la especialización del fuero debiera recaer en el conocimiento del derecho sustancial en juego, la solución sería mantener las reglas de la competencia vigentes en razón de la materia.

Consideramos que cualquiera sea la posición que se tome en este punto, cabe enfatizar la necesidad de dotar a los jueces de los distintos fueros e instancias de instrumentos uniformes de administración de esta clase de litigios, incluyendo recursos humanos, tecnológicos, infraestructurales, etc. Asimismo, destacamos que la posición que se tome en torno a la cuestión debería estar, como casi todas las demás, articulada y vinculada con el diagrama general que asuma el nuevo proceso colectivo. Esto es, debería ser analizada en base al sistema general de discusión que quede plasmado.

Respecto de la competencia en razón del territorio, es importante enfrentar otros interrogantes. Uno de ellos es el relativo al mantenimiento de las reglas generales de asignación (por ejemplo las contempladas en el art. 5 del CPCCN y similares en la órbita provincial), o la previsión de reglas específicas que concentren el conocimiento de los procesos colectivos en ciertos núcleos jurisdiccionales.

En el derecho comparado se han analizado alternativas destinadas a construir reglas de concentración de los debates colectivos en las ciudades capitales de los territorios alcanzados por la lesión enjuiciada (así, por ejemplo, la asignación de competencia a los jueces de la capital de una Provincia cuando el caso involucra a más de un municipio; de la capital del país cuando la lesión alcanza a territorios o vecinos de más de una Provincia, etc.). Sin embargo, dichas alternativas terminan concentrando los litigios grupales en pocos juzgados alejados muchas veces de la fuente del conflicto, complicando la producción de la prueba, reduciendo la supervisión de la actuación del representante grupal y afectando muchas veces el acceso a la justicia de los grupos de interés más representativos en la contienda. Se trata de una solución que consideramos introduce demasiados inconvenientes y una alta concentración de poder en unos pocos jueces.

En el estado actual del tema, consideramos adecuado mantener la aplicación de las reglas generales en materia de competencia territorial y contemplar instrumentos adecuados para remediar prontamente problemas de litispendencia y conflictos jurisdiccionales entre jueces.

Debería también discutirse la conveniencia de legislar o promover la articulación de leyes convenio con la adhesión de las distintas provincias para brindar claridad sobre el reconocimiento de las decisiones de los jueces de provincia sobre los habitantes de otras provincias. Cuando un juez provincial entiende en procesos colectivos donde el alcance de la lesión es interjurisdiccional, pero no su fuente (ver lo expresado previamente respecto del problema de la intervención de la justicia federal en estos casos), las decisiones cautelares o de mérito que se adoptan en ellos tendrán impacto más allá del territorio, debiendo ser cumplidas en otras provincias. Cuando ello sucede en los procesos individuales, el sistema procesal vigente reconoce la existencia de comunicaciones (oficios, exhortos) para coadyuvar a la cooperación judicial. La Ley 22.172 prevé la posibilidad de adoptar diversas medidas sin necesidad de comunicación previa a los jueces del territorio en el que la medida debe ser cumplida, como ocurre con las intimaciones, citaciones, pedidos de informes, mandamientos, inscripciones en los registros, etc.

Dado el impacto directo que las decisiones adoptadas por jueces de distintas provincias pueden tener en múltiples territorios, será importante clarificar que los jueces provinciales que entiendan en controversias colectivas en razón del territorio no limitan su conocimiento y potestades jurisdiccionales a la órbita de su circunscripción judicial, sino que tienen potestades para

resolver la totalidad de los aspectos de la contienda en la que conocen. Dicha previsión podrá emanar de la legislación nacional, dado que la CSJN ha señalado que cuando se presentan conflictos entre jueces de distintas jurisdicciones corresponde dirimir la contienda mediante la aplicación de leyes nacionales. Sin perjuicio de ello, también podrá implementarse esta solución mediante la utilización de mecanismos federales de concertación (ley nacional con adhesión de leyes provinciales).

3) Activa presencia y fuerte dirección del proceso por parte del órgano judicial, con efectiva intermediación

La necesaria intervención activa del órgano judicial opera muchas veces como nivelador de las desigualdades estructurales de orden extraprocesal que las partes llevan consigo al seno del debate en casos individuales, configurando así una premisa determinante para la vigencia del derecho convencional a una tutela judicial efectiva. En el campo colectivo dicha premisa adquiere un carácter todavía más trascendente en atención al carácter de interés público de esta clase de procesos y la complejidad que puede asumir su trámite debido, entre otros factores, al número de personas involucradas y eventualmente afectadas por la solución del conflicto que allí se decida.

Además del evidente ahorro de tiempo y recursos que permite una supervisión fuerte del órgano judicial sobre estos procesos, otra de las principales ventajas de contar con un juez activo y presente se encuentra en la protección que tal participación proporciona a los derechos de los sujetos involucrados en el caso.

El órgano judicial debería operar en este tipo de contextos procesales de orden excepcional como verdadero custodio de las garantías de los miembros del grupo ausentes en el debate, controlando no sólo la regularidad del trámite sino también la participación de los interesados en el marco del mismo –en especial el cumplimiento del requisito de la representatividad adecuada-, definiendo las modalidades de notificación y publicidad de la acción y cuidando, entre otras cosas, que los miembros del grupo tengan posibilidad real de ejercer su derecho de apartarse del litigio en los casos que así lo permitan.

En el marco de un proceso individual, la presencia de un juez activo, atento y razonable en el ejercicio de su discreción, llevará sin dudas a lograr un mejor resultado, a obtener una sentencia más justa y del modo más eficiente posible en términos tiempo y recursos, tanto del sistema de administración de justicia como de las partes involucradas en el proceso. A pesar de estas claras ventajas, la ausencia de un juez con las mencionadas características no impedirá que el proceso se desenvuelva y llegue a obtener una sentencia que resuelva el conflicto. Será un proceso costoso,

extremadamente lento y que en muchos casos terminará con una sentencia que no es todo lo justa que podría haber sido. Pero será un proceso al fin. Un proceso colectivo, por el contrario, sólo puede funcionar de manera adecuada y acorde con los intereses en juego en la medida que el juez ejerza un papel de director y verdadero administrador del proceso en forma decidida.

Sin tal participación es prácticamente imposible que la discusión pueda desenvolverse, y mucho más que el sistema brinde algún tipo de respuesta razonable frente al conflicto.

4) Legitimación y representatividad adecuada

Debería pensarse la legitimación colectiva en línea con la instauración del modelo heterogéneo constitucional-convencionalmente consagrado. Ese constituiría el piso de mínima. En consecuencia, tanto el afectado (como alguien capaz de representar a todo un grupo de personas) como los distintos sujetos representativos del modelo asociativo y de participación de organismos públicos o privados (por ejemplo, asociaciones intermedias, Defensor del Pueblo o Ministerio Público), deberían tener amplia legitimación para actuar en nombre de la clase que denuncien.

La regulación también debería prever y regular la representatividad adecuada en tanto condición arquetípica de actuación, acorde con los intereses en disputa, controlada y supervisada por el juez de la causa. En ese sentido, la norma debería establecer estándares objetivos a fin de acreditar y escrutar dicha condición. En ese sentido, el Código Modelo u otras regulaciones afines, traen parámetros que pueden servir de guía a tal fin.

Al regular esta materia habrá que contemplar las particularidades del modelo de legitimación que señalamos hace un momento, el cual difiere del vigente en los Estados Unidos (fuente de donde fue tomado por la CSJN en “Halabi” el requisito que estamos analizando). Desde esta perspectiva, sugerimos que se regule una presunción *iuris tantum* sobre la configuración del requisito cuando quien promueve la acción es un organismo público o entidad del tercer sector.²

Las razones convencionales y 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

² Posición de Dante Rusconi sobre este tema: *"Los sujetos cuya legitimación activa se encuentra contemplada en la Constitución Nacional o en leyes especiales, a excepción de quien accione en calidad de "afectado" cuando se trate de un particular, poseen legitimación "ope legis" y su aptitud para para iniciar una acción colectiva se presume "iuris et de iure". Ello no obsta al control que deben hacer los jueces para asegurar que la idoneidad de quien asumió esa representación se mantenga a lo largo de todo el proceso"*.

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.

En este contexto, y teniendo presente las consecuencias que se desprenden de la sentencia colectiva a dictarse como consecuencia de la actuación de un representante tan atípico (que no fue elegido por los miembros del grupo sino que, como también hemos visto, se autodenomina como tal), entendemos 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 estructural que impida llevar adelante una defensa adecuada de la causa.

Consideramos que la legitimidad convencional y constitucional del sistema colectivo depende de ello. Y su verdadera eficacia también, ya 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 sin una afectación de sus derechos y garantías fundamentales.

5) Intervención de terceros

Sugerimos revisar y regular con especial atención la intervención de terceros en el proceso colectivo. A fin de abordar este tema debería aclararse y tenerse en consideración la diferente situación de quienes forman parte del grupo representado por el legitimado colectivo (quienes técnicamente son parte en el proceso) y otros sujetos que, no siendo parte del grupo, puedan tener interés en el modo de resolverse la controversia. Consideramos que unos y otros deberían tener posibilidad de intervenir en el debate, sin perjuicio de las diferencias que puedan establecerse en torno al alcance, oportunidad e implicancias de tal intervención.

Entre otras cuestiones a considerar, entendemos que algunos estándares para discutir en este punto guardan relación con: (i) el carácter representativo del modelo de tutela colectiva a establecer (con control de representatividad adecuada del legitimado, según ya señalamos); (ii) la necesidad de mantener racionalidad en la gestión del debate, la cual puede ponerse en riesgo si se permite indiscriminadamente el ingreso de cualquier tercero o miembro del grupo; y (iii) el nivel de interés del proceso, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso, en contar con esa intervención y con los elementos que a través de ella puedan ser aportados al proceso para, por ejemplo, fortalecer el debate y controlar al representante colectivo.

6) Amicus Curiae

La necesidad de abrir el debate y fortalecer la transparencia en el marco de los procesos colectivos se encuentra estrechamente vinculada con las implicancias que supone el hecho de discutir conflictos colectivos dentro del Poder Judicial y el necesario redimensionamiento del rol de este último en el marco de nuestra sociedad. La figura del *amicus curiae* o “amigo del tribunal” es fundamental para ello al permitir que terceros ajenos a una causa judicial presenten argumentos y opiniones para colaborar con la solución del conflicto. Por lo general se exige que tales terceros sean personas (físicas o jurídicas, públicas o privadas) que cuenten con acreditada experiencia en alguno de los aspectos sobre los que versa la discusión.

La finalidad principal de este instituto es asistir al tribunal, proporcionando razones y argumentos especializados sobre las cuestiones que se debaten en el expediente. Argumentos que, bueno es destacarlo, no resultan exclusivamente de corte jurídico. La experiencia en el derecho comparado demuestra que en numerosas ocasiones el *amicus* ha contribuido abordando perfiles filosóficos, sociológicos, históricos y hasta políticos de los conflictos en discusión, muchas veces ignorados o subestimados por las partes y hasta por los propios magistrados.

Permitir la intervención de esta figura en el marco del debate procesal colectivo acarrea importantes ventajas. En primer lugar, la participación de la figura amplía el debate y eleva el nivel de discusión sobre el conflicto al incorporar argumentos que de otro modo no hubieran sido objeto de consideración por los jueces o las partes. Esta ventaja, que puede considerarse valiosa en sí misma en el marco de cualquier república democrática, a su turno influye directamente sobre la calidad de la decisión porque enriquece la mirada de los jueces y permite descubrir nuevas perspectivas de análisis para el caso. Otro beneficio que apareja la incorporación al debate judicial de diferentes descripciones y narrativas por medio del *amicus* finca en el estímulo que provoca para el dictado de sentencias más justas y con fundamentos menos dogmáticos, lo cual –a su turno– aumenta la legitimidad de este departamento de Estado (que depende en su mayor parte de la calidad de sus decisiones).

En el mismo orden, el *amicus* se presenta como un instrumento relevante para impulsar el ejercicio de la ciudadanía y habilitar nuevos espacios de participación en asuntos de interés público. Estos procesos colectivos constituyen verdaderos espacios de resonancia social y no deberían quedar exclusivamente sometidos a las alegaciones de las partes. Desde esta perspectiva, la figura se erige como un trascendente mecanismo de democracia participativa que provoca una importante apertura del Poder Judicial hacia la comunidad (lo cual también concurre a dotar de mayor legitimidad al accionar de aquel).

Consideramos que para cumplir acabadamente con estas finalidades la figura debería tener cabida en todas las instancias del proceso y no sólo en sede recursiva extraordinaria.

7) Litispendencia y relación entre las acciones colectivas e individuales

El carácter masivo de las lesiones involucradas en este tipo de conflictos y la usual dispersión territorial de los afectados, torna altamente probable la coexistencia de diversos litigios versando sobre la misma cuestión, o que poseen elementos de conexidad relevantes que harían procedente su acumulación.

Las dificultades que produce esta situación, que van desde el conflicto entre jueces de distintos fueros y jurisdicciones hasta la reiteración innecesariamente onerosa de actos procesales, han sido puestas en evidencia por la misma CSJN en más de una oportunidad (v. por ejemplo el precedente “*Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión*” y las Acordadas de la CSJN N° 32/2014 y N° 12/2016).

La creación y puesta en marcha de registros de procesos colectivos, en los que se inscriben este tipo de acciones en distintas jurisdicciones es un instrumento adecuado, pero no suficiente para remediar los problemas aludidos. Se agrava así la necesidad de contemplar otros mecanismos para afrontar la litispendencia en esta clase de litigios.

A tales efectos, es necesario formular una distinción fundamental entre dos grupos de cuestiones: (i) por un lado, deberá regularse la hipótesis de litispendencia clásica, aunque aplicada en el ámbito de los procesos colectivos. Es decir, debe analizarse qué solución corresponde dar en los casos de coexistencia de dos o más pretensiones grupales sobre una misma cuestión (litispendencia por identidad), o en los supuestos de conexidad entre las mismas (litispendencia por conexidad o acumulación de pretensiones); (ii) por el otro, deberán preverse disposiciones adecuadas para reglamentar la relación entre la acción colectiva y las acciones individuales que se instauren con causa en cuestiones de hechos y de derecho comunes.

8) Notificaciones y publicidad del proceso

En los procesos colectivos, la publicidad y notificación revisten un carácter trascendental para garantizar su validez constitucional, la toma de conocimiento, participación, autonomía de todas aquellas personas que están mediatamente representadas, y fortalecer la construcción de legitimidad social de órganos de poder que carecen de representatividad democrática directa para resolver asuntos colectivos.

La exigencia de un correcto sistema de publicidad y la instrumentación de un adecuado sistema de notificaciones deberían ser prioritarios en este contexto y operar durante todo el

desarrollo del proceso respecto de cada uno de sus hitos fundamentales. Es decir que la interposición de la demanda, la apertura de la instancia, la traba de la litis, el debate y decisión deberán ser debidamente publicitadas a fin de garantizar la posibilidad de que todos aquellos que estén interesados puedan ejercer los derechos que, en cada uno de esos momentos, se ponen en juego. De igual manera, esa amplia difusión procura informar a la sociedad toda acerca de la existencia y evolución de este tipo de procesos, los cuales la comprenden sea directa o indirectamente.

Desde otra perspectiva, un adecuado sistema de publicidad y notificaciones resulta esencial para que la sentencia colectiva pueda desactivar el conflicto definitivamente. Esto es, sin dejar abiertos flancos de ataque fundados en la falta de respeto a los señalados derechos y garantías. Podría pensarse que esto apunta a una cuestión meramente pragmática, pero lo cierto es que también se juega allí uno de los corolarios de la garantía de debido proceso legal colectivo: la efectividad de la decisión.

Además, una debida publicidad y un sistema razonable de notificaciones resultan de gran trascendencia para minimizar las posibilidades de sentencias contradictorias sobre una misma cuestión colectiva y colabora avanzando transparencia, lo cual, a su turno, minimiza las condiciones de posibilidad para maniobras de connivencia de diversa índole.

Entendemos necesario subrayar que el tipo y modalidad de notificación y publicidad a implementar en cada caso dependerán de las particulares características que asuma el conflicto en discusión y, muy especialmente, del grado de incentivo que los miembros del grupo puedan tener para participar en el proceso o apartarse del mismo. Lejos entonces de tratarse de una cuestión simple que pueda resolverse automáticamente (por ejemplo, por medio de una previsión legal que imponga determinada forma de comunicación de manera obligatoria), se debería acordar al órgano judicial suficiente discreción para ponderar todas estas cuestiones y tomar las medidas que sean necesarias a fin de asegurar un sistema de publicidad y notificaciones razonable, proporcional y adecuado para el caso concreto.

Destacamos también la necesidad de utilizar en este campo un lenguaje lo más sencillo posible para permitir que las medidas de notificación y publicidad ordenadas en base a los señalados estándares sean efectivamente entendibles por sus destinatarios. En otras palabras, para que las medidas ordenadas por el juez puedan tener verdadera efectividad y cumplir así con sus objetivos.

Si realmente buscamos que la existencia de los casos colectivos que tramitan ante los tribunales llegue a conocimiento de quienes se verán afectados por lo que allí se resuelva, es fundamental que comiencen a utilizarse soluciones innovadoras en este aspecto en el marco de la

sociedad de la información en que estamos viviendo, muchas de las cuales ya han sido receptadas por la jurisprudencia (redes sociales, notificaciones en facturas de servicios, mensajes por telefonía celular, televisión, radio, páginas web institucionales, registros públicos digitales, entre otras).

Asimismo, es necesario destacar la conveniencia de que las medidas de publicidad y notificaciones sean ordenadas conjuntamente con la resolución de certificación del proceso colectivo y con carácter previo a la traba de la litis, a fin de permitir un adecuado ejercicio de derechos a quienes pretendan intervenir en el debate.

Por último, resaltamos la importancia de las audiencias públicas como otro de los mecanismos a implementar para garantizar la debida apertura del proceso hacia la sociedad. Nos remitimos al respecto a lo señalado en el apartado II.3)(ii) de este documento.

9) Modalidad de conformación del grupo y derecho individual de exclusión del proceso colectivo

Invocada la representación colectiva, el sistema considera comprendido en el proceso a todos aquellos miembros del grupo definido por el actor al plantear sus pretensiones. De esta manera se presume que los miembros del grupo identificado por el representante desean involucrarse en la resolución del litigio, condicionando su exclusión a una manifestación expresa en tal sentido. De este modo, la inercia de los miembros del grupo opera para ampliar el número de la clase abarcada por la tutela colectiva y, así, concurre a obtener los objetivos y finalidades de política pública a que nos referimos en el apartado II.2. de este documento ya que los integrantes del grupo se consideran por *default* defendidos judicialmente por el representante colectivo, lo cual aumenta en gran parte el tamaño del grupo y, consecuentemente, el poder de éste frente a la contraparte.

Este sistema de *opt out* (optar por excluirse, optar por salirse) se contrapone al sistema de *opt in*, donde el grupo sólo se encuentra conformado por quienes expresamente manifiesten su voluntad en tal sentido. Diversos factores hacen que este último tipo de diseño procesal resulte claramente ineficaz, tal como han demostrado algunas recientes experiencias en el derecho comparado (Italia, México).

En este contexto entendemos necesario que la ley asegure a los miembros del grupo un margen de autonomía individual, permitiéndoles cuando fuera posible según el caso (ya que en ocasiones pueden existir procesos colectivos “cerrados”, por ejemplo en atención al objeto indivisible de las pretensiones allí discutidas tales como los casos “de reforma estructural”) optar por excluirse del proceso colectivo e iniciar su propio camino para vindicar sus derechos.

El presupuesto para el ejercicio de este derecho descansa en que exista un incentivo suficiente para que los miembros del grupo prefieran seguir su camino y no participar del caso colectivo. Aclaremos esta cuestión ya que en ocasiones el argumento del respeto a la autonomía individual –utilizado por ejemplo para exigir modalidades estrictas de notificación- puede ser una falacia y convertirse en una excusa para obturar la tutela colectiva de los derechos del grupo (especialmente en casos de escasa cuantía individual).

10) Prueba

Una de las previsiones generales relevantes en materia de prueba es la incorporación del principio de colaboración de las partes en el esclarecimiento de los hechos controvertidos, permitiendo al Juez extraer indicios y elementos de convicción derivados de la conducta de las partes, cuando se aparten de dicho postulado. Ello no implica introducir reglas autónomas de inversión de la carga de la prueba *stricto sensu*, que quedarán regidas por el derecho sustancial aplicable a la materia específica en debate.

Otra de las medidas que nuestra jurisprudencia ha reconocido y que el legislador podría incorporar expresamente, es el reconocimiento de poderes del juez para determinar cuál de las partes debe asumir inicialmente los gastos necesarios para la producción de prueba científica, teniendo en cuenta para ello elementos como la verosimilitud de la pretensión, el desequilibrio de las partes en cuanto a las posibilidades materiales de acceder a dichos medios de información, la especial necesidad de contar con la misma para resolver adecuadamente la contienda, etc.

11) Medidas cautelares

Ante todo debemos considerar en este campo que la noción de “efectividad” que surge del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “*requiere que las herramientas judiciales disponibles, incluyan medidas procesales como las medidas precautorias, provisionales o cautelares*” (Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 31, 2004).

Partiendo de esta premisa, consideramos que uno de los roles centrales del juez en este campo es bregar por la protección preventiva y rápida en supuestos de afectaciones colectivas. Para lograrlo debe ser prioritario el dictado de las medidas cautelares necesarias a fin de asegurar el resultado eficaz del proceso, así como de aquellas preventivas que detengan el perjuicio o eviten su agravamiento.

Entendemos que sería conveniente reconfigurar algunas de las condiciones de tramitación y procedencia de las medidas cautelares colectivas en función de la naturaleza y entidad de los conflictos e intereses en disputa (por ejemplo, su dictado inaudita parte, las características y alcance de la medida innovativa).

De la misma manera, deberían tomarse en cuenta las diferencias que pueden existir entre las medidas cautelares tradicionales y aquellas preventivas accesorias o independientes (qué sólo requieren un comportamiento lesivo, un daño injusto y una relación de causalidad adecuada entre dicho comportamiento y el daño causado), regulando las medidas procesales necesarias en base a estas diferencias (por ejemplo, el traslado previo en los casos en que la falta de urgencia lo permita, los estándares de prueba para su dictado, modalidad de tramitación por el proceso más abreviado en todos los casos, y los alcances de la cosa juzgada de los efectos de tales decisiones).

Asimismo, entendemos que debería establecerse expresamente el efecto devolutivo de la apelación contra este tipo de providencias para permitir que cumplan acabadamente con su finalidad.

12) Cosa juzgada colectiva

El problema de la cosa juzgada es uno de los problemas más relevantes de los procesos colectivos. El efecto expansivo de la sentencia que se deriva necesariamente del modelo de legitimación grupal receptado por el constituyente, hace que la actuación procesal de la parte que interviene en el proceso repercuta en el grupo afectado, sin que sus integrantes participen de la litis o incluso desconociendo que ella existe. Es allí donde, como fuera anticipado, comienza a plantearse el problema de la armonización de los alcances expansivos de la cosa juzgada con la garantía del debido proceso de los afectados ausentes en la controversia.

La regulación de la cosa juzgada colectiva importa siempre la búsqueda de una solución armónica que permita equilibrar los dos objetivos que tradicionalmente se encuentran en tensión en este ámbito: por un lado, la necesidad de concentrar el enjuiciamiento de pleitos colectivos o seriados, a través de la extensión vinculante de la sentencia al grupo afectado por una misma problemática; y, por el otro, la exigencia de preservar la garantía del debido proceso, reconociendo –en determinadas circunstancias– la posibilidad de debatir nuevamente el asunto.

En el derecho comparado, el problema ha sido abordado de diverso modo en los dos grandes sistemas integrales de acciones colectivas tomados en general como paradigmas, tanto por la doctrina como por la misma CSJN en el caso “Halabi”.

En el modelo de las acciones de clase norteamericanas, el balance parece inicialmente inclinado hacia la búsqueda de la celeridad, eficiencia y concentración del proceso colectivo, procurando que, en lo posible, el litigio sobre las cuestiones comunes se definan por única vez, con carácter inmutable, independientemente del resultado de la litis. En efecto, la vinculatoriedad de la decisión final del pleito se extiende en dicho sistema a favor y en contra de los miembros de la clase, razón por la cual el legislador ha previsto determinadas herramientas tendientes a impedir que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad. Entre ellas, el sistema de notificación de los miembros ausentes del grupo, el derecho –en determinado tipo de acciones- al *opt out* y el análisis riguroso de la representatividad adecuada, al que ya nos hemos referido.

Aun así, recordemos que la jurisprudencia norteamericana se ha encargado de desarrollar mecanismos destinados a atemperar el rigor de dicha definición legal, que -en principio- impediría a cualquier miembro del grupo reeditar el debate sobre aspectos que ya han sido tratados en una acción de clase. Es decir, que aun frente a este marco aparentemente rígido de vinculatoriedad plena, se ha admitido jurisprudencialmente la impugnación de la sentencia dictada en el proceso inicial, mediante la demostración en concreto de la ausencia de representatividad adecuada del grupo en dicho litigio original, de modo de obtener una nueva oportunidad de llevar la controversia a los estrados judiciales.

El segundo sistema es el adoptado en el CDC brasileño y en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Las líneas directrices de este sistema, en lo que hace a la posibilidad de reedición de lo ya juzgado en otro proceso, serían las siguientes:

(i) En cualquier proceso colectivo la sentencia, como regla, causa efectos *erga omnes*, salvo que la misma disponga el rechazo de la pretensión por insuficiencia de pruebas (mecanismo análogo al de la Ley General Ambiental en Argentina, aunque con mejor técnica legislativa). En tal hipótesis, “cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba” (art. 30, Código Modelo Iberoamericano de Procesos Colectivos).

(ii) En los procesos colectivos relativos a la tutela de derechos individuales homogéneos (divisibles), el régimen de cosa juzgada se basa en la repercusión “*in utilibus*” de la decisión que acoge la pretensión, en favor de los restantes miembros del grupo. En caso de rechazo de la acción, no podrá reeditarse la cuestión colectivamente, pero cada lesionado podrá perseguir a título individual la satisfacción de su interés. Como puede advertirse, se trata de un modelo de extensión de los alcances individuales de la sentencia colectiva *secundum eventum litis* (según el resultado del litigio). En este último supuesto no resulta necesario demostrar que la representación en el juicio anterior no fue adecuada: basta con haberse rechazado la acción colectiva, para que los afectados puedan presentar su reclamo a título individual.

De lo expresado, puede advertirse una diferencia sustancial entre ambos mecanismos (el de las acciones de clase estadounidenses, por un lado y el brasileño – iberoamericano, por el otro). En el primero, la sentencia se extiende a todo el grupo, sea que la solución final haya resultado favorable o desfavorable al grupo, y sin que la ley haya determinado excepciones a dicha regla. Sin embargo, la jurisprudencia condiciona la claridad de dicha solución, entendiéndose que puede replantearse el asunto si se demostrara que la actuación del representante en la defensa de los intereses de la no fue lo suficientemente vigorosa. En el segundo instrumento (CDC brasileño – Código Modelo Iberoamericano), el legislador identificó una hipótesis general de “ausencia de representatividad adecuada”, como es la insuficiencia probatoria, y la elevó como causal tarifada de revisión del decisorio colectivo en todos los casos. Asimismo, restringió con carácter general los alcances de la sentencia colectiva desestimatoria respecto de las acciones individuales, con independencia de que la actuación del litigante grupal haya sido o no enérgica.

Se trata sin dudas de uno de los temas centrales a discutir y resolver en el campo de los procesos colectivos, cuya dilucidación impacta directamente sobre la valoración de la eficacia de la herramienta y en su validez a la luz de la garantía del debido proceso. Por otro lado, como puede advertirse de lo explicado previamente, la elección del régimen de cosa juzgada no es independiente de las restantes opciones de política legislativa que se recepten en la ley. Con lo que el legislador deberá diseñar detenidamente el régimen de vinculatoriedad de la sentencia teniendo en consideración que su validez y eficacia requerirá de una interacción constante con el resto de las disposiciones del ordenamiento.

En definitiva, debería repararse aquí que si bien existen distintos sistemas de cosa juzgada colectiva, los mismos dependen en gran medida de ciertos condicionantes que determinan su constitucionalidad/convencionalidad. En este orden de ideas, se puede afirmar que un proceso con control del representante colectivo por parte del juez, adecuadas notificaciones a los miembros del grupo y un efectivo derecho de éstos a apartarse del proceso para seguir su propio camino, justificaría constitucionalmente una cosa juzgada de doble vía y definitiva (esto es: gane o pierda el legitimado colectivo, la discusión no puede reeditarse).

Por el contrario, en un sistema procesal donde estos tres factores no se encuentran debidamente regulados, la cosa juzgada debe ser más flexible y debe habilitar –en algunos supuestos específicos- volver a discutir el conflicto colectivo o, cuanto menos, dejar a salvo las acciones individuales de los miembros del grupo. Se podrían también prever algunas excepciones enunciativas de la categoría de ausencia de representación adecuada (por caso, el rechazo de demanda por ausencia o manifiestamente defectuosa producción de pruebas, por omisión de hechos

fundamentales para el proceso y por la omisión de serios argumentos que hubieran podido sostener las pretensiones esgrimidas en la demanda).

13) Liquidación, ejecución e implementación de la sentencia colectiva

Además de la problemática de la cosa juzgada, existen otras particularidades de la sentencia colectiva que deben ser atendidas en la legislación. Entre dichos capítulos, interesa destacar dos instituciones relevantes para mejorar la eficacia y eficiencia de esta clase de procesos, como son la liquidación y ejecución de la sentencia colectiva.

a) Liquidación de la sentencia colectiva

A diferencia de la clásica individualidad que caracteriza a las decisiones jurisdiccionales, las sentencias colectivas condenatorias que hacen lugar a la pretensión grupal tienen alcances generales y aplican a la totalidad del grupo alcanzado por la discusión. De dicha cualidad se derivan importantes consecuencias en que concierne a la implementación de este tipo de sentencias. Entre tales derivaciones, adquiere especial relevancia la fase de liquidación, instrumento de particular relevancia en los procesos colectivos deducidos en defensa de derechos individuales homogéneos.

Un diseño integral de esta clase de litigios debe distinguir en esta fase la liquidación (individual) de las sentencias colectivas de la liquidación colectiva de tales decisiones. En el primer caso, los afectados acuden a determinar el impacto perjudicial que el obrar calificado de ilícito en una sentencia condenatoria genérica tuvo en su esfera individual de interés. En el segundo, es el legitimado colectivo quien, a falta de impulso por parte de los afectados individuales, promueve la liquidación grupal a efectos de determinar el monto global de los perjuicios que el condenado le ocasionó al grupo.

La liquidación individual de la sentencia colectiva puede asumir diversas modalidades, llegando a tener alcances más amplios que los que en general caracterizan a la clásica liquidación de las sentencias individuales. En cuanto a los supuestos en los que procede esta forma de liquidación de la decisión colectiva tenemos: (i) las hipótesis de condena dineraria genérica (determinación del *an debeatur* sin identificación precisa del monto que cada integrante del grupo debe percibir en cumplimiento de la sentencia); (ii) los supuestos de condenas de hacer o no hacer incumplidas, en las que cada miembro de la clase puede promover liquidación individual en los términos de los arts. 513 y 514 del CPCN.

Respecto del sistema de sentencias condenatorias genéricas seguidas de liquidaciones individuales (escisión del debate en torno al *an debeatur* y al *quantum debeatur*), cabe tener en consideración para el debate que: (i) se trata de un mecanismo que sólo debe ser utilizado cuando, por las características del caso, no sea posible o conveniente determinar el *quantum debeatur* en la primera etapa cognoscitiva del proceso colectivo; (ii) en cuanto a la necesidad de probar la existencia del daño como condición para el dictado de la sentencia condenatoria genérica, debe seguirse una hermenéutica que desvincule el debate probatorio sobre la existencia (genérica, específica, verosímil, etc.) de dichos perjuicios, en la fase relativa al *an debeatur*; (iii) respecto de la competencia para deducir los incidentes de liquidación individual, debe revisarse la solución adoptada en diversos regímenes en nuestro país por el que se determina que ese tipo de reclamos tramite por vía incidental ante el juez que entendió en el pleito principal. Dicha solución puede producir una irrazonable limitación de la garantía del debido proceso (acceso a la justicia), por lo que sugerimos seguir el criterio sustentado en el Código Modelo, donde se autoriza al afectado a liquidar su acreencia ante el juez de su domicilio; (iv) es dable reconocer al juez amplios poderes para definir el modo más eficiente de liquidación individual del mandato colectivo (principio de adecuación de las formas), incluyendo modalidades alternativas como la designación de un funcionario especial que se encargue de procesar los reclamos individuales, la delegación a las partes del trámite respectivo, la aplicación de sistemas arbitrales o de amigables componedores (siguiendo analógicamente la regla del art. 516 del CPCN para liquidaciones complejas), entre otras.

Por otro lado, la liquidación colectiva de sentencias (*stricto sensu*) constituye un instrumento necesario para garantizar la eficacia de la tutela jurisdiccional cuando, por el anonimato o indeterminación de los afectados, o bien por el desinterés (*lato sensu*) de los mismos en reclamar su acreencia, la conducta ilícita quedaría impune de acudirse a los sistemas de liquidación individual de la sentencia. A través de los mecanismos de liquidación y ejecución colectiva, el legitimado colectivo (tanto quien actuó en el proceso como otros legitimados ante la inactividad de aquél) puede solicitar que se determine globalmente el daño producido al grupo a efectos de que las sumas resultantes sean aplicadas a finalidades total o parcialmente distintas del resarcimiento particular de cada uno de los afectados.

Las modalidades de distribución conocidas como *cy pres* o *fluid recovery*, así como la creación de fondos especiales de reparación para aplicar los montos procedentes de la liquidación global de los perjuicios, son soluciones razonables que deben ser admitidas en la legislación que recepte esta clase de litigios en nuestro medio (tal como ya lo hiciera con respecto a las dos

primeras la Ley N° 26.361 en materia de defensa del consumidor, y la Ley N° 25.675 en materia ambiental respecto del fondo especial).

A efectos de la administración de los fondos de compensación, deben analizarse alternativas para brindar a los órganos jurisdiccionales mejores herramientas de gestión, tales como la creación de una estructura estable del Poder Judicial destinada a administrar y ejecutar esta clase de fondos como auxiliares de justicia, o la actuación de profesionales independientes que desempeñen dicho papel, extraídos de un listado especial confeccionado por el Poder Judicial con adecuado control de idoneidad en general y de desempeño en cada caso. En cualquier supuesto, con adecuado contralor del Juez de la causa quien continúa siendo el responsable último de administrar y gestionar el adecuado cumplimiento de sus decisiones.

b) Ejecución e implementación de la sentencia colectiva

La ejecución colectiva exige la instauración y desarrollo de mecanismos de ejecución efectivos y acordes a la naturaleza, entidad y alcance de las decisiones que se adoptan en este tipo de conflictos y de las tensiones políticas que supone su solución por parte del Poder Judicial en un sistema republicano de gobierno. Sólo de este modo podrá hacerse efectivo el principio de efectividad de la decisión, parte integrante de la garantía de debido proceso legal colectivo como ya fuera señalado al abordar las medidas cautelares y preventivas.

La experiencia jurisprudencial argentina aporta algunos buenos ejemplos para tomar en consideración a la hora de discutir y establecer medios específicos a fin de regular este tema. Entre ellos se destacan: (i) la posibilidad de ordenar la conformación de mesas de trabajo (para lo cual deberán contemplarse también mecanismos de control de avance y sanciones a fin de no repetir algunas experiencias trucas con el mecanismo); (ii) la delegación de tareas de ejecución en jueces inferiores, el fondo especial a regular o expertos; (iii) la conformación de grupo y el establecimiento de otros mecanismos de supervisión social y presupuestaria sobre la marcha de la ejecución; y (iv) la adaptación del instituto de las astreintes a las particularidades de su aplicación en el contexto colectivo, entre otras.

14) Acuerdos transaccionales y mediación

Deberían establecerse mecanismos de trámite y control adecuados para los acuerdos transaccionales celebrados en este tipo de procesos.³ Asimismo, sería conveniente establecer algunos requisitos sustantivos esenciales para tales convenciones, especialmente en cuanto hace a: (i) publicidad y difusión adecuada, tanto con relación a los miembros del grupo como a la sociedad en su conjunto; (ii) pautas básicas para mecanismos de distribución de las sumas de dinero resultantes; (iii) mecanismos de información y supervisión periódica de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes; (iv) previsiones sobre el destino de fondos remanentes; (v) celebración de audiencia pública para discutir los alcances del acuerdo; y (vi) obligación de las partes de presentar en el expediente cualquier acuerdo conexo con el acuerdo principal, especialmente el de honorarios de los abogados intervinientes.

Las prestaciones involucradas en una transacción pueden afectar de manera diferente a los interesados, lo cual obliga al tribunal a seguir de cerca las negociaciones y a controlar estrictamente el contenido del acuerdo, ya que (además de las complejidades intrínsecas que presentan los acuerdos) existe siempre latente el potencial conflicto entre los miembros de la clase y entre éstos y el abogado que ha prestado sus servicios profesionales al representante. Este ámbito específico dentro del proceso colectivo es uno de los que demanda de los jueces la mayor atención, cuidado y gestión posible.

En lo que respecta a la mediación prejudicial obligatoria vigente en la órbita nacional, estimamos que también debería ser revisada en su estructura cuando pretenda aplicarse a este tipo de controversias colectivas. En atención a la trascendencia pública y social de los conflictos ventilados en estos procesos, esta reconfiguración debería implicar una mayor injerencia estatal en dicha instancia. A tal efecto una alternativa es establecer la obligatoriedad de la intervención del Ministerio Público en la discusión.

Sobre esta cuestión también debe tenerse presente que, a diferencia de lo que sucede con los acuerdos celebrados en casos individuales, todo resultado positivo de una instancia de mediación deberá necesariamente someterse a escrutinio judicial. En virtud de ello, y más allá de lo señalado hace un momento como alternativa si es que se resuelve mantenerla en el contexto prejudicial, entendemos conveniente que la instancia de mediación se realice directamente dentro del contexto procesal y bajo supervisión del juez o de algún funcionario especial designado al efecto.

³ Posición de M. Carlota Ucín sobre este tema: “*En procesos de reforma estructural, cuyo objeto sea el cuestionamiento de políticas públicas sociales a la luz de estándares convencionales o constitucionales, no sería posible realizar acuerdos transaccionales en virtud de la materia en discusión. Ello sin perjuicio de que en la instancia de ejecución y cumplimiento de lo ordenado por la sentencia, se puedan admitir eventualmente, acuerdos entre las partes acerca de las modalidades de cumplimiento*”.

15) Mecanismos de incentivo. Honorarios profesionales, costas, beneficio de litigar sin gastos

Si se pretende que el sistema de tutela colectiva de derechos funcione, la ley debe establecer mecanismos de incentivo adecuados y proporcionales al interés público que tienen este tipo de procesos y a las finalidades que persiguen en términos de acceso a la justicia, disuasión de conductas ilícitas colectivas, economía procesal y obtención de soluciones igualitarias. En este sentido debería discutirse cuanto menos: (i) la incorporación de un beneficio de litigar sin gastos automático, salvo demostrada litigación de mala fe y/o abuso del proceso; y (ii) pautas regulatorias razonables para los abogados, peritos y otros expertos intervinientes.

Mucho se ha dicho sobre los abusos en el campo de los procesos colectivos y sobre la incidencia que ciertos mecanismos de incentivo como los que proponemos discutir tienen para fomentar estas malas prácticas. Frente a ello destacamos que el abuso procesal y la utilización del proceso judicial para fines reñidos con la buena fe no resulta algo exclusivo de este campo del derecho. También se producen abusos en la utilización de otras herramientas procesales, y no por ello éstas son eliminadas del sistema.

No puede juzgarse un instrumento exclusivamente por el modo en que es utilizado por los operadores del sistema. Lo que debería hacerse es fortalecer los mecanismos de control y juzgamiento de tales operadores. Esto es, diagramar mecanismos adecuados para minimizar las posibilidades de abuso y, en caso de suceder, sancionarlo efectivamente.