

Las acciones colectivas en el Derecho Comparado

por NICOLÁS DANIEL VERGARA
27 de Septiembre de 2011
www.infojus.gov.ar
Id SAIJ: DACF110149

1. Introducción Las acción de clase, o acción colectiva, constituye un instrumento procesal que se presenta, a priori, como una vía idónea, o al menos interesante por la cual canalizar o hacer efectivos derechos que afectan a una pluralidad de personas.

En relación a ellas, Bianchi afirma que las acciones de clase "Pueden ser descritas como un sistema procesal en el cual una persona o un pequeño grupo de personas, pueden representar a un gran número de individuos, todos poseedores de un derecho o interés común"(1).

Por su parte, Elespe expresa que dicho instituto "Es una acción concedida (certificada por la corte competente) a instancias de una parte demandante para que se proceda a unificar a un gran conjunto de demandantes (actuales o potenciales), en reclamos de iguales fundamentos fácticos y jurídicos al suyo, para que dichos reclamos tramiten en un mismo proceso y bajo una única representación del conjunto, la que concluirá en una sentencia válida para todos" (2).

A su vez, Gidi manifiesta que "La acción colectiva es la acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada)"(3).

Básicamente, mediante la interposición de este tipo de acciones, se logra economía procesal y se evita dispendio jurisdiccional, ya que se acumulan en un solo proceso todas las acciones de las personas que poseen una situación de hecho o de derecho similar.

En el presente trabajo, se pretende analizar la situación actual de las acciones colectivas o class actions (en el derecho norteamericano), según la denominación que se prefiera adoptar, en los países que más han desarrollado el instituto o que mejor regulación normativa posean.

Cabe poner de resalto que, en la República Argentina, el instituto ut supra mencionado, no goza de una regulación legislativa de carácter genérica. No obstante ello, la [Ley General de Ambiente](#) (4) posee un capítulo que rige los hechos o actos jurídicos, lícitos o ilícitos que, por acción u omisión, causen daño ambiental de incidencia colectiva (5).

Por otra parte, la [Ley de Defensa del Consumidor](#) permite iniciar acciones al consumidor, al usuario, a las asociaciones de consumidores, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público, y en su [artículo 54](#), dispone que "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"(6).

Atento a ello, se observa que el proceso colectivo no es una temática totalmente extraña en el ordenamiento jurídico argentino.

Cabe realizar dos consideraciones de relevancia respecto de la situación en el país. Por una parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en el caso "[Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional](#)" (7) sobre la procedencia de las acciones colectivas en el país. En el citado fallo el Alto Tribunal acepta la aplicación de las class actions en un caso concreto. Además, caracteriza al instituto, describe antecedentes en el derecho comparado en torno al mismo, funda la aplicación de las acciones colectivas en el [artículo 43 de la Constitución Nacional](#), establece que es una mora del Congreso de la Nación no haberlas regulado y manda al mismo a hacerlo de inmediato, cuestión esta última que aun no ha sucedido.

Por otra parte, a pesar de que no existe en el país reglamentación alguna de carácter genérico, sí goza de protección constitucional su objeto (derechos de incidencia colectiva). En tal sentido, el cívico tribunal ha expresado en el citado precedente jurisprudencial que el [artículo 43 de la Constitución Nacional](#), cuando hace referencia a los "derechos de incidencia colectiva", se comprende tanto a los derechos colectivos que tienen por objeto bienes colectivos como a los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Volviendo al objeto del presente trabajo, que como se indicó se va a limitar a analizar la situación de la herramienta procesal en el derecho comparado, cabe manifestar que se hará un breve análisis de la legislación de algunas naciones, haciendo hincapié en el tratamiento sobre ciertos aspectos básicos que se presentan en un proceso colectivo. Por lo tanto, no se realizará un examen exhaustivo de cada instituto jurídico, lo que excedería los límites del presente trabajo, ya que cada uno de ellos es pasible de un minucioso tratamiento.

2. 1. Estados Unidos Comenzará la revisión de tema en el país norteamericano, debido a que es la Nación en la que más desarrollo han tenido las acciones colectivas.

A este respecto cabe mencionar que, si bien los orígenes de las acciones de clase se remontan a los tribunales de equidad de Inglaterra en el siglo XVII (8), en Estados Unidos las mismas se empezaron a utilizar en el siglo XIX. Tal como en Inglaterra, en sus orígenes estuvieron limitadas a los tribunales de equidad. Se aplicaban tanto en los Estados como a nivel Federal. Cueto Rúa señala que "Fueron consideraciones de orden prácticas las que llevaron a los tribunales norteamericanos de equidad a aceptar las demandas por clases de personas en todos aquellos casos en que el mero número de personas interesadas en el litigio se encontraban comprometidas en el caso, hubiera frustrado o hecho imposible la atención judicial debida a todas las partes interesadas (9)". Sin embargo, a diferencia de lo ocurrido en Inglaterra, en Estados Unidos ha existido una gran incertidumbre en torno al tema de los efectos de la sentencia. En efecto, la jurisprudencia no era unánime al momento de decidir el asunto, y mientras algunos sostenían el efecto expansivo de la sentencia a los miembros que no hubieran participado del proceso, otros lo negaban.

Como manifiesta Bianchi, existen dos hechos claves en torno a la regulación federal de las class actions en el Estado Norteamericano. El primero ocurrió en el año 1938, cuando las mismas fueron incorporadas a la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal, lo que permitió extender el uso de estas acciones de los tribunales de equidad a los tribunales de derecho. No obstante esto, aun con la regulación, atento la misma no era clara, se mantenía la incertidumbre en torno al alcance de la sentencia. El otro sucedió en el año 1966, fecha en la que se realizó la enmienda a la Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal, que ha solucionado en gran medida el problema (10). Actualmente, tanto en la jurisdicción federal como en la mayoría de los Estados, la sentencia dictada en una acción por clase de personas se hace extensiva a todos los miembros de la clase, se hallan hechos presentes o no en el juicio. Luego, la normativa mencionada sufrió dos modificaciones posteriores en 1987 y 1998.

La normativa en cuestión comienza rezando: "a) Requisitos de una acción colectiva. Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos sólo si (1) el grupo es tan numeroso

que el litisconsorcio de todos los miembros es impracticable, (2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes al grupo, (3) las demandas o defensas de los representantes son típicas respecto de las demandas o defensas del grupo, (4) los representantes protegerán equitativa y adecuadamente los intereses del grupo" (11).

La norma es clara en el sentido de que si no se reúnen los cuatro requisitos, la acción colectiva no se declarará admisible, aunque la acción pueda proseguir en la forma individual entre actor y demandado. La parte que solicita el tratamiento colectivo debe demostrar y convencer al juez que, prima facie, todos los requisitos que señala el precepto se encuentran cumplidos. En caso contrario, y como directa consecuencia, la certificación de la acción colectiva será denegada.

En cuanto al primero de los requisitos, impracticabilidad del litisconsorcio, como afirma Gidi, "Impracticable no significa imposible. Habría impracticabilidad del litisconsorcio si en la práctica no fuera viable que todos los miembros del grupo se unieran para proponer un litigio en litisconsorcio" (12). Además, la norma no establece un número predeterminado de miembros que haga que se cumpla el requisito de la impracticabilidad del litisconsorcio, por lo que la cantidad no es un dato determinante para la admisión de la acción. Ergo, será una facultad del juez evaluar, si en el caso concreto, se halla cumplido o no el requisito, atendiendo a las circunstancias particulares del caso concreto. En relación a tal exigencia explica Bianchi que existen otros factores que son relevantes, como la naturaleza y complejidad de la acción, el monto individual de cada demanda (debido a que una de las razones de existencia de las class actions es permitir el acceso a la justicia en casos de que ello no sería posible por el pequeño monto en discusión), la distribución geográfica de los miembros de la clase, el carácter del derecho objeto del juicio y la dificultad para proveer datos de identidad confiables y actualizados de los miembros de la clase como consecuencia de sucesivos cambios en el estado civil, en el trabajo, o los producidos por causa de nacimientos o de muertes (13).

En cuanto al segundo de los requisitos de admisibilidad, el hecho de que haya cuestiones de derecho o de hecho comunes al grupo es una condición inherente a un proceso colectivo. Si se pretende que las pretensiones de distintas personas sean tratadas en forma unitaria, surge de modo evidente que sus pretensiones deben tener alguna conexión. Desde tal atalaya, la doctrina afirma que "hay cuestión común todas las veces que las circunstancias del caso concreto permitan una decisión unitaria de la controversia colectiva. La ley exige la presencia de una cuestión común de hecho o una cuestión común de derecho; no exige la presencia de ambas. No es necesario que las situaciones individuales de todos los miembros del grupo sean exactamente iguales en todo sentido o que todas las cuestiones de hecho o derecho levantadas en el proceso sean comunes a todos los miembros. Es de esperarse que existan algunas diferencias entre las situaciones individuales de los miembros del grupo. Basta que la diversidad natural entre las innumerables situaciones particulares no perjudique la existencia de un núcleo de la controversia común al grupo" (14). De este modo se aprecia el alcance del requisito, que no requiere que las situaciones de los miembros sean idénticas aunque sí que sean lo suficientemente similares como para merecer un trato unitario (15).

El tercero de los requisitos que establece la Regla 23 es el de la tipicidad, es decir, que los pedidos o la defensas del representantes del grupo sean típicos de los pedidos o de las defensas de los miembros del grupo. Vale decir, que no exista una marcada diferencia entre lo planteado por el representante y sus representados (16). Además, el primero debe tener los mismos intereses que los segundos, y debe haber sufrido también un perjuicio como consecuencia del accionar del demandado.

Por último, el cuarto requisito es el de la representatividad adecuada. Tal exigencia hace referencia a que el representante debe ser idóneo para defender los intereses de los demás miembros afectados, y ser diligente en todo el curso del proceso, lo que debe ser controlado de oficio por el juez. Giannini expresa, en tal sentido, que se entiende por tal locución: "El requisito de las pretensiones de incidencia colectiva según el cual, quien interviene en el proceso gestionando o "representando" los intereses de una clase, debe poseer las condiciones

personales, profesionales, financieras, etc., suficientes para garantizar una apropiada defensa de dichos intereses"(17). Este requisito es imprescindible para que sea respetado el debido proceso legal de los miembros ausentes. Una de las críticas que reciben las acciones colectivas es que afectan el derecho de defensa y el debido proceso legal de los miembros de la clase que se encuentran ausentes, debido a que se les impone una sentencia que es producto de un procedimiento en el cual ellos no han participado. Es esta una de las formas de neutralizar tal crítica, por lo que este requisito debe ser cumplido en forma estricta.

Una vez que se encuentran cumplidos los requisitos antedichos, para que la acción colectiva devenga aplicable es menester que la situación fáctica se sitúe en alguna de las tres hipótesis de cabimiento previstas por el precepto (18). Estas hipótesis son los tipos o categorías de acciones colectivas dispuestas por el ordenamiento norteamericano. Corresponde también a la parte que inicia la acción demostrar al juez que la situación de hecho encuadra en alguna de las tres hipótesis.

Antonio Gidi enseña al respecto que "Las acciones de tipo b3 se orientan predominantemente hacia la tutela de pretensiones de carácter pecuniario o indemnizatorio y las acciones de tipo b1 y b2 se orientan predominantemente hacia las pretensiones de carácter declarativo o injuntivo (19). En ningún momento la Rule 23 o el derecho norteamericano ha creado especies o categorías abstractas de intereses o derechos subjetivos, tales como los "derechos difusos", "colectivos" e "individuales homogéneos" (20). Esto último expresado por el autor es relevante en torno a marcar una gran diferencia con el de lo que ocurre en Argentina, en donde sí se distingue entre derechos difusos, individuales homogéneos, etc. En efecto, la doctrina argentina ha venido tratando esta cuestión en forma permanente e incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho referencia a ello en forma expresa en el mencionado caso "Halabi", entre otros, al distinguir entre derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

Una vez cumplidos todos los requisitos de admisibilidad, el acto procesal posterior es la certificación de que la acción será continuada bajo tales condiciones. En efecto, la Rule 23 dispone que "Tan pronto como sea posible después del comienzo de una acción ejercitada como acción colectiva, el juez determinará si esta puede ser certificada como colectiva. Esta decisión puede ser condicional y puede ser modificada antes de la decisión sobre el fondo".

Una vez realizada la certificación, debe notificarse a todos los miembros de la clase que ha sido iniciada una acción colectiva que los involucra. Tal como expresa Bianchi, "Esto es vital en orden a que: 1) la acción sea efectiva, es decir que la decisión sea vinculante para todos los miembros, y 2) se resguarde el debido proceso de estas personas" (21).

En torno a la notificación, la Regla 23 distingue según que categoría de class action se trate. En efecto, respecto de las acciones de tipo b3 dispone que "En toda acción colectiva del tipo b3, el juez dirigirá a los miembros del grupo la mejor notificación posible dadas las circunstancias, incluyendo la notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados a través de un esfuerzo razonable. La notificación informará a cada miembro que: (A) el juez excluirá al miembro del grupo si el miembro lo solicita hasta una fecha especificada, (B) el fallo, favorable o no, incluirá a todos los miembros que no soliciten su exclusión, y (C) cualquier miembro que no haya solicitado la exclusión puede, si lo desea, participar en el juicio con la asistencia de un abogado". En cambio, respecto de la categoría b1 y b2 resulta aplicable el punto d2 de la norma que manifiesta que "La notificación se hará de la manera en que lo establezca el tribunal a algunos o a todos los miembros de la clase". De lo transcripto es posible advertir que no es obligatorio en este último caso la notificación personal a todos los miembros de clase.

A ese respecto, señala Gidi que la verdad es que no existe razón que autorice el tratamiento diferenciado

mencionado (22).

En otro orden de ideas, Bianchi explica el porqué de esta diferenciación, y expresa que: "a) Los integrantes de estas dos categorías de clases están normalmente más cohesionados; b) lo que se decida en un juicio individual será vinculante de hecho para todos los miembros de clase; c) las defensas o argumentaciones que cada individuo pueda oponer carecen de sustanciales diferencias con el resto; y d) los integrantes de estas clases normalmente no se excluyen del proceso" (23). Además, en el caso de las acciones b3 lo único que generalmente une a los miembros de la clase es pretender una suma de dinero del demandado, careciendo de otros lazos en común. En cambio, en las acciones de tipo b1 y b2, el lazo suele ser más fuerte entre los miembros del grupo, con lo cual puede ser lógica la diferencia en el tratamiento en orden a la notificación que se debe efectuar.

Lo reseñado explica la solución normativa desde un punto de vista práctico y hasta lógico. No obstante ello, es factible que Gidi se refiera a la ausencia de razón normativa de la diferenciación, ya que ambas situaciones merecen igual protección ante la ausencia de distinciones en el ordenamiento jurídico norteamericano.

Cabe añadir también una cuestión relevante. La norma transcrita, al hacer alusión a las acciones b3 hace referencia expresamente a la facultad que tienen los miembros del grupo de excluirse del juicio si lo hacen en forma expresa. Esta facultad acordada se denomina "opt out" y permite que los miembros de la clase de personas no sean alcanzados por los efectos de la sentencia que se logre, lo que es una forma también de resguardar el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal. Sin embargo, es una crítica al sistema el hecho de que tal facultad sólo se acuerde en los caso de acciones b3. En efecto, respecto de las acciones b1 y b2 no está prevista tal circunstancia, por lo que rige en tales casos la técnica de la presencia obligatoria, siendo considerados todos los miembros del grupo como presentes en el juicio, sin la posibilidad de excluirse del mismo y evitar de tal modo ser afectados por los efectos de la sentencia en el proceso colectivo. No obstante ello, nada obsta para que, en aplicación de las facultades acordadas al juez en la Rule 23 d, el mismo decida en un caso concreto otorgar a los miembros del grupo el derecho de autoexcluirse del proceso por las particularidades del caso concreto.

Como en todo proceso, el juicio puede culminar por transacción o desistimiento. La norma regula la cuestión al disponer que "Una acción colectiva no puede ser terminada voluntariamente por las partes ni un acuerdo tendrá validez sin la aprobación del juez, y la propuesta de terminación o acuerdo se notificará a todos los miembros del grupo en la forma que el juez establezca". Quedan expuestos con claridad los dos requisitos que se deben observar para que las partes den por terminado el proceso de común acuerdo, que son: la aprobación u homologación por parte del juez y la notificación a todos los miembros del grupo en la forma que el juez establezca.

Por último resta hacer referencia a un tema que ha sido debatido arduamente en el derecho norteamericano, como lo es lo atinente a los efectos de la sentencia. En principio, si todos los requisitos estudiados se han cumplido, la sentencia que se dicte tendrá efectos vinculantes para todos los miembros de la clase, hayan tomado o no intervención en el proceso. Sin embargo, la cuestión no es tan simple. Bianchi expresa que "En primer lugar, es difícil para un tribunal predeterminar los efectos de la cosa juzgada de sus propios pronunciamientos, razón por la cual lo que legalmente se exige de estas sentencias es que describan a los miembros de la clase de manera tal que eso contribuya en el futuro a establecer a quienes afecta la sentencia. En segundo lugar, la ambigüedad en los efectos de la sentencia aparecerá, seguramente, cuando a pesar de la descripción que aquella efectúe, un integrante de la clase sostenga que no está obligado por el pronunciamiento porque la representación fue inadecuada, o porque la notificación fue incorrecta, todo lo cual tiene efectos sobre el debido proceso" (24).

Como contrapartida de que el principio general lo constituye la extensión de los efectos de la sentencia a todos los miembros del grupo, hayan intervenido efectivamente o no en el proceso colectivo, con el fin de salvaguardar los derechos de los miembros ausentes, como antes se manifestó, se impone en forma expresa el requisito de la adecuada representación, que debe ser controlado por el juez. Además se prevé la notificación de la demanda a los miembros ausentes para que asistan al proceso. Por su parte, como afirma Verbic, "El juez actuante en una acción posterior tiene el deber de investigar y el poder de decidir si existió violación al debido proceso legal en la acción original, aun cuando el juez competente en ésta hubiera señalado expresamente que la representación o la notificación practicada en el marco del proceso resultaron adecuadas. En el caso que este análisis retrospectivo arroje como conclusión que la garantía del debido proceso legal fue violentada, la cosa juzgada perderá su efecto vinculante respecto de quienes así lo pretendan y quedará habilitado el nuevo juzgamiento del objeto de la litis" (25).

Luego de lo descrito en este apartado surgen con claridad las notas tipificantes de las class actions en el derecho norteamericano. Ellas son:

A- Requisitos estrictos que deben cumplirse para lograr la admisión por parte del juez. A su vez, la descripción de tipos o categorías de acciones, según cuál sea la situación fáctica en el caso concreto y las pretensiones de los actores, con distinto régimen jurídico aplicable, específicamente en materia de derecho a autoexclusión y notificación.

B- Ausencia de tipos abstractos, tales como derechos difusos o individuales homogéneos.

C- Protección expresa del derecho de defensa de los miembros de la clase, a través de disposiciones que establecen la facultad de excluirse de los efectos de la sentencia, que requieren la notificación a los miembros ausentes y la facultad del juez de controlar la adecuación de la representación.

D- Notificación a los miembros del grupo con posterioridad a la certificación de la class action.

E- Mención expresa de la posibilidad de que el proceso culmine mediante transacción o desistimiento, bajo determinados requisitos.

F- Legitimación colectiva en cabeza de un miembro del grupo o clase.

G- Elección del sistema "opt out" en lo referente al derecho de autoexclusión de los miembros del grupo, respecto de una categoría de acción, y de presencia obligatoria en las dos restantes.

H- Efecto extensivo de la sentencia a todos los miembros de la clase, hayan intervenido o no efectivamente en el proceso, como principio general.

2.2. Brasil Brasil es otro de los países que ha desarrollado el instituto de las acciones colectivas con bastante énfasis, existiendo actualmente una regulación que las prevé de modo expreso en el Código del Consumidor de tal Nación (26).

Como primer medida, la regulación establece categorías de derechos, y los clasifica en difusos, colectivos, e individuales homogéneos. Estos tres tipos de "derechos de grupo" teóricamente corresponden a tres tipos de acciones colectivas, cada una con una pequeña diferencia en su procedimiento y en la finalidad del juicio. Tal como expresa Gidi haciendo referencia al instituto en Brasil, "Para desarrollar un sistema de litigio colectivo que fuera aceptable para los abogados del derecho civil fue importante ante todo crear derechos sustantivos en el derecho positivo y después atribuir los mismos a los grupos. Si el sistema legal no establece específicamente esos derechos, la acción colectiva sería un instrumento procesal sin derechos que proteger. Fue entonces

necesario crear las abstracciones necesarias y colocar un "título legal" a los derechos de grupo" (27).

La norma define a los derechos o intereses difusos como los transindividuales e indivisibles, pertenecientes a personas indeterminadas unidas por circunstancias de hecho. La segunda categoría es la de los derechos o intereses colectivos, entendidos como los transindividuales e indivisibles, pertenecientes a un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o frente a otra parte opuesta por una relación jurídica común. De tal modo, se nota la similitud entre ambos tipos de derechos, diferenciándose en que, en tanto en los derechos difusos la unión entre los miembros afectados se debe a una relación de hecho, en los derechos colectivos, la unión resulta de una relación jurídica común. Pero lo que tienen en consonancia es que ambos tipos de derechos se caracterizan por ser transindividuales e indivisibles (28).

En cuanto a los derechos difusos, ejemplos de estos estarían dados por el derecho a un ambiente sano o la veracidad en los anuncios publicitarios, toda vez que estos derechos pertenecen a toda la comunidad y a nadie en particular. Además, en tal caso, hay ausencia de un vínculo jurídico previo, lo que diferencia en el derecho brasilero los derechos difusos de los derechos colectivos. Por medio de esta acción colectiva se podría solicitar una orden para evitar daños futuros, o una orden para restaurar las cosas al estado anterior, entre otros. Sin embargo, resulta importante destacar que, aun haciendo el reclamo en virtud de la protección de este tipo de derecho, ello no impide la protección de los derechos individuales de los miembros del grupo lesionados por la conducta ilegal del demandado, reclamando por ejemplo daños y perjuicios individuales. Los miembros afectados en sus derechos individuales pueden accionar individualmente o por medio de la acción colectiva de daños individuales (derechos individuales homogéneos).

Como se expresó con anterioridad, los derechos colectivos se diferencian de los difusos en que, en los primeros los miembros afectados gozan de una relación jurídica previa, por lo que la pertenencia a un grupo es más definida. Ejemplos de derechos colectivos serían las relaciones que se dan entre una empresa de seguro médico con sus clientes, en el caso de que el banco o la empresa rehúse de dar tratamiento con respecto a ciertas enfermedades. Ante esta situación, como generalmente los contratos se rigen por las mismas reglas y cada miembro goza del mismo derecho, la legalidad o no de la conducta del demandado sería igual para todos los miembros del grupo. Tal como apunta Gidi, en realidad, estos tipos de derechos son parcialmente indivisibles. Explica el autor que la indivisibilidad deriva solamente de la autorización legal para tratar la controversia colectivamente dando la posibilidad de una sentencia uniforme e indivisible del caso. Sin embargo, el accionar del demandado puede ser ilegítimo respecto de algunos clientes, pero no de otros (29). En este sentido, parece ser ilustrativo, en el ejemplo del seguro médico, la empresa podría rehusar dar tratamiento a alguna persona, pero no a todos sus clientes.

La tercera categoría de derechos que distingue el CCB es la de los derechos o intereses individuales homogéneos. Esta categoría de derechos es definida en la norma brasilera como aquellos que derivan de un origen común. De ello se deriva que, en rigor de verdad, los derechos individuales homogéneos, no son más que una acumulación de derechos subjetivos individuales. Se le da una nueva denominación para el lograr el tratamiento unitario de ellos en un solo juicio. La sola particularidad de los mismos es el origen común, que puede ser una cuestión de hecho o de derecho común. Vale decir, una idéntica o similar causa de pedir.

Cabe hacer referencia aquí a una apreciación que suele hacer la doctrina. En tal sentido se afirma que en este supuesto (derechos individuales homogéneos): "Se trata de una acción colectiva parcial. Su finalidad es declarar la responsabilidad de un demandado. Si la acción colectiva tiene éxito, cada miembro individual del grupo debe llevar su propio caso al tribunal, para establecer que cada solicitante es un miembro del grupo y para probar la cantidad y la extensión de los daños individuales sufridos" (30). A ese respecto, resulta lógico, por una parte, que cada uno de los afectados tenga que probar su daño en forma individual. Pero, a su vez, de tal modo se pierde en parte la practicidad de esta herramienta procesal.

Por el contrario, lo que sí autoriza la ley es que si dentro del plazo de un año solamente un número insuficiente de los miembros del grupo han ejercido acciones individuales por daños, se autoriza al representante a ejecutar la sentencia colectiva. El representante deberá probar la cantidad de daños causados a los miembros del grupo en su totalidad. La suma global del daño así obtenida será depositada en un fondo del gobierno para ser usada en la protección de los derechos del grupo semejantes a los que fueron violados.

En cuanto a la legitimación para iniciar una acción colectiva, el artículo 82 del CCB establece que "tienen legitimación colectiva:

I. El Ministerio Público;

II. Los gobiernos federal, estatal o municipal y el Distrito Federal;

III. Las entidades y agencias de la administración pública directa o indirecta, incluyendo aquellas sin entidad legal, especialmente diseñadas para la protección de los intereses y derechos protegidos por este Código, y IV. Las asociaciones legalmente establecidas por lo menos durante un año, cuyos propósitos institucionales incluyan la protección de los intereses y derechos protegidos por este Código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea" (31).

La enumeración dispuesta por la norma es taxativa. Por lo tanto, poseen legitimación colectiva tanto entidades privadas como públicas, pero carecen de ella las personas físicas, sean o no miembros del grupo afectado. De lo expuesto, se desprende que, a diferencia de lo que ocurre en el derecho norteamericano, no se exige el requisito de la tipicidad, ya que no poseen legitimación los particulares.

Por otro lado, la ley brasileña exige que el Ministerio Público sea notificado de la aceptación de cualquier acción colectiva y que sea invitado a intervenir como observador. Ello contribuye a asegurar trato justo a los miembros ausentes.

En relación a este tema Gidi con sentido crítico afirma que es perturbante que la representación adecuada sea regulada en Brasil tan débilmente. Es un miedo general que los jueces no tengan el poder, la inclinación o la capacidad profesional de examinar la representación adecuada en cada caso (32). Es correcta la apreciación del jurista, debido a que si la representación adecuada es uno modos de proteger el derecho de defensa y el debido proceso legal del grupo, la misma debe ser exigida con rigidez, debiéndole otorgar a los jueces la facultad y el deber de controlar tal extremo en cada acción colectiva durante todas las etapas del procedimiento, aun de oficio.

El CCB también hace referencia en modo expreso al tema de los efectos de la cosa juzgada en las acciones de grupo. Dispone la misma que una sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, hayan participado o no en el proceso, pero la misma no puede perjudicar sus derechos individuales. Es decir, que si la acción colectiva es decidida a favor del grupo, todos los miembros ausentes de éste se benefician de la cosa juzgada en la sentencia colectiva. Si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo está precluída, y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho. Sin embargo, ello no es óbice para que los miembros de la clase puedan presentarse ante los tribunales ejercitando acciones individuales en protección de sus derechos individuales. Gidi explica con claridad la situación cuando expresa que "El grupo en la acción colectiva de Brasil tiene una sola oportunidad en el litigio colectivo. Si el grupo triunfa, el grupo como conjunto y todos sus miembros se beneficiarán de la sentencia favorable. Si el grupo pierde, sin embargo, el derecho de grupo (difuso, colectivo, individual homogéneo) parecerá, y otra acción colectiva sobre la misma pretensión colectiva estará extinguida. A este respecto, la sentencia colectiva obliga a todo el grupo, sea la sentencia favorable o no lo sea. Sin embargo, los derechos individuales que existen en la misma

controversia no se extinguen, y los miembros del grupo tienen la oportunidad de demandar individualmente para reivindicar sus derechos individuales" (33). A ese respecto, puede señalarse que, aun teniendo presente que cada uno de los miembros del grupo puede presentar su acción individual, al extenderse los efectos de la cosa juzgada en el proceso colectivo a los demás miembros, hayan participado o no en tal proceso, mayor crítica merece aun lo dicho supra, cuando se señaló que la normativa no hace referencia exigencia de que la representación sea adecuada. En efecto, en la hipótesis de una demanda mal planteada por el representante legitimado, los miembros del grupo se verán perjudicados por tal circunstancia. Atento a ello, y teniendo en consideración que se encuentran en juego derechos de tan alta raigambre jurídica, como lo son el derecho de defensa y del debido proceso, estimo factible la posibilidad de que el juez pueda controlar tal extremo (la adecuada representatividad) aun de oficio.

Vinculado a la extensión de los efectos de la sentencia, existe un punto que reviste trascendencia. Tal lo referido al derecho de autoexclusión, habiéndose inclinado, en mi opinión, el CCB por la técnica de la presencia obligatoria. En virtud de ello, todos los miembros del grupo son considerados presentes en el juicio, sin la posibilidad de excluirse del grupo y, de tal modo, ser afectados por la cosa juzgada producida en la acción colectiva. Tal conclusión deviene como consecuencia de norma alguna que prevea tal facultad.

Resulta de importancia a su vez hacer referencia al instituto de la litispendencia. En efecto, el CCB hace expresa mención del mismo en el artículo 104, que dispone: "Las acciones colectivas no implican litispendencia para las correspondientes acciones individuales. Sin embargo, los efectos erga omnes o ultra partes de la sentencia colectiva no beneficiarán a los demandantes que no soliciten la suspensión de sus acciones individuales dentro de los treinta días siguientes de que sean notificados sobre la existencia de la correspondiente acción colectiva". La hipótesis que el precepto prevé es el caso en el que habiendo un miembro del grupo entablado una acción individual, posteriormente se inicia una acción colectiva sobre la misma situación de hecho. En tal caso, la ley dispone como regla general que la acción individual tiene primacía sobre la colectiva. Vale decir, que un miembro del grupo puede iniciar la acción individual sin importar que se esté tramitando una acción colectiva. Sin embargo, notificado de la acción colectiva, el miembro del grupo debe decidir en 30 días si continúa con su acción individual o si decide suspender el procedimiento. En los hechos, siempre le convendrá pedir la suspensión del mismo, ya que si la sentencia colectiva beneficia al grupo, beneficiará a él también, y si lo perjudica, podrá el luego proseguir su acción individual. En cambio, si no solicita la suspensión de su proceso individual, no se podrá aprovechar de una eventual sentencia favorable al grupo.

Para culminar la descripción del sistema brasileiro, se hará mención de algunas críticas que merece el mismo.

En primer lugar, lo atinente a la publicidad del proceso colectivo no es del todo feliz, toda vez que la notificación a los miembros del grupo se realiza solo mediante publicaciones en periódicos oficiales, lo cual es criticable, debido a que este tipo de notificación es ficticio, ya que casi nadie lee los periódicos oficiales.

En segundo término, tampoco existe regulación en torno a los procedimientos para aprobar los acuerdos entre las partes. Es criticable tal ausencia, ya que puede conspirar contra el derecho de defensa de los miembros. En Estados Unidos, se exigen ciertos recaudos que protegen a los miembros en tal caso, exigiendo notificación a los mismos y la aprobación judicial.

En tercer lugar, como ya se insistió en párrafos precedentes, no existe disposición expresa que imponga el requisito de que la representación del legitimado activo sea adecuada.

Luego de lo manifestado, se puede concluir que los rasgos característicos del sistema de acciones colectivas en Brasil son:

- A- Clasificación de las acciones colectivas en virtud del derecho protegido, estableciendo categorías abstractas de derechos.
- B- Legitimación colectiva en cabeza de personas jurídicas, tanto públicas como privadas, pero carecen de ella las personas físicas.
- C- Escasa protección del derecho de defensa de los miembros afectados, ya que si bien al regular el alcance de la sentencia en un proceso colectivo, se prevé que la sentencia colectiva es adversa al grupo, cada uno de sus miembros puede iniciar su respectiva acción individual, no se prevé la exigencia de adecuada representatividad, ni una correcta publicidad del proceso colectivo.
- D- Regulación expresa de la litispendencia, otorgando primacía a la acción individual respecto de la acción colectiva.
- E- Efectos erga omnes de la sentencia, a todos los individuos que compartan una misma situación, hayan participado o no efectivamente del proceso. Sin embargo, ante una sentencia en la acción de grupo perjudicial, cada uno de los miembros afectados podrá luego iniciar su respectiva acción individual.
- F- Al no haber previsión expresa en lo referente al derecho de autoexclusión, el cuerpo normativo brasilero se ha inclinado en forma implícita por la técnica de la presencia obligatoria.

2.3. España En el ámbito del proceso civil, el ordenamiento jurídico español, tradicionalmente ha sido distante respecto de la protección de los derechos o intereses colectivos. Sin embargo, enhorabuena, en el año 2000, la Ley de Enjuiciamiento Civil (34) ha sido reformada y en la misma las acciones colectivas han sido reguladas en forma expresa. No obstante ello, es dable destacar que lo referido a las acciones de grupo (como se denominan las acciones colectivas en España) se encuentra diseminado en distintos artículos del mencionado cuerpo normativo.

Antes de iniciar un repaso de las disposiciones de la normativa en análisis, es menester aclarar que la misma sólo se circunscribe a la protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios. Es decir, que la regulación en este aspecto, ámbito de aplicación, resulta incompleta. No obstante ello, resulta dable destacar que también resulta aplicable a quienes se adhieran a contratos que contengan condiciones generales, según lo establece una disposición adicional. Además, el artículo 4 de la LEC dispone su aplicación supletoria a los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, por lo que bien podría aplicarse en tales procesos, especialmente en los de tipo contencioso-administrativo y laborales que prevén la existencia de conflictos colectivos.

En su artículo 11 la LEC hace alusión a la legitimación para accionar, y prevé varias hipótesis. El mismo dispone:

"Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.
2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los

propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios" (35).

Del precepto normativo se desprende que la ley le otorga prioridad para accionar en miras a la tutela de derechos colectivos a las personas jurídicas, en especial a las asociaciones de consumidores y usuarios. Por lo tanto, no se otorga legitimación a los particulares para solicitar la tutela de los derechos colectivos, no obstante lo cual estos pueden reclamar la protección de su derecho individual. Sin embargo, si el grupo está determinado o es fácilmente determinable, sí pueden accionar los particulares, siempre que se presenten en juicio la mayoría de los miembros, tal como expresa el artículo 6 de la LEC. Tal circunstancia le otorgará al juez un gran poder, ya que habrá supuestos en los cuales va a surgir en forma clara, manifiesta, cuando hay un grupo fácilmente determinable, pero se presentarán otros en los que tal dilucidación no va a ser sencilla, por lo que será una cuestión de hecho que deberá ser apreciada por el magistrado, lo que puede constituir una llave para tratar o no el fondo del asunto en los casos en los que sólo interpongan la acción el grupo de afectados.

Como bien señala Joaquín Silguero, lo que ley no resuelve es lo referido a como habrán de resolverse los eventuales conflictos que surjan de la concurrencia entre varias asociaciones de consumidores y usuarios, o entre las asociaciones y los propios grupos de afectados. En relación a ello, el citado autor manifiesta que en tal caso no se puede excluir a ninguno de ellos, ya que la legitimación se concibe como complementaria de la que a otros pudiera corresponder (36).

Por otra parte, cabe hacer referencia a la exigencia expresa de publicidad del ejercicio de la acción de grupo que establece la ley, en su artículo 15. Dicha exigencia se impone en todos los casos, salvo cuando se pretenda una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. La norma dispone en relación al tema, básicamente que se debe llamar al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o servicio o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Con carácter general, se dispone que el llamamiento se hará a través de una publicación en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses. La finalidad que persigue la norma en cuestión es garantizar el derecho de defensa y el debido proceso de las personas afectadas.

No obstante tal principio general, se advierten diferencias según la determinación o indeterminación de los miembros del grupo. En efecto, de la mencionada norma se extrae que en los casos de procesos en los cuales los perjudicados por el hecho dañoso estén determinados o sean fácilmente determinables, el llamamiento deberá realizarse antes de la presentación de la demanda. A su vez, el mandato normativo indica que deberá notificarse a todos los interesados, lo que plantea la duda de si alcanza con la publicación en un medio de comunicación o exige una notificación personal. Al respecto, Silguero se pronuncia por la segunda opción (37).

Por su parte, en los casos de procesos en los cuales estén presentes personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento se realiza luego de la admisión de la demanda. A tal efecto se establece que el proceso quedará suspendido durante un plazo no superior a dos meses y que se determinará en cada caso

atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados.

Además la LEC plantea otro efecto diverso según se trate de procesos en los cuales los afectados sean fácilmente determinables o no. A tal fin, mientras que en el primer supuesto se admite una intervención posterior de los afectados en el proceso luego del mencionado llamamiento (aunque en tal caso el interesado sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieren precluido), en el segundo tal posibilidad no se admite. En relación a esta facultad que se deniega a los interesados en los casos de que los mismos sean de difícil determinación, Silguero añade que "la admisión de consumidores y usuarios con posterioridad al llamamiento podría dificultar una tramitación del proceso de grupo, sobrecargándolo de incidencias y comprometiendo, en definitiva, su propia eficacia" (38). Estimo que, a pesar de que tal conclusión es por demás lógica en un proceso colectivo, atento a sus características peculiares, al estar presente derechos constitucionales, como el de defensa y debido proceso (39), la limitación no se adecua al texto constitucional. Por lo tanto, la distinción de efectos en este supuesto según los afectados sean fácilmente determinables o no, no la creo conveniente. En efecto, aun siendo los interesados indeterminados, si uno de ellos se presenta en el proceso, y se verifica que el mismo es un afectado, no hay razón para que negar su incorporación al mismo, aun en carácter de tercero, y sí admitirla cuando los afectados son fácilmente determinables.

En cuanto a qué tipo de pretensiones son admisibles, el artículo 221 de la LEC admite a nivel colectivo tanto las pretensiones de condena, como las de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, como a su vez las acciones de cesación, expresamente prevista, así como cualquier otra, como la de retractación. En este punto es menester señalar que la acción de cesación ha sido incorporada mediante la ley 39/2002, que reforma la LEC.

Por otro lado, es importante destacar que se prevé de modo expreso la acumulación de procesos, aun de oficio, cuando existiendo un proceso colectivo, se entable una acción individual con el mismo objeto que el colectivo (art. 78 LEC). Lo que no se establece expresamente es qué sucede cuando el proceso individual haya surgido previamente al colectivo.

En cuanto a los efectos de la sentencia, el artículo 222 de la mencionada ley expresa que: "La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley". Esta norma le otorga efecto erga omnes a la sentencia dictada en el ámbito de un proceso colectivo, sin interesar si los miembros afectados participaron o no efectivamente del proceso y si la sentencia dictada ha sido favorable o no a los mismos.

Vinculado a los efectos de la sentencia, tal como se señaló supra, se encuentra el derecho de autoexclusión de los miembros del grupo, habiéndose inclinado, en mi opinión, la LEC por la técnica de la presencia obligatoria. Tal conclusión deviene como consecuencia de norma alguna que prevea tal facultad.

A su vez, teniendo en consideración las normas que integran la LEC, hubiera sido feliz otorgar la posibilidad a los miembros del grupo de excluirse del mismo a través de una manifestación expresa, evitando ser afectados por la cosa juzgada producida en el proceso colectivo (técnica que se denomina "opt out" en el derecho norteamericano), la que resulta una solución más protectora de los derechos constitucionales del grupo de afectados. Ello toda vez que, tal como enseña Gidi, el mecanismo de la notificación está íntimamente ligado al derecho de autoexclusión y viceversa. El autor indica que en los casos en que se otorga a los miembros del grupo la facultad de autoexcluirse mediante una notificación expresa en tal sentido, es necesario una notificación adecuada sobre la certificación de una acción colectiva propuesta en tutela de su interés, a través de una notificación personal. En cambio, cuando no se prevé tal facultad, la notificación puede ser más flexible

(40).

Por lo tanto, como la ley española distingue a la hora de notificar la existencia de la promoción de la acción colectiva, exigiendo en los casos de procesos en el que los perjudicados por el hecho dañoso estén determinados o sean fácilmente determinables una notificación a todos ellos (posiblemente en los hechos a través de una notificación personal), lo que no sucede cuando los miembros del grupo se encuentran indeterminados o son de difícil determinación, hubiera sido correcto en el primer supuesto utilizar la técnica del "opt out".

Tras describir brevemente las características del sistema en España, surgen como notas salientes del mismo:

A) Ámbito de aplicación limitado de ley que regula el instituto a la protección de los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, con la salvedad de que también resulta aplicable a quienes se adhieran a contratos que contengan condiciones generales.

B) Régimen jurídico distinto, según los miembros del grupo estén determinados o sean fácilmente determinables, o por el contrario, no lo estén.

C) Legitimación en cabeza de personas jurídicas, en especial asociaciones de consumidores y usuarios. La legitimación individual para la protección de los derechos de índole colectiva casi no existe en el derecho español. Sólo pueden accionar los individuos si se presentan en juicio la mayoría de los afectados, siempre que los mismos estén determinados o sean fácilmente determinables.

D) Exigencia expresa de publicidad del inicio de una acción colectiva a los miembros afectados, con el fin de salvaguardar el derecho de defensa y debido proceso de los mismos.

E) Referencia expresa a la acumulación de procesos, aun de oficio, para el caso de que se entable una acción colectiva, y luego un particular pretenda iniciar una acción individual con el mismo objeto.

F) Efecto erga omnes de la sentencia obtenida en el seno de una acción colectiva, con prescindencia de que los afectados hayan participado o no del proceso.

G) Elección de la técnica de la presencia obligatoria, en lo referente al derecho de autoexclusión de los miembros del grupo.

2.4. Suecia La mayoría de los países que han regulado de modo expreso el instituto de las acciones colectivas se caracterizan por otorgar legitimación para iniciar dichas acciones a personas jurídicas. Sin embargo, Suecia posee una regulación que permite iniciar acciones colectivas tanto los particulares como las personas jurídicas. En efecto, la Ley de Procedimiento de Grupo de Suecia (41) prevé tres tipos de acciones colectivas. Una acción pública de grupo, la cual es presentada por un representante del Estado o una municipalidad. Una acción de grupo privada, la cual es presentada por un miembro del grupo y una acción de grupo organizacional que puede ser iniciada por una asociación sin ánimo de lucro.

En primer lugar, cabe expresar que la ley, a diferencia de lo expresado en España, no reduce su ámbito de aplicación a determinada materia, sino que es extensiva a cualquier tipo de reclamo.

Como se anticipó anteriormente, del cuerpo normativo se desprenden tres tipos de acciones colectivas:

a. Acciones de grupo individuales, que pueden ser iniciadas por una persona que es miembro del grupo.

b. Acciones organizacionales de grupo, en la cual puede accionar una organización sin ánimo de lucro que de

acuerdo con sus reglas, proteja los intereses de los consumidores o asalariados. También se puede iniciar este tipo de acción en otro tipo de disputas, siempre y cuando haya ventajas significantes con el hecho que las disputas sean conjuntamente adjudicadas teniendo en cuenta la investigación y otras circunstancias.

c. Acción de grupo pública, que puede ser instituida por una autoridad que, teniendo en consideración la materia de la disputa, sea conveniente para representar a los miembros del grupo. El gobierno decidirá qué autoridades pueden instituir las acciones de grupo públicas.

De lo expresado se desprende la amplitud de tipos de acciones que la ley regula, estableciendo legitimación para accionar según la pretensión de que se trate. Surge acertada dicha extensión, combinando de tal modo lo establecido en Estados Unidos, que, en principio, sólo otorga legitimación a los particulares, y del de Brasil o España, que establece legitimación en cabeza de asociaciones.

La ley en análisis exige ciertos prerequisites para que una acción de grupo sea admitida. En efecto, el artículo 8 expresa: "Una acción de grupo puede solamente ser considerada si:

1. La acción esté fundada en circunstancias que son comunes o de una naturaleza similar a las pretensiones de los miembros del grupo.
2. Que los procedimientos de grupo no parezcan ser inapropiados respecto de algunas pretensiones de los miembros del grupo, como causas, que difieran sustancialmente de las demás pretensiones.
3. Que una gran parte de las pretensiones a las que se refiere la acción no pueden ser igualmente perseguidas a través de acciones personales de los miembros del grupo.
4. Que el grupo, tomando en cuenta su tamaño, y ámbito sea de cualquier manera apropiadamente definido por el demandante, y 5. Que el demandante, teniendo en cuenta su interés en el asunto sustancial, su capacidad financiera para presentar una acción de grupo y las circunstancias en general, sea el apropiado para representar a los miembros del grupo en el caso" (42).

En cuanto al primero de tales requisitos, similar a uno que establece la Rule 23 del Procedimiento Judicial Federal de Estados Unidos de Norteamérica, es de la esencia de todo proceso de tipo colectivo. No obstante ello, como manifiesta la doctrina sueca, tal exigencia no significa que no pueda haber ciertos hechos que se refieran específicamente a las pretensiones de algunos miembros o que los hechos similares deban exceder de circunstancias individuales, sino que se exige la existencia de circunstancias que son comunes o similares en su naturaleza (43). No obstante ello, otro requisito es que los procedimientos de grupo no parezcan ser inapropiados por la diversidad de pretensiones de los afectados. Por lo tanto, el juez en el caso concreto deberá meritar si tal diversidad afecta o no la conveniencia de llevar adelante un proceso de estas características.

El tercer ítem marca la conveniencia de utilizar este tipo de procesos en casos en los cuales el monto reclamado en forma individual sea tan pequeño que su reclamo sea inconveniente. Pero en un proceso colectivo, al unirse una multiplicidad de pretensiones de tal carácter, el monto aumenta considerablemente, situación que torna viable desde el punto de vista práctico el desarrollo del mismo.

El cuarto de los requisitos dependerá de las circunstancias del caso, pero el representante del grupo deberá tratar de definir de la forma más clara posible las características de los miembros del grupo. A su vez, es necesario destacar que, como se analizará luego, sólo formarán parte del mismo aquellos miembros que realicen una manifestación expresa por escrito al tribunal.

Por último, resulta trascendental lo referido a la exigencia de una adecuada representación del legitimado activo,

como modo de tutelar los derechos de los miembros del grupo, requisito que también se encuentra presente en el cuerpo normativo norteamericano, analizado supra.

Los mencionados requisitos deben ser cumplidos con el fin de que la pretensión no sea rechazada formalmente. Corresponde al juez evaluar el cumplimiento de los mismos.

Una circunstancia particular prevista por la ley, que se diferencia de las demás legislaciones que regulan la cuestión es la atinente al derecho de autoexclusión de los miembros del grupo. En efecto, la ley sueca requiere que aquel miembro del grupo que quiera ser incluido en la pretensión colectiva, deberá manifestarlo por escrito al tribunal, ya que de lo contrario se entiende que se ha retirado de la acción de clase ("opt in"). Va de suyo que previo a este requerimiento, los miembros que consideran que encajan en la descripción del grupo realizada por el demandante, han sido notificados de la existencia del proceso colectivo.

Respecto a dicha solución, se puede afirmar que, por una parte, sólo se incluirá en el grupo a aquellos miembros realmente interesados en participar en el proceso colectivo. No obstante ello, por otra parte, existe un gran riesgo de que ciertos sujetos queden fuera del grupo por razones ajenas a su voluntad, como ser la falta de notificación, entre otras.

La ley, a su vez, regula en forma expresa la debida notificación que se debe efectuar a los miembros de la clase. Dos artículos de la misma se refieren al tema en cuestión. El artículo 13 dispone que: "Si la solicitud del demandante para iniciar el procedimiento de grupo no es rechazada, los miembros del grupo serán notificados de los procedimientos." Del precepto surge que, a diferencia de lo establecido en otras legislaciones (como España que, según se analizó supra, en los procesos en los cuales los perjudicados por el hecho dañoso estén determinados o sean fácilmente determinables, la notificación a los miembros del grupo deberá realizarse antes de la presentación de la demanda), la notificación debe llevarse a cabo una vez admitida la demanda. Por su parte, el artículo 49 dispone que "La corte, adicionalmente a lo establecido en otras provisiones, notificará a un miembro del grupo afectado o un fallo o una decisión definitiva y también de una conciliación que sea sometida a una petición para la confirmación". Ambas normas pretenden tutelar los derechos de los miembros del grupo, haciendo efectivo tanto el derecho de defensa como el del debido proceso.

Por otra parte, la LPG prevé expresamente la posibilidad de una conciliación entre el representante del grupo (y en nombre del mismo) con la contraparte. De tal cuerpo normativo surge que para que tal instituto surta efectos deberán cumplirse los mismos dos requisitos que señala la Rule 23 de Procedimiento Judicial Federal (aunque la normativa norteamericana utiliza el vocablo transacción y no conciliación): aprobación del tribunal y notificación a los miembros del grupo (44).

Una circunstancia particular de la LPG merece ser destacada; ello toda vez que, su artículo 10 prevé una hipótesis innovadora, como lo es el cambio en la forma de la acción. En efecto, la mencionada norma dispone que el demandante en un proceso individual puede, a través de una petición al tribunal, solicitar que el caso sea transformado a un proceso de grupo. Ahora bien, a su vez prescribe el precepto que tal solicitud únicamente puede ser concedida si el demandado presta conformidad o si es manifiesto que las ventajas con los procedimientos de grupo pesan más que la inconveniencia que tales procedimientos puedan implicar la demandado.

En cuanto a los efectos de la sentencia, la ley dispone que la misma tendrá efectos con relación a todos los miembros del grupo que estén sometidos a la misma. Como la ley adopta el sistema de la necesidad de una comunicación al tribunal de la intención de ser parte de la clase, sólo aquellos que hayan cumplido con dicha exigencia estarán alcanzados por la sentencia dictada en el seno de una acción colectiva.

Como corolario de lo expuesto, se pueden observar las siguientes notas características del sistema colectivo sueco:

- A) Existencia de tres tipos de acciones colectivas, con distinta legitimación, según el tipo de acción de que se trate. Se otorga legitimación para iniciar la acción colectiva tanto a los miembros del grupo como personas jurídicas, tanto públicas como privadas.
- B) Requisitos estrictos que deben cumplirse para lograr la admisión por parte del juez.
- C) Elección de la técnica "opt in", en lo referente al derecho de autoexclusión de los miembros del grupo.
- D) Exigencia de notificación a los miembros del grupo tanto del inicio de la acción grupal, una vez admitida la demanda, como de actos procesales relevantes acaecidos durante el proceso colectivo.
- E) Mención expresa a la posibilidad de una conciliación entre el representante del grupo y la contraparte, con idénticos requisitos que los establecidos en la ley norteamericana.
- F) Inclusión de posibilidad de cambio de forma de la acción individual a colectiva.
- G) Efectos de la sentencia extensible a todos aquellos individuos que hayan entablado la comunicación pertinente.

3. Consideraciones Finales Tras describir brevemente los principales sistemas que regulan en forma expresa las acciones colectivas, se puede observar, por un lado, una cierta uniformidad al momento de decidir qué aspectos del proceso regular, ya que la mayoría de ellos hace referencia al tipo de acciones colectivas que se admiten, a su ámbito de aplicación, la legitimación colectiva, los efectos de la sentencia, el derecho de autoexclusión de los miembros del grupo, la notificación a los mismos, entre otros. Por otro lado, a pesar de que existen similitudes en algunos aspectos en la forma de regular cada uno de estos ítems, a su vez es cierto que en muchas ocasiones esto no ocurre. Ello, se debe a que los legisladores en el momento de dictar la ley creyeron que su solución era lo más conveniente teniendo en cuenta todo su ordenamiento jurídico, su sociedad, su cultura jurídica e idiosincrasia local, lo que se debe tener en cuenta al momento de la regulación del instituto.

Como ya se mencionó anteriormente en el presente trabajo, Argentina no cuenta con una regulación genérica sobre las acciones colectivas, no obstante lo cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación encuentra en el mencionado caso "Halabi" el fundamento para aplicar las mismas en el artículo 43 de la Constitución Nacional.

En miras a la situación actual del instituto en el país, y no obstante la existencia de proyectos de ley que el Congreso de la Nación debe tratar, hasta tanto exista una regulación que otorgue mayor seguridad jurídica, se deben tener en consideración las directrices que marca el Alto Tribunal en el precedente citado en el párrafo anterior, que son:

- a- Precisa identificación del grupo o colectivo afectado, b- Idoneidad de quien pretenda asumir su representación, c- Existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo.
- d- Un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.
- e- Adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre

idénticos puntos.

Por otro lado, tal precedente abre múltiples interrogantes, que deberá responder una correcta regulación. En efecto ¿Cómo se configura la clase? ¿Cómo se cita a los integrantes de la clase? ¿Quién se encuentra legitimado para interponer la acción? ¿Un miembro de la clase o todos los que dispone el [artículo 43 de la Constitución Nacional](#)? ¿Podría interponer una acción colectiva el Defensor del Pueblo o una asociación? (45) ¿Quién ha de representar a la clase, será elegido por los miembros de la clase, por prioridad en la promoción de la demanda, o se atribuirá a organismos públicos? ¿Se exigirá al representante calidades especiales y tareas de información periódica? ¿Qué tipos de acciones de clase se permiten? ¿Sólo declarativas? ¿O también otras? ¿Los efectos de la sentencia, en todos los casos son extensibles a todos los miembros de la clase, hayan intervenido o no efectivamente en el proceso? ¿O sólo en el caso de que la sentencia sea favorable al grupo? ¿Qué ocurre si entablada la acción colectiva, se entabla otra individual sobre el mismo objeto, o viceversa? ¿Cómo se evita la duplicidad de procesos idénticos, se creará un registro de procesos de clase? ¿Quién debe cargar con las costas del juicio? ¿Qué procedimiento debe seguirse, de amparo, juicio ordinario? ¿Qué solución se adoptará en materia de derecho de autoexclusión de los miembros del grupo? Tantos interrogantes como incertidumbres surgen.

Por lo tanto, en miras a una futura reglamentación, la que según el Alto Tribunal debe ser inmediata, se deben tener muy en consideración las legislaciones de los distintos países anteriormente estudiadas, y tratar de extraer de cada una de ellas sus principales virtudes, adaptándolas a esta Nación. A su vez, se deberán tener en consideración las consecuencias que tal regulación aparejó en aquellos países.

Como se observa de lo expuesto, este es otro de los tantos casos en los que la República pretende importar una herramienta jurídica que se ha aplicado ya en otros países. A este respecto, cabe hacer notar que la situación de Argentina, ya sea en el plano cultural, social, jurídico, no es igual al de otras naciones, por lo que, si se pretende la aplicación de las acciones colectivas en esta Nación, se debe ser seriamente cauteloso y tener en cuenta estas cuestiones para que los resultados sean los mejores. En el sentido indicado, haciendo alusión a las acciones colectivas, Alberto Bianchi ha expresado: "Resulta difícil establecer la conveniencia de adoptar este sistema, pues las diferencias de variado orden que existen entre nosotros y los Estados Unidos exigen una reflexión serena antes de iniciar cualquier intento. Por ello creo que una ley que estableciera el sistema requeriría un estudio detenido, no sólo de los aspectos jurídicos sino también de otros no menos importantes"(46). Luego continúa el mencionado jurista: "Por supuesto que nuestro país no está en condiciones de adoptar las acciones de clase todavía, y sería desaconsejable que lo hiciera sin haber estudiado antes su adaptación a nuestro medio. Caso contrario, repetiríamos experiencias que sólo han servido para frustrar los institutos traídos desde lejos" (47).

Tales palabras deben funcionar al menos en forma de advertencia. Es por ello que, además de analizar la situación y experiencia de otros países en relación a las acciones colectivas, en miras a una futura regulación de las mismas, no se deben soslayar los aspectos locales relevantes, como lo son el ordenamiento jurídico propio, la cultura jurídica, la sociedad argentina, los valores y la idiosincrasia, entre otros.

Notas al pie:

- 1) Bianchi, Alberto B., Control de Constitucionalidad, t. II, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 2003, pág. 94.
- 2) Elespe, Douglas R., "Acción de clase y deuda externa: A propósito del reciente fallo del juez Griesa", LA LEY 2004-B, 217.
- 3) Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, La tutela de los derechos difusos, colectivos, e individuales

homogéneos, hacia un Código modelo para Iberoamérica, Ed. Porrúa, México, 2003, pág. 15.

4) Ley 25.675, Boletín Oficial 28/11/2002 - ADLA 2003 - A, 4.

5) La mencionada norma, en cuanto a la legitimación dispone que: "Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

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

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo". En tal caso, dispone que en un proceso en el cual se cause una daño de ese tipo, "La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

6) Ley 24240, Boletín Oficial 15/10/1993 - ADLA 1993 - D, 4125.

7) Fallos 332:111, 2009.

8) Cueto Rúa, Julio, "La acción por clase de personas", publicado en La Ley, T. 1988-C, pág. 953.

9) Idem, pág. 954.

10) Cfr. Bianchi, Alberto A, ob. cit., pág. 95 y 96.

11) Regla 23 de Procedimiento Judicial Federal, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, México, Ed. Porrúa, 2003, pág. 24.

12) Gidi Antonio, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, ob. cit., pág. 3.

13) Cfr. Bianchi, Alberto A., ob. cit., pág. 101.

14) Gidi Antonio, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, ob. cit., pág. 4.

15) Agrega Bianchi en la obra citada, pág. 101, en relación a este tema que la jurisprudencia en Estados Unidos no es uniforme, ya que mientras algunos tribunales han exigido que haya más de una cuestión común, para otros sólo una es suficiente.

16) Cfr. Bianchi, Alberto A, ob. cit., pág. 102.

17) Giannini, Leandro, J., "Legitimación en las acciones de clase", Publicado en: LA LEY 2006-E, 916.

18) "b) Hipótesis en las cuales acciones colectivas pueden ejercitarse. Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si se satisfacen los requisitos de la subdivisión (a) y si además:

(1) El ejercicio de acciones individuales separadas por o contra los miembros del grupo podría crear un riesgo de:

(a) sentencias inconsistentes o contradictorias con respecto a los miembros del grupo, lo que podría establecer modelos incompatibles de conducta para la parte opuesta al grupo; ó (b) sentencias con respecto a los miembros del grupo que podrían en la práctica perjudicar los intereses de otros miembros del grupo que no han participado en el proceso individual, o que dañen o impidan la aptitud de estos para proteger sus propios intereses; ó (2) La parte que se oponga al grupo ha actuado o rehusado a actuar de una manera uniforme con respecto al grupo, resultando apropiado una sentencia inhibitoria o declarativa respecto al grupo entendido como unidad; ó (3) El juez considera que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualquier cuestión individual y que la acción colectiva es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz resolución de la controversia. En su decisión sobre la superioridad de la acción colectiva, el juez deberá analizar, entre otras cosas: (A) el interés de miembros del grupo en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones individuales separadas; (B) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de la controversia ya empezado por o contra miembros del grupo; (C) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez; (D) las dificultades que probablemente serán encontradas en la administración de esta acción colectiva".

19) Señala Bianchi en la obra citada, pág. 107/110, respecto de las acciones b1, las mismas buscan evitar la comisión de perjuicios tanto para los miembros de la clase como para la contraparte. Respecto de las acciones b2, enseña que se utilizan usualmente en litigios que involucran la defensa de derechos constitucionales y que para que se tipifique el supuesto es necesario que la contraparte de la clase haya desarrollado respecto de esta última cierto tipo de actividad uniforme tal que se verifique un patrón de conducta que afecte a sus miembros.

20) Gidi, Antonio en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, ob cit., pág. 11.

21) Bianchi, Alberto B., ob. cit., pág. 114/115.

22) Gidi, Antonio en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, ob. cit., pág. 11 23) Bianchi, Alberto B., ob. cit., pág. 118.

24) Idem, pág. 125.

25) Verbic, Francisco, Procesos Colectivos, Ed. Astrea, 2007, pág. 255.

26) En adelante, CCB.

27) Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Ed. UNAM, México, 2004, pág. 51.

28) En relación a esos dos términos, el autor recientemente citado, en la obra recientemente citada explica que lo transindividual "trasciende al individuo y sin embargo no es una mera colección de derechos individuales. En consecuencia, es legalmente irrelevante determinar qué individuos pertenecen al grupo y quién es en última instancia el titular del derecho transindividual. Un derecho transindividual, tal como la pureza del aire, la limpieza de un río, la veracidad de un anuncio publicitario, o la seguridad de los productos, pertenece a la comunidad como un todo, no a individuos específicos o asociaciones, ni al gobierno". En cuanto a la indivisibilidad afirma que "El derecho es indivisible puesto que no puede ser dividido en pretensiones individuales independientes. Esto significa que es imposible que el derecho se divida en partes atribuidas a cada uno de los derechos del

grupo. Los intereses de los miembros están tan íntimamente relacionados que si se satisface a un miembro del grupo, ello implica la satisfacción de las pretensiones de todos ellos, y cuando los derechos de uno de los miembros son violados, ello implica la violación de los derechos de todo el grupo. Por lo tanto, cuando el derecho es indivisible no es posible limitar la protección legal a miembros específicos del grupo".

29) Cfr. Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, ob. cit., pág. 60.

30) Cfr. Idem., pág. 63.

31) CCB, artículo 82, Idem, pág 125.

32) Cfr. Idem., pág. 79 33) Idem, pág. 101.

34) En adelante, LEC.

35) Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 11, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, ob. cit., pág. 371 y 372.

36) Cfr. Silguero Joaquín, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, ob. cit. pág. 352.

37) Cfr. Ídem, pág. 364.

38) Ídem, pág. 356.

39) En ese sentido, el artículo 24 de la Constitución Nacional de España prescribe: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.2. Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".

40) Cfr. Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada, ob. cit., pág. 23.

41) Ley de Procedimiento de Grupo (en adelante LPG), en Gidi Antonio, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, ob. cit., pág 113/123.

42) Ley de Procedimiento de Grupo, artículo 8, Idem, pág. 114.

43) Per Henrik Lindblom y Roberth Nordh, en Gidi Antonio, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, ob. cit., pág 105/106.

44) Ello surge de los artículos 13 y 26.

45) En materia de legitimación para interponer la acción colectiva, en principio, la solución normativa no debería

ser más restrictiva que la propia Constitución Nacional, que debe funcionar como un piso en tal supuesto, y que establece que para la defensa de los derechos de incidencia colectiva, que a juicio del supremo tribunal abarca tanto los derechos de incidencia colectiva que afectan bien colectivos como los referentes a intereses individuales homogéneos, podrán interponer la acción (de amparo en tal caso) tanto el afectado, como el Defensor del Pueblo, como las asociaciones que propendan a la protección de los derechos de incidencia colectiva, registradas conforme a la ley.

46) Bianchi, Alberto B., ob. cit., pág. 133.

47) Idem, pág. 133 y 134.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bianchi, Alberto B., Control de Constitucionalidad, t. II, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 2003. -Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 332:111, 2009. -Cueto Rúa, Julio, "La acción por clase de personas", publicado en La Ley, T. 1988-C. -Elespe, Douglas R., "Acción de clase y deuda externa: A propósito del reciente fallo del juez Griesa", LA LEY 2004-B, 217. -Giannini, Leandro, J., "Legitimación en las acciones de clase", Publicado en: LA LEY 2006-E, 916. -Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Ed. UNAM, México, 2004. -Gidi, Antonio, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, La Tutela de los Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un Código Modelo para Iberoamérica, Ed. Porrúa, México, 2003. -Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Procesos Colectivos, la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada, Ed. Porrúa, México, 2003.