

Título: Las acciones de clase en Estados Unidos y los procesos colectivos Argentina: dos modelos antagónicos

Autor: González Campaña, Germán

Publicado en: SJA 07/02/2018, 38 -

Cita: TR LALEY AR/DOC/4370/2017

Sumario: I. Introducción.— II. Primera parte: derecho norteamericano.— III. Segunda parte: derecho nacional.— IV. Conclusiones.

I. Introducción

Las acciones de clase (class actions) son un instrumento formidable, con más de cien años de práctica judicial en Estados Unidos, que permiten encarar el problema de la sociedad de masas, donde un solo acto o hecho puede causar daños a miles de personas, imposibles de agrupar en un pleito tradicional. Una información falsa, incompleta o inexacta sobre los efectos del cigarrillo o de un medicamento puede afectar a millones de personas que, de acudir aisladamente a los tribunales, los inundarían de demandas y paralizarían su actuación, como pasó en nuestro país con los amparos por el "corralito". De allí que, los norteamericanos, siempre propensos a las soluciones prácticas y sin mayores disquisiciones teóricas, buscaron una forma de canalizar este tipo de demandas, al permitir que alguno de los afectados demande en nombre propio y de los demás que se encuentren en la misma condición (la "clase"), disponiéndose que lo que se resuelva, ya sea una sentencia que haga lugar a la demanda o la rechace, o un acuerdo transaccional con la empresa demandada, sea oponible a todos los miembros de la clase, hubieran demandado o no, salvo que hubieren optado expresamente por quedar excluidos del proceso o de la solución.

Ciertamente, así descriptas, las acciones de clase parecen una invención maravillosa, que vale la pena copiar e imitar. Sin embargo, no todo lo que brilla es oro. Este tipo de procesos tiene peligros de todo tipo, por ejemplo, es perfectamente posible que una persona nunca se entere de la existencia del proceso, ni del acuerdo al que se arribó, y que se vea obligada por lo que en lo que en ese pleito en el que no participó se resolvió, y además se vea impedida de iniciar un juicio en su propio nombre por el mismo hecho. De allí que la regulación legal de este tipo de proceso resulta esencial, pues de lo que se disponga en los detalles procesales —tales como los recaudos para las notificaciones, la forma de seleccionar al representante de la clase, o la regulación de honorarios profesionales— hará que las garantías de defensa en juicio y debido proceso garantizadas por la Constitución queden satisfechas o vaciadas de contenido.

En nuestro país tenemos una tendencia a copiar todo lo que funciona bien en Estados Unidos o Europa, sin reparar en las diferencias de los sistemas legales, de las tradiciones jurídicas o de los contextos políticos o sociales en los que rigen, lo que —generalmente— lleva a su fracaso. Un ejemplo de ello puede ser el jefe de gabinete y las demás figuras propias de los sistemas parlamentarios, que fueron incorporadas en la última reforma constitucional con el propósito de atenuar el presidencialismo, que lejos de ello, no ha dejado de robustecerse (1).

El propósito de este artículo es tratar de pensar en voz alta algunas cuestiones prácticas que se presentan al implementar los procesos colectivos, sobre todo, a la hora de amoldarlos a los institutos previstos en nuestros códigos procesales y a los peligros que presenta la importación lisa y llana —sin las adaptaciones indispensables— de herramientas que funcionan adecuadamente en otros medios, pero no necesariamente en el nuestro. Mi intención es compartir algunas reflexiones sobre los temas que han generado discusiones en torno de los derechos colectivos en los últimos años, tanto en nuestro país como en los Estados Unidos. Con ello habré de demostrar qué distintas son las inquietudes que suscitan a un extremo y otro del continente, y qué inapropiado es la copia lisa y llana de los instrumentos con que se abordan esas problemáticas tan disímiles.

El punto sobre el que ha de girar mi análisis será el fallo Halabi, dictado por la Corte en 2009, y que ha sido citado en cientos de artículos de doctrina y sentencias de tribunales nacionales y provinciales. En él la Corte dijo, sucintamente, que la ausencia de reglamentación de las acciones de clase, que entendía implícitas o derivadas de la tutela de los intereses difusos contenida en el art. 43 de la CN, debía ser llenada, aunque sea de manera provisoria, por la jurisprudencia, retomando aquella bella frase del Manual de Joaquín V. González, volcada en los casos Siri y Kot, de que allí donde hay un derecho reconocido debe haber un mecanismo procesal para protegerlo, pues de lo contrario no se trataría de derechos sino de meras enunciaciones (2).

Se puede decir que aquel fallo, surgido de la pluma del juez Lorenzetti, fue la partida de nacimiento de las "acciones de clase" en el derecho argentino, creadas por la Corte con la clara y expresa decisión que el Congreso luego las recepte en una ley, una tarea que todavía se encuentra pendiente. Como ello aún no sucedió, pese a los repetidos intentos, la Corte dictó dos acordadas en el 2014 y 2016 reglamentando este tipo de acciones para toda clase de procesos, cualquiera que sea su trámite y el fuero, tanto nacional como federal. Es una reglamentación de dudosa constitucionalidad, dictada por el propio tribunal que debe examinar su

compatibilidad con la Constitución.

Ya volveré a Halabi, pues para hablar de acciones de clase en nuestro país, es necesario partir de ese fallo, que es en definitiva el que sienta sus bases, luego reglamentadas por la propia Corte a través de sendas acordadas, claramente en exceso de la atribución consagrada en el art. 115 de la Constitución de dictar "su reglamento interno". Lo que la Corte hizo, primero con el dictado de Halabi y luego con las acordadas 32/2014 y 12/2016, fue lisa y llanamente "legislar", es decir, dictar una norma de alcance general, y de duración indefinida, destinada a todo tipo de procesos, cualquiera sea su fuero, sin dejar, prácticamente, nada importante para el legislador, más que completar algún que otro detalle (3).

En Halabi la Corte sostuvo que, para tornar operativos los derechos plasmados en la Constitución, y ante la falta de reglamentación de las acciones colectivas por parte del Congreso, debía acudir a las experiencias del derecho comparado, detallando las siguientes:

17) Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. Al respecto, en lo que aquí interesa, resulta ilustrativo traer a colación que en los Estados Unidos de Norteamérica, a partir de las directivas del Bill of peace del siglo XVII, mediante la labor jurisprudencial, se ha delineado la institución de las class actions cuya definición conceptual quedó plasmada en las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 y que ha experimentado una evolución posterior mediante numerosas decisiones judiciales hasta obtener contornos más precisos en las Federal Rules de 1966 (4).

En los siguientes dos considerandos la Corte analizó, brevemente, la legislación española y brasileña de protección de los consumidores y usuarios (Ley de Enjuiciamiento Civil española y el Código de Defensa del Consumidor, respectivamente), para concluir que la reglamentación que mejor abordaba esta acción colectiva era la norteamericana, que es la que en definitiva iba a seguir:

"19) [...] Por lo tanto, frente a una situación como la planteada en el sub examine, dada la naturaleza de los derechos en juego, la calidad de los sujetos integrantes del colectivo y conforme a lo sostenido reiteradamente por esta Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que, además de la letra de la norma, debe tenerse en cuenta la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad, es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano" (5).

Pues bien, es tal aserto —sobre el que se basa toda la construcción pretoriana de las acciones de clase en la jurisprudencia argentina— el que pongo en tela de juicio pues, un análisis detenido de ambos sistemas legales —el norteamericano, propio del common law, y el argentino, de raigambre continental europeo— me llevan a la convicción de las diferencias fundamentales que hacen inaplicables y desaconsejables las experiencias de uno en otro. Y el quid de la cuestión pasa, precisamente, por el universo de sujetos habilitados para entablar una acción colectiva o de clase en uno y otro país. Así, mientras que en Estados Unidos solo lo puede hacer el afectado —que conformará una "clase" con otros afectados por el mismo hecho dañoso— en nuestro sistema se ha abierto la puerta al Ministerio Público Fiscal, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones civiles, por más que ellos individualmente no hubieran sido afectados en modo alguno por la norma o reglamento que se cuestione, lo que hace un cóctel de consecuencias desconocidas e impredecibles.

II. Primera parte: derecho norteamericano

II.1. Las acciones de clase en los Estados Unidos: una aproximación

Las acciones de clase son un invento formidable. El recordado maestro Augusto Morello, en el prólogo al libro de Alberto Bianchi —que es el primero que se ocupa de este tema— comparaba la aparición de estas acciones con lo que significó en la década de 1920 la fabricación del Ford T: se cambió la forma de construir carreteras, se introdujo la producción seriada, la conciencia popular de contar con "su" automóvil. Es decir, produjo un cambio cultural. Algo similar sucedió, en el mundo del derecho, con la aparición de una acción procesal en la cual un grupo de personas, demanda en nombre de miles o cientos de miles, incluso de millones de personas, sin tener ningún otro tipo de representatividad que la acordada por haber vivido o ser afectados por causas idénticas o similares (6). Fácil enamorarse de semejante instrumento.

Lo que nadie dice, y pocos ven, es que se trata de un instrumento tan hermoso cuan peligroso. Y cuando digo peligroso, no me refiero al daño que le puede causar, y de hecho le causa, a las grandes corporaciones, que son las que más se oponen al funcionamiento de estas acciones. Claramente, las empresas multinacionales prefieren miles de demandas de partes aisladas, y por lo tanto débiles, que organizadas en un sólido

conglomerado, les permite contratar mejores abogados o resistir con mayor fuerza las ofertas de arreglos.

Pero no estoy aludiendo a ese tipo de peligros, que en definitiva serían saludables, sino a la afectación concreta de los derechos constitucionales. La acción de clase, tal como está redactada en la famosa Regla 23 del Reglamento Federal del Proceso Civil presupone que una persona o varias se presenten ante los tribunales y se auto-designen representantes de un grupo o clase que puede llegar a ser de cientos de miles o millones de personas, y litiguen en nombre de todas ellas, por más que no tengan poder o mandato alguno, y lo que se resuelve en el juicio —para bien o para mal— hará cosa juzgada para todo ese universo, no pudiendo volver a plantearse la misma cuestión ante ningún otro tribunal.

Esto es gravísimo. Así, puede suceder que en un juicio en el cual una persona no ha sido notificada fehacientemente, supongamos que solo se publicó edictos en los diarios durante unos días, se decide algo en su nombre, aunque no haya participado del proceso. Y si gana en la acción, puede llegar a cobrar una suma de dinero con el que no contaba, si es que se entera de ello. Pero si pierde, en cambio, además de tener que solventar proporcionalmente los gastos de los abogados que iniciaron la demanda, se va a ver impedida de iniciar por su propia cuenta otra acción ante ese u otro tribunal, por más que la demanda haya sido mal enablada o mal llevada por los abogados a los que no contrató, y ni siquiera conoció.

Es por ello que hay que quitar un poco la concepción romántica de las class actions, ya que a la par de resolver el problema de la litigación masiva que abarrotó los tribunales, constituyen una fuerte restricción a la garantía constitucional del debido proceso, que si bien se justifica por los enormes beneficios que trae al sistema judicial en general (economía de recursos, al evitar el dispendio jurisdiccional de múltiples juicios idénticos), y por el empoderamiento de la ciudadanía que genera (acceso a la justicia), debe ser cuidado y equilibradamente regulada para no conducir a supuestos de privación de justicia.

Es que las acciones de clase, como el Dios Jano, tienen dos caras: permiten iniciar demandas que individualmente no se presentarían, muchas veces por la insignificancia individual del daño (un puñado de dólares que sumados ascienden a millones) o por la asimetría de partes (grandes corporaciones con los mejores estudios de abogados de un lado, y un simple usuario, consumidor o vecino del otro), con lo cual contribuye notablemente al acceso a la justicia; pero ocultan su otra cara, la de las garantías constitucionales: impide que cada persona pueda reclamar por "su" derecho individual, dándole efectos erga omnes a la sentencia que se dicte, cualquiera sea su resultado.

No es casual, entonces, que las mayores discusiones que se han suscitado en los Estados Unidos durante más de un siglo de práctica procesal tengan que ver con las notificaciones exigidas para cada uno de los tipos de acciones de clase, y con las exigencias del debido proceso.

Veamos, entonces, sucintamente, cuales son las cuestiones principales debatidas en el derecho norteamericano en torno de estas famosas acciones de clase, para comprender la diferencia, abismal, que existe con el instituto creado y regulado pretorianamente por la Corte Suprema argentina.

II.2. Legitimados

Aunque parezca increíble, la legitimación activa para demandar no es un tema que haya dado grandes discusiones en los Estados Unidos, pues no hay una regla particular para las acciones de clase distinta de las que rigen el común de los procesos civiles. Por ello, quien demanda debe haber sufrido un daño concreto y actual a sus derechos, ya que no puede litigar por un daño potencial, ni por uno que ya no existe. Pero además debe hacerlo por un daño propio, sufrido por él mismo y no por otro.

Y esta es la principal diferencia con el derecho argentino. Si bien en el país del Norte las asociaciones pueden iniciar demandas civiles y acciones de clase, deben probar en todo caso que la totalidad de sus miembros sufrieron daños individuales, actuales y concretos. Esto ya fue establecido por la Corte en el caso *Luján c. Nacional Wildlife Federation*, de 1990 [\(7\)](#), donde la opinión de la mayoría, redactada por el conservador Justice Scalia, denegó legitimación a la asociación de protección del medio ambiente por no haber aportado pruebas suficientes de que sus miembros hubieran sufrido daños concretos y actuales a sus derechos, pues habían aportado únicamente dos affidavits de miembros afectados por los permisos de minería otorgados por el Secretario del Interior. La Corte sostuvo que no alcanza con una vaga invocación de la protección del medio ambiente, ni de la afectación de las posibilidades recreativas de los miembros, sino que se debe aportar prueba concreta del daño individual de cada uno de ellos.

Dicha doctrina fue reiterada en otros casos posteriores, aunque suavizada en el fallo *Friends of the Earth*, del 2000 [\(8\)](#), donde el Tribunal sostuvo —con la disidencia de los jueces Scalia y Thomas— que una asociación tiene legitimación procesal para demandar en representación de sus miembros cuando: i) sus miembros hubieran tenido legitimación para demandar individualmente; ii) los intereses en cuestión sean centrales a los propósitos

de la organización; y iii) ni el reclamo ni los remedios solicitados requieren la participación individual de cada uno de los miembros en el juicio [\(9\)](#).

En suma, la legitimación procesal que se reconoce a las asociaciones es sumamente restringida, al contrario de lo que sucede en nuestro país, donde lo único que se coteja es que los intereses que pretenden defender surjan de las finalidades plasmadas en su estatuto constitutivo, que es un instrumento privado redactado por las propias partes, sin mayor injerencia estatal que su registración.

Pero existen otras diferencias no menores con el derecho argentino: en los Estados Unidos no existe la figura del defensor del pueblo, instituto de origen parlamentario europeo importado en la reforma constitucional de 1994. Al incorporarlo en el art. 86, los convencionales constituyentes específicamente hicieron mención de la importancia del ombudsman, propia de los países escandinavos, para la protección de los consumidores y usuarios, aunque también de los derechos humanos en general, reconociéndole, expresamente, legitimación procesal.

A ello se suma que en los Estados Unidos el ministerio público —llamado Departamento de Justicia, y dirigido por el Procurador General— representa exclusivamente al Gobierno Federal, del que forma parte, por lo que su intervención se limita a velar por la defensa de los intereses del presidente y demás miembros del gabinete [\(10\)](#). En nuestro país, en cambio, el ministerio público está organizado, por disposición constitucional, como un órgano extra-poder, por afuera incluso del propio Poder Judicial, con el mandato de defender la "legalidad y los intereses generales de la sociedad" (art. 120, CN).

En síntesis, en los Estados Unidos —país del que nuestra Corte Suprema tomó como modelo para la regulación de las acciones de clase— no pueden demandar las asociaciones privadas, salvo por los derechos individuales de cada uno de sus miembros, y siempre y cuando superen el estricto test fijado por la Corte, ni existe la figura del defensor del pueblo, ni del ministerio público, tal como lo entendemos nosotros. Por lo tanto, solo pueden litigar los afectados por las medidas, es decir, las personas físicas o jurídicas que sufran un daño concreto y actual a sus derechos o intereses, y que litiguen en nombre propio y de otros afectados de la clase —figura conocida como el "abogado general privado" (private attorney general)—.

II.3. Costas y honorarios

Otra diferencia sustancial con el proceso civil nuestro es el atinente a las costas y gastos casuísticos. En los Estados Unidos no existe el beneficio de litigar sin gastos, ni hay defensa civil gratuita aportada por el Estado, lo que es ciertamente una deficiencia grave del sistema legal, sumamente inequitativo con los sectores menos favorecidos de la sociedad. Por ello, quien litiga debe hacerse cargo de los costos de sus abogados, admitiéndose como excepción las presentaciones in forma pauperis por parte de reclusos en asuntos penales y penitenciarios.

De manera que quien demanda a través de una acción de clase debe, antes de comenzar, pagar además de su abogado por tomar el asunto, los gastos iniciales del juicio. Y entre estos gastos se destaca el costo del envío de las notificaciones a cada uno de los miembros del grupo o clase, lo cual es ciertamente oneroso.

El requisito de la notificación es central en las acciones de clase. Si la sentencia hará cosa juzgada, gane o pierda el demandante, el tribunal se debe asegurar que todos los miembros de la clase conozcan la existencia de la demanda, así pueden ejercer su derecho a salir del juicio (opt-out), y a aceptar o rechazar las negociaciones y acuerdos llevados a cabo por los representantes del grupo. Pero además, también cumple la primordial función de asegurar que los representantes sean los mejores de la clase (la llamada "representatividad adecuada"), más allá que no cuenten con un mandato expreso, y que no abusen de esa representación en perjuicio de los representados.

Así como este requisito es esencial para el funcionamiento de la acción de clase, de la misma forma es fuertemente oneroso, debiendo el actor hacerse cargo, por adelantado, de los costos de proceso. En el caso Eisen decidido en 1974 la Corte sostuvo que la notificación individual por carta certificada era requerida para cada uno de los miembros de la clase. El tema no era menor. Enviar cartas certificadas a 2.250.000 personas costaba 225 mil dólares. En tanto que hacerlo por notificación colectiva solo 20 mil dólares. La Corte revocó así la decisión de una Cámara de Apelaciones que había aceptado una solución salomónica consistente en la publicación en los principales diarios, más el envío por carta certificada a los mayores inversores, y a cinco mil pequeños inversores elegidos al azar. La Corte dijo que ello no tenía base legal y que la exigencia de notificación individual era una consecuencia de la garantía constitucional del debido proceso [\(11\)](#). Técnicamente puede ser correcto lo resuelto por la Corte, pero en la práctica dificultó la viabilidad de las acciones de clase, ya que limita su ejercicio a quienes se encuentren en condiciones de afrontar gastos millonarios en notificaciones.

Sin duda el tema de los gastos es otro que ha suscitado debates, especialmente por los detractores de las acciones de clase, que han hecho lobby en el Congreso para limitar los honorarios profesionales de los abogados como manera de desincentivar estas demandas. Se han dado casos escandalosos, intensamente divulgados por

los críticos de estos procesos, donde los miembros de la clase, que ganaron individualmente 10 dólares por intereses por créditos hipotecarios cobrados indebidamente por un banco, tuvieron que pagar 100 dólares por los honorarios de sus abogados, vencedores en el pleito (12).

Contra este tipo de abusos se dictó una ley federal en el 2005, promulgada por el presidente George Bush Jr., denominada Class Action Fairness Act, que puso límite a los montos de honorarios, para desalentar estos juicios, y estableció la jurisdicción federal para las acciones que tengan integrantes de distintos Estados y los montos reclamados superen los 5 millones de dólares. Con esto se pretendió terminar con las prácticas de forum shopping que concentraban en ciertos tribunales estatales las mayores demandas contra las empresas e industrias tabacaleras y farmacológicas (13).

En nuestro país, en cambio, además de estar registrado el BLSG, la LDC dispone que la justicia es gratuita los mismo la LGA.

II.4. "Cuestiones comunes" que autorizan las acciones de clase

En el derecho norteamericano existen tres tipos de acciones de clase, tema sobre el cual no he de explayarme aquí, por exceder el marco del presente artículo (14). Solo basta con decir que hay dos supuestos en que los hechos tornan imprescindible acudir a este tipo de acciones, es decir que no hay otra posibilidad fáctica que utilizarlas, porque así lo exige la calidad del accionante o del demandado -reglas 23 (b) [1] y [2]. Pero existe un tercer tipo de acciones de clase que es discrecional de los jueces, en supuestos en que si bien hay cuestiones individuales, también hay otras que son comunes a la clase. La regla 23 (b) [3] exige en estos casos que las cuestiones de hecho o derechos comunes sean predominantes sobre las individuales.

En un caso reciente, la Corte de Estados Unidos analizó la cuestión, y extendió el requisito de "comunalidad" (que nosotros llamamos "homogeneidad") a los tres tipos de acciones de clase, limitando enormemente su ejercicio. En *Wal-Mart c. Dukes* (2011), la mayoría de la Corte —en voto redactado por el juez Scalia y al que adhirieron los restantes jueces conservadores— rechazó una acción de clase iniciada por tres mujeres empleadas o ex-empleadas de la cadena de supermercados en representación de un universo de 1.5 millón de empleadas o ex-empleadas que trabajaron en cualquiera posición desde 1987 hasta entonces. La mayoría sostuvo que como las mujeres demandantes no alegaban que existiera una instrucción expresa de la empresa de discriminar a las mujeres impidiendo su ascenso y relegando sus salarios, debía irse caso por caso para determinar si hubo una "práctica corporativa" que toleraba o auspiciaba la discriminación. Y siendo tan distintos los más de un millón de casos, no se daba el requisito de la comunalidad exigido por la regla 23 (b) [1] y [2]. En cambio, la minoría compuesta por el juez Breyer y las tres juezas mujeres que integran el alto tribunal —todos designados por presidentes demócratas— entendió que no se debía rechazar la demanda, sino reconducirla al tipo de class action especificado en la regla 23 (b) [3], que requiere la demostración de que las cuestiones de hecho y derecho comunes predominen sobre las individuales (15).

II.5. Efecto erga omnes de la sentencia para toda la clase, gane o pierda el pleito

El quid de las acciones de clase en los Estados Unidos pasa por el efecto expansivo de lo que se resuelva o acuerde a toda la clase. En definitiva, si este instituto brinda alguna utilidad, en términos prácticos, a la administración de justicia es al economizar drásticamente recursos jurisdiccionales, al concentrar en un juicio masivo miles o cientos de miles de reclamos, cerrando las puertas para nuevas demandas por los mismos hechos.

Por consiguiente, la regla es que el efecto de cosa juzgada (*res judicata*) se extiende a toda la clase, tanto en el caso que la demanda sea acogida, como que sea rechazada. Ello no impide que un individuo pueda iniciar otra acción legal en el caso que la certificación de la clase hubiera sido denegada.

El alcance erga omnes, entendido como efecto de cosa juzgada a favor o en contra de toda la clase, tiene dos condiciones para asegurar el debido proceso y la defensa en juicio: debe asegurarse la notificación a todas las clases, de la mejor manera que sea posible; y que la representación haya sido la más adecuada. De manera que una persona integrante de una determinada clase no podrá cuestionar el alcance de un fallo dictado en una acción de clase alegando no haber estado presente en el litigio, si estuvo adecuadamente representada. De esa forma, una persona que forma parte de una clase, se verá obligada por un acuerdo transaccional homologado judicialmente, aun cuando se hubiere opuesto a él, si fue debidamente notificado y adecuadamente representado.

Esta regla de la *res judicata*, por consiguiente, tiene dos excepciones: no se extenderá los efectos de lo que se resuelva o acuerde en una acción de clase al miembro que no se le brindó la debida notificación ni la posibilidad de salir del pleito (*opt-out*); lo mismo que en el caso que el representante de clase designado falle en proveer una adecuada y correcta representación en el juicio original. Ello obliga a la corte a examinar las calificaciones y performance del representante y de sus abogados para asignarle el importantísimo rol de

representante de clase.

En Argentina nada de esto ocurre. La representación la tiene, motu proprio, el actor que inicia la demanda, las más de las veces una asociación civil de defensa del consumidor, el usuario o el ambiente. Y la notificación también es simbólica, ya que alcanza con la publicación de edictos que prácticamente nadie lee. Asimismo, se advierte una diferencia significativa: la ley de Defensa del Consumidor y la ley General del Ambiente, prevén el efecto erga omnes de la sentencia que se dicte, pero solo en el caso que sea favorable al demandante; en el caso que la misma sea rechazada, nada impide iniciar un nuevo pleito. Con lo cual la utilidad práctica de este tipo de acciones de masa se ve seriamente reducida.

II.6. Cuestiones excluidas de las acciones de clase

Asimismo, cabe señalar, como una nota claramente distintiva del derecho argentino, que las acciones de clase en los Estados Unidos son una herramienta destinada a facilitar y ordenar las demandas multitudinarias entre particulares, pero no como un medio para demandar al Estado. De manera que, si bien se ha admitido la presentación de acciones colectivas contra agencias estatales, se ha rechazado la certificación de este tipo de demandas contra entidades gubernamentales cuando se trata de la declaración de invalidez de normas, pues en ese caso todos los funcionarios públicos se encontrarían obligados por lo que se resuelva en una demanda entablada por un solo actor, dándole así un valor normativo a una decisión jurisdiccional [\(16\)](#).

II.7. Tendencia norteamericana a restringir las acciones de clase

De este somero análisis podemos extraer las siguientes conclusiones:

— Se advierte un fuerte lobby de empresas e industrias para restringir o dificultar las acciones, que son las que amenazan sus negocios o su rentabilidad.

— Estadísticamente, han prosperado las acciones de clase entabladas contra la industria tabacalera, lo que coincidió con una campaña política de reducir el consumo local de cigarrillos. Las demandas colectivas contra las industrias farmacéutica, automotriz, petrolera o minera no han corrido la misma suerte, aunque numerosos casos son arreglados antes del dictado de la sentencia.

— Los tribunales estatales son más propensos a certificar la existencia de una clase —paso imprescindible para el desarrollo proceso— en tanto que los federales son más reacios a ello. Ello motivó la ley de Acciones de Clase Equitativa dictada por el presidente republicano George Bush (h.), que llevó todas las acciones de clase interestatales de monto superior a los cinco millones de dólares —prácticamente todas— al fuero federal, como forma de cortar con la nociva práctica del *forum shopping*.

— Desde la década del '70 se viene achicando y dificultando el ejercicio de estas acciones, con decisiones cada vez más conservadoras de la Corte. Claramente, los jueces designados por presidentes republicanos son contrarios a admitir la procedencia de las acciones colectivas, mientras que los jueces nombrados por gobiernos demócratas son más amplios a su aceptación.

— En Eisen (1978) la Corte, liderada por el voto del juez Scalía, elevó al infinito los costos del proceso, que deben sufragar por anticipado los demandantes.

— En Wal-Mart (2011) la Corte, nuevamente con el voto mayoritario escrito por el juez Scalia, aumentó las exigencias para demandar, al requerir la "comunalidad" de intereses por parte de todos los integrantes de clase. De hecho, la opinión resalta que las acciones de clase son una excepción a la regla que determina que cada uno litiga por uno y para uno. Y que, como toda excepción, es de interpretación restrictiva.

III. Segunda parte: derecho nacional

III.1. Intereses difusos y derechos colectivos: tendencia de una época

Nuestro proceso civil ha sido, desde sus orígenes, una contienda entre dos partes, las que pueden ser individuales o incluso plurales, aceptando nuestros códigos procesales las figuras del litisconsorcio activo y pasivo. Los actores y demandados pueden ser muchos, incluso cientos, pero siempre nos encontramos ante dos partes claramente diferenciadas y de intereses contrapuestos. A ellos se puede sumar la intervención de terceros, que puede ser facultativa o coactiva, cuando la sentencia le será oponible [\(17\)](#).

El fenómeno de los procesos colectivos, en nuestro país, es algo relativamente reciente. Aparece con todo vigor en la década del 90, con el auge del consumo y la privatización de los servicios públicos. No por nada la primera recepción legislativa del proceso colectivo se dio con la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240 de 1993) que en su art. 52 (en su redacción original) facultaba al consumidor o usuario y a las asociaciones de consumidores y usuarios a entablar acciones judiciales [\(18\)](#).

Como sucedió con muchos otros aspectos "novedosos" de entonces, ese derecho consagrado legalmente en

1993 fue receptado en la reforma constitucional de 1994. Esto es, en menos de un año de puesta en marcha, cuando todavía no se contaba con la experiencia necesaria para saber los beneficios o defectos del sistema, esa facultad legal de las asociaciones de protección de consumidores de bienes y usuarios de servicios públicos, recientemente privatizados, se convertía en un derecho constitucionalmente tutelado, en un país con escasas enmiendas constitucionales —la anterior databa de 1957—. También, y esto es sintomático de la última reforma constitucional, no solo se cristalizó en el texto constitucional las noveles tendencias de entonces, sino también su aplicación jurisprudencial [\(19\)](#).

A diferencia de otros institutos de la reforma constitucional de 1994 —como el jefe de gabinete o el consejo de la magistratura— el asunto de la legitimación colectiva para la tutela de los intereses difusos no figuraba en la agenda de la Convención Constituyente, sino que surgió con el transcurrir de las sesiones. De hecho, el llamado "Núcleo de Coincidencias Básicas" solo incluyó, por todo concepto, una autorización genérica a incorporar un nuevo capítulo en la primera parte de la Constitución dedicado a "la consagración expresa del hábeas corpus y el amparo" [\(20\)](#). Es decir, se había habilitado la reforma para reconocer la garantía del habeas corpus, especialmente durante el estado de sitio, y el amparo, admitido por la Corte en los célebres casos Siri y Kot. Tampoco figuraba en su antecedente inmediato, el Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, de 1986 [\(21\)](#).

De allí que los constituyentes del '94 dieron cauce al proceso colectivo, pero pensado solo como una ramificación del proceso de amparo, que tras casi 40 años de creación pretoriana ingresaba formalmente a la Constitución [\(22\)](#). Y dentro de ese "amparo colectivo", como única visualización del proceso colectivo, se dio "legitimación procesal" además de los usuarios y consumidores, a las asociaciones que los protejan y al defensor del pueblo, órgano totalmente nuevo para la época, que había sido creado por ley 24.284 seis meses antes, no habiendo siquiera asumido entonces su primer titular [\(23\)](#).

Es decir que se dieron tres pasos gigantes en poco más de un año: se reconocieron derechos y acciones colectivas para usuarios y consumidores y las asociaciones de defensa de los mismos (1993), se creó la figura del Defensor del Pueblo también en 1993, poniéndose en funciones al año siguiente, y se le otorgó facultades para intervenir en asuntos que "afecten intereses difusos o colectivos" [\(24\)](#).

Al año siguiente estas reformas legales se incorporaron en la Constitución nacional, que reconoció el derecho a un ambiente sano de todo habitante (art. 41), los derechos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios, incluido el de constituir asociaciones que protejan sus derechos (art. 42), la acción expedita de amparo como medio de tutela del "ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general" (art. 43, 2º párrafo), reconociéndole expresa legitimación procesal al defensor del pueblo, entonces inexistente, y que ya contaba con jerarquía constitucional (art. 86, 2º párr.).

En suma, promediando la década del noventa, asistimos a un cambio copernicano de paradigmas: al proceso civil tradicional de dos partes enfrentadas, cada una defendiendo un derecho subjetivo que es el que le otorga un "interés" para intervenir en el pleito, se sumaron otras personas que pueden reclamar, ya no solo por "derechos subjetivos" afectados (individualmente), sino por derechos compartidos con un sinnúmero de sujetos que también se dicen afectados (colectivamente) por una ley, una reglamentación o un acto, o sencillamente por una omisión por parte de las autoridades, en cualquiera de sus niveles.

Imposible asimilar semejante revolución procesal en tan poco tiempo. Se puede decir que la digestión de estos cambios comenzó a sentirse a finales de esa década, con la negación de legitimación al defensor del pueblo para actuar ante los estrados judiciales, siendo el caso Frías Molina, referido a la situación de miles de jubilados el caso más emblemático. En aquella oportunidad, la Corte le negó a aquel el derecho a constituirse en parte procesal y representar a los jubilados que litigaban en sus respectivos pleitos por actualización de haberes, diciendo que ello era una prerrogativa de cada jubilado en su respectivo juicio [\(25\)](#). Veremos luego cómo la Corte, con su nueva composición, mantuvo el mismo criterio en el 2012 —en pleno auge de las acciones de clase— afirmando que no haría extensiva la doctrina "Badaro" y "Elif" en favor de todos los jubilados, como pretendía el defensor del pueblo, sino que se aplicaría ese nuevos criterios jurisprudenciales caso por caso, a la vieja usanza [\(26\)](#).

III.2. La regulación legal de los procesos de incidencia colectiva por el Congreso

Antes que la Corte regulara jurisprudencialmente las acciones de clase, el Congreso sancionó leyes que reglamentaron expresamente los procesos colectivos y el alcance de las sentencias que se dicen en los mismos, en materia de derechos de los consumidores y usuarios, y ambiental, es decir, las dos áreas mencionadas por los arts. 41 y 42 de la Constitución (el art. 43 alude también a "los derechos de incidencia colectiva en general", lo que es de una vaguedad tal que mereció fuertes discusiones en el seno de la convención reformadora).

En el 2002 se sancionó la ley General del Ambiente, una norma completamente de avanzada, que además de

estipular los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y deslindar responsabilidades entre la Nación y las provincias, específicamente reguló: i) la legitimación para accionar en el marco del proceso ambiental colectivo, reconociéndole esa facultad al afectado, al defensor del pueblo y a las asociaciones no gubernamentales; ii) legitimación para accionar por la recomposición ambiental o indemnización a la persona directamente damnificada; iii) imposibilidad de iniciar nuevas acciones a otros titulares del bien colectivo, tan pronto uno de ellos lo hubiera hecho; pudiendo intervenir en el proceso pero en calidad de terceros, no de litisconsortes; iv) posibilidad del juez de extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes; v) valor de cosa juzgada y alcance erga omnes de la sentencia en caso que la demanda sea aceptada; si fuera rechazada por cuestiones probatorias, sus consecuencias se limitarán a las partes intervinientes (27).

Por su parte, en el 2008 se modificó la ley de Defensa del Consumidor, incluyendo además de gratuidad de la justicia en la materia, y los daños punitivos, un artículo específico sobre las "acciones de incidencia colectiva", en los que incursiona en los problemas típicos de esta clase de procesos: i) el acuerdo conciliatorio o transacción a la que pueden llegar el consumidor o asociación de consumidores y usuarios con la empresa demandada, sujeto a una vista previa al ministerio público fiscal y a su homologación judicial, previéndose el caso de que consumidores o usuarios opten por quedar excluidos de dicho acuerdo; ii) el efecto erga omnes de la sentencia que se dicte en el proceso, en caso que sea favorable a la actora, respecto de todos los usuarios o consumidores en similares condiciones, hayan demandado o no, salvo los que hayan expresamente optado por quedar excluidos; y iii) la forma de establecer la reparación patrimonial para cada uno de los afectados, sea de forma individual o grupal (28).

Es decir que el Congreso sancionó, en la década pasada, dos normas que regulan el proceso colectivo, en los temas típicos de esta clase de pleitos: cuestiones de consumidores y usuarios, y medioambientales. De allí que resulta incorrecto lo afirmado por la Corte en Halabi, de 2009, en el sentido que existía una injustificable mora por parte del legislador en la regulación de las acciones de clase, entendidas como un imperativo que surge del art. 43 de la Constitución. Ello por dos motivos: primero, porque nunca en la Convención de 1994 se discutió la posibilidad de incorporar a la Constitución las "acciones de clase", los que no son mencionados expresamente en cláusula alguna ni en los debates constituyentes, siendo por demás completamente ajenas a nuestra práctica civil y; segundo, por cuanto el Congreso había reglamentado los arts. 41 y 42 de la Constitución al sancionar la Ley General del Ambiente (en el 2002) y al modificar la Ley de Defensa del Consumidor (en el 2008), dando tutela así, a los derechos de incidencia colectiva o difusión.

III.3. Creación pretoriana de las acciones de clase por la Corte Suprema

De lo hasta aquí analizado, se puede ver que la creación de la figura del defensor del pueblo y del reconocimiento de legitimación procesal a él y a las asociaciones intermedias se dio, de golpe, a mediados de la década de 1990, sin que con ello se alterasen las reglas procesales imperantes en la práctica. Esto sucedió recién con la sanción de la ley General del Ambiente (2002) y con los cambios introducidos en la ley de Defensa del Consumidor (2008), que receptaron institutos propios de las acciones colectivas, tales como el efecto expansivo de la cosa juzgada, la posibilidad de terceros de ingresar al proceso, y de otros a salir de él para no ser alcanzados con lo que se resuelva o acuerde; la legitimación procesal para accionar, distinguida de la legitimación para reclamar la reparación del daño o su indemnización; la homologación del acuerdo transaccional; etc.

La Corte acompañó dicha tendencia, especialmente a partir del cambio de composición que se dio desde el 2003, con la opinión del Dr. Ricardo Lorenzetti, quien ingresó en el tribunal en 2005, e hizo del reconocimiento jurisprudencial y legal de las acciones de clase uno de sus estandartes.

El Dr. Lorenzetti comenzó a batallar por la incorporación de la Acción de Clase al estilo norteamericano, al poco tiempo de asumir, como se puede ser en su voto en disidencia en el caso Mujeres por la Vida, de 2006. Allí empezó a marcar el camino de lo que luego sería la doctrina de la Corte. Se trataba de una demanda iniciada por una asociación civil sin fines de lucro con el objeto que se declarara la inconstitucionalidad del "Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable", y que había obtenido una medida cautelar de una magistrada de primera instancia suspendiendo su ejecución en todo el territorio nacional. La Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba revocó la sentencia por falta de legitimación de la actora, en el entendimiento que no existía un "caso" o "causa".

La mayoría de la Corte, siguiendo el dictamen del Procurador General, revocó la sentencia, al reconocerle legitimación a la asociación, en base a los clásicos estándares. En cambio, el Dr. Lorenzetti, en minoría, sostuvo que debía confirmársela, por falta de legitimación de la actora. Es en ese extraño contexto que el juez elaboró su doctrina de los derechos colectivos en los siguientes términos: "Que en materia de legitimación procesal

corresponde, como primer paso, delimitar con precisión si la pretensión concierne a derechos individuales, a derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, o a derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos" (29).

En dicho voto, a lo largo de tres largos considerandos, el Dr. Lorenzetti distinguió las siguientes categorías de derechos: los derechos individuales que involucran a una pluralidad de sujetos (litisconsorcio activo o pasivo); los derechos de incidencia que tienen por objeto bienes colectivos (mencionando, como tal, al ambiente, reconocido por el art. 41 CN); y, derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos (citando los casos de los derechos de los consumidores y a la no discriminación, aludidos en el art. 43 CN). Se trata de una clasificación tripartita completamente inédita, que no surge expresamente de la Constitución ni de los debates constituyentes. Se puede decir que es una elaboración individual de aquel juez, luego compartida por la Corte, hoy aceptada como doctrina indiscutida.

Llamativamente, el caso planteado —una asociación civil que iniciara un proceso de amparo tendiente a cuestionar un programa de salud reproductiva del Ministerio de Salud de la Nación, por considerarlo "abortivo"— entraba en la definición clásica de legitimación colectiva sin mayores inconvenientes, más allá de lo desatinado de la medida cautelar dictada por la jueza de grado, rápidamente revocada por la Cámara. Es decir que el voto del Dr. Lorenzetti, en el cual elaboró su clasificación tripartita de legitimación procesal, resultaba innecesario para resolver la cuestión suscitada. Quizás, lo que quería manifestar el citado magistrado era su temor, así señalado al final de su voto, que el reconocimiento de legitimación procesal a la asociación importara la privación del derecho de defensa en juicio de quienes no participaran en el proceso y que se verían afectados por lo que en él se resuelva. Es decir, el quid del problema de las acciones colectivas —el efecto expansivo de la cosa juzgada— que precisamente dio a luz con su voto disidente.

III.4. Halabi, un caso atípico

Un par de años más tarde, con el juez Lorenzetti como presidente de la Corte, se dictó el famoso caso "Halabi", de 2009. Lo curioso del caso es que quien demandaba era una persona particular —un abogado en causa propia—, quien solicitaba que no se le aplicara una norma que reputaba inconstitucional por ser invasiva de su privacidad, al autorizar indiscriminadamente la intervención de las comunicaciones. A su pedido habían adherido varios colegios de abogados. Como la declaración de inconstitucional había sido concedida con efectos erga omnes, la Corte entendió que se encontraba frente a un proceso colectivo, y desarrolló las reglas de las acciones de clase, tomadas del derecho norteamericano.

El fallo resulta llamativo, por dos motivos. Primero, porque un decreto del Ejecutivo había tornado abstracta la cuestión, ya que había suspendido la aplicación del decreto reglamentario, y segundo, porque no se trataba de un "proceso colectivo" stricto sensu, sino sobre los alcances erga omnes de la declaración de inconstitucionalidad de una norma de alcance general. La Corte aprovechó la ocasión para sentar las bases de las acciones de clase, siguiendo el criterio que ya había adelantado el Dr. Lorenzetti en su voto en disidencia en el caso "Mujeres por la Vida", antes citado (30).

El caso era una típica acción de amparo, donde se buscaba la declaración de inconstitucionalidad de una norma —la ley y su decreto reglamentario—, pretensión que había sido receptada por el juez de primera instancia y la Cámara, que habían considerado que las citadas normas resultaban invasivas de la privacidad. La Procuradora adjunta, por su parte, había opinado que, más allá de lo inoficioso del tratamiento de la validez del decreto suspendido en su vigencia, debía revocarse la sentencia, por no ser irrazonable la regulación legal. No versaba, entonces, sobre una demanda de incidencia colectiva, sino del alcance general de la declaración de inconstitucionalidad, que se había extensivo a todos los habitantes de la Nación, punto sobre el que versó el recurso extraordinario del Estado Nacional. Fue en ese contexto que el Dr. Lorenzetti retomó su clasificación tripartita de la legitimación procesal, que ya había esbozado en otro caso atípico, Mujeres por la Vida.

III.5. La frustrada introducción legal en el Código Civil y Comercial de la Nación

El precedente Halabi, del 2009, fue luego cristalizado en proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, cuya redacción fue encomendada en 2011 a una comisión presidida por Ricardo Lorenzetti, junto con su colega Elena Highton de Nolasco y la jueza de la Suprema Corte de Mendoza, Aida Kemelmajer de Carlucci.

El proyecto de la Comisión reformadora receptaba expresamente la clasificación tripartita del fallo Halabi, como da cuenta su exposición de motivos (31). Así, el proyecto aludía, además de los clásicos derechos individuales, "a los derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común"; y a los "derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y de uso común. El afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros sujetos que dispongan leyes especiales, tienen legitimación para el ejercicio de derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al

consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general" (art. 14, en su versión original).

Finalmente, el Poder Ejecutivo modificó dicha cláusula, volviendo a la clásica división bipartita de derechos, que es la que surge de la Constitución y las leyes reglamentarias: "En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general" (32).

III.6. La regulación de las acciones de clase por la Corte Suprema: un reglamento de dudosa constitucionalidad

Fracasada la intención de plasmar legalmente la clasificación tripartita de derechos, esbozada por el juez Lorenzetti en su voto en disidencia en *Mujeres por la Vida*, y luego receptada por la mayoría en *Halabi*, la Corte dio un paso más allá al reglamentar, per se, los procesos colectivos a través de sendas acordadas de 2014 y 2016.

Por la primera de ellas —Acordada 32/2014— la Corte creó el Registro Público de Procesos Colectivos. La necesidad de dicho registro se basó en lo resuelto una semana antes, en el caso "*Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión*", donde había destacado la necesidad de llevar un registro de acciones colectivas, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios, especialmente, en materia de medidas cautelares (33). Se fundó en las atribuciones que las leyes le otorgan para dictar los reglamentos necesarios para la correcta administración de justicia (34). Sin embargo, dicha atribución, otorgada por antiquísimas leyes —de 1863 y 1902— cambió radicalmente en 1994, cuando el constituyente le detrajo dicha facultad y se la asignó a un nuevo órgano, el Consejo de la Magistratura, ajeno a nuestra tradición y propio de los sistemas parlamentarios (35). De allí que lo establecido en el art. 18 de la ley 48 (de 1863), en cuanto faculta a la Corte a dictar "los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la ley de procedimientos", debe interpretarse a la luz del texto constitucional vigente, y no del de 1853. Lo mismo sucede respecto del art. 10 de la ley 4055 (de 1902), que la autoriza a "dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia" (36). Todas estas normas fueron dictadas cuando —afortunadamente— no existía el Consejo de la Magistratura, órgano que ha fracasado estrepitosamente en su misión, pero no obstante ello, sigue teniendo jerarquía constitucional.

El problema que se genera con las acordadas dictadas por la Corte, con alcance general y fuerza de ley, es que no existe tribunal en el que se pueda cuestionar su constitucionalidad, siendo reacia aquella a ingresar en esos planteos, los que son desestimados con argumentos formales.

El registro de procesos colectivos, creado por la Corte en dicha acordada, junto con el reglamento del mismo, es de aplicación obligatoria para todos los procesos en los que se declare su admisibilidad como proceso colectivo (art. 10 del reglamento). En él deben inscribirse ordenadamente "todos los procesos colectivos, tanto los que tengan por objeto bienes colectivos como los que promuevan la tutela de intereses individuales homogéneos con arreglo a las concordes definiciones dadas por esta Corte en los precedentes '*Halabi*' (Fallos 332:111) y *P.361.XLIII 'PADEC c. Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales'*, sentencia del 21 de agosto de 2013" (37).

La naturaleza legislativa de dicha acordada está fuera de toda duda. Se trata de una norma que la Corte mandó a publicar en el Boletín Oficial, por la cual creó un registro de procesos colectivos, determinó la información que se debe volcar en él, la forma en que se deben cursar las comunicaciones, etc., y delegó en el presidente del tribunal la facultad de dictar las disposiciones complementarias y ejecutorias.

Dicha norma fue complementada por la Acordada 12/2016 que reguló todos los pormenores propios de los procesos colectivos: desde las materias excluidas (art. I del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos), hasta los requisitos formales y sustanciales de las demandas colectivas (art. II); el régimen de prevalencia temporal de distintos procesos colectivos iniciados por la misma materia (art. IV), etc. (38).

Para fundar la necesidad del dictado de esta nueva Acordada, además de invocar las leyes que así la habilitan —anteriores a la reforma constitucional de 1994— la Corte reiteró los conceptos vertidos en *Halabi*, respecto de la supuesta omisión incurrida por el Congreso en reglar las acciones de clase, al señalar: "que, por último, cabe recordar que este Tribunal, desde el 2009, ha manifestado la necesidad de contar con una ley que regule los procesos colectivos —consid. 12 de Fallos 322:111—, no obstante ello, hasta la fecha no ha sido dictada normativa alguna que regule esta materia. Por tal motivo, resulta indispensable fijar reglas orientadas a ordenar la tramitación de este tipo de procesos a fin de evitar circunstancias que pueden conllevar a situaciones de gravedad institucional, hasta tanto el Poder Legislativo Nacional sancione una ley que regule su procedimiento" (39).

Habiendo transcurrido tres años desde la creación de dicho registro, en la actualidad se han inscripto 32 procesos colectivos en él, vinculados generalmente a cuestiones de consumo y a las tarifas de los servicios

públicos, iniciadas por asociaciones de consumidores y usuarios, cámaras empresariales y colegios profesionales (40).

IV. Conclusiones

De este somero análisis se pueden apreciar diferencias significativas entre el sistema de acciones de clase en los Estados Unidos y los procesos de incidencia colectiva en Argentina. De todas ellas, la que se destaca como más notoria es la referida a la legitimación procesal, pues mientras en Norteamérica solo el afectado de forma individual concreta y actual puede ser parte de la clase, en nuestro país aquel ha sido reemplazado por las asociaciones de consumidores, o de defensa del medio ambiente, o de la calidad institucional, bastando con que en sus respectivos estatutos —por ellas elaborados— mencionen la defensa de tales bienes entre sus objetos, para que se les reconozca capacidad para demandar. Más aún, los procesos colectivos pueden ser iniciados aquí por el defensor del pueblo, el ministerio público, y hasta organismos públicos, en defensa de bienes colectivos, sin afectación directa, concreta y personal, lo que ha llevado a una suerte de acción popular, donde se puede discutir la mera legalidad de las leyes o decisiones de gobierno, algo totalmente desconocido en el derecho norteamericano, de donde se sacó el estatuto.

Una segunda diferencia entre los dos sistemas, también fundamental, tiene que ver con la caracterización misma de este tipo de acciones. Así, mientras en los Estados Unidos la acción de clase es solo un mecanismo para encarrillar demandas multitudinarias, siempre con fines resarcitorios, y guiado por consideraciones de orden práctico —la clase es tan numerosa que el litisconsorcio de todos sus miembros es materialmente impracticable—, en Argentina, a partir del fallo Halabi, el eje está puesto en consideraciones políticas, determinando que no proceden las acciones colectivas cuando se trata de demandas patrimoniales individuales, sino solo cuando exista un fuerte interés estatal en su protección. Es decir, el proceso colectivo como una forma de protección de bienes que requieren una tutela especial y diferenciada.

Más allá de estos aspectos, claramente disímiles, resulta dudoso que la regulación de las acciones de clase sea una deuda pendiente del Congreso, como aseveró la Corte en el caso Halabi. No creo que exista una injustificable mora por parte del legislador en la regulación de acciones, entendidas como un imperativo que surgiría del art. 43 de la Constitución. Ello por cuanto nunca en la Convención de 1994 se discutió la posibilidad de incorporar a la Constitución ese tipo de acciones, centrándose todas las discusiones en la definición de los derechos de incidencia colectiva (de los usuarios y consumidores, y a la protección del ambiente), del amparo como medio para protegerlos, y de los sujetos legitimados para ello, incluyendo el Defensor del Pueblo. Asimismo, por cuanto el Congreso ya ha reglamentado los arts. 41 y 42 de la Constitución al sancionar la ley General del Ambiente (en el 2002) y al modificar la Ley de Defensa del Consumidor (en el 2008), que receptaron normas propias de los procesos colectivos, tales como la cosa juzgada y el efecto erga omnes de la sentencia que acoge la demanda.

Todo ello me lleva a formular estas reflexiones, con el objeto de alertar sobre los peligros que presenta la importación lisa y llana de institutos que funcionan correctamente en otros países, con distinta tradición jurídica, y que al aplicarlos al nuestro, sin las adaptaciones necesarias, conduce a resultados frustrantes y completamente desconocidos.

(1) Sobre esta problemática puede verse: ROSENKRANTZ, Carlos, "Against Borrowing and other non-authoritative uses of foreign law", *International Journal of Constitutional Law* (Oxford U. Press), vol. 1 nro. 2, 2003, p. 259. GORDON, Mitche, "Don't Copy Me, Argentina: Constitutional Borrowing and Rethorical Type", 8 *Washington University Global Studies Law Review* 487 (2009); MILLER, Jonathan, "The Authority of a Foreign Talisman: A study of the U.S. constitutional practice as Authority in Nineteen Century Argentina and the Argentina Elite's Leaps of Faith", 46 *American University Law Review*, 1483 (1997).

(2) CS, "Ángel Siri s/ Habeas corpus", del 27/12/1957, Fallos 239:459; y Samuel Kot SRL s/ Recurso de habeas corpus, del 5/09/1958, Fallos 241:291.

(3) La página del Centro de Información Judicial, dependiente de la Corte, publicó el fallo bajo el siguiente título: "La Corte crea acción colectiva y da alcance general a un fallo" y con el siguiente copete: "El Máximo Tribunal instituyó la acción de clase, que permite que una sentencia tenga efectos para todos los ciudadanos que padecen el mismo problema, sin tener que iniciar un juicio". Ver: <http://www.cij.gov.ar/nota-615-La-Corte-reconoce-accion-colectiva-y-da-alcance-general-a-un-fallo.html>.

(4) CS, Halabi, Ernesto c. PEN — Ley 25.873 -Dto. 1563/04 s/ Amparo Ley 16.986, del 24/02/2009, Fallos 332:111.

(5) CS, "Halabi", cit., consid. 19, en el que cita el precedente "Verbitsky", referido a una hábeas corpus colectivo correctivo, completamente desconocido para el derecho estadounidense. Allí, el writ of habeas corpus rige desde la época de la colonia, por aplicación de la legislación inglesa, para cuestionar todo tipo de detenciones. Ampliar: SAGÜÉS, Néstor P., "Derecho Procesal Constitucional", Hábeas corpus, Ed. Astrea,

2008, 4ª ed., t. 4, ps. 34/49.

(6) BIANCHI, Alberto B., "Las acciones de clase", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1998, prólogo de MORELLO, Augusto M. Puede verse, también, el ilustrativo artículo de CUETO RÚA, Julio C., "La acción por clase de personas (class actions)", LA LEY 1988-C, 952, donde remarcaba las dificultades que este instituto presenta para la comprensión de los abogados formados en el derecho continental.

(7) "Luján c. Nacional Wildlife Federation", U.S. Supreme Court, 479 U.S. 871 (1990).

(8) "Friends of the Earth c. Laidlaw Environmental Services", U.S. Supreme Court, 528 U.S. 167 (2000).

(9) Ampliar en: NAGAREDA, Richard & al., "The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation", Foundation Press, New York, 2013, 2nd Edition.

(10) En los Estados Unidos existen, como en la Argentina, dos instituciones distintas: el Attorney General, que en virtud de la Judiciary Act de 1789, es el encargado de dar su opinión en los casos ante la Corte Suprema, en todas cuestiones requeridas por el Presidente, o los ministros en asuntos que correspondan a sus respectivos ministerios; y por el otro lado, el Solicitor General, que debe velar por los intereses de los Estados Unidos ante la Corte Suprema. Es decir, que el Attorney General es el secretario de justicia, y de él dependen agencias como el FBI, la DEA, las cárceles, bomberos, los agentes federales y todos los fiscales. Ampliar en: <https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-attorney-general#ag>.

(11) "Eisen c. Carlisle & Jacquelin", U.S. Supreme Court, 417 U.S. 156 (1974).

(12) "Kamilewicz c. BankBoston", U.S. Court of Appeal, 7th. Circ., 1996.

(13) Actualmente se encuentra en tratamiento del Senado norteamericano un proyecto de ley, aprobado por la Cámara de Representantes, a iniciativa de legisladores republicanos, tendiente a restringir aún más este tipo de acciones, al exigir que cada uno de los actores que busque una reparación económica haya sufrido el mismo tipo de daño y por la misma cuantía que el representante de la clase; y que ninguno de los demandantes o representantes sean parientes del abogado de la clase. Ver: H.R.985 - Fairness in Class Action Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act of 2017, disponible en <https://www.congress.gov>.

(14) Puede ampliarse en: MARCUS, Richard, et al., "Complex Litigation: Cases and Materials on Advanced Civil Procedure", American Casebook Series, St. Paul, West, 6th ed., y TIDMARSH, Jay, "Complex Litigation: Problems in Advanced Civil Procedure (Concepts and Insights)", Foundation Press, New York, 2002, p. 105.

(15) "Wal-Mart c. Dukes" et al, US Supreme Court, 131 S. Ct. 2541 (2011).

(16) Ampliar en: KLONOFF, Robert H., "Class Actions and Other Multi-Party Litigation", Ed. Thomson West, Third ed., 2007, p. 73.

(17) Los arts. 90 a 96 del Cód. Proc. Civ. y Com., modificados por ley 25.488, de 2001, establecen la intervención facultativa y coactiva de terceros. Específicamente en su art. 96 dispone el alcance de la sentencia que se dicte a su respecto. "En todos los supuestos, después de la intervención del tercero, o de su citación, en su caso, la sentencia dictada lo alcanzará como a los litigantes principales. También será ejecutable la resolución contra el tercero, salvo que, en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, según el caso, hubiese alegado fundadamente, la existencia de defensas y/o derechos que no pudiesen ser materia de debate y decisión en el juicio".

(18) En su versión original, la Ley de Defensa del Consumidor disponía en su art. 52 que "...el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público. El ministerio público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Las asociaciones de consumidores estarán habilitadas como litisconsorte de cualesquiera de las partes. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el ministerio público". En su art. 53: "Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación". Y, por último, en su art. 54: "La sentencia dictada en un proceso no promovido por el consumidor o usuario, solo tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el segundo párrafo del art. 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general". Dichas normas fueron reformadas por ley 26.361, del 2008, y 26.993, de 2014, que consagraron las acciones de incidencia colectivas, y los efectos erga omnes de las sentencias que se dictan en dichos procesos cuando hagan lugar a la demanda, y los daños punitivos (arts. 52 a 54 bis, conforme texto actualizado de la norma).

(19) Así sucedió, por ejemplo, con los decretos de necesidad y urgencia aceptados en el caso Peralta de 1990 ("Peralta, Luis y otros c. Estado Nacional [Ministerio de Economía — Banco Central] s/ amparo", del 27/12/1990, Fallos 315:1513), o la delegación legislativa admitida en el caso Cocchia de 1993 ("Cocchia, Jorge D. c. Estado nacional y otro", del 02/12/1993, Fallos 316:2624), entre otros institutos, y que fueran reflejados en nuevas cláusulas constitucionales.

(20) Art. 3º letra "N" de la ley 24.309. También quedó habilitada la Convención Constituyente para "establecer

el defensor del pueblo" (art. F), "la preservación del ambiente" (art. K), y "la defensa la competencia, del consumidor y del usuario" (art. M).

(21) Consejo para la Consolidación de la Democracia, "Reforma Constitucional: Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia", Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1986.

(22) QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El amparo, el habeas data y el habeas corpus", en ROSATTI, Horario [et al.], La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, especialmente las ps. 147 y ss., donde da cuenta de la admisión de los intereses colectivos, en el seno de la convención reformadora, pero con una legitimación procesal reducida. Véase también: DROMI, Roberto — MENEM, Eduardo, "La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 162/166.

(23) El primer defensor del pueblo, Jorge Luis Maiorano, asumió el 17 de octubre de 1994. Véase su primer informe de gestión, donde desarrolla el perfil y misión de la institución. <http://www.dpn.gob.ar/documentos/anuales/ianual1994.pdf>.

(24) El art. 14 de la ley 24.284, en su redacción original, disponía que: "El defensor del pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos".

(25) La Corte sostuvo que "el Defensor del Pueblo no está legalmente autorizado en su competencia para investigar la actividad concreta del Poder Judicial, con lo que menos aún estaría legalmente autorizado para promover acciones o formular peticiones ante el órgano jurisdiccional respecto a actuaciones de cualquier tipo desarrolladas en el ámbito de dicho poder". Y que "no resulta óbice a lo expresado la justificación formulada con sustento en lo dispuesto por el art. 43 de la CN, toda vez que resulta improcedente la asimilación pretendida respecto a derechos de incidencia colectiva en general, habida cuenta de las particularidades de cada una de las pretensiones formuladas por los beneficiarios y de que éstos se encuentran facultados para efectuar las peticiones que estimaran procedentes ante esta Corte", in re: "Frías Molina, Nélica y otros c. INPS s/ reajuste por movilidad", F. 4. XXVIII. REX, sentencia del 12/09/1996, consid. 4º y 5º. Posteriormente, por sentencia del 11/03/1997, les aplicó a todos ellos el precedente "Chocobar", que convalidaba la reducción del monto jubilatorio. Véase el comentario crítico de QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "El Defensor del Pueblo ante los estrados de la Justicia", LA LEY 1995-D, 1058. También, del mismo autor: "Requiem al amparo colectivo", LA LEY 1998-C, 1337.

(26) VENTURA, Adrián, "Jubilados: ANSeS admite que no puede pagar todos los fallos", La Nación del 11 de agosto de 2011.

(27) La Ley 25.675 General del Ambiente, prevé: Art. 30: "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 art. 43 de la CN, 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". Art. 32: "...El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes. En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte". Art. 33: "...La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias".

(28) El art. 54 de la ley de Defensa del Consumidor, incorporado por ley 26.361 BO 07/04/2008, dispone: "Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que este sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su

voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda".

(29) CS, "Mujeres por la Vida — Asociación Civil sin fines de lucro — Filial Córdoba c. Estado Nacional — Poder Ejecutivo Nacional — Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo", sentencia del 31 de octubre de 2006, Fallos 329:4593.

(30) CS, "Halabi, Ernesto c. PEN — ley 25.873 — dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111, voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia votaron los jueces Petracchi, Argibay y Fayt.

(31) Fundamentos del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 12. Ver: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

(32) Art. 15, aprobado por ley 26.994.

(33) CS, "Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión SA s/ amparo", sentencia del 23/09/2014, Fallos 337:1024. Se trataba de una demanda iniciada por la Municipalidad de Berazategui, en representación de todos sus vecinos, para que la prestadora del servicio de televisión por cable retrotraiga el valor de su abono, dando cumplimiento a lo dispuesto por la Secretaría de Comercio. En el propio fallo, la Corte sostuvo que resultaba necesario crear un registro de acciones colectivas, donde deban inscribirse todas las demandas de este tipo, lo que se habría de hacer a través de una acordada, a dictarse a la brevedad (consid. 7º). Ello sucedió en el acuerdo siguiente, del 1º de octubre de 2014, con la Acordada 32/2014.

(34) He analizado la cuestión atinente a la constitucionalidad de la facultad de la Corte para dictar reglamentos de la justicia nacional y federal, a la luz de la reforma constitucional de 1994, que invistió dicha atribución al Consejo de la Magistratura (art. 114, inc. 6º, CN), en: GONZÁLEZ CAMPAÑA, Germán, "Acordada 4/07: necesidad de atenuar su excesivo rigor formal", LA LEY del 11/05/2017, p. 1.

(35) El art. 114 inc. 6º de la CN dispone, respecto de las atribuciones del Consejo de la Magistratura: "Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia". De allí que resulten de dudosa constitucionalidad la Acordada 3/15, por la que la Corte regula las pautas del sistema electrónico para todo el Poder Judicial de la Nación; así como la Acordada 12/16, que establece el "Reglamento de Actuación de Procesos Colectivos", aplicable a todos los tribunales nacionales y federales; lo mismo que la Acordada 16/16, que aprueba el "Reglamento para la interposición de demandas y presentaciones en general" en todo el fuero nacional y federal, entre otras. En todos los casos se cita como fuente lo dispuesto en las leyes 26.685 y 26.856, la primera de las cuales establece "La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamentarán su utilización y dispondrán su gradual implementación" (art. 2º).

(36) La discusión sobre el alcance de las facultades reglamentarias de la Corte se dio al sancionarse la Acordada 28/04, por la cual se admitió la intervención del amicus curiae. En dicha oportunidad la mayoría (doctores Petracchi, Zaffaroni, Maqueda, Highton de Nolasco y Boggiano) autorizó la participación de terceros no contemplados por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en virtud de la atribución conferida por el art. 18 de la ley 48, de 1863 (antes citado) y por la ley 25.488, de 2001. En cambio, los jueces Belluscio, Fayt y Vázquez sostuvieron que la Corte carecía de competencia para facultar la intervención en el proceso de personas distintas de las partes y terceros en los términos previstos por los arts. 90 y ss. del Código Procesal, pues ello excedía la atribución conferida por el art. 113 de la Constitución de dictar "su" reglamento interior. Desde aquella oportunidad, el debate por las facultades reglamentarias no volvió a darse, siendo aprobadas la totalidad de las acordadas de la Corte por unanimidad de los miembros.

(37) Acordada 32/2014, del 1º de octubre de 2014, Expte. 5673/2014, suscripta por los doctores Lorenzetti, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco. Es llamativa la firma del juez Fayt, precisamente porque en anteriores oportunidades había sostenido que la Corte carecía de atribuciones reglamentarias respecto de procesos que tramitan ante otros fueros e instancias, tal como lo hizo al oponerse a la regulación del amicus curiae, admitidos por Acordada 28/2004.

(38) El art. II del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, dispone: "En los términos del art. 330 del Cód. Proc. Civ. y Com., en la demanda se deberá precisar: 1. En los procesos colectivos que tengan por objeto bienes colectivos: a) el bien colectivo cuya tutela se persigue y b) que la pretensión está focalizada en la incidencia colectiva del derecho. 2. En los procesos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos:

a) la causa fáctica o normativa común que provoca la lesión a los derechos; b) que la pretensión está focalizada en los efectos comunes y c) la afectación del derecho de acceso a la justicia de los integrantes del colectivo involucrado. Asimismo, en ambos tipos de procesos el actor deberá a) identificar el colectivo involucrado en el caso; b) justificar la adecuada representación del colectivo; c) indicar, de corresponder, los datos de la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; d) denunciar, con carácter de declaración jurada, si ha iniciado otra u otras acciones cuyas pretensiones guarden una sustancial semejanza en la afectación de los derechos de incidencia colectiva y, en su caso, los datos de individualización de las causas, el tribunal donde se encuentran tramitando y su estado procesal...", Acordada 12/2016, aprobada el 05/04/2016.

(39) La Acordada 12/2016 fue aprobada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda, únicos miembros del tribunal entonces.

(40) Puede consultarse el listado completo de causas inscriptas en el registro de procesos colectivos, incluso algunos fallos dictados en los mismos, en: <http://servicios.csjn.gov.ar/ConsultaCausasColectivas/>.