

## ÍNDICE GENERAL

Presidium de la Asociación Internacional de Derecho Procesal . . . . .	9
Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Procesal . . . . .	10
Comisión Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal . . . . .	11
Auspiciantes . . . . .	13
Presentación, por EDUARDO OTEIZA . . . . .	15

### 1. LOS PROCESOS COLECTIVOS Y LAS CLASS ACTIONS DESDE LAS PERSPECTIVAS DEL CIVIL LAW Y DEL COMMON LAW

1.1. MICHELE TARUFFO (Universidad de Pavia), <i>Notes on the collective protection of rights</i> . . . . .	23
1.2. SAMUEL ISSACHAROFF (Universidad de Nueva York), <i>Fairness in aggregation</i> . . . . .	31
1.3. ADA PELLEGRINI GRINOVER (Universidad de San Pablo), <i>Os processos coletivos e as class actions na perspectiva do "Civil Law"</i> . . . . .	51

### 2. EL ROL DEL JUEZ Y DE LOS ABOGADOS EN EL PROCESO COLECTIVO. LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES. CONFLICTOS DE INTERÉS

2.1. ROLF STÜRNER (Universidad de Freiburg), <i>The role of judges and lawyers in collective actions. Equality among parties. Conflicts of interest</i> . . . . .	67
2.2. ENRIQUE M. FALCÓN (Academia de Derecho, Argentina), <i>El rol del juez y de los abogados en el proceso colectivo. La igualdad entre las partes. Conflictos de interés</i> . . . . .	91

### 3. LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES COLECTIVAS. REPRESENTATIVIDAD ADECUADA. NECESIDAD DE CERTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN COLECTIVA. ACCIÓN COLECTIVA PASIVA

3.1. RACHAEL MULHERON (Universidad Queen Mary de Londres), <i>Report on aspects of collective (class) actions in England and Wales</i> . . . . .	115
3.2. JOSÉ OVALLE FAVELA (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), <i>Legitimación en las acciones colectivas</i> . . . . .	135

### 4. LA PRUEBA Y LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS LITIGIOS COMPLEJOS Y PROCESOS COLECTIVOS

4.1. CATHERINE PICHÉ (Universidad de Montreal), <i>Evidence and provisional measures in complex litigation and class actions in Canada</i> . . . . .	159
--	-----

- 4.2. KAZUO WATANABE (Universidad de San Pablo), *A prova e as medidas provisionais nos litígios complexos e processos coletivos* ..... 193

### 5. LOS RECAUDOS PARA APROBAR UN ACUERDO. LA COSA JUZGADA. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA

- 5.1. SANTIAGO PEREIRA CAMPOS (Universidad de Montevideo, Uruguay), *Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América* ..... 203
- 5.2. TERESA ARMENTA DEU (Universidad de Girona), *Acciones colectivas: los recaudos para aprobar un acuerdo. La cosa juzgada y ejecución de sentencia* ..... 247

### 6. EL PROBLEMA DE LOS COSTOS. HONORARIOS ADECUADOS EN LAS ACCIONES DE GRUPO

- 6.1. YUKIKO HASEBE (Universidad de Seikei), *The costs problem: adequate attorneys' fees in the context of class actions* ..... 299
- 6.2. RAMIRO BEJARANO GUZMÁN (Universidad del Externado), *El problema de los costos. Honorarios adecuados en las acciones colectivas* ..... 311

### 7. LOS PROCESOS COLECTIVOS EN ARGENTINA. NOVEDADES. PROYECTOS DE REFORMA

- 7.1. ANDREA A. MEROI (Universidad Nacional de Rosario), *Novedades legislativas y proyectos de ley sobre procesos colectivos en Argentina* ..... 323
- 7.2. CLAUDIA SBDAR (Universidad Nacional de Tucumán), *Las acciones colectivas en el Derecho argentino* ..... 351
- 7.3. ROLAND ARAZI (Universidad de Buenos Aires), *Los procesos colectivos en Argentina. Novedades. Proyectos de reformas* ..... 381
- 7.4. ÁNGELA ESTER LEDESMA (Universidad de Buenos Aires), *Acciones colectivas en el proceso penal* ..... 391
- 7.5. ROBERTO OMAR BERIZONCE (Universidad Nacional de La Plata), *Los conflictos colectivos de interés público en Argentina* ..... 429

### 8. INFORMES NACIONALES

- 8.1. MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN (Universidad de los Andes) y JOSÉ PEDRO SILVA PRADO (Pontificia Universidad Católica de Chile), *La tutela de los intereses supraindividuales (difusos y colectivos) en el ordenamiento chileno* ..... 449
- 8.2. SORAYA AMRANI MEKKI (Université Paris Ouest Nanterre), *Les procès collectifs* ..... 461
- 8.3. SÉRGIO CRUZ ARENHART (Universidad Federal de Paraná), *O processo coletivo no Direito brasileiro atual* ..... 479
- 8.4. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES (Universidad de Rio de Janeiro), *Legitimação para as ações coletivas. Representatividade adequada. Certificação. Ações coletivas passivas. Brasil* ..... 487
- 8.5. PRIMITIVO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ (Bolivia), *Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución en los procesos colectivos en Bolivia* ..... 501

---

8.6. GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ (Universidad de Girona), <i>Los recaudos para aprobar un acuerdo. La cosa juzgada. Liquidación y ejecución de sentencia en Alemania.</i> . . . . .	511
8.7. ROBERTO M. PAGÉS LLOVERAS (Universidad Católica de Cuyo) y JORGE A. ROJAS (Universidad de Buenos Aires), <i>Procesos colectivos en Argentina</i> . . . . .	521
8.8. LINDA SANDSTROM SIMARD (Universidad de Suffolk), <i>Evidence and provisional measures in complex litigation and class actions - The american perspective.</i> . . . . .	527
8.9. JANET WALKER (Osgoode Hall Law School), <i>Class actions: settlement approval; res judicata; claims administration and cy-près awards.</i> . . . . .	535



---

**PRESIDIUM DE LA ASOCIACIÓN  
INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL**

Presidente	Loïc CADIET
Vicepresidente (América del Norte)	OSCAR G. CHASE
Vicepresidente (Asia)	MASAHISA DEGUCHI
Vicepresidente (América del Sur)	EDUARDO OTEIZA
Vicepresidente (Europa)	MICHELE TARUFFO
Secretario General Ejecutivo	MANUEL ORTELLS RAMOS
Secretaría General	NEIL H. ANDREWS
	BURKHARD HESS
	JANET WALKER

**COMITÉ EJECUTIVO DE LA ASOCIACIÓN  
ARGENTINA DE DERECHO PROCESAL**

Presidente	EDUARDO OTEIZA
Vicepresidente	ÁNGELA E. LEDESMA
Tesorero	JORGE A. ROJAS
Secretaria del Comité Ejecutivo	SILVIA L. ESPERANZA
Vocales	MABEL DE LOS SANTOS CARLOS A. CARBONE MARIO E. KAMINKER HÉCTOR GRANILLO FERNÁNDEZ PATRICIA BERMEJO
Revisor de Cuentas	HÉCTOR E. LEGUISAMÓN
Secretario General	LEANDRO J. GIANNINI
Prosecretarios	FRANCISCO VERBIC JOSÉ MARÍA SALGADO

---

**COMISIÓN DIRECTIVA DEL INSTITUTO  
IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL**

<b>Presidente</b>	<b>ÁNGEL LANDONI SOSA</b>
<b>Vicepresidentes</b>	<b>ADA PELLEGRINI GRINOVER</b>
	<b>RAMIRO BEJARANO GUZMÁN</b>
	<b>MANUEL ORTELLS RAMOS</b>
	<b>JOSÉ OVALLE FAVELA</b>
	<b>EDUARDO OTEIZA</b>
	<b>NELSON RAMÍREZ</b>
<b>Tesorero</b>	<b>PETRONIO CALMON FILHO</b>
<b>Vicepresidentes Suplentes</b>	<b>HUMBERTO THEODORO JÚNIOR</b>
	<b>RODRIGO RIVERA</b>
	<b>CARLOS FERREIRA DA SILVA</b>
	<b>JAVIER EDUARDO LLOBET RODRÍGUEZ</b>
	<b>LUIS M. SIMÓN</b>
	<b>JUAN FALCONI</b>





## AUSPICIANTES

- Corte Suprema de Justicia de la Nación
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación
- Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación
- Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Centro de Formación Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Bolsa de Comercio de Buenos Aires
- Embajada Británica en Buenos Aires
- Embajada de Canadá en Buenos Aires
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas
- Instituto del Banco Mundial
- Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
- Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
- Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito
- Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos)
- Osgoode Hall Law School, York University
- Universidad de Medellín
- Universidad Externado de Colombia
- Universidad Autónoma de Madrid
- Universidad de Salamanca
- Universitat de Girona
- Universitat de València
- New York University
- École de Droit, Université Paris I, Phanteón - Sorbonne
- Universidad Nacional Autónoma de México
- Universidad de la República, Uruguay
- Universidad de Montevideo
- Universidad Católica del Táchira

- Instituto Brasileiro de Direito Processual
- Instituto Chileno de Derecho Procesal
- Instituto Colombiano de Derecho Procesal
- Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Eduardo J. Couture
- Fundación de Estudios para la Justicia (FUNDEJUS)
- Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI)
- Ateneo de Derecho Procesal de Rosario
- Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales (CIJUSO)
- Rubinzal-Culzoni Editores
- elDial.com (Biblioteca Jurídica Online)
- Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JuFeJus)
- Federación Argentina de la Magistratura (FAM)
- Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional
- Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA)
- Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires
- Colegio de Abogados de San Martín
- Comité de Abogados de Bancos de la República Argentina
- Asociación de Bancos de la Argentina (ABA)
- Asociación de Bancos Privados de Capital Argentino (ADEBA)
- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia

## PRESENTACIÓN

Para la Asociación Argentina de Derecho Procesal constituye un auténtico desafío y un honor albergar a la I Conferencia Internacional coorganizada por la Asociación Internacional de Derecho Procesal y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

La iniciativa es al mismo tiempo la XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y el Coloquio de Buenos Aires de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Los fuertes lazos académicos entre ambas entidades exigían que emprendieran una tarea común, y afortunadamente Argentina logró ser elegida sede y anfitriona de una Conferencia animada por los especialistas más destacados de la actualidad en un tema de una gran relevancia.

Los litigios de grupo y especialmente las acciones de clase han adquirido en las últimas décadas una singular trascendencia. Iberoamérica ha sido particularmente innovadora en el diseño de instrumentos procesales que permiten dar una adecuada solución a una conflictividad que caracteriza a una época en la que la participación en los asuntos públicos, la protección de los derechos de los consumidores y la defensa del medio ambiente se entienden como efectivas prioridades de los Estados. El Código Modelo de Procesos Colectivos, redactado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, es una evidencia de la preocupación por encontrar mecanismos que atiendan la necesidad de justicia en litigios que exceden el interés individual.

Asistimos a un escenario mundial que ha transformado la forma de relacionarse entre individuos, gobiernos, corporaciones privadas y organizaciones no gubernamentales, generando al mismo tiempo nuevos modos de vulnerar grupos de personas que se encuentran en una situación similar. El litigio de interés público, las acciones colectivas para discutir pretensiones individualmente no recuperables y los daños masivos han sido estrategias claves para enfrentar, desde la comunidad legal, el desafío planteado por dicha transformación.

Los litigios de grupo, en todas sus variantes, implican necesariamente transformaciones en muchos de los institutos más relevantes del Derecho Procesal Civil, tales como la relación abogado-cliente, el alcance de la garantía de debido proceso legal, la legitimación, la cosa juzgada, los honorarios de abogados y el rol del juez, entre otros. Y muchos cambios están ocurriendo.

Los trabajos que ofrecemos en este libro, elaborados por miembros destacados de las tres instituciones académicas que han dado vida a este proyecto, significan un aporte trascendente destinado a la búsqueda de soluciones desde una perspectiva comparada. Seguramente, el lector encontrará un valioso material que invita a investigar y debatir sobre experiencias diversas unidas por el propósito de lograr una justicia eficiente.

EDUARDO OTEIZA  
Presidente de la Asociación  
Argentina de Derecho Procesal



## PRESENTATION

On behalf of the Argentine Association of Procedural Law, it is an honor to host of the I International Conference co-organized by the International Association of Procedural Law and the Iberoamerican Institute of Procedural Law.

The event comprises the XXIII Iberoamerican Procedural Law Convention and the Buenos Aires Conference of the International Association of Procedural Law. The strong academic ties between both organizations demanded a common event, and Argentina is fortunate to have been chosen as the venue to host a Conference in which the most relevant specialists will gather to discuss this important topic.

Group litigation and particularly class actions have acquired great relevance during the last decades. Iberoamerica has been especially innovative in the search for procedural devices to afford adequate solutions for disputes in an era in which participation in public affairs, consumer and environmental protection are understood as public priorities. The Model Code of Collective Proceedings, drafted by the Iberoamerican Institute of Procedural Law, is an example of the concern for finding mechanisms capable of providing a just resolution for conflicts that go beyond the interests of individuals.

We are facing a global transformation in the relationships between individuals, governments, corporations and NGOs, that has brought about new ways in which groups of individuals similarly situated may suffer harm. Public interest litigation, small claims class actions and mass torts have been key strategies within the legal community to address the challenges posed by this transformation.

Group litigation, in all its variants, requires many reforms to core issues of civil procedure, like the lawyer-client relationship, the scope of due process of law, standing to sue, *res judicata*, attorney's fees and the role of the judge, among others. And many changes are being introduced.

The articles we offer in this book have been written by outstanding members of the three academic institutions that have worked jointly for this project. These articles represent a significant contribution to the efforts to find plausible solutions from a comparative perspective. I am confident that readers will find valuable material that invites them to engage in further research and to discuss diverse experiences united by a common purpose: to achieve an efficient civil justice system.

EDUARDO OTEIZA  
President of the Argentine  
Association of Procedural Law



## APRESENTAÇÃO

É uma honra e um real desafio para a Associação Argentina de Direito Processual sediar a I Conferência Internacional co-organizada pela Associação Internacional de Direito Processual e pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual.

A iniciativa reúne ao mesmo tempo as XXIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual e o Colóquio de Buenos Aires da Associação Internacional de Direito Processual. Os fortes laços acadêmicos entre as duas entidades exigiam que se empreendessem uma tarefa comum e a Argentina conseguiu ser escolhida como sede e anfitriã de uma Conferência animada pelos especialistas mais destacados da atualidade em um tema de grande relevância.

Os litígios de grupo e especialmente as ações de classe adquiriram nas últimas décadas importância singular. Os países de Ibero-América têm sido particularmente inovadores no desenvolvimento de instrumentos processuais que permitam dar solução adequada à conflituosidade que caracteriza uma época em que a participação nos assuntos públicos, a proteção dos direitos dos consumidores e a defesa do meio-ambiente são consideradas efetivas prioridades do Estado. O Código Modelo de Processos Coletivo, redigido pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, evidencia a preocupação de encontrar mecanismos que atendam às necessidades da justiça em conflitos que excedem o interesse individual.

Assistimos a um cenário mundial que transformou a forma de se relacionar entre indivíduos, governos, corporações privadas e organizações não-governamentais, gerando ao mesmo tempo novos modos de vulnerar grupos de pessoas que se encontram em situações semelhantes. O litígio de interesse público, os processos coletivos para discutir pretensões não individuais e os danos de massa têm constituído estratégias-chaves para enfrentar, a partir da comunidade legal, o desafio que surge dessa transformação.

Os litígios de grupo, com todas suas variáveis, implicam necessariamente transformações em muitos dos institutos mais relevantes do direito processual civil, tais como a relação advogado-cliente, o alcance das garantias do devido processo legal, a legitimação, a coisa julgada, os honorários advocatícios e o papel do juiz, dentre outros. E muitas mudanças estão ocorrendo.

Os trabalhos que oferecemos neste livro foram elaborados por membros destacados das três instituições acadêmicas que trabalharam conjuntamente neste projeto e significam um aporte transcendente destinado a buscar soluções desde uma perspectiva comparada. Seguramente o leitor encontrará um valioso material que convida a pesquisa e ao debate sobre as experiências diversas, unidas pelo propósito de lograr uma justiça eficiente.

EDUARDO OTEIZA  
Presidente da Associação  
Argentina de Direito Processual





**LOS PROCESOS COLECTIVOS Y LAS CLASS  
ACTIONS DESDE LAS PERSPECTIVAS  
DEL CIVIL LAW Y DEL COMMON LAW**



## NOTES ON THE COLLECTIVE PROTECTION OF RIGHTS

por MICHELE TARUFFO\*

### 1. Introduction

The aim of this introductory report cannot be to provide the audience with a broad or even complete panoramic view of the methods and the procedural instruments that are used in the several legal systems for the collective protection of rights. Such a task would go far beyond the forces of this reporter and the time allowed. Actually a general tendency in favor of the introduction of such instruments may be perceived all around the world –or at least in most areas of the developed world: it seems that the purpose that is generally pursued is to offer a judicial protection and implementation for legal situations (call them rights, interests, or whatsoever) that probably would not be litigated in individual form, mainly because of their limited monetary value–. However, it should be considered –although this point is often forgotten– that for many people suffering mass violations of their rights the difficulty or even the impossibility of protecting individually such rights is not due only to economic disadvantages but mainly to social, cultural and even political factors deterring or preventing the individual pursuit of justice. From this point of view an efficient machinery for the protection of rights in a collective way could also be considered as an implementation of the fundamental guarantee of an effective access to justice that is sometimes stated in modern Constitutions. Then the collective protection of rights should also be considered as an essential and necessary *instrument of justice*. In particular, it should provide the protection that many people would not achieve just by means of individual claims.

However, the techniques and the machineries that are used for the collective protection of rights are wildly different in the various legal systems and –correspondingly– also the levels of efficiency that are achieved are diversified and vary from almost zero (as for instance in Italy) to relevant degrees of satisfaction.

Everyone knows that the leading model in this domain has been the American class action, but such a model has been often misinterpreted and substantially rejected, mainly in most civil law countries. Actually, to use Arthur Miller's well known metaphor<sup>1</sup>, the fear of the "Frankenstein monster" has largely prevailed upon the admiration for the "shining knight", and such a fear discouraged several lawmakers from adopting the class action model. It may be said, however, that such an approach does not consider at least two important factors, that is: a) the American class action may appear as a monster to the eyes of prospective defendants, but certainly not to the eyes of the class members; b) some astonishing (but a few) judgments were due to some aspects of the American exceptionalism in this domain, i. e. the jury and punitive damages (at least until these were not limited). At any rate, several legal systems do not follow the American model, for several reasons including cultural parochialism, resistance against effective reforms and the negative influence of prospective defendants who are afraid of being effectively sanctioned for their illegal behaviors<sup>2</sup>.

\* University of Pavia, Italy.

<sup>1</sup> See Miller, *Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the "Class Action Problem"*, in 92 *Harv. L. Rev.* 1979, p. 664.

<sup>2</sup> For a broader analysis of such reasons see Taruffo, *Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*, in 11 *Duke J. Comp. § Int. Law* 2001, p. 413.

## 2. The collective and the individual

Not going farther into a comparative analysis of the several types of collective actions and of their distance from the American model, I would rather focus our attention upon three of the most important faces of the complex polyhedric phenomenon we are dealing with.

The first of such faces may be sketchily defined as a sort of paradox, since it stresses the individualistic orientations that dominates many approaches to the collective protection of rights. It is well known that individualism has been historically and still is a fundamental category and a building force in the structuring of civil justice in general, and that it pervades many aspects of any civil proceeding. No wonder about that, at least insofar as we are thinking of civil litigation as a dispute between two (mostly) private individuals that are competing for the enforcement of their (pretended) rights. To a great extent, and if we adopt the classical “liberal” theory according to which a civil dispute is a “private” matter in which the State should not take any interest (let alone intervene in the competition), the “fight theory of justice” described decades ago by Roscoe Pound may be taken as a fair description of a civil dispute. The well known “adversarial” model of civil justice, that is so popular also beyond the US borders, corresponds very well with the ideology of civil justice as a private individual enterprise<sup>3</sup>.

The paradox emerges, however, as soon as we start talking of a “collective” protection of rights, because what is imagined as “collective” can hardly be imagined also as “individual”. But the apparent paradox is easily solved by tailoring the collective procedural device in a way that adapts it to the individual values that are influencing the legal culture at large, and specifically the modelling of collective actions. Some years ago Owen Fiss clearly stressed the point writing that in any case the individualistic values “will always exert a restraining influence on the great temptation of social reformers to create collective instruments”<sup>4</sup>.

A few examples may clarify this point.

When, as it often happens, it is said that a collective action is aimed at protecting “homogeneous individual rights or interests”, it is clear that what is at stake is a set or a bunch of individual legal situations. Such situations are taken together for reasons of efficiency and procedural economy, but they still remain individual, notwithstanding the number of the subjects involved. One could well say that a set is something more than the mere sum of its components, and to some extent it may be true also from the procedural point of view, but it does not change the fact that the members of the group or of the class are individuals, and that the legal situations involved are also essentially individual. An example may be the case in which a collective action is aimed at compensating the damages suffered by all those who bought a defective car. Of course the class is composed by the group of these buyers, and each of them has a specific individual claim: the set of such individual claims is the subject matter of the collective action.

The point is even more evident when the collective action is based upon an “opt in” system, in which the procedure and the final judgment deal only with the claims of those subjects that expressed in due form their will to participate in the proceeding. It is well known that the “opt in” system is used just in order to minimize the composition of the class (and actually in Italy we have a class of two members), and to take into accounts only the individual claims of the members that actively submitted their specific claims, while the “opt out” system is aimed at maximizing the composition of the class, whose members are all the subjects who suffered a harm because of the same event, with the

<sup>3</sup> About the deep roots of such an ideology see Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Cambridge, Mass.-London, 2001, p. 99.

<sup>4</sup> See Fiss, *The Political Theory of the Class Action*, now in Id., *The Law as it Could Be*, New York, 2003, p. 132.

exception of those who decided not to be included in the proceeding. However, the relevant point here is that the “opt in” system also stresses the individualistic dimension of the collective action<sup>5</sup>.

This dimension is relevant also from the point of view of the consequences that a collective action may produce. If, for instance, a dishonest banker steals 50 Euros from the accounts of 10.000 customers, individual claims for restitution are highly improbable because of the limited value of each specific claim, but a class action based upon the “opt in” would probably involve only some dozens or some hundreds of “active” customers, with a corresponding high illegal profit for the banker. On the contrary, an “opt out” class action will end up with a judgment of nearly 500.000 Euros, since only a few customers will decide to get out and file individual claims: then the banker’s profit will tend to zero and the collective action will have a relevant effect of deterrence.

Therefore, the individualistic “spirit” is not neutral from the point of view of the outcomes that a collective action may produce. When such a spirit is stronger it may legitimate mass wrongdoings that will not be sanctioned for lack of individual activity. But this is just the opposite of the aim that should inspire the introduction of collective procedural devices.

### 3. The collective dimension

But although the individual dimension is very relevant, the other side of the coin is that the collective protection of rights may also be truly collective because it involves groups, classes, communities of people, and then each set of individuals is considered as a unique and perhaps homogeneous entity. However, this aspect does not emerge in all situations with the same degree of intensity: as we have just seen, the collective factor may be rather weak in the case of compensation of specific homogeneous individual damages provoked to a group of people by the same event. In such cases the collective factor is just functional and may not be specially relevant.

On the opposite, it becomes the most important factor when the legal situation at stake is intrinsically collective (as for instance in the case of the “union’s rights” protected by a special action provided by art. 28 of the Italian law 300/1970), or when the subject matter of the protection is in itself collective, as for instance a safe environment<sup>6</sup>. In such cases many individuals may be involved because also their individual rights are infringed by multi-offensive acts or events, but the protection is primarily oriented towards the collective harmful dimension of the fact in issue. Moreover, in many cases the composition of the class of people harmed is largely undetermined, and the legal situation involved cannot be reduced to a mere sum of individual rights. For instance, the sanctions for the pollution of a river are aimed at the protection of a “collective thing”, although the compensation of individual specific damages –when claimed and proved– will also be admitted.

This point could be more easily understood if we set aside the stereotype of the consumer and his economical damages, considering that many other rights deserve to

<sup>5</sup> In particular, it relies on an attitude that may be defined as “egoistic individualism”, since the emerging figure is that of the members of the group who are active in pursuing just their own personal advantage, and opt in only in view of such an individual achievement. Less important is the “altruistic individualism” that characterizes those who take the initiative to start a procedure for the collective protection of the rights of a group or class of people; this kind of attitude, however, is more evident when the collective action is based on an “opt out” system, since in this case the purpose of the plaintiff is just that of protecting something really collective, and not only a bunch of individual situations. About these two kinds of individualism see Taruffo (*supra*, n. 2) p. 417.

<sup>6</sup> Also the consumers’ protection may take into account the collective dimension of consumers’ interests, at least when many individuals are involved and the consumer organizations are entitled to sue. See Stadler, *Mass Tort Litigation*, in *Comparative Studies on Business Tort Litigation*, ed. by R. Stürmer and M. Kawano, Tübingen, 2011, p. 166.

be protected mainly by means of collective procedural devices. Although in some cases only consumers are allowed to take advantage with collective actions, the collective protection of rights should not be intended only as a device for the economical compensation of small individual damages suffered by groups of people. After all, the market is not the universal, unique and all-encompassing dimension of life for individuals and societies, and money is not the sole and exclusive goal that is worth pursuing. Correspondingly, the consumer is not the only social and human figure deserving to be taken into account while thinking of collective actions. Besides –and before– money there are other and more important values which should be implemented in collective forms, such as equality, freedom (including of course the “freedoms of” and the “freedoms from”), the fundamental rights to a decent way of life, to health, to education, to a workplace, to a safe environment, and so forth. Just to make a few examples one may think of the protection against gender, race or religious discriminations and the protection of ethnical or social minorities, of the poor and of the workers.

When a collective remedy is available in such situations, it may well happen that individual needs are also satisfied, but the most important factor is the collective problem that is dealt with. The argument may be fairly extended to the wide and growing area of the fundamental human rights that are typically infringed in a collective and sometimes impressive dimension, although their violation may affect a plurality of individuals. Such a plurality may be small or large, and sometimes is so large that actually it corresponds to section or parts of a society, or even to the society at large, but the most relevant aspect of the problem is that most or all the subjects affected are not able, for various reasons, to protect themselves by means of individual legal actions.

These situations require a shift in the definition of the subject matter and the purposes of the collective protection of rights. Actually the collective remedy is primarily aimed at sanctioning the cause of the collective harms that were inflicted to a group of people, and this may be done even when the effects of this cause –i. e. the individual damages– cannot be specifically and completely determined. Then the subject matter of the judgment is the “whole” damage that was produced, and not only the individual damages that have been specifically claimed. So to say, the dishonest banker is sanctioned for the full amount of his robbery, not only for the almost nothing claimed by the “opt ins”. In such a perspective the collective protection of rights is not only, as above-mentioned said, an instrument for a “damage oriented” justice. It is also an instrument for a “policy oriented”<sup>7</sup> kind of justice, and then –broadly speaking– an instrument for *social justice*.

### 3.1. *Types of remedies*

If we consider that the collective protection of rights may and should have such a broad range of different purposes, we should also take into account the fact that not all such purposes can be achieved in the same way, i. e. by means of the same procedural device.

When the individualistic perspective prevails, it is clear that the ideal type of collective remedy is the compensation for the harms suffered by the individuals included in the group. Such a compensation may have various forms (money, bonds, and so on), but the basic idea is that each person represented in the collective litigation should obtain exactly what she deserved.

However, shifts towards a different purpose may be observed when besides the compensation of the damages effectively suffered by the individuals there are other types of monetary remedies, such as a condemnation for the whole harm produced<sup>8</sup>

<sup>7</sup> About the distinction between “damage oriented” and “policy oriented” protection of rights see also Taruffo (*supra*, n. 2) p. 409.

<sup>8</sup> The problem of the measurement of classwide damages may particularly complex: see e. g. Allen-Hall-Lazear, *Reference Guide on Estimation of Economic Damages*, in *Reference Manual on Scientific Evidence*, 3<sup>rd</sup> ed., Federal Judicial Center, 2011, p. 489.

(and not only for the damages specifically claimed), and particularly when punitive damages are awarded. In these cases the purpose of the group litigation is not only “compensatory”: it is also “regulatory” because such remedies are primarily aimed at deterring from the continuation or the repetition of unlawful behaviors<sup>9</sup>.

When the collective and policy oriented perspective prevails the individual compensation of damages may still be provided, but the typical remedy is *injunctive* in nature. Since the main goal is to eliminate or to prevent the cause of collective violation of rights, the final judgment should be tailored in view of such a purpose. Two examples may be useful to clarify this point. The first example is that of the actions that—as the German *Verbandsklage*—are aimed at nullifying and setting aside unlawful or abusive clauses included in mass contracts. Here the subject matter is the standard contract in itself, in the terms in which it should be accepted by the consumers, and the collective device is aimed at protecting the whole class of consumers from such clauses. It is clear, in this case, that the judgment has a general regulatory effect and aims at ensuring a fair commercial practice. The second and extremely interesting example is that of the “structural” or “institutional” injunctions that in the American experience have been used as a means to change the organization of public or private entities, such as schools, prisons or hospital, in order to ensure the enforcement of the fundamental rights of people involved in such entities<sup>10</sup>. In these situations the regulatory effect of the injunction is specially clear, and the intrinsically collective dimension of the procedural device is clear as well: the fundamental civil rights of groups of people (or even of sections of the society) are protected and enforced not by means of individual remedies but by changing the organizational structures in which those rights are infringed.

#### 4. On the way towards a global collective justice

In the current globalized world the administration of justice and the protection of rights cannot be considered—as it has been usual so far—as matters belonging only to the sovereignty of post-westphalian nation-states<sup>11</sup>. Of course the domestic justice will continue to be done within the borders of such states, but it is becoming clear that this is only a part of the general problem of justice. No wonder, in fact, that at a general level the concepts of justice and equality are now defined in “global” terms<sup>12</sup>.

This extremely important perspective is particularly clear in the domain of the collective protection of rights. The reasons are quite obvious: more and more frequently the events, the wrongdoings and the violations of rights involving groups or classes of people spread their damaging effects well beyond the borders of a single country, and may sometimes even be worldwide. In an era of global commerce an unfair commercial practice or the sale of dangerous goods may affect thousands or millions of people living in the four corners of the world. The explosion of a nuclear plant may provoke the pollution of the air or of the seas in a worldwide dimension. Unfair and fraudulent financial practices may provoke the ruin of a large number of investors in many countries. The violation of the workers’ basic rights may be made on a multi-national scale by a multi-national company. Fundamental rights are frequently violated in several

<sup>9</sup> For instance, the control upon business activities may be the main effect of the effective compensation of business mass damages. See Kawano, *Globally Expanding Business Activities and Tort Regulations*, in *Comparative Studies on Business Tort Litigation* (*supra*, n. 6), p. 5.

<sup>10</sup> About such a kind of injunctions see mainly Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, 1978; *Id.*, *The Allure of Individualism*, in *Id.*, *The Law as it Could Be* (*supra*, n. 3), p. 105.

<sup>11</sup> See more generally Taruffo, *Globalizing Procedural Justice. Some General Remarks*, in *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada*, dir. by A. J. Prez Cruz Martin and X. Ferreiro Baamonde, A. Coruña, 2012, p. 17. See also the essays collected in *Civil Litigation in a Globalizing World*, X. E. Kramer and C. H. van Rhee eds., The Hague, 2012.

<sup>12</sup> See e. g. Trujillo, *Giustizia globale. Le nuove frontiere dell'eguaglianza*, Bologna, 2007.

countries<sup>13</sup>. And so forth. Moreover, the causes of such broad effects are often located in countries that are immune from their consequences.

In such situations thinking of the collective protection of rights in the traditional post-westphalian political dimension, in which everything should be referred to the stereotype of the national state, is clearly inadequate. Grossly insufficient is also the widespread approach according to which each single country decides whether to provide or not collective remedies for the protection of rights, and if yes is free to choose which kind of remedy to adopt. No wonder, then, that in the comparative landscape there is now an astonishing variety of national solutions to the problem of the collective protection of rights, each of them being the product of social sensitivities, of policy orientations and of the influences exerted by economical and political powers on the national lawgivers. Correspondingly, the procedural devices for that protection are not only very different from each other: they are very different even in terms of their effectiveness and of their capacity to deal with the various rights deserving a collective protection. For instance, in many cases the consumer is the only kind of subject whose rights may be –more or less effectively– protected in a collective form, while for many other rights involving groups or classes of people there is no collective protection.

The limits and defects of such a general situation are so clear that no analytical description is needed here. But it is also clear that remaining inside that situation there is no possibility to think of the collective protection of rights as an instrument of *transnational* or *global* justice. Then the main and most difficult problem is the tremendous gap existing between the national forms of collective litigation and the supra-national dimension of the rights that deserve to be collectively protected.

Such a problem cannot be dealt with –let alone solved– in just a few words, but at least it is worth beginning to think about its more important and difficult aspects (of course without pretending to be exhaustive).

A relevant preliminary issue is whether we imagine that a “transnational” or even a “global” class may seek a whole collective remedy in a national court with a sort of supra-national jurisdiction, or we imagine that every single “national subsection” of the class could only file a claim in its own domestic court, assuming that in the single countries some forms of collective litigation may exist. Of course, however, in this latter case the global dimension of the rights involved would be lost, and only the collective but national dimension of such rights would survive.

But there are other complex questions that should be considered.

For instance, even assuming that a transnational collective litigation may be started somewhere, a court having jurisdiction should be selected. But here the issue arises of the criterion that should be followed in making this choice: the fact is that at the international level there is no common standard and single nation-state follow many and very different criteria, such as the *forum commissi delicti*, the place of the damage, the domicile or residence of the wrongdoer, in the case of corporations the establishment or the place of business, and so forth<sup>14</sup>. In such a context not only to make a fair choice may be extremely difficult: there could be further problems as those of a convenient forum shopping or the possibility that an American court finds itself to be a *forum non conveniens* sending the case to a court in a country where the collective protection of rights does not exist or is actually ineffective. At the current state of the art such problems cannot find a clear and uniform solution. Then, at least for human rights

<sup>13</sup> See e. g. the examples quoted by Murray, *Mass Torts and American Civil Justice*, in *Comparative Studies on Business Tort Litigation* (*supra*, n. 6), p. 177.

<sup>14</sup> For a thorough and informed discussion see Trocker, *Transnational Tort Litigation: Jurisdictional Issues. Trends, Policies, Rules*, in *Comparative Studies in Business Tort Litigation* (*supra*, n. 6) p. 55. About the European situation see De Cristofaro, *Jurisdiction in Tort in International Business Relationship*, *ibidem*, p. 145.



violation occurring in other countries one should imagine a sort of national court with “universal jurisdiction”, i. e. for the protection of rights that are infringed elsewhere<sup>15</sup>.

Another kind of problem derives from the principle of the “procedural *lex fori*” according to which every national court applies its own domestic procedural law, even when the litigation is transnational because it involves several parties belonging to different countries. Therefore the case will be tried in different ways according to the domestic law applied by the court where a collective claim is filed, or even in different ways in the same moment if several subclasses file their collective claims in different jurisdictions.

A further question arises if in the domestic law of the court which has jurisdiction there are no collective procedural devices, or when such devices are ineffective, or when they apply also to some subjects (for instance: consumers) but not in all the cases of mass torts. We should probably admit a sort of forum shopping in favor of the jurisdiction where the collective remedies are relatively more effective and with a broader range, but even in this direction complex problems would emerge<sup>16</sup>.

Moreover, even if a fair solution is found for these questions and a collective action is filed in the relatively “best” jurisdiction, further difficulties may concern the possibility of enforcing a judgment on the collective claim in a different jurisdiction where the assets or the money of the wrongdoers are located. For instance, if an American court includes a relevant sum for punitive damages in a judgment, such a part of the judgment will not be enforced in the various legal systems in which punitive damages are not admitted. Therefore, the effectiveness of one of the main purposes of a collective remedy, that is preventing the continuation or the repetition of the unlawful behavior, is substantially reduced.

## 5. An open conclusion

If a conclusion can be drawn from the remarks sketched above, it is the consideration of the extreme complexity of the domain of the collective protection of rights, and of the fact that such a complexity is growing as long as we move beyond the stereotype of the national consumer and look at the wider areas in which a collective protection of rights is actually needed.

Such a complexity depends not only on the variety of procedural devices that are provided within the national legal systems. It is due mainly to two set of factors that should be taken into account when one tries to figure out how an efficient, complete and satisfying system for the collective protection of rights should be conceived.

The first set of factors is given by the possible variety of purposes that may be pursued in different situations. As above-mentioned, if we think of the *individual* justice that very often is done by means of collective remedies, the main purpose is to get at compensatory damages for every subject that suffered such damages. As we have seen, “opt out” systems are more efficient than “opt in” systems, but this is a difference inside the category of collective devices aimed at money compensations.

Things change when we refer to the purposes of *social* justice, such as deterring future wrongdoings and at preventing harmful events and mass violations of any kind of rights. Such purposes may combine with damage compensation but they have an independent relevancy just because of their inherent collective nature. An “opt out” system is obviously more efficient for purposes of social justice for the same

<sup>15</sup> In this sense see Trocker (*supra*, n. 14), p. 94.

<sup>16</sup> A possibility could be a transnational collective arbitration, at least for the legal situations in which arbitration may be considered as an efficient means to solve mass disputes. See Strong, *From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration*, in 26 *Arb. Int.* 2010, p. 493; *Id.*, *Class Arbitration Outside the United States: Reading the Tea Leaves*, in *Dossier VII: Arbitration and Multiparty Contracts*, ICC, Paris, 2010, p. 183.

reason, just because such a system tends to ensure that the rights of all the people involved are effectively protected.

Things change again when the dimension is that of *transnational* or *global* justice, since here the main purpose is to provide monetary compensations and/or deterrence and prevention against the violations of rights that may occur on a wide scale or even in a worldwide dimension.

The second set of factors concerns the instruments that should be provided in order to cope with these purposes: actually they are so different –although they may combine in various ways– that it is difficult to figure out only one type of procedural device that could be good for all.

At any rate, different procedural techniques should be used: procedures aimed at money condemnation may fit well in cases of collective compensation of individual damages, but also when punitive damages or fines are used as means to regulate and deter behaviors; injunctions should be used to stop or prohibit unlawful behaviors or to make institutional or organizational changes that are needed in order to enforce the rights involved.

Moreover, such techniques should be made efficient on a global scale, so that the collective protection of rights should be possible, either in national jurisdictions vested with the power to judge transnational case by means of fair collective procedures, or even in special supra-national courts –that should be created– with a general jurisdiction on collective actions.

Taking into consideration such a plural dimension of the collective protection of rights, various solutions should be adopted combining the various factors just outlined, but the fundamental standard should be that procedural devices should be imagined and used in order to fit with the real nature of the purposes that in the various situations should be achieved. Then for instance, monetary individual compensation may not be adequate –even supposing that it is possible in specific situations– to sanction mass violations of fundamental rights: such violations cannot be converted into money, although money may be useful to some extent to reduce the effects of the harm inflicted. On the other hand, injunctions nullifying illegal contractual clauses may be useful to protect the class of prospective consumers and to regulate commercial transactions, but in themselves they do not compensate damages suffered by the past consumers. Moreover, efficient devices for the enforcement of judgments solving collective disputes should be introduced on a transnational scale, adapting once again such devices to the specificity of what is needed in each situation in order to eliminate or to prevent mass violations of rights of any kind.

Are these suggestions just wishful-thinkings or utopian dreams? Maybe, but without utopian perspectives the world could only change for the worse, and the protection of rights would do the same.

## FAIRNESS IN AGGREGATION

por SAMUEL ISSACHAROFF\*

### I. The Aggregation Puzzle

In his classic work, *The Common Law*,<sup>1</sup> Oliver Wendell Holmes, one of the greatest jurists from the United States, set about to explain the newly emerging field of tort law. Although the principles of compensation for accidents were well-known at the common law for centuries, only in the 19<sup>th</sup> century did this become recognized as an autonomous and significant branch of legal inquiry. Holmes sought to define the world of reasonable care, of duties, and of compensation – what we now understand as the pillars of the tort law – by invoking *Brown v. Kendall*, a noteworthy case written by the highly regarded Judge Lemuel Shaw.<sup>2</sup> *Brown v. Kendall* involved a classic once-occurring harm in which a man raising a stick to separate two fighting dogs fails to notice the man standing beside him, and as a result strikes and injures the bystander. For Holmes, the object of the law was to provide the incentives toward reasonable care to avoid such haphazard events, and then to provide compensation for the harms suffered by the unfortunate victim. Almost as soon as he set out his basic principles, however, Holmes anticipated that the events might not need to be of such particularized individual quality:

If... the ordinary liabilities in tort arise from failure to comply with fixed and uniform standards of external conduct... it is obvious that it ought to be possible, sooner or later, to formulate these standards at least to some extent, and to do so must at last be the business of the court... Facts do not often exactly repeat themselves in practice; but cases with comparatively small variations from each other do.<sup>3</sup>

Fewer than twenty years later, in his “Path of the Law” address of 1897,<sup>4</sup> however, Holmes once again had to give an account of the sources and objectives of tort law. His thinking about the objectives of the law had changed: he abandoned his view that the organizing principle of the field should be chance interpersonal encounters. In its place, Holmes turned to the burgeoning problem of mass society and the apparently inevitable onslaught of injuries thrown off by the progress of industry. Now, all of a sudden, the injured party might still be unknown ahead of time, and might have personal or even idiosyncratic reactions to the particular injury. But the fact that there would be some individual in this circumstance was known ahead of time as a statistical certainty. As a result, the underlying conduct could no longer be seen as simply a random occurrence between the victim and the tortfeasor. As the statistical certainties of mass society grow, the individual component of the claim is diminished, even if we still want our legal systems to honor the individual victim.

More than a century later, and the law governing mass harms continues to be torn between the conflicting impulses in Holmes’s early rendition of the tort law. All Western

\* Reiss Professor of Constitutional Law, New York University School of Law.

<sup>1</sup> Holmes, Jr., O. W., *The Common Law*, Cambridge, 1881.

<sup>2</sup> 60 Mass. 292 (1850).

<sup>3</sup> Holmes, *The Common Law*, pp. 120-124.

<sup>4</sup> Holmes, Jr., O. W., “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, vol. 10, 1897.

legal systems take the individual to be the core of their rules, responsibilities and rights. This individual focus, however, fits uncomfortably with the reality of mass society and poses fundamental challenges to these legal systems, which are designed to protect individual rights and incentivize behavior of individuals. The tension between the individual victim and the broad nature of the risk is by no means unique to the law of torts or physical harms. Individual consumers, for example, have an inherent inability to protect themselves effectively from the improper or fraudulent conduct of a distant and usually more financially powerful seller. Traditional contract notions premised on negotiation, a bargained offer and acceptance, and a meeting of the minds poorly fit the mass production of goods and services in advanced economies. Such limitations have put pressure on legal systems to innovate in response to the changing needs of society and to expand the traditional, party-bound notion of litigation.

This paper looks at the development of aggregate litigation in the United States, the differing rationales justifying complex litigation, and the issues that arise in the development of complex litigation in several areas of contemporary disputes in the U.S. I will begin with the rationale for aggregation itself, and then continue to some of the critical areas of current doctrinal development.

### 1. *The Emergence of Modern Complex Litigation*

The development of complex litigation in the United States is evident in the evolving definition of the term. Initially, the doctrine of complex litigation focused on the problems occasioned by multiparty/multi-jurisdiction claims, and the definition of complex litigation turned on claims involving multiple parties and multiple courts. Scholars and practitioners focused on resolving the problems occasioned by federalism when multiple legal systems claimed authority to regulate the same conduct. In its second phase, inaugurated with the publication in 1985 of the second edition of the Manual for Complex Litigation, definitions of complex litigation emphasized the managerial role of judges as a defining feature of complex litigation. Now, definitions of complex litigation focus on the absence of party management in such litigation and the resulting agency problems that occur when interested parties are not in control of litigation. These problems parallel similar issues in corporate governance where separation of ownership and control create a similar set of agency problems.

There is, of course, truth in all three approaches. Initial concerns about federalism are now reproduced at the international level by the multinational market for goods. The civil law tradition of a managerial role for judges is better adapted to manage the administrative coordination of these complex claims. And, of course, the agency problem persists across national legal systems, which continue to struggle to develop a system that ensures fidelity to the aims of the litigating principals, i. e. claimants and future claimants.

Aggregate litigation resolves disputes that the traditional, bi-polar lawsuit is ill-suited to handle. There are three principle rationales for aggregation: (1) limitations on available relief; (2) indivisibility of desired relief; and (3) efficiency and administrative savings. Each rationale, unsurprisingly, presents its own issues and challenges to the traditional concept of a litigating party.

#### A) *Limited Fund Claims*

One justification for aggregating claims is that multiple parties are, in fact, indispensable to the resolution of the suit. This situation can arise, for example, when funds for relief are limited or there is a need for common accounting. The need for aggregation in such cases was recognized even by the common law, which developed special procedural mechanisms in equity as well as the action in interpleader to deal with the problem. One such longstanding concern of the common law is the transmission of property rights from one generation to the next. In any proceeding to settle an estate no

claim can be finalized without a conclusive legal proceeding binding on all potential heirs. No one individual can claim his or her proportionate share of the estate unless there is a binding determination as to both the size of the estate and what each inheritor stands to acquire.

Or take the problem presented by the substantial financing of the British Navy by war booty seized from enemy vessels. A ship returning to port would distribute the benefits of its maritime success according to a carefully dictated formula proportioning interests by rank, from the Crown, through the officers, then finally through the deckhands. There were strict conventions governing the distribution of booty, and seamen could claim a legal entitlement to an accurate distribution. The courts of equity were called upon to act as the final arbiters of the accuracy of the distribution of booty and did so in a binding representative proceeding. "Non-participating crewmembers were not allowed to challenge the final decree's determination of the total crewshare fund or the proportion to which fellow crew members were entitled."<sup>5</sup> As with probate proceedings to settle an estate, the needs of finality overwhelmed any claim to hold out for a private individual action.

In the U. S. system, these limited fund claims are now certified as class actions under Rule 23 (b)(1)(a) of the Federal Rules of Civil Procedure, which allows for class certification when individual adjudication "would create a risk of inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class."

The effect of a limited fund class action is to avoid a run on the bank in which competing plaintiffs try to press their claim-or settle on the cheap-before some other litigant exhausts the limited resources of the defendant. While an individual plaintiff may fare worse under the class action, collectively the plaintiffs are better off under this regime, as it ensures that everyone gets at least an equitable slice of the pie. As a result, however, once a settlement class is certified under 23 (b)(1)(a), there is no way to opt-out of the class.

The mandatory feature of the limited fund class could serve an invitation to mischief should parties attempt to "cram down" an insufficient settlement under the guise of a mandatory class action. In the United States, the Supreme Court has attempted to prevent such settlements by restricting certification of 23 (b)(1) cases to situations in which the fund is limited by its very terms (as with a fixed pot insurance pool) and not by the potentially devastating spiral of litigated claims. The Supreme Court rejected a proposed settlement of a case involving asbestos exposure despite the manifest inability of the defendant to satisfy all asbestos claims against it because there was not a preexisting limited fund that marked the outer bounds of the controversy.<sup>6</sup>

It is important to note that limited relief claims do not always need to involve limited funds for monetary relief. Sometimes "limited fund" cases arise even when money itself is not limited. For example, in a gender discrimination lawsuit concerning job applications, there may be hundreds of applicants who were unfairly denied a position, but only a few dozen jobs actually available to the plaintiff class. It would be difficult for an employer to settle such a lawsuit on an individual basis because no settlement with individuals would preclude further litigation by other individuals claiming discrimination, even if the settlements equaled all the available jobs that might actually have been obtained originally.

## B) *Injunctive Relief*

Other cases require aggregate adjudication because the relief sought is not indivi-

<sup>5</sup> Bone, R., "Personal and Impersonal Litigative Forms: Reconceiving the History of Adjudicative Representation", *Boston University Law Review*, vol. 70, 1990, p. 267.

<sup>6</sup> *Ortiz v. Fireboard Corp.*, 527 U.S. 815 (1999).

dualized. As with the limited fund class action, the premise of such claims is that there is no way to disaggregate the claims for relief for the entire class. In the limited fund context, what draws the class together is that the claims are competing over a stake that is insufficient to satisfy all claimants. In the injunctive context, what unifies the class is that the relief cannot meaningfully be given to one without giving it to all. Think for example about a lawsuit to stop discriminatory employment practice or to enjoin the dumping of hazardous environmental waste. If individual plaintiff actions were not preclusive, the courts could easily be placed in situations where they were handing down irreconcilable decisions.

If we were to imagine disaggregating a classic case such as *Brown v. Board of Education*,<sup>7</sup> there is no ability to isolate individual claims for relief. Either the segregated public schools of Topeka, Kansas violated the Constitution, or they did not. If they did, then some remedy had to be fashioned; if the dual school system was not unconstitutional, then there would be no remedial order. But in either case, it was impossible for the segregated schools to be unconstitutional as to some black schoolchildren, but not others. Similarly, it makes no sense to think that if the schools were unconstitutionally segregated, some black school children, but not others, would be entitled to relief.

Because claims for injunctive or declaratory relief may not be disaggregated, there is little sense in giving individual class members an ability to remove themselves from being represented by the class action. As a result, there is no requirement under the U. S. Federal Rules of Civil Procedure that individual class members be provided with direct notice or given the opportunity to opt out of the class action proceeding and pursue their claims independently within an injunctive class framework.<sup>8</sup>

### C) *Damages Classes*

The most difficult cases to deal with within an aggregate litigation framework are those cases where the aggregation is occasioned by efficiency and not by the necessity of relief. These are cases that are theoretically viable on their own but for the transaction costs of their independent prosecutions, or because of the administrative burden repeat prosecution would place on the court system. These cases present all three of the challenges of complex litigation: (1) large numbers of claimants, often filing from separate jurisdictions; (2) the need for greater managerial intervention by the courts; and (3) the loss of autonomy rights for individual litigants.

Because damage class actions are driven by the efficiencies of aggregate treatment, rather than the inextricably interwoven remedial claims, there need to be greater protections for the independent rights held by the absent class members. In effect, absent class members in damage class actions are asked to yield a private rights claim, what the common law tradition termed a *chose in action*: a protected right to bring suit. As a result, under the U. S. Federal Rules of Civil Procedures, which authorizes damage class actions under Rule 23 (b)(1)(c), damage class action must provide notice to the absent class members alerting them to the fact that their legal rights are at issue in the case and that they may opt out of the proceedings altogether.

These damage class actions are a particular challenge for legal systems coming from a civil law tradition because this aggregation must be weighed against the costs and benefits of both liability standards and remedies. Aggregate action marks a shift toward decentralization of the state regulatory function, with enforcement authority shifting from the state to a more “American” model of enforcement by NGOs or private attorneys general.

The challenges of damage class actions suggest that care must be taken to ensure that aggregation is the appropriate procedural option for such a claim. A useful

<sup>7</sup> 349 U. S. 294 (1955).

<sup>8</sup> FRCP 23 (b)(1)(b).

framework for thinking about the suitability of damage class actions is to consider both the viability of the claims in the absence of aggregate treatment and the degree of variation among claims. “Viability” refers to the prospect, in practice, that claimants would obtain representation in the market for legal services in the absence of aggregate treatment. “Variation” picks up the previous suggestion to focus aggregate treatment on common issues that define the core of the dispute. The degree of variation itself may vary, depending on whether aggregate treatment is to serve as the vehicle for the resolution of all contested issues raised by the underlying claims or of some subset composed of common issues. It is possible to conceptualize these variables by mapping them on a matrix, as was done in the *Principles of Aggregate Litigation* published by the American Law Institute.<sup>9</sup>

Table 1

	<b>Low Variance Between Individual Claims</b>	<b>High Variance Between Individual Claims</b>
<b>Low Value of Individual Claims</b>	Class actions indispensable for private prosecution.	Private enforcement difficult because of manageability concerns.
<b>High Value of Individual Claims</b>	Class actions necessary but greater concern for individual opt-out and other right of control.	Aggregate treatment not essential and class actions held suspect.

Different combinations of viability and variation have different implications for aggregation. In situations of low viability in the absence of aggregation but also low variation between individual claims, procedural law has long regarded aggregation as important, as a practical matter, to the vindication of private rights of action. The initial choice whether to recognize such rights, however, remains up to the institutions of substantive law, not the law of aggregate litigation. By contrast, situations of both high viability and high variation present the weakest scenarios for aggregation, as there are likely to be realistic procedural alternatives to such treatment for the resolution of the underlying claims.

In situations of high viability but low variation, aggregation might materially advance the resolution of the underlying claims, but only if accompanied by the opportunity of claimants to exclude themselves from the proceeding on an individual basis. By contrast, in situations of low viability and high variation, aggregate treatment of all issues raised by the underlying claims is unlikely to drive claim resolution by comparison to alternative procedural avenues.

Of course, a legal system must do more than simply make an aggregate litigation option available and guide the circumstances in which the option may be exercised. Once the decision to allow aggregate litigation in a particular circumstance has been made, the legal system must also ensure that procedures are in place to make such litigation a real option, to protect claimants, and to ensure that aggregate litigation is also serving a broader societal role in regulating behavior.

## 2. *Issues in Aggregate Litigation*

As suggested above, there are four basic issues once litigation is aggregated: (1) providing incentives to bring aggregate cases forward; (2) ensuring the faithfulness of the agent (the class action lawyer) to the principle (the claimants); (3) monitoring the social utility of mass actions; and (4) assessing the political legitimacy of regulation by litigation.

<sup>9</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, 2010, § 2.02 cmt. b.



### A) *Funding Litigation*

In law, as in life, it is dangerous to make an unqualified statement for fear of immediate refutation. But one thing seems certain: there are no societies where lawyers work for free. As the Fool puts it in *King Lear*, worthless words are “like the breath of an unfeeling lawyer—you gave me nothing for’t.”<sup>10</sup> Aggregate litigation cannot succeed in any country if the legal system fails to compensate counsel adequately and provide sufficient incentive to finance other aspects of the case.

In the U. S. system, class actions are largely funded based on contingency fees, which permit the attorney to fund the litigation and thus overcome problems of liquidity that may make it impossible for an individual to pursue her rights. Attorneys are the preferred source of litigation funding. As legal specialists, they have the ability to assess the value of suits. They will thus tend to direct valuable resources (their time and energy) to cases that offer the largest expected benefit for class members and society as a whole. Because attorneys handle numerous lawsuits, moreover, they can achieve portfolio diversification in ways not possible for ordinary clients, who are usually involved in only one. And attorneys tend to have better liquidity than consumers. They finance cases through their own efforts. If bank financing is required, they are probably better than their clients at obtaining loans at favorable rates, although American law prohibits non-lawyers from having any contingent interest in litigation. And, in this system, the attorneys prosper to the extent that they are successful in obtaining returns for their clients, something that aligns the incentives of lawyers with their clients.

If we start from the premise that an effective mechanism for prosecuting aggregate claims must have a source of funding, then the American use of the contingency fee can be seen as one way of generating the needed funds. But the problem is not limited to the initial capital necessary to prosecute the case. There is also the problem of the potential liability of a group action, especially in systems that shift litigation costs to the losing party. Under such circumstances, no individual will come forward as a representative of a group if, should the action fail, that individual will be subject to disproportionate liabilities for the costs borne by the defendant. Some of the funding problems associated with the lack of a contingent fee could be alleviated if the “loser-pays” rules are reformed to make the consequences less draconian. For example, in consumer cases, the rule could be transformed into a “one-way” fee shifting system, under which the defendant must pay counsel fees if the class succeeds, but the class does not have to pay the defendant’s fees if the case fails.<sup>11</sup>

### B) *Ensuring Faithful Agents*

Even if payment for counsel can be resolved, a legal system developing a method of aggregate litigation must ensure a check on the principle-agent problem that may arise. In order to prosecute any aggregate claim, but particularly those in which the harm is both small scale and spread among a large consumer base, an agent must be retained who will act on behalf of the adversely-affected individuals and will prosecute their claims collectively so as to balance out the economic stakes between seller and buyers. Further the agent must be paid from the process of the aggregate proceedings so as to ensure that the two sides have commensurate power to litigate. Finally, the consumers must be bound to the outcome of the litigation so as to provide fairness to the defendant and in order to allow the agent to negotiate credibly should a settlement be possible.

<sup>10</sup> Shakespeare, W., *King Lear* act I, sc. 4.

<sup>11</sup> Ontario has established a public corporation charged with reimbursing unsuccessful lead plaintiffs for cost obligations. Quebec has apparently come close to this approach by limiting class members’ liability to nominal costs. Watson, G., “Class Actions: The Canadian Experience”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 11, 2001, pp. 274-275.



In a normal dispute, this is handled as a matter of contract between principal and agent. An aggrieved party selects an attorney, the terms of the engagement are handled by the retainer agreement, and the attorney speaks directly for the client in all matters, including negotiated settlements.

But attempting to apply the traditional contract model would preclude much aggregate litigation as a practical matter. Just as no individual consumer has a sufficient stake in the controversy to pursue an individual lawsuit, it is equally the case that an attorney is unlikely to go through the expense of directly contracting with numerous potential plaintiffs on a one-by-one basis. That process would likely be so consuming of resources as to make the endeavor financially unviable. Thus, in order for there to be effective private enforcement actions of consumer claims, it is necessary both to aggregate the claims so as to make the enterprise financially viable and to create a quasi-contractual regime whereby an attorney can prosecute the claims on behalf of an aggregate group and be compensated as if a private contract existed between the attorney and the individual class members. The first step is the foundation of class-action law. But the second is no less indispensable.

This problem is complicated further when aggregation requires overriding representation contracts. For example, frequently in mass actions the court requires the designation of a lead lawyer and allocation of resources to a subset of counsel.

There are a number of problems in class actions that stem from the same obstacle to effective consumer vigilance that doom individual enforcement. Just as no consumer has a great enough stake in the outcome to undertake an individual prosecution, so too does the individual consumer lack a sufficient stake to monitor the conduct of the class action by the agents appointed from without—the class counsel.

### C) *Social Utility*

Class action litigation cannot rely on the traditional, party-based calculus for what is efficient or logical litigation. In the case of damage class actions, especially, individual parties would most often not have an incentive to litigate independently if the stakes of the litigation were low. As a result, the ability to aggregate may be outcome determinative in that lowering the collective cost of prosecution determines whether the action will be pursued. Similarly, the decision whether to require claimants to opt-in or to instead require claimants to actively opt-out of a class action has a tremendous effect on the success of class actions.

If we take as an example the small value consumer class action, the point emerges clearly. In the case of class members offered the right to opt-out of a small individual value class action, the path of inertia—doing nothing—is also the path of rationality. It is nearly always in the class member's interest not to opt out of the class action. If the class member opts out, he gains virtually nothing but loses the right to participate in whatever benefit the class litigation may generate—a small benefit, perhaps, but still one that confers some value. Conversely, if the class member does nothing, he loses nothing other than an essentially worthless right to bring his own lawsuit, but he gains the right to participate in the proceeds of the litigation. A rational class member will not opt out.

The incentives are otherwise with the opt-in decision. Here, rationality counsels class members to opt in. If the class member opts in, he gets to participate in whatever value the class action may generate, whereas if he fails to opt in, he forfeits the right to participate in the class action and gains only the essentially worthless right to bring his own individual action. In opt-in cases, the path of rationality is to act rather than to do nothing. Thus the behavior of class members in opt-out cases, where inertia and rationality coincide, will not necessarily carry over to opt-in cases, where they conflict.

Claim rates depend on factors such as the size of per capita recovery, the extent of the notice program, the ease of filing a claim, and the degree of outreach undertaken by class counsel. Overall, however, the American experience is mixed. Professors Cox

and Thomas studied claiming rates in securities cases and found that even highly sophisticated institutional investors often fail to claim the settlement benefits. Less than thirty percent of the institutional investors with demonstrated entitlement to relief filed claims, even though failing to do so left billions of dollars on the table.<sup>12</sup> This study, moreover, dealt with securities cases with sophisticated parties and significant amounts at stake. Claiming rates in consumer cases are often even lower –not a surprising fact given that the parties are less sophisticated and the recoveries tend to be small. Some documented consumer claim rates have been in the single digits, and in one case not a single class member filed a claim, even though the class consisted of more than a million people.<sup>13</sup>

The American law has settled in almost all instances on the opt-out model, a default that presumes that the limited investment by class members in acquiring information. Based on this experience, what levels of participation can be expected in the current European efforts to base collective litigation on an opt-in basis? An important factor here will be the scope of consumer organization standing. If the scope of representation is limited to the organization's members, opt-in rates can be anticipated to be relatively high, because by joining an organization, people signal their willingness to participate in its activities. Moreover, it might be possible, under the law of some jurisdictions, for the consumer organizations to obtain advance agreements from their members to participate in all applicable class action litigation brought by the organizations in the future. If such agreements were respected, participation rates could come to resemble the U. S. style opt-out procedure, although all the opt-ins would be members of the organization. If the scope of representation extends more broadly to all consumers damaged by the defendant's conduct, however, opt-in rates are likely to be much lower, and probably in line with U. S. experience for claiming rates in settlements.

A first test of the European opt-in requirements for aggregate litigation is the British "football shirts case." The British anti-trust enforcement agency, the Office of Fair Trade (OFT) issued a multi-million dollar judgment against sports retailers for entering price-fixing agreement on football jerseys. The retail chain JJB Sports appealed the case all the way to the House of Lords, which refused to hear the appeal.<sup>14</sup> The case achieved a fair amount of notoriety when a follow on consumer action garnered a small number of claimants, but generated huge attorneys' costs as a result of the British fee shifting practices. The case came to stand for the uncomfortable intersection between incomplete aggregation and poorly designed financial incentives.<sup>15</sup>

#### D) *Political Legitimacy of Class Actions*

Class actions can serve an important role in deterrence as a useful complement to the underfunded and overtaxed public enforcement system. Such an approach is best suited to situations of market liberalization as an additional method of ex-post enforcement.

There are five basic limitations on government enforcement: (1) lack of resources; (2) limited jurisdiction; (3) information barriers; (4) distance from sight of harm; and (5) political dependence and risk of capture. Given the range of market actors and the sweep of product offerings, it is extremely unlikely that any government unit will have sufficient resources at its command to effectively police commercial markets. While

<sup>12</sup> Cox, J., Thomas, R., "Letting Billions Slip Through Your Fingers: Empirical Evidence and Legal Implications of the Failure of Financial Institutions to Participate in Securities Class Action Settlements", *Stanford Law Review*, vol. 58, 2005, p. 412.

<sup>13</sup> *Nienaber v. Citibank (South Dakota)*, N. A., No. Civ. 04-4054, 2007 WL 752297, at 2 (D. S. D. Mar. 7, 2007).

<sup>14</sup> *JJB Sports Plc v. Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318; [2006] UKCLR 1135.

<sup>15</sup> Jackson, Lord Justice, "Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report", [http://www.judiciary.gov.uk/about\\_judiciary/cost-review/docs-prelim-report/volume1.pdf](http://www.judiciary.gov.uk/about_judiciary/cost-review/docs-prelim-report/volume1.pdf), 2009, p. 357.

government enforcement authorities are not subject to the narrow cost constraints that limit private enforcement, they must nonetheless battle for a share of limited public funds.

The limits of state jurisdiction are also a problem for government enforcement. For example, in the United States, although each state has a set of consumer protection laws directed at the insurance industry, these laws may be either insufficient or ineffectual in cases of widespread industry misbehavior. This has been demonstrated a widespread crisis that confronted the insurance industry in recent years—the so-called vanishing premium insurance policies that flourished in the 1980s. Under the instigation of private class actions, the insurance commissioners of thirty states put together a task force to investigate company wrongdoing. In the aftermath of their report, a consolidated private action became the vehicle for unified settlement that provided relief to over a million consumers.

Information barriers and the distance between enforcement officials and sites of harm are further barriers to government regulation and enforcement of the market. Without the coercive threat of incarceration, consumer protection lacks the capacity to ensure compliance through use of informants and so must instead rely on direct acquisition of information about potential malfeasance. Unfortunately, these agencies are unable to monitor every consumer transaction or regulate anticipatorily at anything beyond the most general levels. Instead, the most likely source of information about consumer fraud is the consumer herself, but in order for regulatory authorities to get this information, they must provide mechanisms for eliciting complaints that do not replicate the cost barriers associated with illusory rights of private causes of action. The efforts involved are frequently not-cost-justified for the affected consumer. Further, the location of enforcement officials in the national and regional centers means that enforcement activity is not always proximate to tortious or illegal corporate behavior. Distance increases the cost of pursuing enforcement activity and reduces the likelihood that public enforcement officials will be aware of harms occurring in remote locations.

Finally, of course, exclusive reliance on government enforcement presents the inherent risk that the same disparities in bargaining power that make private contractual remedies unavailing will present themselves in the political arena as well. This is the classic problem presented in the public choice literature: the capture of disproportionate rewards in the political arena by self-interested, narrowly-defined groups that are able to marshal their resources for a particular return. Public enforcement agencies are not exempt from the distorting effects of private power. Public officials are dependent for support and campaign contributions on discrete groups, often organized through Political Action Committees (PACs) and other entities that project unified power of special interests. Even when enforcement agencies are not usually directly accountable through the political process, there are nonetheless numerous means by which more directly politically accountable officials may bring their influence to bear on enforcement practices that are inimical to a well-defined constituency. Moreover, even unelected public enforcement officials often move between the public and private sector, providing another strong set of incentives toward under-enforcement.

Despite these limits, ex-post private regulation through aggregate litigation is an important complement to market liberalization. Countries that seek to liberalize market entry do so because of the perceived benefits in economic activity. As summarized by one study looking at the effect of regulation on economic growth, “[o]nce a developing country’s government establishes fair rules of the game and ensures their enforcement, that government is well advised to interfere minimally with privately generated growth.”<sup>16</sup> There is a significant difference between an unregulated market and a deregulated market featuring low entry costs but careful scrutiny after the fact. What

<sup>16</sup> Roll, R., Talbott, J., “Political Freedom, Economic Liberty, and Prosperity”, *Journal of Democracy*, vol. 14, 2003, pp. 76-77.

sets the United States apart is the fact that its basic regulatory model is ex-post rather than ex ante, a form of regulation that draws heavily on its common-law tradition. It is precisely the availability of meaningful ex-post accountability that comes to define much of the operation of the rule of law in the United States. By focusing on ex-post enforcement as a deterrent, such a system is able to reduce barriers to entry while still ensuring incentives for consumer safety and honest dealing.

The next section explores many of these issues through the lens of consumer enforcement.

### E) *The Example of Consumer Enforcement*

In consumer enforcement actions, one can see all three rationales for civil litigation at work. Often, the litigation is functionally impossible except on a collective basis because of the limited relief available, the defendant's common course of conduct, and the overwhelming need for efficiency in prosecuting what are individual fairly low-dollar claims.

As markets expand, there is an increasing need for product flexibility as manufacturers and service providers seek to tailor their goods to an ever more diverse group of consumers. No longer are we in an age where reputation and local enforcement norms are a sufficient deterrent to tortious behavior. The barriers, informational, jurisdictional and administrative, are simply too high for those traditional mechanism to create a significant market effect.

The U. S. Food and Drug Administration (FDA) is the federal agency that most closely resembles the prevailing model of permit-based, market-entry regulation prevalent in much of Europe and—in less elegant fashion—the rest of the world. The exceptional regulatory reach of the FDA is premised on the notion that market-based solutions, such as loss of reputation, are insufficient in the context of contaminants that carry the potential to do vast harm to the consuming population. The FDA minimizes the potential harm of new pharmaceuticals by requiring manufacturers of drugs to conduct specific tests before the FDA will license them for sale, and by exposing these manufacturers to strict liability. The FDA itself conducts extensive prerelease testing of drugs and monitors their health impact after they are authorized for sale. FDA regulations cover the waterfront of the pharmaceutical market, including preapproval testing, drug manufacturing, labeling, advertising, and post-approval monitoring for adverse drug reactions.

Most products, however, are not like pharmaceuticals. Such extensive pretesting is unnecessary to protect public safety. Thus, in the United States we have agencies like the Securities and Exchange Commission (SEC), that are almost entirely focused on ex-post enforcement. Compared to the FDA, the SEC is on the opposite end of the regulatory spectrum. The Agency compels standard forms of disclosure and general corporate organization, but does little to regulate actual business transactions in the highly fluid and volatile securities market. Issuing an offering, or engaging in other forms of securities transactions, is completely unlike bringing a new drug onto the market. There are no laborious testing processes for securities, and there is no federal licensing required before they may be issued. Because of the technical issues and rapidly changing substantive context, there are significant administrative benefits to the SEC's approach, including the ability to enlist the private bar as a key participant in enforcing laws against securities fraud.<sup>17</sup> Former SEC Commissioner Harvey Goldschmid emphasized this point: "Private enforcement is a necessary supplement to the work that the [SEC] does. It is also a safety valve against the potential capture of the agency by industry."<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Pitt, H., Shapiro, K., "Securities Regulation by Enforcement: A Look Ahead at the Next Decade", *Yale Journal on Regulation*, vol. 7, 1990, p. 182.

<sup>18</sup> Labaton, S., "Businesses Seek New Protection on Legal Front", *New York Times*, Oct. 29, 2006, p. A1.

The ex-post regulatory model is premised on the idea that parties should be able to internalize the risk of liability –perhaps even for punitive damages– and regulate themselves accordingly. Ex-post remedies require two forms of access: access to the relevant information to establish liability after the fact, and access to an effective enforcement tribunal. In the United States, we have adopted a model that includes both public enforcement entities and private actions through class actions.

As a general rule, private mechanisms are more effective than public agencies at recovery of damages across a large number of areas including antitrust, securities fraud and consumer claims. For example, a recent study by Harvard Professor Howell Jackson finds that in the two-year period from 2000 to 2002, private class actions were responsible for twice the recovery for victims of alleged securities fraud as actions brought by the SEC and the Department of Justice.<sup>19</sup> There is little dispute about the centrality of private actions in enforcing the complex web of securities law. Indeed, the most sophisticated critical assessments of securities laws turn not on the lack of public enforcement, but on the insufficiency of private enforcement to deter misconduct as a result of complicated incentive structures that make it easier to collect from the firm itself or its insurers than it is to collect from corporate malefactors.

Private enforcement is not a necessary feature of a system of ex-post review. One could easily imagine a system of liberalized market entry that is followed by stringent public enforcement of norms of accountability. Under such a system, the SEC could be the exclusive enforcement agency and private rights of action could be eliminated. We reserve the enforcement of the criminal code to public agencies and there is no theoretical reason why the enforcement of civil law –particularly in regulated walks of life– could not also be reserved to public agencies. But this would require public agencies to assume markedly different functions than they now have. It is almost inconceivable that the SEC, with its allocation of less than a billion dollars a year, would be able to perform its current functions and serve as an investigator and prosecutor of securities fraud.

The American tendency to litigate about topics that are handled without litigation in other societies is not pathological, but rather a logical consequence of the American method of providing activist government without a centralized bureaucracy.

## II. Contemporary Controversies in the United States

As the class action has grown in scale and prevalence in American law, certain characteristic issues have come to the fore, all hearkening back to the initial tension between the competing impulses toward individual rights –holding versus the need for collective redress. As expressed by the Supreme Court at the beginning of the modern class action era:

The aggregation of individual claims in a classwide suit is an evolutionary response to the existence of injuries unremedied by the regulatory action of the government. Where it is not economically feasible to obtain relief within the traditional framework of a multiplicity of small individual suits for damages, aggrieved persons may be without any effective redress unless they may employ the class action device.<sup>20</sup>

To realize this objective requires an organizational framework, as the Supreme Court recognized in the leading case on class action governance, *Amchem v. Windsor Products*:

The policy at the very core of the class action mechanism is to overcome the problem that small recoveries do not provide the incentive for any individual to bring a solo action

<sup>19</sup> Jackson, H., “Variation in the Intensity of Financial Regulation: Preliminary Evidence and Potential Implications”, *Harvard University Olin Center for Law, Economics, & Business Discussion Paper*, no. 521, 2005, p. 27, <http://ssrn.com/abstract=839250>.

<sup>20</sup> *Deposit Guaranty Bank v. Roper*, 445 US 326, 339 (1980).

prosecuting his or her rights. A class action solves this problem by aggregating the relatively paltry potential recoveries into something worth someone's (usually an attorney's) labor.<sup>21</sup>

Creating an agent to represent the dispersed collective of related claimants defines three central controversies in current American class action law. First, the appointment of the agent introduces the problem of agent misbehavior, the familiar problem of principal-agent relations explored at length in the economics and game theoretic literature. Second, the organization of a low-cost collective procedure necessarily alters the balance of bargaining power between defendants and claimants, something that of itself may require justification. Third, the prospect of collective redress coexists uncomfortably with the premise of individual autonomy in the legal system, a conflict that arises acutely when individual contracts purport to forego any form of collective redress or even access to the courts.

The first issue, the role of the agent in securing a binding judgment over absent parties, has been at the forefront of American class action law for many decades. That will accordingly be addressed more fully. The remaining issues of the altered balance between plaintiffs and defendants are more recent concerns and will be dealt with more briefly, as a way of signalling the breadth of the underlying concerns in modern class action law.

### 1. *Representation and the Problems of Agency*

There is no escaping the need for agency in collective actions. The American rules of civil procedure anticipate the use of the class action only when the action is not capable of being managed as an aggregation of individual claims. An agent is required to organize, direct, and prosecute a collective undertaking. That such an agent is necessary, however, does not answer the question whether any particular agent is acting properly, or whether a presumption of legitimacy should attach to that agent's decisionmaking, or whether the system of taxing the collective costs and the burdens of sacrifice are equitably distributed. As in democratic theory more broadly, that separate question of governmental legitimacy is extremely problematic. The key to an important strain of recent class action cases is that it is the governmental structures of a class action that define whether representative litigation can satisfy the constitutional requirements of due process. As expressed by Professor Owen Fiss, the emerging constitutional standard guarantees "not a right of participation, but rather... a 'right of representation': not a day in court but the right to have one's interest adequately represented."<sup>22</sup>

To bind individuals not joined in their individual capacity requires imparting some organic quality to the class action. It is of course the case that "[t]he law can regard any person either as a member of a group or as a legally distinct individual."<sup>23</sup> But the law of class actions appears to attempt to do both at once. Absent class plaintiffs are both members of a judicially-approved collective body and yet stand apart in terms of actual participation and control over the management of that collective body. It is for this reason that recent scholarship has begun to gnaw at the underdeveloped concept of representative actions and has instead begun to view the class action as an "entity" once certified, to use Professor David Shapiro's term.<sup>24</sup>

What then is the source of legitimacy for a class action to be deemed the proper mechanism to resolve the claims of absent class members? Historic practice yields two answers that are inadequate for the modern 23 (b)(3) class action. In the first instance,

<sup>21</sup> 521 US 591 (1997) (quoting *Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 109 F 3d 338, 344 (7<sup>th</sup> Cir. 1997).

<sup>22</sup> Fiss, O., "The Allure of Individualism", *Iowa Law Review*, vol. 78, 1993, pp. 970-971.

<sup>23</sup> Fiss, "Allure", p. 1852.

<sup>24</sup> Shapiro, D., "Class Actions: The Class as Party and Client", *Notre Dame Law Review*, vol. 73, 1998, pp. 958-959.



the historic record analyzed by Professor Stephen Yeazell reveals a significant body of cases in which the representative entity pre-existed the class action litigation, as with local governors bringing suit as the named representative for their citizenry.<sup>25</sup> In teaching this area of law, I refer to these as organic class actions so as to highlight the fact that the organizational form of the legal action precedes the particular controversy and does not raise legitimacy concerns for the court's recognition of the class agent. Thus, for example, in one famous case, the mayor of York assumed the role of representative agent on behalf of the residents of his city in a dispute with citizens of other towns concerning fishing rights in a local river.<sup>26</sup> For a court to recognize this representative role for the mayor did nothing more than extend an already existing political authority into the jural realm. Other similar cases recognize the role of an unincorporated association assuming the role of protector of the interests of its members, as with the members of a freemasons' lodge suing on behalf of all lodge members in an action over legal title to the lodge's possessions.<sup>27</sup>

The search for extrinsic sources of representational legitimacy is of limited application in the much more robust world of mass actions today, for two separate reasons. First, the medieval world lent itself far more readily to identifying individuals by their status as members of a village, parish, or fraternal order, than does contemporary law with its focus on individual rights. Second, the nature of the claims brought to courts has changed as well. In modern 23 (b)(3) class actions consisting of consumer or securities fraud claims, for instance, looking to pre-existing forms of governance is simply not a meaningful option.

The other mechanism for avoiding the problem of the legitimacy of class leadership is limiting the procedural scope of the class action so as not to bind absent class members to the outcome of the litigation. In pre-modern class actions, the litigation was truly a representative action in which the claims of the class representatives were put forward as they would be if the case were adjudicated individually. In the event of a plaintiff's victory, the absent class members could, in effect, join into the lawsuit—what in modern parlance would be termed an “opt-in” class action. This procedure avoids the legitimacy of representation problem since the class representative does not assume any capacity to impart anything but a costless victory upon the absent class members. Should the named plaintiff prevail, each class member retains the individual option of joining in the judgment; should the named plaintiff fail, the rights of the absent class members are unaffected. But this legitimacy for the role of the named representative is bought at a tremendous cost for the defendant in the class action. In effect, in any such class litigation, the defendant is able to prevail only as to the named plaintiff, but can lose to the entire class. Should the defendant prevail, there is the potential for demoralization of potential future plaintiffs, but no prohibition on multiple suits. Indeed, subsequent cases may be benefitted by lessons learned in the first case, and from the second, and the third, and so on. But, for the defendant, a loss is conclusive as to all class members. Since the 1921 decision in *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*,<sup>28</sup> the Supreme Court has made clear that the object of class actions must be to bind absent class members and consequently achieve finality—thereby equalizing the stakes in the litigation. This is reflected in the modern Rule 23 (b)(3) of the Federal Rules of Civil Procedure, which provides for finality in properly certified class actions should individual class members not opt out at the onset of litigation.

<sup>25</sup> Yeazell, S., *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, 1987, p. 40 (“most medieval group litigation involved groups whose organization antedated the lawsuit itself”; “unlike some modern collective litigation, medieval group litigation did not overcome the difficulties of organizing a group for collective action. That task had already been done”).

<sup>26</sup> *Mayor of York v. Pilkington*, 25 Eng Rep 946 (Ch 1737).

<sup>27</sup> *Lloyd v. Loaring*, 31 Eng Rep 1302 (Ch 1802).

<sup>28</sup> 255 U. S. 356 (1921).

Finding mechanisms that confer legitimacy is the challenge of the modern, sprawling class action. That legitimacy is challenged under two conditions that were relatively absent from historic class action practice: first, that there is no pre-existing political or organizational vehicle that can claim an independent source of authority to speak for the collective; and, second, where modern conceptions of fairness and finality require that the non-participating class members be bound to the outcome of the litigation as if they were parties. So until the modern class actions with these two features arose, there was no need to police independently the adequacy of representation. The basic rule that emerges most directly in the modern context is that adequate representation is a prerequisite for binding individuals to the outcome of a case, and that this in turn requires that the class representatives “fairly represent them with respect to the matters as to which the judgment is subsequently invoked.”<sup>29</sup> The key issue is the guarantee that the agent be the faithful guardian of the interests of the class.

The two most important opinions of the U. S. Supreme Court of the past two decades concerning class actions both dealt with the problem of class action governance. In *Amchem Products, Inc. v. Windsor*<sup>30</sup> and then subsequently in *Ortiz v. Fibreboard Corp.*,<sup>31</sup> the Supreme Court confronted efforts to resolve masses of asbestos personal injury cases on a class action basis, either using the mechanism of the opt-in requirements of the damages class action or the compulsory joinder of the limited fund class action. Each presented a complex multiparty agreement that bound not only the presently injured claimants, but all future claimants. In effect, the two cases tested the ability of class actions to provide the type of global resolution of a mass harm that had evaded legislative or administrative action.

Each of the proposed class action settlements failed, and each failed because the required guarantees of faithful representation of the absent class members could not be satisfied. Two facts decided each case, despite the formal differences in the types of class actions being pursued. First, the class consisted of inherently divided camps that sought different allocations of the limited amounts available to distribute in the settlements. In each case, the condition of settling with present claimants was the ability to cabin and resolve future claims by those who did not know they were ill, or did not even know they were at risk for asbestos related disease –the problem of unknown future claimants being “rationally indifferent” to the terms of the proposed settlement, in John Coffee’s formulation.<sup>32</sup> In *Ortiz*, this problem was compounded by the differential access to limited insurance coverage for some but not all of the claimants. That too created an internal conflict among class members once the proposed settlement blended the recoveries, in effect using one group’s privileged access to insurance claims to cross-subsidize other claimants. Second, the fact that the proposed class counsel had loyalties to the presently injured who were their clients further compromised the interests of the future claimants, as did the fact that individual cases of present claimants could be partially or entirely resolved outside the settlement structure only if the whole deal were approved.

Putting the two parts of the Court’s analysis together properly directs attention at the governance structure of the complex entities that have emerged in the modern class action. Most central are what Justice Ginsburg in *Amchem* termed the “structural assurances” that provide clear guarantees of attorney fidelity to the class, even when allocation decisions must be made. The key is that a supervising court must be assured at the threshold stage of the litigation that there are no structural allegiances of class counsel that would create incentives to favor one part of the class over another, or be

<sup>29</sup> American Law Institute, *Restatement (Second) of Judgments*, 1982, § 42 (d)(1).

<sup>30</sup> 521 U. S. 391 (1997).

<sup>31</sup> 527 U. S. 813 (1999).

<sup>32</sup> Coffee, J., “Class Action Accountability: Reconciling Exit, Voice, and Loyalty in Representative Litigation”, *Columbia Law Review*, vol. 100, 2000, p. 392.



biased against seeking the best possible return to a defined subset of claims. Some allocation decisions are inescapable because there is an inevitable rough-hewn quality to the relief provided by class actions. This can take place overtly, as with the common decision to substitute imprecise damage estimates in cases where the administrative costs of fine-tuning individual recoveries would overwhelm the resources available to the class. But it can just as easily take place covertly when lawyers decide to forego some claims, such as those arguably barred by a statute of limitations, or decide not to prosecute individual-based damages that would place the class action beyond the managerial control of one court.

The key that emerges is the incentive of counsel to faithfully prosecute the case on behalf of all class members. This then directs the inquiry back to the incentives operating on the agent for the class, in other words why and how attorneys get paid for non-contractual representation. A number of lower court decisions have already confronted the problem of attorneys being compensated differently from their class clients. For example, a practice developed a decade ago in which many small value consumer claims were settled for “coupons” – a form of in-kind compensation that may reflect the excessive transactional costs of providing cash for all class members, or may simply reflect the low value of the asserted claims. Such claims should raise concern when the coupons are of uncertain value and the lawyers propounding the settlement are being paid a cash premium in fees, independent of the ability of the class to obtain the benefits purportedly secured through the coupon settlement.

Unlike most principal-agent relations, of which contracted-for attorney representation is a subset, the representation of absent class members does not involve any negotiation of the relation between principal and agent. It is therefore useful to identify what contractual relations would most likely have emerged had the transactional barriers to negotiation not precluded direct contracting. Almost invariably in cases in which plaintiffs are unable to pay the costs of litigation and an hourly fee to lawyers, the result is a contingency arrangement in which lawyers obtain a percentage recovery based on what the clients actually receive. Although principal-agent problems are notoriously difficult, tying the agent’s recovery to the principal’s is an important first step in insuring that the agent has a clear incentive to maximize the return to the principal.

Determining how attorneys are to be compensated, and under what circumstances, is an important first step in grounding the law of class actions in the quality of the representation afforded absent class members. The duty of faithful representation by the attorney for the absent class members may fail under a variety of circumstances, as most clearly when the attorney is compensated in some fashion independently of the recovery of the class, or as in *Amchem* and *Ortiz*, when class counsel has a structural incentive to favor one portion of the class relative to another. But this does not exhaust the circumstances in which counsel are structurally precluded from acting as faithful agents of the class, and *Amchem* and *Ortiz* should be read to place the duty of faithful representation as a central inquiry, independent of the other requirements of Rule 23.

## 2. *Tilting the Playing Field*

Mass society changes the strategic interactions between parties to a legal dispute. Going back to the opening example of the random strike of a bystander by a man trying to separate fighting dogs, the case of *Brown v. Kendall*, reveals that it is not only the random quality of the event that distinguishes that classic tort case from the industrial accidents that would later preoccupy Oliver Wendell Holmes.

In any case involving two individuals, the law may safely presume not only the self-interestedness of the parties to the dispute, but rough parity in the stakes of the dispute. It is of course true that one party may be wealthier than the other, or that one has access to better counsel or other resources that may tip the scales of the legal dispute. But the parties are equal in that the dispute is over their mutual obligation to

each other, and nothing more. In the classic account of the legal dispute, the case is party-centric and emerges from the autonomous conduct of the parties to the dispute. Most critically, the decision to litigate or settle is party-initiated and party-controlled, and the boundaries of the dispute are self-contained. This last insight is critical because it confines the impact of any judgment to the parties themselves.

Once in the domain of mass interactions, the dynamics of litigation change. A seller of goods to a dispersed population, a provider of uniform services to a broad-ranging clientele, the manufacturer of a defective product, the purveyor of tainted pharmaceuticals or malfunctioning medical devices—all of these are outside the model of individual-to-individual interactions. For the potential defendant in these iterated exchanges, even the litigation decision in one case is not confined to the claim of the particular claimant. Rather, the disputes quickly become “polycentric,” in Lon Fuller’s terminology,<sup>33</sup> drawing in the impact of trial or settlement on other potential claimants, on potential joint tortfeasors, on reputation effects, on standing in the capital markets. When the effect of the expanding American law of preclusion is added in, the problem multiplies. Every individual case is potentially about the entire universe of affected claimants and business partners.

The resulting asymmetry in stakes between the single-shot plaintiff and the repeat-play defendant dooms the small player in litigation, already incapacitated by the frequent problem of the low stakes that any individual claimant may have serving to discourage suit. Hence the oft-repeated observation about how in litigation the haves come out ahead.<sup>34</sup> Repeat play demands greater attention to litigation, justifies greater expenditures on prosecution of the claims, and forces the institutional actor to view even a small lawsuit as a broad threat. The decision to aggregate creates symmetry in the litigation’s stakes, and justifies the cost of prosecution at a level commensurate to that of the defense. As previously noted, this is a major justification for the liberal aggregation under the modern class action.

But an excess can produce its own distortions, as illustrated by Judge Richard Posner’s concern that the excessive stakes in any particular class action might coerce settlement through a forced bet-the-ranch sweepstakes.<sup>35</sup> The prospects of litigation are not subject to linear precision *ex ante*. Rather predictions of outcomes in litigation necessarily move across a range of potential outcomes and the tails of a normal distribution in a case with some merit extend from zero recovery at one extreme to many multiples of probable liability at the other. A company facing that distribution may be risk averse, or simply unable to accept even a limited prospect of ruinous liability. As an empirical matter, such extraordinary losses are more likely to be realized in repeated single trials in the tort system—generally, in the mass personal injury context. Nonetheless, the same leverage gained on the plaintiffs’ side by the decision to aggregate necessarily raises the pressure and the stakes on the defendant. Furthermore, aggregation into a single proceeding also invites the caution of Judge Frank Easterbrook about the “central planner” mentality that would not allow claims to accrue and the courts to learn from the experience of trials.<sup>36</sup>

<sup>33</sup> Fuller, L., “The Forms and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review*, vol. 92, 1978, pp. 394-404.

<sup>34</sup> Galanter, M., “Why The ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, *Law & Society Review*, vol. 9, 1974.

<sup>35</sup> The extent of the extortion or blackmail effect is, not surprisingly, a subject of dispute. See *In re Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 51 F.3d 1293, 1298 (7<sup>th</sup> Cir. 1995) (“[Faced with a class action, defendants] may not wish to roll these dice. That is putting it mildly. They will be under intense pressure to settle.”); Silver, C., “We’re Scared to Death: Class Certification and Blackmail”, *New York University Law Review*, vol. 78, 2003 (challenging the coercive power of the class action in practice); Hay, B., Rosenberg, D., “«Sweetheart» and «Blackmail» Settlements in Class Actions: Reality and Remedy”, *Notre Dame Law Review*, vol. 75, 2000.

<sup>36</sup> *In re Bridgestone/Firestone, Inc.*, 288 F.3d 1012, 1020 (7<sup>th</sup> Cir. 2002).

Viewed in this light, the decision whether or not to certify a class action is not simply a procedural device; it is likely to be outcome determinative. Courts have spoken of the decision not to certify a small value case as the “death knell” of the prospects for legal redress against an institutional actor, yet have also spoken of the extortionate power of the class action. If both are true, or are partially true, or are even perceived to be true, how are courts supposed to decide at the threshold procedural stage of deciding class certification whether the resulting class is indispensable, coercive, just, proper, or any combination in between?

Some insight comes from two significant cases decided by the Supreme Court in the past year. In the first, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*,<sup>37</sup> the Court confronted a request to certify a class of millions of women employees of the giant Wal-Mart chain on a claim that they were subject to a subjective standard of decisionmaking that in turn resulted in rampant employment discrimination. Taken at face value, a class action would certainly have been an efficient way of organizing such litigation if indeed women collectively had been subject to persistent discriminatory practices. At the same time, the very condition complained of –the subjective decisionmaking– meant that the litigation could aggregate the claims insofar as scrutinizing the company-wide practices. But the litigation as such could not determine whether any particular woman had been subject to discrimination.

This provided a handle for the Supreme Court to address the case. Altering the stakes of litigation can neither be the justification for consolidating masses of claims, nor for denying their consolidation. Rather the justification must be whether or not the claims are significantly mirror images of each other, in effect the market replicas of each other. To the extent that the cases fit the model of “if as to one, then as to all,” class treatment is justified. At bottom, the question is whether the complained of conduct was directed in undifferentiated fashion to the normal workings of mass markets, or whether there was a retained level of individual idiosyncrasy about the subject of the litigation. In the terms used in this Essay, the issue is whether we are still in the domain of *Brown v. Kendall* or whether we have passed into Holmes’s world of statistical victimhood.

The Supreme Court turned to the work of my late dear collaborator, Richard Nagareda, to formalize the inquiry into the collective core of the dispute:

What matters to class certification... is not the raising of common “questions” –even in droves– but, rather the capacity of a classwide proceeding to generate common answers apt to drive the resolution of the litigation. Dissimilarities within the proposed class are what have the potential to impede the generation of common answers.<sup>38</sup>

This same theme plays out in favour of class certification in a second significant case from the same Term of the Supreme Court, *Erica P. John Fund, Inc. v. Halliburton Co.*<sup>39</sup> By contrast to the subjective decisions at issue in *Wal-Mart*, the *Halliburton* case concerned the uniform effects of allegedly false disclosures on the market price of *Halliburton* stock. This is the classic form of securities fraud litigation in the U. S., but it has one critical problem. One element required for plaintiffs to prevail is that in all fraud cases a victim must show that she relied on the deception in making the financial decision that led to a loss. Were each individual member of the class compelled to come forward to testify about whether or not she saw the representations in question and acted because of them, then the securities litigation would be as inconclusive as the claims of discrimination in *Wal-Mart*. At most the class litigation could establish what *Halliburton* did, but could not assign liability as to any given plaintiff. To follow Professor Nagareda’s formulation, there would be no common answers forthcoming.

<sup>37</sup> 131 S. Ct. 2541 (2011).

<sup>38</sup> 131 S. Ct. at 2251, quoting Nagareda, R., “Class Certification in the Age of Aggregate Proof”, *New York University Law Review*, vol. 84, 2009, pp. 131-132.

<sup>39</sup> 131 S. Ct. 2179 (2011).

This proved not to be a problem. It would be an extremely odd outcome to believe that masses of investors in the publicly traded Halliburton stock were each reading the disclosures on their own, and each relying independently on the underlying information in making a decision. Contracts negotiated one-by-one may work that way, but not rapid-fire computer transactions on the New York Stock Exchange. Rather, the NYSE is a thick and efficient market, one in which economic theory tells us that all relevant information is already priced into the stock transactions. Under the efficient capital markets hypothesis, material and relevant information is integrated across the mass of transactions, and it is the market as a whole that relies on such representations, including when they prove to be deceptive.

In such thick markets, the image of the individual-to-individual bargain makes no sense; the contract world had moved well beyond its analogues to simple torts such as *Brown v. Kendall*. Aggregation clearly altered the bargaining power of the parties, and did so to the detriment of the defendant Halliburton. But Halliburton had reaped the benefits of raising capital on an efficient mass scale and was now being challenged for its conduct in the litigation equivalent of an efficient market for functionally identical claims.

### 3. *Contracting Out of the Collective*

The divide between the Supreme Court's upholding of an aggregate claim in Halliburton and the refusal to extend such treatment to the claim of sex discrimination in Wal-Mart returns us to our opening concern. American law, together with that of the great majority of legal systems, is organized around a premise of individual agency. Individual citizens are rights holders; they enter into contracts; they possess claims of bodily integrity; they rely on expectations of dominion over property. Aggregation of claims of legal rights necessarily deprives them of some of the autonomy, of the due regard for the Kantian integrity of their status as individuals. Mass society is a fact of life, and it is a system of organizing economic relations to the benefit of collective society. But it is not the premise of the legal system and much of the law of aggregate claims turns ultimately on the persuasiveness of the case that there is indeed a basis for the departure from individualized premises.

Paradoxically, that departure from individualism may be more difficult in common law jurisdictions than in civil law jurisdictions because of the jealously-guarded rights culture of the former. The second step, assigning the power of an agent to a private actor other than the state, what is termed the private attorney general model of law enforcement, is easier in common law than civil law jurisdictions, but it is nonetheless worthwhile to identify both parts of the tension.

This then brings us to the third area of contemporary controversy in the U. S., falling squarely in the tension between the individual and the collective. The issue arises from the increasing pattern of inserting mandatory arbitration clauses in consumer and employment contracts. At this point in the U. S., most cell phone contracts, credit card, banking contracts and a host of other mass marketed goods and services require consumers to agree to arbitrate all claims that may arise from any allegations of improper charges, fraud, or deceptive practices. The same pattern is found in employment contracts regarding wage and hour claims, discrimination allegations, and other potential repeat offense allegations of improper behaviour.

Such arbitration agreements create significant barriers to suit under the Supreme Court's interpretation of a 1925 statute, the Federal Arbitration Act ("FAA").<sup>40</sup> That statute was designed to compel federal courts to honor voluntary agreements to resolve disputes outside the court system, an important prohibition on the better resourced or more recalcitrant party to a business dispute seeking to re-litigate the entire dispute. Of late, mass producers of goods and services have inserted these clauses to compel

<sup>40</sup> 9 U. S. C. § 1 et seq.

individual consumers to seek redress for small value harms in arbitration rather than courts and –most centrally– to do so on a one-by-one basis. Almost invariably, the arbitration agreements come with a no-class actions prohibition that, if enforced, serves for all intents and purposes as an ironclad barrier to private challenge to perceived improper practices.

The mandatory arbitration provisions in ordinary consumer contracts places in stark relief the tension between the legal system’s presumptive commitment to individual autonomy and the compromises inherent in mass society. At first glance, contractual exchanges should be given the widest berth in terms of respecting the integrity of individual decisionmaking. Just as consumers are entrusted to choose among competing cell phone offerings, including a bewildering array of payment plans, why should they not also be allowed to choose the form of dispute resolution that is most attractive to them? The problem here is two-fold. First, as a practical matter, the compelled arbitration provisions are buried in mountains of instructional and disclosure forms of little salience to the typical consumer –most people in the market for a cell phone are seeking to acquire, surprisingly, a cell phone; most are not shopping for litigation alternatives. Second, to the extent that consumer protection turns on private enforcement, as discussed earlier in this article, then the disabling of effective aggregate litigation has direct policy implications for the overall regulation of consumer affairs.

In the leading recent case on compelled arbitration, *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*,<sup>41</sup> the Supreme Court threw its weight behind the enforceability of such compelled consumer arbitration agreements. For the Court, the overall policy preference for arbitration compelled the result and claims of disparity in bargaining power were simply too broad to overcome the contractual mandate. Yet, the Court continued to vacillate in two ways. First, the decisive fifth vote of Justice Thomas turned on the particular contract to be enforced and the fact that a California court was refusing on policy grounds to give credit to a Delaware state arrangement, a decision with significant federalism implications. Second, and more significant, the Court continued its insistence that the arbitration procedure be meaningful, not impose costs on a claimant who could otherwise avail herself of the court system, and provide the capacity for a meaningful individual remedy.

The tension between individual autonomy and meaningful legal accountability is highlighted in the unfortunate case of *CompuCredit Corp. v. Greenwood*.<sup>42</sup> At issue was a commercial operation that targeted the most misbegotten of consumers with an offer that only the desperate would seek. CompuCredit offered cards to individuals with no ability to secure credit, oftentimes because they had suffered home foreclosures in the current recessionary environment. CompuCredit would offer the opportunity to “rebuild” one’s credit rating by providing a credit card with a \$ 300 line of credit, and the claimed opportunity to restore creditworthiness through the regular use of the card and timely payment of bills. In exchange for this opportunity, CompuCredit charged fees of \$ 257 against the line of credit, leaving the consumers with \$ 43 to “repair” their credit history, and another \$ 257 of debt.

Leaving the repulsiveness of this exchange to the side, the vulnerability of this class of consumers led Congress to pass the Credit Repair Organizations Act (“CROA”)<sup>43</sup> which sought to offer certain legal protections. Foremost among these was the requirement of prominent disclosure by outfits such as CompuCredit that all consumers have a right to sue the company for malfeasance. CompuCredit dutifully carried this disclosure, then coupled it with a mandatory arbitration waiver that rendered the statutory disclosure meaningless. The Supreme Court upheld the compelled waiver on the ground that the resulting disclosure “may be imprecise, but it is not misleading –and

<sup>41</sup> 131 S. Ct. 1740 (2011).

<sup>42</sup> 132 S. Ct. 665 (2012).

<sup>43</sup> 15 U. S. C. § 1679 (a).

certainly not so misleading as to demand, in order to avoid that result, reading the statute to contain a guaranteed right it does not in fact contain.<sup>44</sup> The result left the most desperate of consumers, those already in dire straights financially, with the prospect of fending for themselves individually when they hoped for credit turnaround became yet another source of unsustainable debt.

The question that the Court declined to entertain in *CompuCredit* is that of defining the point at which the apparently individual choice of entering into a credit card contract is simply the modern consumer version of Justice Holmes's insight of statistically certain yet individually contingent harms. If the claimed harm is part of an undifferentiated market that operates to select its participants along clear criteria, and if the cause of action follows directly from the customary operation of that market, then it is hard to justify treating the resulting legal claims as isolated individual episodes. The insight into the way that markets work in *Halliburton* may compel similar aggregate treatment, even where the markets are not as perfectly impersonal and efficient as stock transactions on the New York Stock Exchange.

Recent appellate opinions show the unresolved tensions in current doctrine. In one case, *Kilgore v. Keybank, National Association*,<sup>45</sup> the Ninth Circuit Court of Appeals found that an arbitration agreement in student loan contracts was enforceable and precluded filing suit in court. On similar underlying facts, the Second Circuit Court of Appeals in *In re American Express Merchants' Litigation*<sup>46</sup> refused to order arbitration of claims of merchants claiming that the terms of use of American Express cards constitutes an illegal tying arrangement under the federal antitrust laws. What divided the two courts remains the unresolved issue at the heart of class action practice. The Ninth Circuit saw the contractual bargain to waive arbitration as fundamentally a matter of individual choice, and accordingly found that the terms of that contract did not rise to the level of "unconscionability" necessary to void the contractual obligation. By contrast, the Second Circuit on the effect of individual arbitration requirements in terms of its impact on the prospect of vindicating the statutory rights underlying the antitrust laws. Viewed from the vantage point of the individual transactor, the Ninth Circuit saw the exchange as well within the realm of potential informed individual decisionmaking. Viewed from the competing perspective of the societal interest in ensuring legal enforcement in mass markets, the Second Circuit came to the opposite conclusion.

This remains very much contested terrain, both judicially and politically.

### III. Conclusion

In recent days, the largest environmental disaster in the United States, the Deepwater Horizon catastrophe in the Gulf of Mexico, yield the largest proposed class action settlement in American history. While there are innumerable issues regarding the contributing causes of the ill-fated British Petroleum drilling venture, and many corresponding issues of the extent of the harms caused by the released oil, there can be no denying that the core event was a single occurrence crying out for collective resolution. In structuring a settlement through the class action vehicle, the BP litigation confirmed that the class action continues to function as the vehicle for mass resolution of collective harms.

At the heart of the many controversies surrounding class action litigation in the U. S. is the still unresolved tension between what legal claims belong in the category of the individual and what claims belong to a world of market relations that has long since transcended even the individual victims. As the sweep of industry and commerce expands worldwide, these controversies will not abate any time soon.

<sup>44</sup> 132 S. Ct. at 672.

<sup>45</sup> 2012 WL718344 (9<sup>th</sup> Cir. March 7, 2012).

<sup>46</sup> 667 F. 3d 204 (2<sup>nd</sup> Cir. 2012).



## OS PROCESSOS COLETIVOS E AS CLASS ACTIONS NA PERSPECTIVA DO "CIVIL LAW"

por ADA PELLEGRINI GRINOVER\*

### Introdução

Por ocasião do XIII Congresso Mundial de Direito Processual (Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007), na qualidade de relatora geral do tema "Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas" (Civil Law), recebi 25 relatórios nacionais e 2 transnacionais, que serviram de base à publicação da 1ª edição do livro "Os processos coletivos nos países de civil law e common law", publicado no Brasil, pela Editora Revista dos Tribunais, em 2008. Para a segunda edição do livro, publicado pela mesma Editora em 2011, contei com as atualizações da legislação de Dinamarca, Japão, Itália e Noruega, realizadas pelos próprios relatores nacionais, ficando incluída no Apêndice a nova Lei chilena de proteção ao consumidor.

### A estrutura do relatório geral

Inicialmente, observo que o relatório geral preparado para o XIII Congresso Mundial, e reproduzido no livro supra indicado, não inclui os processos coletivos atinentes a relações de trabalho, envolvendo sindicatos e trabalhadores, que existem em praticamente todos os países. O relatório geral, assim, se cinge aos processos coletivos em matéria civil.

A **I Parte** daquele relatório geral é descritiva, procedendo a uma síntese dos relatórios nacionais, em seus idiomas originais. O trabalho desenvolvido pelos relatores nacionais merece ser totalmente aproveitado, dada a importância de um panorama atualizado do estágio atual dos processos coletivos nos países de *civil law*.

Após a referência de direito transnacional (A), voltada à União Européia (A.1) e ao Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (A.2), o relatório geral examina a legislação, jurisprudência e doutrina dos diversos países (B), não agrupando-os geograficamente, mas sim seguindo os seguintes critérios:

B.1 – países que apresentam um sistema de processos coletivos;

B.2 – países que contam com algumas disposições ou técnicas em matéria de processos coletivos;

B.3 – países que apresentam leis setoriais em matéria de processos coletivos (consumidor, ambiente, etc.).

A seguir, no item C, são descritos os projetos de lei que objetivam a introdução de sistemas de processos coletivos, existentes nos diversos países.

A I Parte do Relatório Geral vem indicada neste trabalho, mas não transcrita na íntegra.

A **Parte II** do relatório geral, aqui reproduzido na íntegra, é de natureza conclusiva, apontando as novas tendências, resultantes dos relatórios nacionais.

\* Professora Titular de Direito Processual da Universidade de São Paulo.

**Parte I – A lei, a jurisprudência e a doutrina****A. Direito transnacional****A.1. União Européia**

(*omissis*).

**A.2. O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**

(*omissis*).

**B. Direito nacional****B.1. Países que apresentam um sistema de processos coletivos**

Brasil, Colômbia, Dinamarca, Israel, Noruega, Portugal e Suécia, além das Províncias de Catamarca e Rio Negro (Argentina), são os países (ou Províncias) que apresentam um verdadeiro sistema de processos coletivos<sup>1</sup>. Seus ordenamentos são descritos seguindo a ordem cronológica.

(*omissis*).

**B.2. Países que contam com algumas disposições ou técnicas em matéria de processos coletivos**

Existem países que, embora não contem com um verdadeiro sistema de processos coletivos, fundamentam esses processos, para toda e qualquer matéria, em dispositivos constitucionais e/ou legais, ou até mesmo se servem do litisconsórcio –ativo e passivo– para abrigar demandas coletivas. Esses países são: Argentina, Bélgica, Costa Rica, Holanda, Japão, Peru, Rússia, Venezuela e Uruguai. Seus ordenamentos serão descritos em ordem de técnicas mais ou menos aperfeiçoadas, e não pelo critério geográfico ou alfabético.

(*omissis*).

**B.3. Países que apresentam leis setoriais em matéria de processos coletivos**

Em alguns países, não existem um sistema ou disposições esparsas sobre os processos coletivos em geral, mas sim leis ou dispositivos setoriais que prevêem processos coletivos em matérias determinadas. Esses países, que serão analisados em ordem geográfica e alfabética, são Alemanha, Áustria, Espanha, França, Itália, Suíça, Chile, México, Paraguai e Venezuela.

(*omissis*).

**C. Projetos de lei**

Diversos relatórios descrevem os projetos de lei existentes em seus países, ou discussões em torno da introdução de sistemas de processos coletivos. Trata-se de Áustria, Costa Rica, Bélgica, Brasil, Dinamarca, França e Suíça. Os projetos são examinados pela ordem de possível aprovação, seguidos pelos debates em torno da introdução de novos institutos.

(*omissis*).

Dito isto, podemos reproduzir a II Parte do Relatório Geral, sobre as novas tendências em tema de processos coletivos.

<sup>1</sup> Consta que a China possui um sistema de *class actions for damages*, mas não recebemos resposta aos contatos que fizemos com juristas desse país.



## **Parte II – Novas tendências em matéria de processos coletivos nos países de *civil law***<sup>2</sup>

### **1. O pano de fundo**

Hoje, é tranqüilo na legislação, na doutrina e na jurisprudência da maioria países de *civil law* o reconhecimento de duas espécies de direitos coletivos (em sentido amplo): i) os *direitos difusos*, de natureza indivisível, de que são titulares coletividades de pessoas indeterminadas; ii) os *direitos individuais homogêneos* (na terminologia ibero-americana), divisíveis, de que são titulares pessoas determinadas, que podem ser levados à justiça em ações pessoais, mas que também podem receber um tratamento processual coletivo.

Por isso mesmo observou agudamente o processualista brasileiro Barbosa Moreira que os direitos difusos são ontologicamente coletivos, enquanto os individuais homogêneos são coletivos só acidentalmente, porque podem ser processualmente tratados de maneira coletiva.

Mais uma distinção releva fazer: às vezes, os direitos difusos pertencem a pessoas indeterminadas e indetermináveis, uma vez que inexistente qualquer relação jurídica-base que una os membros do grupo: são os direitos relativos à qualidade de vida, como os próprios do meio ambiente, dos consumidores, dos usuários de serviços públicos, etc. Por outras, os titulares, embora indeterminados, são determináveis, porque ligados por uma relação jurídica, existente entre os membros do grupo (como a pertinência a uma associação, a uma entidade de classe, etc.) ou entre cada membro do grupo e a parte contrária (como na relação tributária, ou no caso de uma instituição de ensino, em que cada qual tem uma relação jurídica com o fisco, ou com a escola).

Os direitos da primeira espécie são os *difusos* em sentido estrito, enquanto os do segundo grupo são denominados *coletivos*, também *stricto sensu*. Embora o tratamento processual dos direitos difusos e coletivos seja idêntico, a observação é feita porque nos relatórios dos países ibero-americanos essa terminologia aparece freqüentemente e poderia suscitar dúvidas no leitor pertencente a outra cultura jurídica.

Seja como for, o que é importante salientar é que existem dois gêneros da espécie direitos transindividuais, objeto de processos coletivos: de um lado, os *direitos difusos* (em alguns ordenamentos subdivididos em *difusos* e *coletivos*) e os que chamaremos, adotando a terminologia ibero-americana, *individuais homogêneos*.

### **2. As novas tendências**

Dos cuidadosos e exaustivos relatórios elaborados pelos relatores nacionais é possível extrair as novas tendências em torno dos processos coletivos nos diversos países pertencentes ao sistema de *civil law*. Vinte e seis relatórios representam mais do que uma mera amostragem, permitindo a análise exauriente tanto da situação atual (na lei, na doutrina e na jurisprudência), como da evolução que desponta nesses países. Mais do que de **tendências**, talvez já se possa falar, pelo menos para alguns aspectos, num **caminho evolutivo**.

Antes de mais nada, é preciso observar que os processos coletivos, nos países de *civil law*, em geral ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos.

Outra observação importante é a de que os países de *civil law* não adotam as mesmas técnicas utilizadas nas *class actions*, cunhando institutos próprios, mais aderentes aos princípios de seus sistemas processuais. Os esquemas da legitimação ativa não seguem o modelo norte-americano, contemplando a titularidade da ação por

<sup>2</sup> Na íntegra.

parte de órgãos públicos, ao lado da iniciativa privada. Está freqüentemente prevista a atuação de instituições públicas para o controle dos processos coletivos, atribuindo-lhes também as funções de assumir a titularidade da ação em caso de abandono do processo ou de desistência infundada. Não se prevê qualquer instituto parecido com o *pre-trial discovery (disclosure)*. Para a tutela dos direitos individuais homogêneos, critica-se a técnica da indenização global a ser dividida igualmente entre todos os beneficiários, por fugir das regras da responsabilidade civil, que prevê a indenização pelos danos sofridos; e também se critica o *opt out*, considerado por muitos inconciliável com os princípios e garantias de seus processos, preferindo o *opt in* ou uma combinação dos dois critérios, deixando o *opt out* para casos residuais (em geral, para causas de pequeno valor econômico, em que não há interesse dos membros do grupo em participar do processo). Os países ibero-americanos caminham para a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*.

Especificamente em relação às novas tendências, muito embora o objeto precípua do relatório geral fosse indicá-las em tema de *legitimação* e *coisa julgada*, parece importante realçar, antes disso, as tendências existentes em três outros campos: i) o objeto dos processos coletivos, ou seja *os bens tutelados* (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos); ii) as *ações cabíveis* para a tutela jurisdiccional coletiva e iii) os esquemas do processo civil individual utilizados para a tutela coletiva.

É o que se passa a verificar.

### 2.1. *Direitos tutelados*

Alguns ordenamentos de *civil law* só contemplam a tutela dos direitos difusos e coletivos: são eles os da Áustria, Peru, da Província de Catamarca (Argentina) e do Uruguai. Mas o relatório da Áustria preconiza que a tutela se estenda aos direitos individuais homogêneos.

Somente tratam dos direitos individuais homogêneos a Província argentina de Rio Negro (mas estaria prestes a ser sancionada uma lei sobre a tutela dos direitos difusos e coletivos) e os projetos de lei de Costa Rica e França.

Vê-se daí que a grande maioria dos países, em seus processos coletivos, compreende seja a defesa dos direitos difusos e coletivos, seja a dos individuais homogêneos.

Assim, pode-se afirmar que o caminho evolutivo –mais que uma tendência– mostra a consciência cada vez mais acentuada de que objeto da tutela coletiva deva abranger quer os direitos difusos e coletivos, de titularidade indeterminada, coletivos por natureza, quer os individuais, pertencentes aos membros do grupo, quando homogêneos.

### 2.2. *As ações cabíveis*

As diretivas da EU e a Suíça só contemplam ações coletivas voltadas exclusivamente para as obrigações de fazer ou não fazer, como a tutela inibitória. No entanto todos os demais países contemplam todas as espécies de ação para a tutela dos direitos transindividuais.

A previsão é expressa no Brasil e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

Este dispõe, sob a rubrica de “*Efetividade da tutela jurisdiccional*”: “*Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*” (art. 4º).

Não há dúvida, portanto, de que a realidade já se encarregou de estender a tutela jurisdiccional coletiva a todos os tipos de demandas.

### 2.3. *Os esquemas do processo civil individual utilizados para a tutela coletiva*

Alguns países, que não dispõem de verdadeiros processos coletivos, utilizam as técnicas do processo civil individual, com algumas inovações, para a tutela dos direitos transindividuais.

O esquema do *litisconsórcio (joint actions)* é utilizado na Áustria, Bélgica Rússia e Suíça e, parcialmente, no Paraguai.

O Japão prevê, ainda, diversas outras técnicas ao lado da previsão de processos coletivos: a *appointed party*, que consiste em escolher entre as partes um representante, que conduz a demanda em benefício de todas as outras; e o *assigning a common attorney*, em que as partes concordam em ser patrocinadas por um único advogado, que organiza o grupo, figurando seus membros como partes.

Muito utilizado é o *caso piloto*, que toma diversas denominações conforme o ordenamento (*pilot action, test case, master proceeding*), permitindo que, entre várias demandas, seja escolhida uma só, a ser decidida pelo tribunal, aplicando-se a sentença aos demais processos, que haviam ficado suspensos. De acordo com os diversos sistemas, difere a eficácia da sentença do caso piloto em relação às demais controvérsias. Esse método é utilizado pela Alemanha, Áustria e Espanha.

Parece, contudo, que as técnicas supra indicadas servem somente para a tutela dos direitos individuais homogêneos, e não para a dos direitos difusos e coletivos.

Seja como for, todas essas medidas servem como sucedâneo para países que ainda não contam ou consolidaram verdadeiros processos coletivos ou que não os prevêem para a tutela de todos os direitos, sendo obrigados a rever princípios e conceitos tradicionais para tentar adaptá-los à realidade das controvérsias de massa. Mas a expressiva maioria dos relatores dos Estados indicados –com exceção do relator da Alemanha, que parece satisfeito com o *master proceeding*, e o da Rússia, que não preconiza mudanças– admite francamente que esses métodos são insuficientes e inadequados para fazer face à efetiva tutela jurisdicional dos direitos transindividuais.

Isso tudo torna mais significativa a lição de Cappelletti que, ainda nos anos setenta, advertia que os esquemas do processo civil clássico, estruturado para acudir a controvérsias de cunho individualista, não são aptos à solução de lides sociais, em que se colocam em confronto pretensões de massa.

Adotando essa idéia, o relator espanhol é particularmente veemente em criticar a inserção de algumas regras atinentes ao processo coletivo do consumidor no próprio *Código de Enjuiciamiento Civil*.

Surge daí mais uma tendência: a de destinar aos processos coletivos estrutura própria, revisitando os institutos do direito processual clássico, para adaptá-los à efetiva tutela dos direitos transindividuais.

### 2.4. *Legitimação ativa*

Chegamos às novas tendências em tema de legitimação ativa.

Aqui, a escolha é feita entre duas opções: i) atribuir a legitimação exclusivamente à pessoa física e/ou associações, privilegiando a *legitimação privada*; ou ii) ampliar os esquemas da legitimação, distribuída entre pessoa física e/ou associações, em conjunto com órgãos públicos (Ministério Público, *Ombudsman* ou Defensor do Povo, outros órgãos especializados): neste caso, temos a *legitimação mista* (independente e autônoma).

Atribuem a titularidade da ação coletiva exclusivamente a pessoa física e/ou a entes privados Alemanha, França, Itália, Japão e Suíça. Na França, quer no direito posto, quer nos projetos de lei, a legitimação é exclusiva de associações “agrées”. No Japão, as associações de consumidores submetem-se à aprovação prévia do Primeiro Ministro.

Todos os outros países elegem a legitimação mista, quer no direito vigente, quer nos projetos de lei. Em alguns desses países –como Brasil, Chile, Israel e Portugal, além do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América– são atribuídos poderes a órgãos públicos para fiscalizarem o processo –quando não forem parte– e, às vezes, para assumirem a titularidade da ação em hipóteses de desistência infundada, de abandono da demanda, ou até mesmo para promoverem a execução da sentença.

A legitimação privada, que se prende ao modelo das *class actions* norte-americanas, tem como fundamento o receio de que a abertura da legitimação possa levar a abusos. A legitimação mista responde ao anseio do mais amplo acesso à justiça e ao princípio da universalidade da jurisdição: um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem à justiça. E, para evitar os possíveis abusos, existem instrumentos adequados, como o controle de órgãos públicos (existente em vários países) e os pesados encargos para a litigância de má-fé (como no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e no ordenamento brasileiro).

A tendência é sem dúvida no sentido da abertura dos esquemas da legitimação a amplos segmentos da sociedade e a seus representantes: a pessoa física, as formações sociais, os entes públicos vocacionados para a defesa dos direitos transindividuais, outros entes públicos a quem compete a tutela dos mais diversos bens referíveis à qualidade da vida –incluindo as pessoas jurídicas de direito público. Paradigmáticos, nesse campo, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e o Projeto de Código brasileiro.

Mais uma vez reportamo-nos à lição de Mauro Cappelletti, que considerou insuficiente para a efetiva tutela dos direitos transindividuais a escolha de um único legitimado (pessoa física, associações, Ministério Público, agências públicas) e que já indicava, com base nas experiências então existentes, a via mais eficaz, como sendo a de “*soluzioni composte, articolate, flessibili*”, sempre sob o controle de órgãos públicos.

## 2.5. A “representatividade adequada”

A chamada “representatividade adequada” (*adequacy of representation*) constitui outro instrumento de controle para evitar os possíveis abusos cometidos no ajuizamento de processos coletivos. Oriundo do direito norte-americano, esse pré-requisito –que diz respeito à seriedade, credibilidade, capacidade técnica e até econômica do legitimado à ação coletiva– é particularmente importante nos ordenamentos que escolhem a extensão a terceiros da coisa julgada, sem temperamentos; mas é também útil para outros sistemas, sobretudo quando legitimam à ação a pessoa física e as associações e quando prevêem a ação coletiva passiva (*defendant class action*).

A representatividade adequada pode ser aferida pelo **juiz**, caso a caso (como nas *class actions* norte-americanas), ou pode depender de **previsão legal**, que estabeleça limites à regra de legitimação. Assim, por exemplo, as associações só podem agir em juízo desde que preençam certos requisitos legais, ou se estabelece um critério de relevância social até mesmo para a legitimação de órgãos públicos.

Quanto mais ampla a legitimação, tanto mais se faz necessário o pré-requisito da representatividade adequada. Quanto mais amplo o princípio da extensão a terceiros da coisa julgada –como no sistema do *opt out* (v. infra)–, mais necessário esse controle. Aliás, nos processos coletivos, existe uma correlação inequívoca entre os esquemas da legitimação e o regime da coisa julgada.

Todavia, somente alguns sistemas adotam o critério da aferição do pré-requisito pelo **juiz**: o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América é expresso nesse sentido. Adota-o Uruguai. Na Argentina e no Paraguai foi estabelecido pela jurisprudência. O Projeto brasileiro, que estendeu a legitimação à pessoa física, exige

neste caso a aferição da representatividade adequada pelo juiz. O relator do Chile acentua a necessidade de o sistema adotar o critério.

Mas, sem dar-lhe essa denominação, o pré-requisito da representatividade adequada, no sentido de *conditio sine qua non* estabelecida por lei para que o legitimado possa agir em juízo, é comumente aceito nos ordenamentos de *civil law*: basta ver os sistemas da Áustria, Bélgica, Chile, Colômbia, França, Holanda, Itália, Portugal, Província argentina de Catamarca, Suécia, Suíça e alguns projetos da Itália.

Pode-se, então, concluir, reconhecendo uma forte tendência dos países de *civil law* no sentido do reconhecimento do pré-requisito da representatividade adequada, por força de lei, restando apenas alguns países em que é ele aferido pelo juiz.

## 2.6. Ação coletiva passiva

A ação coletiva passiva, entendida como a ação promovida não pelo grupo, mas *contra o grupo*, correspondendo à *defendant class action* do sistema norte-americano, é certamente mais rara do que a ativa, mesmo nos sistemas que a adotam. No entanto, não se pode descartar a possibilidade de o grupo figurar no pólo passivo da demanda, seja esta individual ou coletiva. Aliás, nas relações de trabalho, o sindicato, com alguma freqüência, é demandado nos processos da área.

Exemplos de ação coletiva passiva podem ser colhidos na experiência de vários países: ações intentadas contra “torcidas organizadas”, como as de times de futebol, de caráter inibitório ou até condenatório; processos ajuizados contra associações de fabricantes de produtos considerados nocivos, para que seus associados (e não a associação) sejam obrigados a colocar advertências nos rótulos; demandas contra categorias profissionais, para que seus membros se abstenham de exibir didascálias ofensivas a outra profissões.

A previsão da ação coletiva passiva avança nos países de *civil law*. Está ela expressamente contemplada na Noruega, em Israel, no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e nos Projetos da Áustria e do Brasil. Na Colômbia e no Paraguai, os relatores informam que, embora não expressa, decorre do sistema. Na Venezuela tem sido acolhida pela jurisprudência. Nos ordenamentos da Argentina e do Chile, a doutrina reconhece sua existência.

Mas certamente não se pode falar de uma tendência generalizada rumo à sua previsão. O relator da França aduz que foi ela descartada propositadamente dos Projetos de lei e assim ocorreu nos Projetos da Itália.

Certo é que a experiência dos processos coletivos nos países de *civil law*, ou ao menos em sua grande maioria, ainda não está consolidada. É possível que, com o passar do tempo, a realidade da vida se encarregue de demonstrar a utilidade da ação coletiva passiva. Mas, por ora, as preocupações de muitos dos nossos países passam ao largo dela.

## 2.7. Coisa julgada: direitos difusos e coletivos

Com relação à demanda que envolve a tutela de direitos difusos e coletivos, indivisíveis por natureza, a coisa julgada não pode senão atuar *erga omnes*. A satisfação do interesse de um dos membros da coletividade significa inelutavelmente a satisfação dos interesses de todos os outros; assim como a negação do interesse de um indica a mesma negação para todos os outros. É o que ocorre nos casos de reparação do dano ambiental provocado ao bem indivisivelmente considerado, ou na retirada de um produto nocivo do mercado, ou na suspensão de uma publicidade enganosa.

Mas essa coisa julgada *erga omnes* pode ter um temperamento, como ocorre em alguns países ibero-americanos: em caso de rejeição da demanda coletiva, por *insuficiência de provas*, a sentença não faz coisa julgada, e ação idêntica pode ser

reproposta com base em provas novas (por outro legitimado, segundo a doutrina de Portugal e Costa Rica –esta sobre o Projeto–, ou até pelo mesmo legitimado, segundo a doutrina brasileira).

Essa regra, contra a qual se insurge o relator de Portugal por considerá-la contrária ao princípio da igualdade das partes, encontra sua origem na lei brasileira sobre Ação Popular, de 1965, e é aplaudida pela doutrina como uma salvaguarda eficaz contra a possível colusão entre demandante e demandado, que poderiam almejar uma coisa julgada *erga omnes* desfavorável ao autor popular, atingida pela via de uma atividade probatória insuficiente. Aliás, o próprio relator português admite que, nesse caso, a previsão é útil, verberando apenas sua generalização. Seja como for, da lei da Ação Popular a norma passou para o microssistema brasileiro de processos coletivos, sendo adotada pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Mas só o Brasil (no direito posto e no Projeto de lei), o Projeto de Costa Rica, Portugal e o Uruguai adotaram a regra, assim como a jurisprudência da Colômbia.

Sendo assim, ainda não se pode falar de uma verdadeira tendência, nem mesmo entre os países ibero-americanos, no sentido de se adotar a coisa julgada *secundum eventum litis*, como temperamento para a eficácia *erga omnes* do julgado, em caso de tutela de direitos difusos e coletivos.

## 2.8. Coisa julgada: direitos individuais homogêneos

É no campo da coisa julgada nos processos coletivos em defesa de direitos individuais homogêneos que as posições dos países de *civil law* se bifurcam vistosamente. De um lado, os países ibero-americanos –com exceção da Colômbia e de Portugal–, que adotam a técnica da coisa julgada *secundum eventum litis*. Do outro, os demais países, que escolhem os critérios do *opt in*, do *opt out*, ou ambos. Portugal junta o critério do *opt out* com o do julgado *secundum eventum litis*, no sentido visto acima (n. 2.7), com sérias críticas do relator, que denomina de “insólito” o sistema de seu país. Mas talvez se possa afirmar que o critério do *opt out*, destinado aos efeitos da sentença proferida em processo em defesa de direitos individuais homogêneos, não é incompatível com a regra da inexistência de coisa julgada, quando a sentença rejeita a demanda atinente aos direitos difusos e coletivos, por insuficiência de provas.

Começemos examinando os critérios do *opt out* e do *opt in*.

### 2.8.1. O critério do “opt out”

Como é sabido, o critério do *opt out* consiste em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira em juízo sua *exclusão* da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro, não sujeito à coisa julgada. Todos os demais membros da classe, que não tenham exercido a opção de excluir-se, são considerados partes e sofrem os efeitos da coisa julgada, seja ela positiva, seja ela negativa. O sistema exige ampla divulgação da demanda, por todos os meios de comunicação e –quando possível– até pessoal, para que os membros da classe que não queiram ser abrangidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável, possam exercer seu direito de opção, retirando-se do processo.

Esse critério sofre sérias críticas em diversos países, porque, afinal das contas, a coisa julgada atingirá (podendo prejudicá-los) pessoas que não participaram da demanda. Os relatores da Áustria e da França, assim como a doutrina de Portugal, rejeitam veementemente o instituto, que afirmam estar em desacordo com os princípios gerais e as garantias do processo dos respectivos países, em que se deve respeitar o princípio de que só quem teve a oportunidade de ser ouvido (ou seja, a parte, sujeito do contraditório) pode ser submetido à eficácia da coisa julgada. Ademais, argumenta-se com a falácia do sistema de notificações fictas, das quais não pode surgir a presunção do conhecimento amplo da demanda por parte de todos os interessados.



E, realmente, a adoção do critério do *opt out*, isoladamente, é raro nos países de *civil law*, sendo seguido apenas pela Holanda, Portugal e alguns Projetos da Itália. Esclareça-se que o Projeto mencionado pela Áustria, por enquanto, não tomou posição entre o *opt out* e o *opt in*.

### 2.8.2. O critério do “opt in”

Igualmente sabido é que o critério do *opt in* possibilita aos membros do grupo, devidamente notificados, que ingressem voluntariamente na demanda coletiva, tornando-se partes e sendo, assim, colhidos pela coisa julgada, favorável ou desfavorável. Quem não manifestar sua vontade de *inclusão* no processo, não será abrangido pela coisa julgada, não podendo ser prejudicado ou beneficiado por ela. Essa técnica também exige uma ampla divulgação da demanda, a fim de que os interessados possam manifestar sua vontade no sentido de serem incluídos no processo.

Diante das críticas supra relatadas, em relação ao *opt out* –que realmente parece vulnerar a garantia do contraditório e da limitação da coisa julgada às partes–, alguns países de *civil law* preferem o critério do *opt in*: assim a Alemanha e a Colômbia –cujo relator, no entanto, critica o sistema–, a França, a Província argentina de Catamarca, a Suécia e um dos projetos italianos.

O relator da Dinamarca apresenta elementos, segundo os quais em muitos casos os membros do grupo podem se sentir desencorajados a optar pela inclusão no processo.

E realmente parece que a escolha do *opt in* pode, em muitos casos, esvaziar o processo coletivo, frustrando seus ideais, sobretudo o de resolver, de uma vez por todas, litígios de massa, evitando a multiplicação das demandas, decisões contraditórias, a fragmentação da prestação jurisdicional.

### 2.8.3. Combinação do “opt in” com o “opt out”

Talvez por causa das críticas ao *opt out* e dos riscos de inoperância do *opt in*, alguns países combinam ambos os critérios: Israel, Noruega, Suécia e o Projeto da Dinamarca. Via de regra, nesses países a preferência vai ao *opt in*, deixando o *opt out* para casos residuais, sobretudo para questões de pequeno valor econômico, em que é diminuto o interesse dos membros do grupo em ingressarem no processo.

### 2.8.4. A coisa julgada “secundum eventum litis”

Completamente diversa é a opção dos países ibero-americanos. Levando em consideração a falta de informação e de conscientização a respeito de seus direitos de grandes parcelas da população, a dificuldade de comunicação, a distância e a precariedade dos meios de transporte, a dificuldade de acesso à justiça, as barreiras para a contratação de um advogado, esses países (com exceção da Colômbia, Portugal e da Província argentina de Catamarca) descartam seja o *opt in*, seja o *opt out*, seguindo linha completamente diferente da supra traçada: a linha da coisa julgada *secundum eventum litis*, só para beneficiar, mas não para prejudicar os membros do grupo. Ou seja, a coisa julgada, no plano coletivo, atua *erga omnes*, tanto em caso de acolhimento como de rejeição da demanda, impedindo que novo processo coletivo seja intentado por qualquer legitimado. Mas, no plano das pretensões individuais, a coisa julgada favorável pode ser imediatamente aproveitada, passando-se à liquidação e execução da sentença; enquanto a coisa julgada desfavorável não impede ações individuais, a título pessoal, dos membros do grupo.

Conhecem-se as críticas da doutrina processual tradicional à coisa julgada *secundum eventum litis* e estamos cientes de que a solução supra apontada privilegia os membros do grupo que, depois de perder uma ação coletiva, ainda têm a seu favor a possibilidade de ajuizar ações individuais (enquanto o demandado, que ganhou a ação

coletiva, pode ser novamente acionado a título individual). Mas se trata de uma escolha consciente: entre prejudicar com uma coisa julgada desfavorável o membro do grupo que não teve a oportunidade de optar pela exclusão, pela técnica do *opt out*; entre o risco de esvaziamento dos processos coletivos, pela técnica do *opt in*, a grande maioria dos países ibero-americanos preferiu privilegiar os membros do grupo, invocando um princípio de igualdade real (e não apenas formal), que exige que se tratem diversamente os desiguais. E certamente os membros de uma classe, desrespeitada em seus valores fundamentais, merece o tratamento diferenciado próprio das pessoas organizacionalmente mais vulneráveis.

Na prática, aliás, a solução supra apontada não é perversa como poderia parecer à primeira vista: perda a demanda coletiva, ainda são possíveis as ações individuais, é certo. Mas a decisão contrária proferida no processo coletivo terá sua carga de poderoso precedente e poderá ser utilizada pelo demandado (não para impedir o ajuizamento da demanda individual, como ocorreria se houvesse coisa julgada, mas para influir sobre o convencimento do novo juiz). Aliás, na demanda coletiva julgada improcedente, o demandado já terá exercido na maior plenitude possível todas as suas faculdades processuais –inclusive as probatórias– e a(s) demanda(s) individuais versarão sobre a mesma *causa petendi*, já enfrentada vitoriosamente pelo demandado.

De qualquer modo, mesmo na doutrina, a antiga aversão à coisa julgada *secundum eventum litis* está cedendo há algum tempo, como demonstra a posição de Allorio, na Itália, ainda nos anos sessenta. E a legislação de diversos países, como a Itália e Alemanha, utiliza o critério da coisa julgada *secundum eventum litis*, quando estende a coisa julgada a terceiros, no caso de anulação da assembléia, e não no caso de declaração de sua validade. Finalmente, cumpre lembrar a lição do grande Chiovenda que afirmava que o princípio da limitação da sentença às partes significa que os terceiros não podem ser por ela prejudicados, mas que podem, sim, ser beneficiados por ela.

Seja como for, a escolha pela coisa julgada *secundum eventum litis*, somente para favorecer e não para prejudicar as pretensões pessoais, é importante na América Latina: adotam esse critério o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Brasil (no direito vigente e no projetado) e Peru, enquanto os relatores de diversos países, como veremos (n. 2.11.2), preconizam a adoção do mesmo modelo (com exceção da Colômbia, cujo relator prefere o sistema ali vigente).

Cumpre notar que o relator da Itália afirma que a adoção do julgado *secundum eventum litis* é imperioso nos projetos italianos que não adotam o *opt out* ou o *opt in*, pois de contrário incorreriam eles em flagrante inconstitucionalidade.

### 2.9. Coisa julgada “*secundum probationem*”

Afora os casos clássicos de rescisão da sentença passada em julgado, previstos em todos os códigos processuais, incluindo a hipótese de prova nova, autorizando o *iudicium rescissorium*, alguns países da América Latina prevêm, em seus sistemas de processos coletivos, que a prova nova, superveniente à sentença, e que por isto não foi possível produzir no processo encerrado –desde que idônea para modificar seu resultado– pode ensejar a propositura de nova ação, idêntica à anterior, baseada na prova nova. Trata-se da denominada *coisa julgada secundum probationem*, segundo a qual a coisa julgada incide exclusivamente sobre as provas produzidas, não colhendo as supervenientes à sentença. A hipótese não é exclusiva dos processos coletivos, sendo vistoso exemplo do que se afirma a prova científica do DNA, que pode alterar o resultado do processo anterior de investigação de paternidade.

Para o ajuizamento de nova ação, é previsto o prazo de preclusão de dois anos, a partir do conhecimento geral da existência da prova nova.

Estamos conscientes de que a medida não é necessária em todos os ordenamentos, pois há países –como a Itália– em que o prazo da chamada *revocazione straordi-*



*naria*, baseada justamente na descoberta de prova nova, começa a fluir a partir dessa descoberta, e não do momento do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

Mas, como muitos ordenamentos sul americanos fixam o prazo inicial para o *iudicium rescissorium* a partir do momento do trânsito em julgado da sentença, a solução da coisa julgada *secundum probationem* pode ser interessante. Adotam-na o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, a Colômbia e o Projeto do Brasil.

## 2.10. *O aproveitamento da coisa julgada coletiva para beneficiar as pretensões individuais*

A coisa julgada que cobre a sentença favorável proferida num processo coletivo pode ser transportada para as pretensões individuais, encurtando o caminho processual pelo qual se pretenda fazer valer os direitos individuais.

Isso não vale apenas quanto à sentença favorável que decidiu a respeito dos direitos individuais homogêneos –aliás, nesse caso, o transporte da coisa julgada constitui quase um truísmo–, mas também em relação à sentença que julgou favoravelmente a controvérsia sobre direitos difusos e coletivos.

Exemplificando: se a sentença reconheceu a existência do dano ambiental, indivisivelmente considerado, e condenou o demandado à sua reconstituição, as pessoas físicas, individualmente prejudicadas pelo mesmo dano, podem servir-se da coisa julgada coletiva para encurtar o caminho processual voltado à indenização pelos danos pessoalmente sofridos. Pareceu a Liebman, quando escreveu a respeito do antigo regime italiano do transporte da coisa julgada penal para o campo civil, na reparação do dano *ex delicto*, que se teria nesse caso a extensão da coisa julgada penal aos motivos, o que seria “*abnorme*”. A doutrina brasileira prefere hoje explicar o fenômeno –tanto da eficácia da coisa julgada penal no campo da reparação civil, como da eficácia da coisa julgada do processo coletivo em defesa dos direitos difusos e coletivos, para beneficiar as pretensões reparatórias individuais– como uma ampliação objetiva do objeto da demanda, pelo que quando o juiz afirma “condeno a reconstituir o meio ambiente lesado”, está implicitamente afirmando que também condena a indenizar as vítimas do dano ambiental.

O reconhecimento da possibilidade de transportar a coisa julgada coletiva para beneficiar as pretensões individuais constitui sem dúvida uma tendência ponderável entre os países de *civil law*. Reportam-se a esse critério os relatórios da Alemanha, Itália e Suíça, na Europa; e, na América Latina, além da previsão expressa do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, os relatórios do Brasil (direito vigente e projetado), Chile, Costa Rica, Uruguai e Venezuela.

## 2.11. *O direito transnacional e os sistemas dos Estados*

### 2.11.1. *As diretivas da União Européia*

No questionário dirigido aos relatores de países pertencentes à União Européia, perguntamos se, em seu entender, devia esta indicar aos Estados os caminhos a ser seguidos nas legislações nacionais voltadas à tutela de todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, e não apenas a setores específicos, como fez até agora a UE.

Nem todos os relatores nacionais responderam e, entre os que o fizeram, as respostas foram divergentes. Manifestou-se contrariamente a uma diretiva que estabeleça alguns parâmetros para os processos coletivos dos Estados o relator da Bélgica, lembrando que Grã-Bretanha, Holanda e Bélgica acabam de adotar regras para os processos coletivos, sendo conveniente que se avaliem os efeitos das novas leis antes de se pensar em regras uniformes. No entanto, o próprio relator da Bélgica lembra que, na UE, juízes de diversos Estados podem ser competentes, aplicando as

regras nacionais diversas às mesmas questões, preconizando portanto a adoção de uma legislação européia capaz de coordenar internacionalmente os processos coletivos.

Até o relator por Israel, que não pertence evidentemente à UE, manifestou-se contrariamente a uma diretiva que estabeleça algum parâmetro para os processos coletivos dos Estados.

As razões foram, preponderantemente, as de que os Estados devem ficar livres de desenvolver seus próprios processos coletivos, até porque diversos países da UE acabam de promulgar suas leis, sendo prematuro estabelecer regras e até mesmo princípios a serem seguidos por todos (relator por Israel).

Mas o relator da Holanda vê vantagens em a UE delinear princípios para a defesa dos direitos individuais homogêneos; e o da Espanha pensa que seria conveniente a ação da EU para desencadear a adoção de processos coletivos nos Estados membros.

De qualquer modo, o relator pela UE lembra que a atuação desta é meramente subsidiária, em relação à legislação de cada Estado, e que as diretivas sobre processos coletivos por ela editadas deixam aos Estados uma discricionariedade muito grande para legislar. Mesmo em tema de legitimação, as diretivas são muito abertas, não indicando esquemas precisos, assim como acontece com a coisa julgada, sequer tratada nas referidas diretivas.

Isto posto, não se pode afirmar que exista nos países da UE a tendência no sentido desta traçar princípios e regras para os Estados membros legislarem em matéria de processos coletivos.

#### 2.11.2. *Influência do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América nos sistemas nacionais*

Completamente diferente da situação encontrada nos países membros da EU, quanto à emanção, por esta, de uma diretiva geral sobre processos coletivos, é a posição dos países ibero-americanos em relação ao Código Modelo, que consideram um repositório adequado de princípios e regras para impulsionar as reformas.

É certo, porém, que as diretivas da EU se impõem aos Estados membros, enquanto o Código Modelo, como o próprio nome diz, não se reveste de qualquer caráter coercitivo, permitindo que cada país o adote se quiser, e na medida que quiser. Com efeito, diversos relatores ibero-americanos (assim, especificamente, os de Colômbia, Espanha, México, Paraguai, Peru, Portugal e Uruguai) apóiam, algum integralmente, outros com algumas ressalvas pontuais, os princípios e regras do Código, considerando-o modelo a ser seguido nas reformas legislativas de seus respectivos países.

O resultado dessa postura é que é possível que no futuro o sistema processual ibero-americano de processos coletivos se torne mais harmônico e menos dissonante. Não se trata, evidentemente, de buscar a uniformização, mas somente uma possível harmonização, livre restando cada Estado para adequar o modelo do Código à realidade nacional que lhe é própria.

Essa harmonização parece configurar uma tendência, que poderá se concretizar a longo prazo.

### 3. Conclusões

É tempo de concluir este relatório geral, já demasiadamente longo, apontando para as tendências que se podem vislumbrar em relação aos processos coletivos nos países de *civil law* e que, em alguns tópicos, podem até ser identificadas como representando um caminho evolutivo.

De tudo que se relatou, esta relatora geral extrai as seguintes conclusões:

1. *O atual estágio dos processos coletivos nos países de "civil law"*. Os processos

coletivos, nos países de *civil law*, ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos.

2. *As técnicas de “common law” e de “civil law”*. Os países de *civil law* não adotam as mesmas técnicas utilizadas nas *class actions* norte-americanas, cunhando institutos próprios, mais aderentes aos princípios de seus sistemas processuais.

3. *Direitos tutelados*. Pode-se detectar uma forte tendência nos países de *civil law* no sentido de a tutela jurisdicional coletiva abranger quer os direitos difusos e coletivos, quer os individuais homogêneos. Quanto a estes, a tutela jurisdicional é mais ampla do que a prevista nos Estados Unidos da América pelas *class action for damages*, de natureza condenatória, como se vê na conclusão seguinte.

4. *Ações cabíveis*. A preocupação com a efetividade dos processos coletivos aponta para a tendência de contemplar a tutela jurisdicional mais ampla possível. Há aqui um claro caminho evolutivo, que levou da concepção de uma tutela meramente inibitória inicial para a utilização de todas as espécies de ações, condenatórias, constitutivas e meramente declaratórias.

5. *Novos esquemas para os processos coletivos*. Também existe nos países de *civil law* um evidente caminho evolutivo, no sentido de abandonar os institutos do processo civil clássico e individualista, inadequados para fazer face aos conflitos de massa, partindo para esquemas próprios dos processos coletivos, que demandam a revisão de institutos tradicionais. A legitimação e a coisa julgada são os exemplos mais clamorosos nessa matéria.

6. *Legitimação ativa*. Poucos são os países que atribuem a legitimação para agir apenas à pessoa física e/ou a entes privados, como as associações. Existe nesse campo uma clara tendência à abertura da legitimação também a instituições e entes públicos, com o estabelecimento de controles por órgãos públicos especializados.

7. *Representatividade adequada*. Raros são os países que adotam o pré-requisito da *representatividade adequada* a ser aferida, caso a caso, pelo juiz, como acontece nas *class actions* norte-americanas. Todavia, muitos países de *civil law* atribuem à lei a fixação de pré-requisitos sem os quais vem a faltar a legitimação. De nada mais se trata senão da representatividade adequada, embora sem a utilização dessa denominação.

Assim, pode-se detectar, nos países de *civil law*, a tendência à observância da representatividade adequada, mediante critérios pré-estabelecidos em lei.

8. *Ação coletiva passiva*. A ação coletiva passiva ainda é uma raridade nos países de *civil law*, não se podendo apontar uma tendência para sua adoção.

9. *Coisa julgada: direitos difusos e coletivos*. A coisa julgada *erga omnes* é a regra praticamente constante em relação à sentença que julga a respeito de direitos difusos e coletivos, seja ela favorável ou desfavorável. Existem alguns países ibero-americanos que limitam o rigor da regra, quando a sentença rejeite a demanda por insuficiência de provas, caso em que poderá ser intentada ação idêntica, com base em novas provas. Mas ainda não se pode falar numa verdadeira tendência nesse sentido.

10. *Coisa julgada: direitos individuais homogêneos*. Existem duas tendências opostas nesse campo. Os países ibero-americanos (com exceção da Colômbia, Portugal e da Província argentina de Catamarca) preferem, em geral, a coisa julgada *secundum eventum litis*, só para favorecer, mas não prejudicar as pretensões individuais: desse modo, a sentença coletiva de improcedência não impedirá que as vítimas do dano ingressem em juízo exercendo a ação individual reparatória. Nos demais países, a tendência é no sentido de adotar o critério do *opt in* ou uma combinação do *opt in* e do *opt out*, mas deixando este para casos residuais, freqüentemente consistentes em causas de pequeno valor econômico.

11. *Coisa julgada “secundum probationem”*. Não se detecta ainda a tendência no

sentido da adoção da coisa julgada *secundum probationem*, que permite reapresentar a demanda, dentro do prazo de dois anos a contar do conhecimento da prova nova, inexistente à época do primeiro processo e que por isso não foi possível produzir.

12. *O aproveitamento da coisa julgada coletiva para beneficiar as pretensões individuais.* Existe uma tendência ponderável nos países de *civil law* no sentido de a eficácia da sentença favorável prolatada a respeito de direitos difusos e coletivos ser aproveitada para encurtar o processo individual em que se faz valer uma pretensão indenizatória.

13. *A EU e os processos coletivos.* A maioria dos relatores que se ocuparam da questão é contrária à adoção de uma diretiva que oriente os países membros no sentido de legislar sobre processos coletivos, em áreas não específicas, preferindo deixar à discricionariedade de cada qual a decisão sobre os rumos a serem tomados.

14. *A influência do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América sobre as legislações nacionais.* Existe uma tendência consolidada nos países ibero-americanos no sentido de adotarem, com algumas ressalvas pontuais, princípios e regras do Código Modelo nas reformas nacionais. Pode-se, assim, prever que, ainda que a longo prazo, poderá haver nesses países uma harmonização de princípios e regras em matéria de processos coletivos.

15. *Conclusão final.* Finalmente, pode-se afirmar que existe uma clara linha evolutiva na situação dos processos coletivos nos países de *civil law*. Em trinta anos, partiu-se do nada para chegar a um ponto de efervescência legislativa, doutrinária e jurisprudencial que indica um futuro róseo para a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais. Certamente deverá ainda haver amadurecimento a respeito de certos institutos – a própria coisa julgada, principalmente para a tutela dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada *secundum probationem*, a ação coletiva passiva, etc. – mas a situação atual indica uma elaboração própria do regime de processos coletivos que, afastando-se em vários pontos da técnica das *class actions* norte-americanas, aponta para soluções mais consentâneas com os princípios do sistema jurídico romano-germânico.

Deve-se ressaltar, ainda, o empenho comum no sentido de aceitar e resolver o desafio dos novos processos. Encontros como este, que se multiplicam em toda parte, servirão para comparar institutos e experiências, indicando o melhor caminho evolutivo sobre o assunto.

**EL ROL DEL JUEZ Y DE LOS ABOGADOS  
EN EL PROCESO COLECTIVO. LA IGUALDAD  
ENTRE LAS PARTES. CONFLICTOS DE INTERÉS**



## **THE ROLE OF JUDGES AND LAWYERS IN COLLECTIVE ACTIONS. EQUALITY AMONG PARTIES. CONFLICTS OF INTEREST**

por ROLF STÜRNER\*

### **I. Introductory Remarks**

This contribution is designed to discuss the role of legal professionals and parties to litigation in collective actions and to analyse the significance of conflicts of interest between parties and between parties and lawyers. The variety of models of collective actions worldwide is remarkable. It is, therefore, not possible to give a report on all procedural systems of importance. The considerations of this contribution try to compare the situation in the United States with the European state of development. This is not without good reason. The US-American legal culture has taken the leadership in the area of collective and aggregate litigation. In contrast, most European procedural cultures hesitate to adopt the American style of class actions or similar procedural institutions of mass litigation. Most European legal cultures prefer collective litigation in the form of complaints asserted by recognized associations or similar organizations, the clear approximation to the US-American model is the exception. The different models of mass litigation in the US and Europe are in part a consequence of different procedural structures. The distribution of responsibilities between the court and the parties to litigation with their counsels differs remarkably and, as a consequence, the conflicts of interest in aggregate litigation may be similar but they are not really the same. A common European civil procedure in a stricter sense does not really exist. The variety of national conceptions of the individual European states is impressive. Differences exist not only between the European civil law countries and England as a common law country but also among the civil law countries themselves which did not develop a uniform procedural model. Against this background, an analysis of the European development needs to be limited to the law of the European Union itself and to the procedural rules of the most important states of the European Union, which are France, Italy, Spain, England, and Germany. The Netherlands developed an outstanding original model of aggregate litigation and will therefore also be taken into consideration. The following observations begin with an analysis of the distribution of roles and the solution of conflicts of interests in US-American class actions (sub II). A second part tries to give the same analysis for the selected European legal cultures (sub III). A final third part will contain some conclusions regarding the function of substantive law in mass litigation, the relationship between models of mass litigation and social structures, and the preferable model of aggregate litigation.

\* Professor of Law, University of Freiburg, Germany.

The author wishes to express his gratitude to Mrs. Victoria Marini and Assessor Ulrich Kühne, Freiburg, for their help in improving the text. Assessor Ina Ullrich, Freiburg, and Mrs. Anna Pinamonti, Trento, were helpful at collecting materials. Any errors are solely the responsibility of the author.

## II. The United States and the Class Action. Conflicts of Interest under Judicial Control

### 1. *Mass Litigation and Class Action*

The United States are the native country of modern mass litigation though it is true that the institution of group actions is of English origin.<sup>1</sup> The most important institution of American mass litigation is the class action. There exist still other models of mass litigation or litigation on behalf of common interests like complaints of environmental interest groups or *parens patriae* actions of state authorities especially in anti-trust cases.<sup>2</sup> But it is the class action that has become extremely popular in environmental, anti-trust and securities cases, in cases of race or sex discrimination, in human rights cases or consumer, products liability and toxic tort cases.<sup>3</sup> European defendants and all foreign defendants are afraid to litigate in the US because of the modern American class action. It is especially the unique combination of the class action with other procedural institutions and legal instrumentalities like the jury, punitive damages, broad pre-trial discovery and the American rule of costs that characterizes class action procedures in the eyes especially of European lawyers as a procedural monster<sup>4</sup> which is feared because of its appetite, sharp teeth and capriciousness. Whereas twenty or thirty years ago the class action was a new and in many respects fascinating procedural institution for jurists of other legal cultures, it is today an institution which is more or less well-known among lawyers and even law students all over the world. For a new generation of proceduralists the class action has become a shining example of modernization of civil procedure and its function in modern societies. Many legal cultures have imitated this American procedural model and are still doing so. The expectations are high and sometimes unrealistic. As a consequence of this worldwide development, it is not necessary to give a detailed description of the American class action. This has been done on a mostly comparative basis in thousands of articles and books which fill libraries, and to repeat all the wisdoms of these contributions would mean to carry coals to Newcastle. It is enough to give a very short and concise analysis which puts emphasis on those characteristic features which are the origin of conflicts or roles and interests.

### 2. *Equality among Parties and Conflicts of Interest between Parties*

#### A) *General Considerations*

The legal cultures of modern Western societies are based on individual human rights and freedoms. As a consequence, substantive law grants, in principle, actionable rights to individual citizens and the enforcement of law is mainly a matter of individual procedural activities. Administrative enforcement by state authorities is in many fields of law the last resort in cases of really intolerable serious infringements of law and order. Class actions are the attempt to create a common procedure for individual actionable rights with a more or less identical legal and factual basis. In a free society with freely acting citizens, complete identity of facts and their legal consequences is the exception rather than the rule. If the relief sought is a relatively abstract one, e.g. in case of

<sup>1</sup> For the history of the "bill of peace", the English group action and its way to the US see Friedenthal, H.; Kane, M. K.; Miller, A. R., *Civil Procedure*, 4<sup>th</sup> ed., St. Paul, 2005, p. 759 s.

<sup>2</sup> See especially 15 U. S. C. § 15; for the history of *parens patriae* complaints Ratliff, J., "Parens Patriae: An Overview", 74 *Tulane Law Review* 1847 (2000).

<sup>3</sup> For this enumeration again Friedenthal, H.; Kane, M. K.; Miller, A. R., *Civil Procedure* cit., p. 758.

<sup>4</sup> For this characterisation see the dissenting opinion of Chief Judge Lumbard in *Eisen v. Carlisle and Jacquelin*, 391 F. 2d 555, 572 (1968); further Miller, A., "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the «Class Action Problem»", 92 *Harvard Law Review* 664 (1979).



injunctive or declaratory relief, the lead plaintiff of a class may be able to formulate a really common relief even if the underlying facts are different in detail. The more individual and concrete the legal consequences of the infringement of individual rights are, the more difficult is the formulation of a common relief. The development of three types of class actions during the last century by the American legislatures and the American court practice<sup>5</sup> tries to bridge the gap between a substantive law which is characterized by an individualistic conception, and a consolidated procedure which necessarily needs a form of a haircut of the individuals' rights as provided by substantive law. This tension is a source of conflicts between class members if the exact contents of the individual action differs from member to member. Another cause for concern of class members is the fact that class actions bind the class members down to the lead plaintiff's and the court's time schedule with the consequence that the rule "first come first serve" is no longer valid. In this respect, class actions have the same effect as insolvency procedures. The slow and lazy class member and his active and vigilant competitor both have the same chance for successful enforcement. During the last decades, American courts and especially the Supreme Court were more or less successful in balancing these inevitable conflicts of interest.

#### B) *The Anti-Prejudice Class Action and its Restriction. The Ortiz Case*

The first type of class action under FRCP Rule 23(b)(1) permits a class action either to avoid incompatible standards of conduct for the opponent or "when individual litigation might result in judgments that would be dispositive of the interest of other members of the class who are not parties to those individual actions."<sup>6</sup> In *Ortiz*, asbestos claimants filed a class action against the asbestos producer Fireboard on behalf of future asbestos claimants. It was the claimants' intention to get the court's approval of a class settlement. The claimants argued that the class action presented a reasonable way for some recovery to all class members, because a sequence of individual claims would rapidly exhaust the defendant's assets. The Supreme Court<sup>7</sup> reversed the mandatory global settlement of all future asbestos claims. The Court insisted on the prerequisites that the lead plaintiffs must truthfully give evidence of the size of available funds and that the limited fund's future distribution must be free from conflicts. The Supreme Court affirmed the theory of applicability of this type of class action when the defendant has gone into insolvency; but the Court rejected the argument that the mere possibility of insufficient funds should be enough to preclude future claimants from lodging their individual claims. In addition, the majority of the Supreme Court Justices refused the settlement's affirmation because of intra class-conflicts resulting mainly from changes of the law applicable to different groups of class members. According to the opinion of the majority, sub-classing was necessary to cope with the difficulties caused by such competing interests of class members.

#### C) *Class Actions for Final Injunctive or Corresponding Declaratory Relief and Additional Requests for Damages Awards. The Supreme Court's Restrictive Practice in the Walmart Case<sup>8</sup>*

In *Dukes v. Walmart*, the most recent Supreme Court decision regarding class

<sup>5</sup> For the history of federal class actions see Friedenthal, H.; Kane, M. K.; Miller, A. R., *Civil Procedure* cit., p. 759 ss., 760 s.

<sup>6</sup> Summary of the lengthy wording of the original rule by Friedenthal, H.; Kane, M. K.; Miller, A. R., *Civil Procedure*, cit., p. 768.

<sup>7</sup> *Ortiz v. Fireboard Corp.*, 527 U. S. 815 (1999); see the discussion of this decision by Mullenix, L. S., "Re-interpreting American Class Action Procedure: The United States Supreme Court Speaks", *ZZPInt* (Zeitschrift für Zivilprozess International) Vol. 5 (2000), 337, 350 ss.

<sup>8</sup> *Dukes v. Walmart*, 564 U. S. \_\_\_\_ (2011).

actions, current or former female employees of Walmart sought judgment against the company for injunctive and declaratory relief, punitive damages, and backpay. The action was based on sex discrimination of about 1.5 million class members. The lead plaintiff argued that “the local managements exercised their discretion over pay and promotions” incorrectly in favour of men. The Supreme Court denied once more the correctness of certification of class under the FRCP. The plaintiffs applied for certification under FRCP Rule 23(b)(2), which describes the second type of federal class actions. Under this rule, “an action may be maintained as a class action” if “the party opposing the class has acted on grounds generally applicable to the class” as a whole and if “the class representatives are seeking final injunctive relief or corresponding declaratory relief.”<sup>9</sup> The Court majority puts emphasis mainly on two arguments. The first argument was a lack of sufficient commonality. It would have been necessary that Walmart “engaged in a pattern of discrimination” with the consequence that all claims depended on a common contention decisive for the claims of all class members. In Walmart, the individual discriminations seemed to be too different, the individual class members did not really suffer the same injury and the plaintiffs did not offer “sufficient proof that [the] employer operated on a general policy of discrimination”. As a conclusion drawn from the Supreme Court’s majority opinion, it seems to be recommendable to form smaller classes or sub-classes with members who really have the same interests based on congruent factual and legal assertions in order to avoid possible conflicts of interest. It is true that the argument of commonality reflects aspects of procedural economy besides the necessity to avoid conflicts between group members. But, nevertheless, a strict construction of commonality results in a better prevention of conflicting interests of group members. The second argument was rather technical in character. According to the majority’s opinion, the claimed damages and backpays could not be viewed as strictly incidental which is, according to the prevailing opinion, an absolute prerequisite for a combination of an injunctive or declaratory relief with a monetary relief when plaintiffs argue on the basis of this second type of class actions.

#### D) *The “Common Question or Damage Class Action” and the Amchem Case*

The most frequently used and therefore the most controversial third type of federal class action is the common question or damage class actions (FRCP Rule 23[b][3]). This class action may be employed if common questions of law or fact predominate issues affecting only individual class members, and if the consolidated procedure is superior to other procedural instrumentalities to adjudicate the controversy correctly and in due time. The requirements for this type of class action, which need not be described in detail,<sup>10</sup> try to strike the compromise between two opposing policies: judicial economy and litigation efficiency in the public interest of a well working administration of justice and in the interest of the individual class members on the one hand, due process and fairness for the individual which loses control over his litigation and the perception of the individual issues of his case on the other. In *Amchem v. Windsor*, the Supreme Court upheld the vacation of a class settlement by the court of appeals. This class settlement provided for a compromise for asbestos future claimants and was an attempt to resolve globally the asbestos litigation crisis. Nevertheless, the Supreme Court held that the common issue, health consequences of asbestos exposure, did not suffice to justify a settlement on the basis of a common question class action. Too many individual questions concerning class members remained in dispute: varying levels of exposure to asbestos, different products of

<sup>9</sup> Friedenthal, H.; Kane, M. K.; Miller, A. R., *Civil Procedure*, cit., p. 769.

<sup>10</sup> See Fleming, J.; Hazard, G. C.; Leubsdorf, J., *Civil Procedure*, 5<sup>th</sup> ed., New York, 2001, § 10.22, p. 651 ss., § 10.23, p. 659; Friedenthal, H.; Kane, M. K.; Miller, A. R., *Civil Procedure*, cit., p. 770 ss.

asbestos, different time periods of exposure, varying present injuries or possible future injuries only, different state laws governing the plaintiffs' claims, etc.

In all of these three recent class actions the Supreme Court expressed its reservation about classes with too many members and too little differentiation between sub-classes. The Supreme Court's most recent case law shows a clear tendency towards exactly definable smaller classes which meet the class action prerequisites without sophisticated considerations and constructions. This conception helps to avoid conflicts of interest between class members and it should therefore be welcomed. In the eyes of the majority of the Supreme Court Justices, civil procedural reliefs and mass settlements are apparently not the adequate instrumentality to replace legislative measures which are necessary for a satisfying resolution of the social problems of millions of citizens.

### E) *Distribution of Compensation or Damages and Conflicts of Interest*

A court may determine that the class action can be maintained only with regard to individual issues and not for the action as a whole. In this case, each class member has to continue its individual action to obtain a final judgment, and the court will render judgments with individually calculated compensatory damages or punitive damages. This complicated procedure avoids conflicts of interest with regard to distribution of class action funds. If this procedure is too burdensome, the court may divide the class into sub-classes which really satisfyingly meet the prerequisites of commonality. In the Marcos case,<sup>11</sup> the class as a whole had about 10.000 members. The court decided to install 137 sub-classes. The claims of their members were based on the same legal theory and nearly the same factual issues. This differentiation permitted an adequate calculation of a fund for each sub-class thereby avoiding conflicts between members of different sub-classes. The jury affirmed this scheme of distribution. Special problems arise in consumer class actions where the wrongdoer made thousands or even millions of small illegal profits. In these cases the court can assess a damage award on lump-sum basis according to the illegal profits of the tortfeasor. There does not exist, however, an economical way to identify the class members and to distribute the damages. American courts developed or better: invented an original form of compensation by reducing the wrongdoers' prices for an adequate period ("fluid recovery" or "cy pres recovery").<sup>12</sup> It is not very convincing to argue that this form of compensation really favours the class. In such cases the idea of enforcement of private rights is no longer maintained and completely replaced by the idea of private prosecution –again, indeed, without conflicts of interest between class members.

### 3. *Conflicts of Interest between Lead Plaintiff and Class Members*

The system of American class actions works well only when the representative of the class "who does his best for himself also inescapably benefits his fellow class members."<sup>13</sup> Three of the general prerequisites of American class actions are designed to ensure this complete identity of interests of representative and class members: class membership of the representatives, typicality of the claims of the representatives, fair and adequate protection of the absent class members by the representative.<sup>14</sup> The

<sup>11</sup> See *In re Estate of Ferdinand Marcos*, 910 F. Supp. 1460, 1462-1464 (D. Haw. 1995) *aff'd* sub nom. *Hilao v. Estate of Ferdinand Marcos*, 103 F. 3d 767 (9<sup>th</sup> Cir. 1996); Vagts, D.; Murray, P. L., "Litigating the Nazi Labor Claims: The Path not Taken", 43 *Harvard International Law Journal* 503-550 (2002).

<sup>12</sup> See Friedenthal, H.; Kane, M. K.; Miller, A. R., *Civil Procedure*, cit., pp. 784/785 with further references.

<sup>13</sup> Degnan, R., "Foreword: Adequacy of Representation in Class Actions", 60 *California Law Review* 705, 716 (1972).

<sup>14</sup> See FRCP Rule 23(a)(3)(4) and Rule 23(g).

representative's counsel should have enough experience with regard to the factual and legal issues of the class action, and the papers submitted to the court must meet the expectations of sufficient quality. The representatives and their lawyers should own enough financial means to cover the costs of a time-consuming litigation and to prosecute the action strongly until its final success.<sup>15</sup> To exclude any conflict or collusion, the representative must not have a special relationship with other class members or with the opponent.<sup>16</sup> The attempt to formalize the requirement of identity of interests does not seem to be very realistic, in the end criteria of fairness and due process will determine whether in the individual case the expectation of correct representation is justified or not.<sup>17</sup> Already the analysis of the situation at the commencement of the action is difficult and error-prone. The real risk, however, lies in the future development of the representative's and his counsel's interests which may change during lengthy class actions. According to the prevailing theory which determines the US-American practice, financial incentives are the most reliable motivation for counsels to provide high-quality service and to represent a class adequately and fairly.<sup>18</sup> The law firms' financial investment with regard to the case should pay, but, nevertheless, the fee should be reasonable, too. Fee arrangements may be based on the "lode star" or "percentage approach". Each approach has its advantages and disadvantages. On the one hand, contingency fees may be an excellent motivation for high-quality service resulting in high damages awards; on the other hand, a counsel may try to settle the case against the interest of the class members when his fee seems to be an excellent compensation for the little work already done compared with the situation of a cost-intensive and troublesome ongoing action with an uncertain outcome. Billing by the hour is an incentive to work really intensively, but it may be also a seduction to invest more hours than really necessary. A mixed system may combine the advantages of each approach to calculate fees, but it is more complicated and may cause more disputes and objections. Even in cases where the counsel originally would have a good chance that his investments in a case result in a satisfying profit, future events may change the situation, e.g. when a new case taken by the law firm promises much more profit than the older one. It is possible that this internal competition gives rise to a more intense concentration on the newer case and leads to less attention to the older one than before. There is a well-known German proverb that says: "You cannot carry the dog for hunting", and this is also true for attorneys. Money is one form of motivation for human and professional activities but there are still other incentives, which should not be underestimated in a time where an economic understanding of the functioning of state and society seems to predominate all the other preconditions of a well-working social life. This is also true for the relationship between attorney and client, which should not only be characterized as "law as a business" and this aspect will be discussed more intensively in the last part of this contribution.

#### 4. *Conflicts of Interest and Settlement*

In case of settlement of class actions, possible conflicts of interest between lead plaintiffs, counsels and class members may culminate. The rules of law, which govern judicial decision making, determine conflicts between individuals on the basis of traditional justice and its long standing acceptance by the large majority of the citizenry.

<sup>15</sup> See FRCP Rule 23(g)(1)(A) and (B).

<sup>16</sup> See the landmark decision *Hansberry v. Lee* 311 U. S. 32 (1940), where a racially restrictive covenant was in dispute, and the true objective of representatives of the claiming class was to maintain the validity of the covenant.

<sup>17</sup> See FRCP Rule 23(g)(4): "Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class."

<sup>18</sup> See FRCP Rule 23 Amendment 2003, Comment Subdivision (h): "Fee awards are a powerful influence on the way attorneys initiate, develop and concludes class actions"; further ALL, *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, 2009, § 1.05, Reporters Notes, Comment (h).

Voluntary arrangements run the risk that the more skilful or powerful member of a class may successfully seek his advantage thereby shortening the position of the other members. Especially representatives of a class who know the details of the suit better than regular class members could take the opportunity to conclude an arrangement which is not as advantageous for the rest of the class as it is for themselves. The danger that counsels seek settlements in situations where this is more favourable for themselves than for the class, has already been mentioned. The American Federal Rules of Civil Procedure<sup>19</sup> and similarly the Principles of the Law of Aggregate Litigation of the American Law Institute<sup>20</sup> contain detailed rules to ensure the fairness of a proposed settlement: direct notice to all class members, identification of any agreements in connection with the proposal, new opportunity to individual class members to request exclusion according to the court's discretion, etc. Especially the new opportunity to opt out is a strong and efficient weapon to avoid prejudice towards regular "weaker" class members.

### 5. *Enhanced Activity of the Judge*

The traditional American understanding of the judge's role is that of an umpire who decides disputes and conflicts between the parties to litigation and does never step down to the arena where the parties' battle takes place. It is true that during the last decades efficient case management has become more and more a part of the judge's responsibility.<sup>21</sup> But, nevertheless, active responsibility of the court for determinations of fact and law by giving hints and feedback to the parties to litigation, by inviting them to amend contentions of law and facts and offer additional evidence or by determining the correct legal basis for the court's decision has been the exception rather than the rule.<sup>22</sup> In aggregate litigation and class actions, American judges play a very active and therefore powerful role which deviates remarkably from the traditional understanding. This is correct for the court's direction of the proceedings (case management) as well as for the court's responsibility for a fair and acceptable result. The regular case management which is based on the court's responsibility for timely resolution of the dispute, is completed by additional obligations: definition of the class, the representative parties, the class claims, issues and defences; measures to prevent undue repetition or complication in presenting argument or evidence; notice to class members of any step in the action and the proposed extent of the judgement; opportunity for class members to intervene; request for amendment of pleadings regarding representation of absent persons; appointment of the class counsel according to enumerated standards; order for better information on any subject pertinent to the appointment by the potential class counsel; decisions on attorney fees and non taxable costs; imposition of conditions on the representative parties; approval of a settlement, if it is fair, reasonable and adequate. All in all the judge is the dominating figure of class action proceedings. In most cases, the judge's power to certify the class and to approve a settlement is the key to the resolution of the dispute. As a consequence, the judge has much influence on the details of a settlement when he or she monitors the settlement proposals, indirectly or sometimes directly recommending changes or supplementary arrangements to make the settlement ripe for judicial approval. The judge's role bears mediatory features though his position seems to be much stronger than that of a mediator, namely because of the pressure the ongoing procedure with its open end puts on the class members and the representatives of the class. It is hard for American observers to learn that judges

<sup>19</sup> FRCP Rule 23(e).

<sup>20</sup> See Principles Chapter 3 (settlement criteria, appropriateness of cy pres remedies, guardians ad litem etc.).

<sup>21</sup> See FRCP Rule 16 and ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure, Principle 14.

<sup>22</sup> But see ALI/Unidroit Principles, Principle 22.

may use techniques which are more or less close to forms of rights based mediation. The perception of this development is somewhat illusionary. The well-known textbook of Friedenthal/Kane/Miller addresses the problem as follows: "Provisions for judicial involvement in the settlement arena are unique in American law because they are inconsistent with the general principle that litigants are free to settle, terminate, or discontinue a lawsuit as they see fit. Ordinarily, the judge does not participate in the settlement negotiations. Only after a proposed agreement has been reached does the court appraise the fairness of its terms and indicate whether it is in the best interest of those who will be affected by it. In scrutinizing the settlement, the judge is limited to either approving or disapproving the entire proposal."<sup>23</sup> Without any doubt, that is true. But should the judge really not be permitted to indicate doubts and to announce the probable contents of the planned decision giving the representatives of the class the opportunity to improve their proposals? It would be unreasonable not to do so and in reality it is done –against an ideology which exaggerates requirements of a formal conception of judicial neutrality.

### III. European Solutions for Collective Litigation. Extrajudicial Organization of Representatives and Classes?

#### 1. *Variety of Solutions in Europe*

As already mentioned, a uniform European civil procedural model does not exist. As a consequence, the same is true for collective redress and all forms of collective litigation. Each individual state of the European Union has its own system of collective redress. Additionally, to give a short survey is made more difficult by the fact that each state practices more than one model of collective litigation. It is therefore not very helpful to give reports on the systems of each of the selected five European countries without an overarching systematization. An overview over the types of collective litigation and their realization in the individual countries makes more sense. A characteristic feature of the European development is the attempt not to organize the coming together and cooperation of a great number of litigators within the already commenced proceedings but to establish an organizational structure for mass litigations before commencement of the action. The more recent legislation seems to make cautious steps towards the class action model.

#### 2. *Associations or Public Authorities Seeking Injunctive or Declaratory Relief*

##### A) *Availability*

The most common form of collective litigation within the European Union is the injunction for the protection of consumers' interests as provided by a European Directive in cases of misleading advertising, cases of contracts negotiated away from business premises, cases concerning consumer credit, cases concerning the pursuit of television broadcasting activities, cases with regard to package travel and package holidays, cases with regard to the advertising of medical products for human use, cases dealing with unfair terms in consumer contracts, cases with regard to the right to use immovable properties on a time share basis and cases regarding the protection of consumers in respect of distance contracts.<sup>24</sup> The enumeration of fields of law where the instalment of proceedings for injunctive or declaratory relief initiated by consumer associations or public bodies is mandatory, gives a first impression of the state of European patchwork legislation which makes it difficult or sometimes nearly impossible

<sup>23</sup> Friedenthal, H.; Kane, M. K.; Miller, A. R., *Civil Procedure*, cit., pp. 791.

<sup>24</sup> See Directive 98/27/EG of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998, Official Journal of the European Communities, 11.06.1998, p. L 166/51-53; for a survey see Hess, B., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg, 2010, mn. 119 ss., p. 588 ss.



to prepare a competent overview. It is even possible that details of European law will already have been changed during the time needed for publication of this contribution. All member states of the European Union have implemented this directive, and some did or have already done more than necessary under European law.

#### a) *France*

France enables consumer associations to seek injunctive relief according to the provisions of its “Code de la Consommation,”<sup>25</sup> thereby implementing the European directive. There are, however, other situations where French law permits collective actions for injunctive relief initiated by associations or professional organisations:<sup>26</sup> consumer associations in “non European law cases”, especially if the wrongdoer’s activity can qualify as a criminal offence;<sup>27</sup> associations protecting investors on financial markets;<sup>28</sup> associations promoting the interest of families;<sup>29</sup> trade unions for the protection of workers;<sup>30</sup> professional organisations for the protection of interests of the profession as a whole.<sup>31</sup> In many cases public authorities can lodge “public actions” to prevent illegal activities.<sup>32</sup>

#### b) *England*

England has a long tradition of enforcement of consumer interests by public authorities. Today<sup>33</sup> it is besides other authorities<sup>34</sup> mainly the Office of Fair Trading (OFT) that is authorized to apply for injunctive relief under Part 8 of the Enterprise Act 2002. This act implements the European directive on injunctions for the protection of consumers’ interest, but additionally it is designed to provide for injunctions in “non-European law” cases and especially unfair trading cases. The implementation of the European directive demanded –against English tradition– the admission of consumer associations as applicants in proceedings for injunctive relief.<sup>35</sup> The English practice of admission is very restrictive, and until now the only admitted consumer association preferred to ask the OFT to initiate judicial proceedings and not to go to the tribunal itself.

#### c) *Spain*

In Spain, collective actions for injunctive relief (*acción colectiva de cesación*) are governed primarily by provisions of various individual laws, the *Ley de Enjuiciamiento Civil* 2000 contains only some general provisions. In most cases, specially admitted consumer associations (*asociaciones de consumidores y usuarios*) are authorized to

<sup>25</sup> Art. L 421-6 and 421-7 Code de la Consommation.

<sup>26</sup> See for survey Cadiet, L.; Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, 7<sup>th</sup> ed., Paris, 2011, No. 380 ss., p. 269 ss.; Guinchard, S.; Chainais, C.; Ferrand, F., *Procédure Civile*, 30<sup>th</sup> ed., Paris, 2010, No. 149, 153 ss., p. 166 ss, 170 ss.;

<sup>27</sup> See Art. L 421-1 ss. Code de la Consommation.

<sup>28</sup> See Art. L 452-1 ss. Code monétaire et financier.

<sup>29</sup> See Art. L 211-3, No. 4 Code de l’action sociale et de la famille.

<sup>30</sup> See, e.g., Art. 1134-2, 1144-2, 1154-2, 1247-1 Code du travail.

<sup>31</sup> See, e.g., Art. 2132-3 and L 7423-2 Code du Travail (employer organisations); Art. L 470-7 Code de Commerce (professional organisations, especially in cases of unfair competition).

<sup>32</sup> See Cadiet, L.; Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, cit., No. 372 ss., p. 264 ss.; Guinchard, S.; Chainais, C.; Ferrand, F., *Procédure Civile*, cit. No. 146 ss., p. 165 s.; see Art. 422 Code de procédure civile.

<sup>33</sup> See Howells, G., “Enforcing consumer interests by regulatory agencies, the British experience. A case study of the Office of Fair Trading”, in: van Bloom/Loos (eds.), *Collective Enforcement of Consumer Law*, Groningen, 2007, p. 65 ss.

<sup>34</sup> See sec. 213(1) and (5A) Enterprise Act 2002.

<sup>35</sup> See sec. 213(2) and (4) Enterprise Act 2002.

seek collective injunctive relief, but sometimes public authorities, professional organizations or even groups of consumers with an easily and clearly definable membership may be permitted to do so, too.<sup>36</sup> It makes no sense to give a complete enumeration of the individual laws, but some examples may illustrate the variety of regulations: consumer associations, Instituto Nacional de Consumo and similar local institutions according to the law implementing the European directive;<sup>37</sup> only admitted consumer associations with regard to injunctive relief as provided by the general consumer protection law;<sup>38</sup> consumer associations, professional organisations, chambers of commerce, Instituto Nacional de Consumo, Ministerio Fiscal with regard to injunctive and declaratory relief according to the law on unfair contract terms;<sup>39</sup> persons or legal entities with a legitimate interest, groups of consumers with an easily and clearly definable membership, consumer associations, Ministerio Fiscal and the Instituto Nacional de Consumo with regard to injunctive relief according to the law on electronic services<sup>40</sup> and similarly the law on guarantees in case of sale to consumers.<sup>41</sup> Provisions of the Spanish Civil Procedure Code (*Ley Enjuiciamiento Civil 2000*) contain general rules regarding the capacity of groups with easily and clearly definable membership to be a party to litigation (Art. 6<sup>º</sup>, N<sup>º</sup> 7, LEC) and the standing to sue of such groups and consumer organisations (Art. 11, LEC).

#### d) *Italy*

Italy has implemented the European directive on injunctions for the protection of consumers' interests by several provisions of the Italian Consumer Code (*Codice del Consumo*).<sup>42</sup> Provisional injunctive relief, e.g. to prevent the use of unfair contract terms, can be granted upon application of consumer associations, professional organizations and Chambers of Commerce or Industry (Art. 37[1], Consumer Code) and final injunctive relief upon application of consumer associations or independent public organizations in all other cases of infringement of collective interests of consumers (Art. 37[4], 139, 140, Consumer Code). There are, again like in the already discussed European countries, further conflict situations, where professional organizations (Art. 2599, 2601, Civil Code: illegal activities of competitors) or trade unions (Art. 28, Employee Statute: illegal activities of employers against trade unions or its members) can seek inhibitory relief. Art. 81, Italian Civil Procedure Code puts emphasis on the general rule that standing to sue for third party rights needs authorization by special legal provisions. Against this background, injunctive relief sought by associations and organizations in the common interest of consumers, competitors or workers is considered to be an exception which does not tolerate a broad interpretation.<sup>43</sup>

#### e) *Germany*

The most important set of rules with regard to injunctive relief against illegal

<sup>36</sup> For an overview see Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo, P., "Group litigation in Spain", 2007, [http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events\\_media/spain\\_national\\_report.pdf](http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/spain_national_report.pdf); Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J. L.; Montón Redondo, A.; Barona Vilar, S., *Derecho Jurisdiccional*, Vol. II, 18<sup>th</sup> ed. Valencia, 2010, p. 74 s., 80 s.

<sup>37</sup> See Ley 39/2002, de 28 de octubre Art. 25, No. 2.

<sup>38</sup> See Ley 26/1984, de 19 de julio (as amended and in force since 01/12/2007) Art. 20-bis.

<sup>39</sup> Ley 7/1998, de 13 de abril Arts. 12 and 16.

<sup>40</sup> Ley 32/2002, de 11 de julio Arts. 30 and 31.

<sup>41</sup> Ley 23/2003, de 10 de julio (as amended and in force since 01/12/2007) Art. 12.

<sup>42</sup> Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 con successive modificazioni (Decreto Legislativo 23 maggio 2001, n. 79) Art. 2 (enumeration of the fields of application).

<sup>43</sup> See especially Corte di Cassazione, Sezioni unite civili, 08.05.1978, N. 2207, *Il Foro Italiano* 1978 I, 1090 ss.; for the later development see Tarzia, G., "Le associazioni di categoria nei processi civili con rilevanza collettiva", *Rivista di Diritto Processuale* 1987, 774-804.



activities is the German law on final prohibitory injunctions (Unterlassungsklagengesetz) which is also, but not merely, an implementation of the European directive on consumer protection. Consumer associations, professional organizations, chambers of commerce and industry are permitted to seek injunctive relief against unlawful activities in the fields of consumer protection, protection from incorrect advertising by television or incorrect advertising for drugs, protection from illegal practices with regard to investment funds or commerce with securities and protection from infringements of copyrights.<sup>44</sup> The German law against unfair competition<sup>45</sup> and the German antitrust law<sup>46</sup> provide for nearly the same mechanisms of prevention of illegal practices.

f) *Common features*

All analyzed European countries have in common that admitted associations, professional organizations or public authorities are permitted to seek injunctive relief if collective interests of groups or the public as a whole need protection against illegal activities. Differences between the analyzed legal cultures can be found in details regarding the field of law where collective actions are permitted or in the entities which are authorized to lodge a suit in the interest of justice. A common feature is a certain form of mistrust of uncontrolled private initiatives which commence court proceedings.

B) *Conflicts of Interest between “Agent” and “Principal”*

The model of injunctive relief upon application of a private association or public authority has the clear advantage that it is not necessary to appoint the “agent” after commencement of proceedings as it is the case in American style class actions. The admission proceedings with regard to private associations are mostly “outsourced”, and admission is determined independently of an individual case on the basis of general requirements (sufficient personal and financial sources, adequate membership, statutory obligation to serve public or collective interests, etc.).<sup>47</sup> Public authorities are designed to serve public or collective interests by special legal provisions defining the exact functions of these authorities. On the other hand, obligations of such entities to act in the interest of the public, the profession or other social groups are purely fiduciary, no strong own interest motivates their activity –it is only the interest of being successful not to lose members, sponsors or public consent and appreciation. Each legislature has to make its choice whether to prefer activism based on a clearly fiduciary conception or more profit oriented motivation. In the end, it is not possible to combine both completely without suffering disadvantages –there is no free lunch.

Conflicts of interest between individual parties and associations, professional organizations or public authorities during the proceedings are completely excluded if joinder of individual parties is not permitted<sup>48</sup> or not practiced, and if a final decision does not create negative preclusive effects against individual parties which are free to initiate their own suit without being prejudiced, but with the advantage that they can rely on a decision favourable for their own suit.<sup>49</sup> If joinder of individual parties is authorized and

<sup>44</sup> See German law on final prohibitory injunctions (Unterlassungsklagengesetz) sec. 1-4.

<sup>45</sup> German law on unfair competition sec. 8.

<sup>46</sup> German antitrust law sec. 32.

<sup>47</sup> See, e.g., German law on final prohibitory injunctions sec. 4; Italian Consumer Code Art. 137, 139; French Consumer Code Art. L 421-1 and L 421-6; Cadiet, L.; Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, cit., No. 384, p. 273.

<sup>48</sup> This seems to be the German solution according to the point of view of the German Federal Supreme Court, though details remain unclear; see BGH *NJW-RR* (Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechung) 2011, 907.

<sup>49</sup> See e.g. German law on final prohibitory injunctions (Unterlassungsklagengesetz) sec. 11; similar Art. 221, No. 2, Spanish Civil Procedure Code (LEC); for the Italian discussion see Punzi,

practiced,<sup>50</sup> the proceedings become more complicated because of possible conflicts between the claiming association and intervening individuals, though general rules of joinder may determine possible conflicts. In reality, however, actions of associations or professional organizations against wrongdoers work well only if no or only few individual parties join the action. In case of joinder of hundreds or even thousands of individual parties, the character of the action will change from a simple two-party-proceeding into complex multiparty litigation, and the situation will be much worse than in class actions where the appointment of a representative simplifies the proceedings and avoids confusion caused by incompatible procedural activities of the numerous intervenors.

### C) *The Role of the Judge*

Whereas complex litigation like class actions requires intensified judicial activity, actions of associations for injunctive relief do not need more judicial management than ordinary two-party-procedures. In most European countries and even in modern England, the court is more active than in the US; this is true for activities with regard to case management<sup>51</sup> and for responsibilities with regard to determinations of fact and law.<sup>52</sup> As a result, proceedings initiated by associations or public authorities regularly do not need special judicial organization –provided always that there are only few or no intervenors.

## 3. *Associations or Organizations Seeking Monetary Relief or Monetary Compensation*

### A) *General Availability*

In most European countries, admitted associations or professional organizations are permitted to seek monetary relief in the collective interest or in the interest of affected individuals or members. The techniques of these procedures and the kind of monetary relief are manifold. It is only possible to give a rough survey without analyzing details.

### B) *France*

The French “*action civile*” enables consumer associations to seek monetary relief for collective damages caused by infringement of legal provisions that are designed to protect consumers from unfair or illegal activities (Art. L 421-1 and 421-6 French, Consumer Code).<sup>53</sup> It is necessary to emphasize the fact that collective damages in the

C., “La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi”, *Rivista di diritto processuale* 2002, 647 ss., 667, 674.

<sup>50</sup> The Spanish Civil Procedure Code (LEC) Art. 13, No 1 authorizes individual parties explicitly to join proceedings which were initiated by consumer associations. The same is true, at least in part, for French law. Several provisions explicitly mention an authorization for joinder of individual parties even in cases where professional organizations or trade unions apply for injunctive relief; see, e.g., Art. 1134-2, 1144-2, 1154-2, 1247-1, 7423-2 Code du travail. Somewhat cryptic Italian Consumer Code Art. 140 No. 9: “Save for the regulations... on joinder of actions and related or consolidated proceedings, the provisions pursuant to this section do not preclude the rights of consumers... to take individual actions.”

<sup>51</sup> See German Civil Procedure Code sec. 272 ss., 214 ss.; Art. 179(1) Spanish Civil Procedure Code (LEC); Part 1(4) and Part 3 English Civil Procedure Rules; Art. 3 French Code de procedure civile; Art. 175, 187 ss. Italian Civil Procedure Code.

<sup>52</sup> See German Civil Procedure Code sec. 139, 273, 141 ss.; Art. 8, 10, 143 French Code de procédure civile; Part 1(4)(2), Part 3(1)(2)(k) and (4), Part 18 English Civil Procedure Rules; Art. 183(4), 117, 118, 213, 257, 258, 281 ter Italian Civil Procedure Code; Art. 282(2), 414 ss., 426(1) and (6), 429(1)(2), 435(2) Spanish Civil Procedure Code.

<sup>53</sup> See Cadiet, L.; Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, cit., No. 383, p. 271 ss. Relief can be sought not only in civil courts but also in criminal courts where Art. 2 Code of Criminal Procedure permits victims of criminal offences to lodge actions for compensation.

sense of these provisions are not calculated on the basis of the sum of all individual damages. In 2000, consumer associations lodged 464 claims for monetary relief, and the full sum of damages awards regarding collective damages was 371.337 Euro.<sup>54</sup> Collective damages in this sense are a form of partial reimbursement of the association's extrajudicial costs and expenditures and they are of a more symbolical character.

From a practical point of view much more significant, however, is the "pouvoir d'agir" of admitted consumer associations<sup>55</sup> and similar entities<sup>56</sup> with regard to actions of individual parties for compensation of their individual damages. The prejudice suffered by individuals must have a common origin in activities of the same wrongdoer. The association needs the explicit instruction of the individual party. It is remarkable that this "instruction" cannot be "solicited via a public appeal on television or radio, nor via poster campaign, tracts or personalized letters"<sup>57</sup> –advertising to stimulate the associations' "law business" is not permitted. The association regularly concludes a contract which may contain agreements on reimbursement of costs and expenditures and details of the future representation.<sup>58</sup> Trade unions are permitted to represent employees without their previous consent,<sup>59</sup> but the affected employee can contradict upon obligatory notice by the trade union. The explicit right of the affected employee to intervene may result in complex multi-party litigation, though French law does not provide for special rules to handle this difficult situation.

The court has to determine each individual claim for damages, and it is up to the association to distribute the damages awards correctly. French law does not know fluid recovery, but in case of very small individual claims it may be possible to reach similar results on the basis of agreements.

### C) *Italy*

It is questionable whether consumer associations can seek monetary relief for their own "collective" damages under Italian law. Art. 140(1)(b), Consumer Code permits applications of associations for "suitable measures to remedy or eliminate the damaging effects of any breaches" of legal obligations with regard to the protection of consumers. According to the prevailing opinion, this provision does not cover an association's own collective damages.<sup>60</sup> A similar scholarly dispute has arisen in antitrust or unfair competition cases, where professional organizations claim for damages according to Art. 2595 ss., 2600 Italian Civil Code.<sup>61</sup>

#### a) *The Common European Approach. Monetary Relief for the Association*

Like in France, the ability of associations to apply for collective monetary relief with

<sup>54</sup> Longuet des Diguères, A., "Verbandsklage auf Schadensersatz im französische Code de la Consommation", in: *EU-Harmonisierung des Wettbewerbsrechts*, Berlin, 2002, p. 23 ss.; see further Beuchler, H., "Frankreich", in: Micklitz; Stadler (eds.), *Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft*, Münster, 2005, p. 57 ss., 93, 115 ss.

<sup>55</sup> See French Consumer Code Art. 422-1 ss.

<sup>56</sup> For an enumeration and survey of other associations which are designed to protect collective interests, see above sub III 2A, a with further references; see again Cadiet, L.; Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, cit., No. 390 ss., p. 278 ss.

<sup>57</sup> See Art. L 422-1(2) French Consumer Code.

<sup>58</sup> See especially Art. R 422-2 French Consumer Code.

<sup>59</sup> See for details Cadiet, L.; Jeuland, E., *Droit judiciaire privé*, cit., No. 388 s., p. 276 ss.

<sup>60</sup> See for the preceding Law No. 281/30.07.1998 with the same wording Bilotta, F., "La disciplina dei diritti dei consumatori e degli intenti", in: *Tendenze evolutive nella tutela de consumatore*, Madrid, 1998, p. 43 ss., 71.

<sup>61</sup> See Ghidini, G., in: Schlesinger, P. (ed.), *Il Codice Civile. Commentario*, 1999, Art. 2598-2601, p. 459 ss.

regard to compensation of damages of individual parties is of much more significance than the compensation of the association's own collective damages, though intensively discussed by legal scholars. In 2008, the Tribunale di Roma ordered in a proceeding for injunctive relief under Art. 140(1)(b), Consumer Code that the wrongdoer had to pay back wrongfully claimed fees.<sup>62</sup> In 2007, Italy began to enact a new proceeding for collective redress (Art. 140 bis, Italian Consumer Code). Despite of some common features with American style class actions, it seemed to be misleading to call this new legal instrumentality a class action. In its original form, the Italian class action required the initial activity of an admitted and registered consumer association, a non-registered association of the same quality<sup>63</sup> or and ad-hoc-committee in which the individual parties were a member.<sup>64</sup> The new class action has been designed to apply in cases of unfair contractual terms, product liability cases, improper commercial practices, and anti-competitive activities.<sup>65</sup> Unlike US class actions, the original Italian pseudo-class action did not permit single private parties to lodge an action on behalf of a class as its lead plaintiff or representative. Plaintiff was always an association or committee designed to organize the action on a contractual basis.<sup>66</sup> The collective action had to be prepared on the basis of a preliminary out-of-court activity and not after commencement of proceedings under the court's control. The legal entity, that acted as claimant, was granted standing to sue for the claims of individual consumers which opted in. Individual parties, that opted in, were not parties to litigation. It was up to the plaintiff –the legal entity– to advance the costs and expenditures and to bear the costs when the case was lost.

#### b) *The "New" Class Action. Dogmatic Cretinism?*

In 2009, before the new provision came into force 2010, the legislature changed its wording. It is now the individual consumer and class member who is permitted to initiate the proceedings on behalf of the class. This lead plaintiff may act alone or mandate a registered or unregistered association or an ad hoc-committee of consumers. The exact character of this action is now in dispute.<sup>67</sup> Is it an American-style class action where the lead plaintiff is free to mandate an association or committee or not? Or is it in the most common case of a mandate still a monetary relief of the association or ad hoc-committee which is entitled to a legal representation sui generis or a special form of standing to sue? Or is it a form of substitution of the lead plaintiff by the association? It is not possible to analyze this problem in detail, but it may not hurt to discuss the most recently revised Italian class action together with its French and Spanish sisters putting emphasis on the important preparatory function of the association.

#### c) *Some Other Interesting Features*

The question is whether agreements on the distribution of costs and expenditures

<sup>62</sup> See Trib. Roma, 30.04.2008, Foro Italiano 2008 I, 2679.

<sup>63</sup> According to prior consumer case law: Corte d'appello di Roma, 24.09.2002, Foro Italiano I 332.

<sup>64</sup> See Art. 140-bis(1)(2) Italian Consumer Code.

<sup>65</sup> Art. 140-bis(2) Italian Consumer Code.

<sup>66</sup> See, e.g., Siragusa, M.; Guerri, E., "Collective actions in Italy: too much noise for nothing?", *Global Competition Litigation Review* 2008, 32 ss., 35; Caponi, R., "The Collective Redress Action in the Italian Legal System", *ZZPInt* (Zeitschrift für Zivilprozess International), Vol. 13 (2008), 13 ss.

<sup>67</sup> See Consolo, C., "Come Cambia, Rilevando Ormai a Tutti in Pieno il Suo Volto, Art. 140-bis e la Class Action Consumeristica", *Corriere Giur.* 2009, 10, 1297; Schlesinger, P., "La Nuova «Azione di Classe»", *Corriere Giur.* 2011, 4, 547; Bove, M., "Profili processuali dell'azione di classe", *Judicium*, www.judicium.it. 2011; Pagni, J., "L'azione di classe nel nuovo art. 140-bis", *Rivista di diritto processuale civile* 2010, p. 1 ss.; Punzi, C., "L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli intenti", *Rivista di diritto processuale civile* 2010, 253 ss.

between the association and the opting-in parties are permitted, which seems to be just and fair against the background that opting-in parties need no counsel. Judgments have no preclusive effects against class members who did not opt in, and settlements do not affect the rights of opting-in members who did not explicitly agree. Individual class members who did not opt in, are not permitted to intervene as third parties<sup>68</sup> –a form of prevention of multi-party litigation.

Although the Italian model seems to be construed in many respects according to the French or Spanish example, there can be found, nevertheless, many features which are borrowed from the American class action. The prerequisites for the admission of the collective action are homogenous or identical rights, adequate protection of the individual rights by a capable proposing party, lack of conflicting interests of the proposing association and individual group members. The description of the necessary contents of the judgment seems to have profited from class action experiences, too. The judgment shall define criteria for a quantification of the compensation for each class member and, if possible, shall determine a minimum amount. Calculation of damages on a lump sum basis is allowed in suitable cases.

#### D) Spain

In more or less all fields of law where injunctive or declaratory relief sought by associations or similar entities is permitted,<sup>69</sup> affected individuals can claim damages. Collective litigation for redress of individual damages of consumers is governed by general and special rules of the Spanish Civil Procedure Code. The Spanish legal culture does not really know American style class actions, like in France or Italy it is, in principle, up to associations to seek monetary relief in the interest of affected individual parties.<sup>70</sup>

If the affected individuals are members of a group of consumers who cannot be easily or even at all identified, only consumer associations are entitled for collective redress in the interest of damaged individual parties (standing to sue).<sup>71</sup> Upon public appeal interested parties may opt in.<sup>72</sup> The final judgment determines the parties favoured by the judgment and the amount of compensation.<sup>73</sup> If a determination of the individual favoured group members is not possible, the judgment gives an abstract description of these group members and of the conditions of their compensation.<sup>74</sup> Group members not named in the judgment may apply for a court decision which implements the abstract description of the judgment according to their factual and legal assertions and their means of evidence,<sup>75</sup> and entitles for execution.

If the affected individuals are determined or easily determinable, besides admitted consumer associations a group of affected individuals itself is authorized to collective redress, and it is up to this group to give notice to all the other affected individuals with

<sup>68</sup> Art. 140-bis(10) Italian Consumer Code which excludes the applicability of Art. 105 Italian Civil Procedure Code.

<sup>69</sup> See above sub III 2A, c.

<sup>70</sup> For a survey see Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J. L.; Montón Redondo, A.; Barona Vilar, S., *Derecho Jurisdiccional*, cit., p. 60, 67; Torres, E., "In unity is there strength? Representative claims, overview of some European developments", *International and Commercial Law Review* 2001, 176; Barona Vilar, S., "Der verfahrensrechtliche Schutz von Verbrauchern durch das neue spanische Zivilprozessrecht", *ZZPInt* (Zeitschrift für Zivilprozess International), Vol. 6 (2001), 91 ss.

<sup>71</sup> Art. 11(3) Spanish Civil Procedure Code (LEC).

<sup>72</sup> Art. 15(1) und (3) LEC.

<sup>73</sup> Art. 221(1)(1) LEC.

<sup>74</sup> Art. 221(1)(2) LEC.

<sup>75</sup> Art. 519 LEC.

the support of the court.<sup>76</sup> It is true that this form of standing to sue of an ad-hoc-organized group of affected individuals resembles in many respects the American style class action. But in the end, it realizes the conception of representation by an organized entity in a very simplified way.

There are two peculiarities of the Spanish collective redress in the interest of individuals. First, new parties may intervene according to Art. 13(1)(2) Spanish Civil Procedure Code and benefit from the proceedings and judgment according to the general rules of joinder. As a bad consequence, multi-party proceedings could come up despite the legislature's intention to maintain the two-party procedure model. Second, there are no special rules on the preconditions of a valid settlement. The general rules for settlements do not require judicial approval, but the court may deny its certification if public interest reasons or the interest of third parties limit the autonomy of the parties<sup>77</sup> –in our case the autonomy of the association and the opponent. This general provision can be construed as an entitlement of the court to examine settlements and their fairness in cases of collective redress by associations.

The wording of the provisions of the Spanish Civil Procedure Code covers only activities of consumer associations. But there are convincing arguments for their application per analogiam in cases of representation by professional organisations or similar entities.

#### E) *Germany*

German law is perhaps the most restrictive among the continental legal cultures with regard to monetary relief for associations in the interest of affected individuals.<sup>78</sup> The German legislature did not install an adequate general legal model, and the Federal Supreme Court did not accept proposals to grant consumer associations a general form of standing to sue for damaged individuals according to general principles of procedural law or through analogy to provisions regarding their entitlement to injunctive relief.<sup>79</sup> But the German Supreme Court determined that consumer associations may have a standing to sue for assigned claims of consumers if collective redress is necessary in the interest of consumer protection and if individual suits are inefficient. In the meantime, the legislature enacted a liberalized new law on legal services granting general permission for registered consumer associations, and for professional organisations with regard to their members.<sup>80</sup> Moreover, consumer associations do not need representation by attorneys if they seek monetary relief to enforce claims of affected individuals.<sup>81</sup> This model of collective enforcement of individual claims needs well-working contractual agreements between associations and individual parties, and its success depends on the associations' skill to motivate the affected individuals and to organize good performance. The problems of performance are the same as in the legal models of France, Spain or Italy. The question may be whether a contractual model is more flexible than legal models, e.g. when calculating individual damages on lump sum basis or using *cy pres* recovery etc. The consumers can give their general consent for settlement upon careful and fair discretion of the association. The court

<sup>76</sup> Art. 11(2), 15(2), 256(1)(6) LEC.

<sup>77</sup> See Art. 19(1) LEC.

<sup>78</sup> For a survey see Hess, B., "Private Law Enforcement und Kollektivklagen", *JZ* (Juristenzeitung) 2011, 66 ss.; for competition law see in English language Stadler, A., "Collective Action as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law", in: Basedow (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Alphen, 2007, p. 195 ss.

<sup>79</sup> See German Federal Supreme Court BGHZ 170, 18 ss.

<sup>80</sup> German Law on Legal Services 2007 (Rechtsdienstleistungsgesetz) sec. 7(1) and sec. 8(1)(4).

<sup>81</sup> See German Civil Procedure Code sec. 79(1)(2) and (2)(3).



procedure, though designed to collective enforcement, remains a two-party-procedure with a relatively simple structure.

A special form of collective litigation to compensate economic loss of individual parties are the German skimming-off actions. In cases of unfair competition, consumer associations are permitted to recover illegally gained profits in favour of the German treasury<sup>82</sup> –a special and altered form of fluid recovery. Associations representing the interests of trade and industry or chambers of commerce –not consumer associations– are entitled to similar claims in antitrust cases.<sup>83</sup> But in both cases, German law gives priority to competing damage claims of consumers or to the Federal Cartel Office’s right to take itself hold of illegal gains, thus complicating the skimming-off procedures.

#### F) *England*

Actions for monetary relief that could be initiated by associations in the interest of individually affected parties are not really practiced in England on a large scale. One may consider whether representative proceedings<sup>84</sup> with an association as representative could enable an association to seek monetary relief in the interest of affected individuals. But regularly the structure of such cases does not meet the requirements of a representative action. It is necessary that a representative party’s own interest has been damaged by the defendant and, as a consequence, an association lacks, in principle, capacity to sue on behalf of affected other parties.<sup>85</sup> Considerations to change the law by deleting the requirement of “own interest” did not come to a successful end.<sup>86</sup> A special form of collective monetary relief especially in cases of small damages is the competence of public authorities to claim compensation for damaged individuals in criminal procedures, in part in form of skimming-off actions.<sup>87</sup>

#### G) *The Netherlands*

Like the legal systems of the other states of the European Union, Dutch law knows collective actions by representative organisations for declaratory and injunctive relief.<sup>88</sup> But unlike in France, Italy or Spain, the Netherlands, in principle, do not permit such organisations to seek monetary relief in the interest of individual parties. Like in Germany, only voluntary pooling is permitted by assignment or by giving a debt collection mandate. In 2005, the Netherlands enacted the Collective Settlement of Mass Damages Act (WCAM) which is in many respects a remarkable legal invention. Briefly described the procedure works as follows:<sup>89</sup> The admitted foundation or association concludes a settlement with the wrongdoer in the common interest of damaged individuals. Both parties apply to the Amsterdam Court of Appeals for affirmation upon examination of the fairness and efficiency of the settlement. After hearing arguments of all interested parties who can ask for improvements and changes, the court may affirm

<sup>82</sup> See German law on unfair competition sec. 10 and Stadler, A., “Collective Action”, cit., p. 206.

<sup>83</sup> See German antitrust law sec. 34a and again Stadler, A., “Collective Action”, cit., p. 207.

<sup>84</sup> See for a survey Andrews, N., *English Civil Procedure*, Oxford, 2003, mn. 41.57 ss., p. 987 ss.; CPR Part 19.6.

<sup>85</sup> See Chocosuisse Union des Fabricants Suisse de Chocolat v. Cadbury Ltd, *The Times*, 15.03.1999 (Court of Appeal).

<sup>86</sup> See Hodges, C., “Multi-Party Actions. An European Approach”, 11 *Duke Journal of Comparative and International Law* 321 ss. mn. 9.27.

<sup>87</sup> See Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 sec. 130, 134; Hodges, C., *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems*, Oxford, 2008, p. 207 ss.

<sup>88</sup> See Art. 3: 305a, Dutch Civil Code.

<sup>89</sup> See van Boom, W. H., “Collective Settlement of Mass Claims in The Netherlands”, in: Casper, M.; Janssen, A.; Pohlmann, P.; Schulze, R. (eds.), *Auf dem Weg zu einer Europäischen Sammelklage?*, München, 2009, p. 171 ss., 179 ss.

the settlement which becomes binding for all present and future parties who do not prefer to opt out after publication of the settlement. The distribution of the settlement proceeds is performed by an administrator according to a plan of allocation in the settlement agreement. There is no judicial appeal against the administrator's decisions, but the settlement may provide a committee with watchdog function.

#### H) *Conflicts between Parties and Associations*

##### a) *Need for well-functioning associations*

As already analyzed for proceedings in which associations seek injunctive or declaratory relief,<sup>90</sup> it may be an advantage of the continental European models that the court does not have the burden of appointing a lead plaintiff. It is up to already admitted associations or ad-hoc groups to become active and to organize the performance of collective redress on the basis of flexible agreements adapted to the necessities of the individual case. The question is whether the mandated associations have enough financial sources and whether the motivation for associations and individuals to participate in the joint enterprise is strong enough. The German idea of skimming-off procedures which are initiated by associations and in the end favour the German treasury, is not very realistic with regard to necessary incentives, if no remarkable part of the proceeds remains with the associations –even non-profit organizations live on earth and are not angels. These organizations can only work efficiently if they organize mixed financial sources (private sponsoring, public subsidies, contributions of individual parties especially in case of success). If non-profit organizations work on the basis of budgets with mixed sources, they have enough incentives to be active, but they are not as dedicated to making money and to practice law as a business as it is the case with lead plaintiffs and their attorneys. Conflicts of interest between associations and individual parties will be not as serious as are conflicts between lead plaintiffs with profit-orientated attorneys and class members, if the associations are enabled to act on a financial basis that guarantees sufficient independence. In small claim cases associations do not need an attorney. Big cases demand qualified representation by experienced law firms. In contrast to private lead plaintiffs non-profit organizations are –if well organized– powerful repeat players who need no protection from their own attorneys or law firms.

##### b) *Distribution of proceeds*

A remaining problem is the distribution of damages awards among the individual parties. Lump sum agreements will work well only in small claim cases. In big cases there are two modes to avoid or handle conflicts between the affected individuals. The responsibility for fair distribution can lie either with the judge or with an administrator or committee of the association. If the court is responsible, the distribution must be realized strictly on the basis of law as it is done by courts when a single party asserts multiple claims. This may result in a court overload and is therefore not always in the interest of an efficient administration of justice. This is especially true if nearly insolvable problems of causation of individual damages are in dispute. In such cases, judges have much leeway for free deliberation of proof and fair calculation of damages in most legal cultures. Against this background, the responsibility of an administrator or a committee of the association has many advantages. This model resembles the practice of American courts in big class actions, and it is the choice of the Dutch Collective Settlement Act. Judicial review of the administrator's decision is not a recommendable way to resolve the problems connected to the right of access to courts. The right to a late opt out for unsatisfied parties suffices to guarantee individual access to justice, and it protects from abuse of process because a party will go this way with its risks only to avoid substantial injustice.

<sup>90</sup> See above sub III 2B and C.



#### 4. *Group or Class Actions for Monetary Relief*

Among the large Member States of the European Union only two legal systems know real group or class actions where affected individual parties initiate court proceedings by lodging their own claims with the court.<sup>91</sup> England has a long tradition of representative proceedings, and it developed group actions as a modern form of collective redress. Germany enacted the German law on test cases in capital investment litigation (Kapitalanlegermusterverfahrensgesetz –KapMuG) which is to a certain degree a more or less successful imitation of the English group action for a limited field of law.

##### A) *England*

An old form of multi-party litigation are representative proceedings.<sup>92</sup> A party can lodge a suit “to vindicate not only his personal interest but the rights of those who are similarly affected by the defendant’s breach of duty.”<sup>93</sup> In principle, the court’s decision will be binding on all parties with the same interest, but enforcement against non-parties requires the permission of the court. Courts take the requirement of “same interest” very seriously. The consequence is a very restrictive approach to damage awards. The individual compensation must be calculated precisely and is very seldom absolutely the same. A representative may be successful if he applies for binding declaratory relief with regard to one or more decisive issues.<sup>94</sup> Afterwards, each individual party may go on to proceed individually for a monetary relief.

Much more widespread is the modern group action.<sup>95</sup> Unlike representative litigation or American style class actions, group actions create binding effects only against group members who have lodged their own claim (opt-in model). This form of proceedings is attractive in cases in which a great number of individual disputes has a common factual and legal basis with the same issues. A group litigation order can be made upon motion of a party or a future party or ex officio. Group members who want to take part in the group action must register. The court must actively manage the case especially by appointing a lead solicitor, by providing for one or more test cases and by specifying common particulars and particulars of individual claims which should be tried separately. Decisions in test claim cases are binding for all other registered claims. The court may also order the formation of sub-groups with special lawyers, and it may order split or joint trials.

##### B) *The German Group Action and Test Procedures in Capital Investment Litigation*

Like English group actions, the German law on test cases is designed economically to resolve problems of multi-party litigation resulting from the same violation of legal provisions by the defendant.<sup>96</sup> If at least ten plaintiffs apply for test proceedings, the local court of appeals selects one of the plaintiffs to conduct the test case. All other proceedings are stayed, the decision of the court of appeals is binding for the stayed individual actions. In the test procedure, the plaintiffs involved have –roughly speaking– the rights of intervenors, and like the test case plaintiff they may lodge an appeal with the Federal Supreme Court. The binding effect of the test case decision would have to be considered unconstitutional without this right of intervention due to the constitution’s fundamental right to be heard. The binding effect of the test case decision includes claim and issue preclusion. In many cases the test procedure’s scope may be limited

<sup>91</sup> For Italy see already above sub III 3C, b.

<sup>92</sup> See CPR Part 19.6; Andrews, N., *English Civil Procedure*, cit., mn. 41.57 ss., p. 987 ss.

<sup>93</sup> Andrews, N., *English Civil Procedure*, cit., mn. 41.57 ss., p. 987.

<sup>94</sup> See *Equitable Life Insurance Society v. Hyman* [2002] 1 AC 408 (House of Lords).

<sup>95</sup> See CPR Part 19.10-19.15; again Andrews, N., *English Civil Procedure*, cit., mn. 41.10 ss. p. 974 ss.; further Zuckerman, A., *On Civil Procedure*, 2<sup>nd</sup> ed., London, 2006, mn. 12.35 ss., p. 515 ss.

<sup>96</sup> For a short survey in English language see Stadler, A., cit., p. 203 ss.

to special common issues of all individual claims, and upon rendition of the test procedure decision the district court has to go on to proceed on the individual claims. The success of this proceeding is not revolutionary. Skilful judges would be able to manage multiple claims in due time without this new law. It is not without good reason that the English group action was developed by the English courts, whereas the legislature integrated this proceedings into the CPR without real innovations. Some smaller group actions have already come to an end, but the German multiple litigation monster, the Telecom dispute, is still undecided though this case was the initial reason for the German legislature's initiative. Disappointed critics should take into account that most American mass class actions would also need many years if the parties refused to settle the case. Opt-out settlement rules would be a helpful improvement, and considerations regarding this should be encouraged.

### C) *Conflicts between Parties and the Role of the Court*

The model of group actions with test procedures intends to combine the advantages of two-party procedures with the advantages of joint individual disputes. The phase of test proceedings reduces the multi-party claim to a two-party procedure thereby simplifying the management of the action. But like the American-style class action, the group action model has to pay for this advantage with the necessity for a strict supervision of the test case claimant's and its attorney's guidance and fiduciary reliability. The model of representation by admitted associations lowers this supervisory responsibility to suitable standards though it shares the advantage of a two-party phase with the group action model.

All three models for collective monetary relief (class action, representation by non-profit organizations, group action with test procedure) have remarkable difficulties to handle the conflicts between the individual parties during the phase of distribution of the proceeds. The model of representation by admitted non-profit associations enables the association and the individual opting-in parties to agree on flexible distribution mechanisms before commencement of proceedings upon proposals of the association. The two other models do not have comparable potential. All opt-in models have the big advantage of being able to exclude possible conflicts with future claimants from their considerations. This is not true for the class action model and the Dutch settlement model.

## IV. Final Conclusions and Recommendations

It is really not possible to say anything truly new on conflicts of interest and distribution of roles in class actions and other forms of collective litigation. Nevertheless, the analytical observations of this report may justify some final remarks and conclusions which try to shed a new light on some well-known issues.

### 1. *Conflict Management by Mass Litigation and Substantive Law. Abandoning the Illusion of Enforcement of Traditional Rules of Liability and Compensation*

All forms of collective redress of damages in the interest of individual parties have in common that they were not really successful in bridging the gap between a substantive law with its extremely individualistic conception of compensation and the requirements of compensation of mass damages with their need for a strict categorization or standardization and sometimes for a haircut of individual rights. To be short and point: The main problem of collective redress is not really a lack of procedural instrumentalities, it is a lack of substantive law for mass damages. It is necessary to abandon the illusion that collective redress is a form of enforcement of traditional rules of liability and compensation. The attempts to develop procedural remedies for mass compensation cannot be really successful as long as the substantive law does not give guidelines for a correct decision which can be implemented by courts without giving an impression of

arbitrariness or even autocracy. The lack of guidelines of substantive law for specific judicial elaboration is the reason why parties and courts prefer settlements or why associations which represent individual parties try to conclude agreements on the distribution and calculation of damages. It should be considered whether a preferable way to go on could be a much broader development of rules of substantive law which permit a calculation of damages on a standardized basis or on a lump sum basis, e.g. on the basis of the value of purchased stocks or securities at the time of purchase, on the basis of well-documented profits made by a wrongdoer, or on the basis of the average costs of a treatment or support in case of health defects, etc. If class or group members want to profit from collective litigation thereby avoiding the burden and risks of individual law enforcement, rules of substantive law could apply which entitle only to a standardized compensation calculated on the basis of a rough categorization. Guidelines of substantive law for compensation of mass damages do not only enable judges to render judgements which grant individual parties really determinable monetary relief. They also facilitate settlements and the court's affirmation of settlements because they contain valuable criteria for "fairness". Pre-action agreements between admitted non-profit associations and individual parties on the calculation of damages and their distribution would become much easier, too. This idea is, indeed, not at all revolutionary. Courts and legislatures in common and civil law countries have already taken their first steps to develop special rules of substantive law for mass compensation, e.g. German law by enacting rules for skimming-off<sup>97</sup> or US-American law by granting "fluid recovery" or "cy pres recovery."<sup>98</sup> But these first small steps do not suffice to change the situation because the illusion of collective procedural enforcement of traditional individual claims blocks the entrance to the right way. Theories on the protection of "diffuse collective interests"<sup>99</sup> by claims for monetary relief remain unclear and confusing, if they do not answer the question for a functioning and well-working conception of compensation for mass damages in a concrete and detailed form which could really be practised, especially by developing patterns and schemes for the calculation of compensation. Rules of substantive law which contain simplifying standards for individual compensation in case of mass damages should not be considered as unconstitutional in Western legal cultures. They do not expropriate holders of good claims. It is the given factual situation which determines the value of an only difficultly enforceable claim. But it is true that a claim holder should have a fair chance for full individual enforcement. Against this constitutional background, opt-in models may harmonize better with constitutional requirements than opt-out models with their somewhat rough preclusive effects.

## 2. *Models of Conflict Management by Mass Litigation and Social Structures*

The modern US-American society is individualistic,<sup>100</sup> competitive and disputatious.

<sup>97</sup> See above sub III 3 E.

<sup>98</sup> See above sub II 2 E.

<sup>99</sup> The concept of "diffuse interests" has been mainly introduced by Italian proceduralists; see Cappelletti, M., "Formazione Sociali e Interessi de Gruppo Davandi alla Giustizia Civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. 36 (1975), 361 ss.; Denti, V. (ed.), *Le Azioni a Tutela Degli Interessi Collettivi*, Padova, 1975; Taruffo, M., "I Limiti Soggettivi de Giudicato e le Class Actions", *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. 30 (1969), 609 ss.; Vigoritti, V., *Interessi Collettivi e Processo*, Milano, 1979; see further Pellegrini Grinover, A. (ed.), "A Tutela dos Interesses Difusos", São Paulo, 1984; Gidi, A., *Rumor a um Código de Processo Civil Coletivo*, Rio de Janeiro, 2008, p. 32; Mafra Leal, M. F., *Die Kollektivklage zur Durchsetzung diffuser Interessen*, Frankfurt, 2010.

<sup>100</sup> See Kagan, R.A., *Adversarial Legalism*, Cambridge, 2001; Lipset, S. M., *American Exceptionalism*, New York, 1996; Marcus, R., "Exceptionalism and Convergence", 49 *The Supreme Court Law Review* (2<sup>nd</sup>), 512 ss. (2001); Stürner, R., *Markt und Wettbewerb über Alles?*, München, 2007, p. 34 ss.; Stürner, R., "Die Qualität der Gerechtigkeit in einer Gesellschaft und der Zivilprozess", *International Journal of Procedural Law* 2011/01, 54 ss.

At first glance, it seems therefore consequent that US-American legislatures and courts mainly trust in individual private initiative when structuring collective actions. The most influential theory of present American legal thought is the law and economics movement.<sup>101</sup> According to the mainstream of this theory, the most important motivation for human activity is to make money and profits and to avoid economic loss. Punishment and deterrence by compensatory and punitive damages are considered to be efficient sanctions to prevent market participants from making illegal and unfair profits. The modern US-American class action with private lead plaintiffs and profit-orientated attorneys who take a case on speculation, is the adequate legal instrumentality of a competitive and profit-orientated society. Law enforcement through bargaining is another characteristic feature of a legal culture in which "law as a business" is accepted as a helpful catalyst. There is no legal culture without in part similar structural reality, which reflects the common human nature, and it is also true that non-profit organizations and boutiques with a more social and idealistic motivation complement the fabric of US-American law enforcement. But the recent decades in which American civil justice has given birth to modern class action, were decisively influenced by economisation.

Regarding class actions, it is impressive to analyze that the road of American legal exceptionalism with its freedom for individualism, and its focus on competitiveness ends in courts with powerful judges who certify the class, determine the lead plaintiffs and their attorney and the fairness of settlements which more and more have a law-making function. In a legal culture where the judge traditionally has the role of an umpire between autonomously acting parties to litigation, this development seems to document an overkill effect: too much individual freedom produces conflicts that need the "strong man". The threat of class actions and their sanctions do not seem to be very effective, because this system of enhanced liability was not able to prevent market participants from making money by fraudulent practices.<sup>102</sup> The financial crisis had its origin in the legal culture which generated the modern class actions, and the Supreme Court's decisions are not really encouraging for promoters of class actions designed to resolve social problems for millions of people.

The prevailing European continental models which generally emphasize the active role of judges and the importance of judicial court management, do not concentrate as much power on the judge in collective actions. They confer the procedural initiative on non-profit associations which are admitted and controlled by non-judicial authorities. Their decisions are subject to judicial review by courts different from those which decide claims lodged by an association. These associations or organizations are mostly privately organized and designed to serve statutory interests. They are the result of private initiative, though often subsidized by public sources and controlled by public authorities. These associations are not motivated by making high profits, they are motivated by their social function and only in part by the necessity to raise and make sufficient money to survive adequately. They may, therefore, not take cases on speculation and they have statutory obligations against all group members. All individual parties are equal and conflicts between them are buffered from the very beginning. This model is the choice of a society that emphasizes organized solidarity besides competitiveness and prefers coordination and cooperation to rough competition. In its large non-profit sector, the US-American society confers many social responsibilities on non-profit organizations and non-profit corporations. It is hard to explain why adequate similar institutions did not play a remarkable role in the field of law enforcement. The strong influence of profit-orientated law firms may have defended "their" market against

<sup>101</sup> See Posner, R. A., *Economic Analysis of Law*, 7<sup>th</sup> ed., Aspen, 2007; Stürner, R., *Markt und Wettbewerb* cit., p. 151 ss.; Stürner, R., "Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik", *Juristenzeitung* 2012, 10 ss., 22 ss.

<sup>102</sup> For a detailed discussion of the lacking efficiency of sanctioning by damages and punitive damages awards see Stürner, R., "Privatautonomie und Wettbewerb unter der Hegemonie angloamerikanischer Rechtskultur", *Archiv für die civilistische Praxis* 210 (2010) 106 ss., 125 ss.

non-profit-orientated competitors. There is some danger that Anglo-American law firms try to conquer a new European market by influencing the European legislatures. In part, they were already successful, although the present models of group actions in Europe are really attractive only in the Netherlands and in England. The financial crisis resulted in many legal disputes between consumers and banks. In Germany, most of those disputes are determined through regular parallel proceedings. Attorney and court take one “test case” to decide it relatively speedy with the consequence that the defendant settles all the other cases on the basis of the test decision.

### 3. *Is there a “Best” Model for Aggregate Litigation?*

The future development of collective actions is deeply embedded in the development of the social structure of legal cultures of the Western civilization and the development worldwide. One of the reasons for the financial crisis was the reckless outsourcing of risks and shifting them to market participants who were not able to analyze or even bear them. If freedom of markets will be defined by ongoing risk shifting and a lack of preventive regulation to keep wrongdoers from profiting by violating legal provisions and fairness requirements right from the start, the need for collective actions will increase. If, however, Western civilization will learn its lesson and become aware of the fact that law enforcement by collective actions can never replace reasonable preventive regulation,<sup>103</sup> globalized civilization could be enabled to maintain the right balance between freedom and necessary regulation and, as a consequence, collective actions will not have the significance that is expected by many observers.

Competitive societies which realize only a minimum of preventive regulations, provoke a lot of mass conflicts that must be resolved by collective actions. Societies which prefer preventive regulation and try to avoid violations of law and fairness before they occur, do not have the same need for collective actions and especially collective redress. As already explained, class actions are the collective remedy of competitive societies, though even competitive societies may develop non-profit activities which could also be employed for the organization of collective redress. Societies which favour a cooperative style of social life will not give as many incentives for private disputes as competitive societies tend to, and their preference will be a collective action that is initiated and dominated by non-profit organizations. In the end, each society with its special social structure should develop its own version of collective action. As a consequence, there is no “best” model at all, there are only models which are more or less suitable for an individual social structure. An interesting alternative are hybrid models of collective actions, e.g. when class actions or group actions are initiated and dominated by non-profit associations as representative parties.

The European Commission published a Greenbook and a Whitebook on collective actions for a better enforcement of competition law.<sup>104</sup> An unofficial draft of a directive had been ready for publication, but in the end it was withdrawn and not published because of serious disputes between the Member States. The draft of the European Commission contained both, guidelines for the improvement of opt-in group actions and representative actions of qualified entities. This was a wise decision because of its tolerance of the variety of European social and legal cultures. No legal culture should be too missionary, and blind enthusiasm for one single foreign legal institution has never been a good adviser.

<sup>103</sup> For the significance of prevention and preventative justice see Murray, P. L.; Stürner, R., *The Civil Law Notary. Neutral Lawyer for the Situation*, München, 2010, p. 169 ss.

<sup>104</sup> See Stürner, R., “The ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure and Their Influence on Future Private Enforcement of European Competition Law”, in: Walker, J.; Chase, O. G., *Common Law, Civil Law and the Future of Categories*, Markham/Ontario, 2010, p. 421 ss., 422 ss. with further references.



## EL ROL DEL JUEZ Y DE LOS ABOGADOS EN EL PROCESO COLECTIVO. LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES. CONFLICTOS DE INTERÉS\*

por ENRIQUE M. FALCÓN\*\*

### 1. El rol del juez y de los abogados responde a cada tiempo y a cada lugar

De las varias acepciones que tiene la palabra rol, utilizaremos ahora aquella que considera *el comportamiento y la actuación que se espera de un sujeto dentro de un determinado ámbito*. Ese rol está enmarcado por la concepción funcional, es decir, la que determina cuál es la función del juez y del abogado en el proceso colectivo. La cuestión presenta toda una serie de preguntas más que respuestas, ya que estos aspectos son contingentes<sup>1</sup> y dependen de aspectos tóporo espaciales (es decir de la época y la ubicación geográfica) por un lado y consideraciones político filosóficas por otro<sup>2</sup>.

No debe dejarse de lado que aun hoy las diferencias entre los distintos países e inclusive las distintas regiones resultan notables en cuanto a la evolución de la materia. Si examinamos las consideraciones político filosóficas cabría preguntarse primero, a modo de ejemplo, si la función judicial en la aplicación de un canon inamovible<sup>3</sup> es una actividad que se desarrolla en un campo de una estructura dinámica<sup>4</sup>, serán los jueces<sup>5</sup> intérpretes de las normas en una estructura abierta debido a la vaguedad y ambigüedad del lenguaje<sup>6</sup>, o un trabajo de construcción del juez como intérprete<sup>7</sup>. Cada una de estas variantes, presentadas como ejemplo, marcan la función del juez, que trasladada al proceso colectivo debe además sumar sus elementos.

### 2. Las preguntas sobre el rol del juez

Cuando queremos avanzar en el rol del juez debemos preguntarnos primero:

1. ¿Qué tipo de juez queremos, un dictador<sup>8</sup>, un director<sup>9</sup>, un espectador<sup>10</sup> o un administrador<sup>11</sup>?
2. ¿El rol del juez del proceso colectivo es diferente del rol del juez en general?
3. ¿El juez del proceso colectivo actuará individualmente o en colegio?

\* Las notas obran al final del trabajo.

\*\* Abogado (UBA), doctor de la Universidad de Buenos Aires, co-fundador de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, Académico titular de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires, Director del Instituto de Derecho Procesal de la citada Academia, Miembro del Consejo de Redacción de la Revista de Derecho Procesal (RC), International Consultant de Principles and Rules of Transnational Civil Procedure, as of. February 13, 2004, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Premios: Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires por la obra *Tratado de la prueba*, 2004; Tesis doctoral premio facultad, *Medalla de Oro*. Actividad docente universitaria desde 1969, profesor titular (catedrático) por concurso en 1989. Obras (más de 40 volúmenes): Principales Tratados: Derecho Procesal Civil y Comercial (8 tomos), Procesal Constitucional (2 tomos), Procesal Laboral (2 tomos), De la prueba (3 tomos). Código Procesal comentado (6 tomos). Artículos (300 nacionales e internacionales), notas, comentarios, ponencias, intervención en Congresos nacionales, internacionales, Jurado.



4. ¿El juez del proceso colectivo deberá ser especializado?
5. ¿El juez actuará un proceso oral, escrito o mixto?
6. ¿El juez del proceso colectivo deberá ser diferente si la cuestión es civil, comercial, penal, administrativa, etcétera?
7. ¿Habrá instancia única o también de revisión?
8. ¿El tribunal se integrará con jurados o escabinos?
9. ¿En los países como la República Argentina, que tienen distintas provincias o Estados, los jueces o tribunales colectivos serán locales o federales?
10. ¿Cuál será el juez en el caso de que el proceso colectivo necesite desarrollarse de manera transnacional?

### 3. Idea sobre las respuestas

Podemos tratar de resolver primero las preguntas preliminares, pues ellas nos orientarán para tratar de lograr un modelo de propuesta, en una realidad novedosa y cambiante. En la actualidad el juez debe ser un *Director del proceso*. No favorece ni sustituye la actividad partidaria, pero cuando está en juego el interés de la sociedad (como por ejemplo el peligro de intoxicación o muerte inminente) o la protección de los más débiles (v. gr.: niños, mujeres, ancianos, trabajadores) la justicia de acompañamiento no puede encontrarse excluida de su actividad, o, como es en nuestro caso, el proceso colectivo.

Es cierto que, en principio, cualquier juez puede atender un proceso colectivo, y en la República Argentina (y en la mayoría de los países) ello de hecho está así reglado en la competencia y sucede en los casos concretos. Pero ya sea por la atención compleja de estos procesos, por las diversas variables que presentan, muchas de las cuales suponen la confrontación de valores en extensos grupos sociales, o por la necesidad de soluciones comunes, existe la conveniencia de una magistratura especializada.

La actuación individual o en colegio, en una o más instancias, es una cuestión que debe resolverse no sólo en el campo de los procesos colectivos, sino en el campo general de la organización judicial que tenga cada Estado. De todos modos el colegio en una primera instancia (única o plural) no parece adecuado, pues no resulta útil cuando los procesos se multiplican.

No existe en la actualidad un proceso complejo que sea totalmente escrito ni totalmente oral<sup>12</sup>. El sistema mixto del proceso por audiencias parece ser una solución interesante, debiéndose considerar un incidente previo para la determinación de la forma y el alcance del proceso colectivo, como para resolver sobre la representación adecuada, como paso previo al proceso<sup>13</sup>.

El proceso colectivo presenta variantes comunes y otras propias de la materia. Por ejemplo, en el sistema penal la pretensión colectiva sólo puede ser instaurada por el o los imputados, procesados o condenados, pero no por el fiscal. Los principios jurídicos que se protegen en las diversas materias se trasladan al proceso colectivo y su aplicación hace variar los resultados del decisorio (v. gr.: *in dubio pro operario*). De hecho hoy actúan jueces de distinta competencia en cada caso, pero si los jueces son especializados en el sistema del proceso colectivo, tal vez no sea necesario que haya jueces para cada materia.

La introducción de jurados o escabinos debe ser medida con mucho cuidado. Los jurados resultan costosos y esto se nota en los países que los tienen, donde se observa claramente la diferencia de actuar con jurados en los procesos civiles y los penales, donde el costo es de las partes o del Estado, respectivamente. La organización por vía de escabinos requiere una conformación especial del tribunal, ya que éstos, a diferencia del jurado, lo integran. La preferencia por los sistemas no debe ser cerrada, sino



que habrá que estudiar en qué casos y condiciones conviene utilizar estos modelos judiciales. No cabe descartar a priori los modelos, ni obstinarse en practicar cualquiera por resultar una moda, una creencia o una transferencia de otra cultura. En la Argentina el sistema de jurados, a partir de las reformas de la Provincia de Córdoba en la materia, se ha trasladado con distinto alcance a otras provincias, pero no es aplicable en el orden nacional.

La cuestión federal<sup>14</sup> y transnacional parece tener algunos parámetros comunes y otros propios. Los parámetros comunes consisten en lograr los consensos para que un tribunal único resuelva las cuestiones que atañen a dos "jurisdicciones" distintas, especialmente si ellas tienen soluciones jurídicas o intereses diversos en el tema. Pero parece lógico que en los países que tienen diversos Estados con "jurisdicción" independiente resulte necesario un convenio para establecer la jurisdicción única, mientras que en las cuestiones transnacionales habrá que considerar la posibilidad de que los acuerdos regionales (Comunidad Europea, Mercosur, etc.) avancen sobre la materia. En el ámbito interno de la Argentina un ejemplo de normas comunes lo representó la adopción por las provincias del Convenio sobre comunicaciones aprobado en el orden nacional por la ley 22.172.

Parece así que el juez o tribunal debe responder a los siguientes criterios:

- En todos los casos y como regla suprema el juez es imparcial.
- En la solución de la causa el juez debe respetar primero los principios de constitucionalidad y convencionalidad.
- El juez es custodio esencial del Debido Proceso y del Derecho de Defensa, debiendo mantener la igualdad de las partes (aspecto este último que trataremos en particular más adelante).
- El juez actúa sobre el procedimiento de acuerdo con la materia de que se trate (de oficio, a pedido de parte), pero en cualquier caso debe orientar la cuestión dentro de los sistemas de concentración, celeridad, saneamiento, economía y buena fe.
- El juez puede tomar medidas para mejor proveer.
- El juez debe decidir las causas exponiendo los fundamentos (fijación de los hechos, que en los sistemas de jurados pasa fundamentalmente por la consideración de éstos sin fundamentación alguna, y la aplicación del Derecho), pero penetrando en la esencia jurídica, ya sea para suplir las llamadas "lagunas de la ley"<sup>15</sup>, ya para "aggiornarse" (actualizar) el Derecho a los tiempos<sup>16</sup>, buscando la mejor solución del conflicto jurídico<sup>17</sup>, zanjando a veces cuestiones de valores de rango equivalente<sup>18</sup>, o resolviendo sobre cuestiones que en cualquiera de sus soluciones causan un perjuicio a la comunidad<sup>19</sup>, o representen ideologías asentadas en la sociedad o en determinados grupos de presión<sup>20</sup>.

#### 4. El rol *específico* del juez en el proceso colectivo

Sin embargo las reglas y conceptos precedentes están previstos hoy en la legislación y se aplican a todos los jueces. De manera que no constituyen éstos rasgos distintivos del juez del proceso colectivo y el rol que debe cumplir en el proceso<sup>21</sup>. Parece que al rol del mismo, sin olvidar los conceptos anteriores, debe agregársele algunos elementos especiales<sup>22</sup>. Así pues, la *Dirección del proceso*, prevista para el proceso individual (CPCCN: 34, 5<sup>o</sup>), requiere un plus en la intervención del juez del proceso colectivo. Ese plus, que hace específicamente al rol del juez de dicho proceso, no está considerado en la Argentina ni de manera general (a través de un amparo, que pretende con error aplicarse a todos los casos), ni de manera específica, salvo algunas referencias a los principios y su aplicación en la sentencia, que no aparecen en las leyes de Protección de Derechos del Consumidor ni en la Ley de Medio Ambiente, pero que claramente las *class actions* lo han identificado (Federal Rules of Civil Procedure: 23)<sup>23</sup>.

a) *La construcción del proceso.* Se trata de que frente a la pretensión colectiva, cualquiera sea su contenido sustancial, el juez debe organizar el proceso observando los siguientes parámetros:

*Primero.*

1. Determinar si la pretensión que se articula es un proceso colectivo y en su caso de qué tipo (intereses difusos, intereses individuales homogéneos).
2. Si el reclamo se hace necesario por esa vía, por la inconsistencia de los reclamos individuales que llevarían a soluciones disímiles para los miembros del grupo colectivo (este aspecto se ve claramente en los intereses difusos, pero debe meritarse con prudencia y precisión en el caso de derechos individuales homogéneos, determinando que una acción de clase es superior a otros métodos disponibles).
3. Existen cuestiones de hecho y de derecho comunes a los miembros del grupo (en este supuesto son aplicables los criterios del artículo 188, CPCCN: "siempre que la sentencia que haya de dictarse en uno de ellos pudiere producir efectos de cosa juzgada en otro u otros", las cuestiones sean competencia del mismo juez y puedan sustanciarse por los mismos trámites).

Considerando estas cuestiones el juez debe dictar una resolución preliminar que:

*Segundo.*

1. Admita o deniegue fundadamente la acción colectiva.
2. Si la admite la resolución deberá establecer:
  - a) Si todas las cuestiones deben resolverse en un proceso común o es necesario dividir grupo en distintos subgrupos (esta resolución se dicta en cuanto ha lugar por derecho, es decir que puede variarse antes de dictarse la sentencia definitiva).
  - b) Determinar si los peticionarios están legitimados y ostentan una representación adecuada.
  - c) Determinar quiénes van a ser los abogados que actúen en el proceso, en qué calidad y con qué alcance.
  - d) Establecer el tipo de proceso que deberá seguirse incluyendo las variantes procedimentales que ameriten un desarrollo especial, sin perjuicio de intervenir durante el proceso para garantizar por un lado la igualdad de las partes, y por otro tomar medidas para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando siempre el derecho de defensa de las partes.
  - e) Ordenar la notificación de los miembros de la clase, en cada uno de los procesos colectivos, mediante la publicación en diarios de máxima circulación y por los sistemas de *mass media*, con una anotación en el Registro al efecto. Dicha notificación contendrá: 1) La pretensión perseguida; 2) una síntesis de los hechos articulados; 3) los medios de prueba que se pretenden utilizar; 4) los sujetos que ostentan la representación adecuada y en su caso sus abogados.

Algunos de estos aspectos ya obran en nuestro Derecho y se manifiestan en distintas normas que aunque dispersas, y no específicamente establecidas para el proceso colectivo, pueden tomarse como base de una regulación.

1. La determinación de la clase de proceso aplicable por el juez (CPCCN: 319).
2. El tema de la representación unificada (CPCCN: 54).
3. La notificación por edictos (CPCCN: 145; Registro de Juicios Universales DL 3003/1956; Ley 24.522 de Concursos y Quiebras adecuándolos al proceso colectivo).
4. Estos aspectos también constituyen desarrollos en el proceso penal.

De esta manera, con las variables apuntadas, no cabe duda de que el rol del juez en el proceso colectivo no es estático, ni de estructuras monolíticas. Es un campo dinámico, de principios, pero de variables en el movimiento. El proceso colectivo actual conforma en gran parte la consideración de la *tercera generación de derechos*<sup>24</sup> y en la particular circunstancia del mundo globalizado donde el individuo se ve pequeño, aislado y desprotegido. Son estos factores los que justifican el control permanente del juez durante el proceso que lo aleja del concepto de juez dictador, porque debe estar resguardando también que el proceso se conduzca por los carriles adecuados, ya que la sentencia afectará a sujetos que no intervienen en el juicio.

En definitiva el rol del juez en el proceso colectivo es de una participación activa tanto en el ordenamiento del proceso cuanto en su control e integración, sin perjuicio del dictado de la sentencia definitiva donde se zanje de modo final un conflicto, lo que tiene directa referencia con la paz social y con el logro de una justicia apoyada en la existencia de hechos reales que hacen a una decisión conforme con la verdad jurídica objetiva, obtenida mediante una aplicación real del principio de economía<sup>25</sup>.

## 5. El abogado en el proceso colectivo

Los abogados cuando presentan un caso, o asesoran a sus clientes o redactan leyes que satisfacen necesidades sociales específicas, se enfrentan con problemas de orden técnico, en el sentido de que dentro de la profesión hay general acuerdo respecto del tipo de argumentos o pruebas que se pueden utilizar. Pero en ocasiones, el abogado ha de vérselas con problemas que no son técnicos en este sentido, porque no hay acuerdo general sobre la forma de proceder. Un ejemplo es el problema ético que se plantea cuando un abogado no pregunta si una ley determinada está en vigor, sino si es justa. Otro lo constituyen los enigmas conceptuales que surgen cuando los letrados intentan describir el Derecho con conceptos que no son claros. Es posible, por ejemplo, que un abogado quiera decir que la ley de responsabilidad sólo imputa a los hombres los daños causados por su culpa. Otro puede discrepar de tal enunciado, y el problema entre ambos puede ser un desacuerdo que no está referido a hechos ni a doctrinas, sino al significado mismo de culpa. O bien puede ser que dos abogados no estén de acuerdo sobre si, en el caso de segregación de 1954, la Suprema Corte (USA) seguía principios ya establecidos o estaba sentando jurisprudencia, y el problema que se plantea entre ellos puede girar sobre qué son los principios y qué significa aplicarlos. No está claro de qué manera han de resolverse problemas conceptuales como éstos, que ciertamente van más allá de las técnicas ordinarias de la práctica jurídica. Los abogados dicen que estas cuestiones recalcitrantes son “de jurisprudencia” y, tal como cabía esperar, no están de acuerdo sobre si es importante resolverlas. Generalmente, las Facultades de Derecho dictan cursos especiales, que llaman de “Jurisprudencia” o de “Teoría del Derecho” o algo semejante, dedicados a este estudio, pero dado que la característica distintiva de tales problemas es precisamente la falta de acuerdo en lo referente al tipo de problemas que se plantean y cuáles son las técnicas de estudio que exigen, estos cursos difieren ampliamente en cuanto a los métodos que usan. Además, el método elegido influye sobre la selección de los problemas que van a ser estudiados, elección que se ve también afectada por las modas intelectuales y los acontecimientos públicos. En este momento, por ejemplo, la cuestión de si los hombres tienen la obligación moral de obedecer la ley ocupa un lugar destacado en los cursos de jurisprudencia en toda Inglaterra, pero hace dos decenios casi nadie mencionaba tal problema<sup>26</sup>. Y como resulta de este Congreso y los constantes esfuerzos sobre la materia en el mundo, el proceso colectivo es uno de esos supuestos en que el abogado debe actuar.

Al igual que el juez, el rol del abogado requiere una serie de preguntas que se condicen en la actualidad con un replanteo general que hay sobre la función del mismo en cualquier situación. Se trata de integrar la actividad abogadil a un campo más amplio donde se pueda observar la conveniencia de distintos caminos. Cuando se debe

abogar por un conflicto, ¿qué es lo que conviene para el cliente?, la batalla, la negociación, el arbitraje... Sopesar cada uno de los pasos posibles e ir tomando los caminos más apropiados, sin que ellos condicionen el futuro del actuar, está ahora en la función del abogado. Pero ¿será posible plantear el conflicto por cualquier vía, o algunas estarán excluidas?

## 6. Las preguntas sobre el abogado

Estamos hablando de proceso colectivo y, si bien damos por supuesto que el abogado debe cumplir los deberes que le imponen las leyes en cada caso, caben otras preguntas que hacen al rol del mismo.

1. ¿Debe hallarse especializado el abogado para actuar en el proceso colectivo?
2. ¿Necesita demostrar su capacidad con antecedentes en la materia?
3. ¿Necesita contar con una base económica que pueda sustentar el proceso?
4. Cuando asesore a la parte, ya sea a quien tiene “la representación adecuada” o a otro interesado, ¿deberá ser siempre apoderado o podrá actuar sólo como patrocinante?
5. Cuando se trata de una causa penal, ¿deberá actuar como defensor?
6. ¿Cómo cumple su rol el abogado que defiende a la parte demandada?

Quizás la relación con el punto siguiente nos permita aportar algunas ideas al respecto.

- El abogado que interviene en un proceso colectivo debe sin duda conocer la materia relacionada con el proceso colectivo. Aunque en la Argentina los abogados tienden a tomar cualquier caso, si el abogado no maneja la cuestión sustancial del proceso colectivo deberá contar con otro abogado que lo asesore.
- El abogado debe tener un conocimiento pleno y manejo del proceso base sobre el que actuará el proceso colectivo, como así experiencia para poder moverse con facilidad en los distintos caminos que el proceso colectivo conlleva. Si no tiene esa habilidad también deberá contar con un abogado que la tenga.
- El proceso colectivo, como cualquier otro proceso, conlleva gastos. Hacer un presupuesto de ellos y de la forma como se adquirirán es también tarea del abogado. El abogado es un director de la estrategia del proceso y debe realizar la instrucción del mismo, como así dirigir las actividades de los colaboradores que pueda necesitar.
- En el campo de la abogacía los abogados a veces contratan con sus clientes sobre el pleito. Puede ser que hagan un *Pacto de cuota litis* o un *Convenio de honorarios*. En el proceso colectivo estas convenciones tienen alcances algo distinto a las generales.
- El abogado del demandado debe estar atento para poder hacer una adecuada defensa. Este aspecto se vio claramente en el caso de “Superficiarios de la Patagonia”<sup>27</sup>.

## 7. La preparación del proceso (la instrucción)

Vulgarmente, la palabra “instrucción” se identifica con el proceso penal como instrucción preparatoria o sumario, con independencia del magistrado o funcionario a quien esté asignada (juez, fiscal, policía, etc., más allá del control a que estén sometidos cada uno de ellos). La instrucción del proceso no obstante corresponde a todos los tipos de procesos, como sistema de preparación, que consisten en una serie de actos que Vélez Mariconde refiere del siguiente modo con relación al proceso penal: “Esta instrucción tiene bajo el aspecto negativo una primera finalidad específica: eliminar juicios injustos o inútiles; evitar el enjuiciamiento público infundado y un

desgaste inútil de energía jurisdiccional. La investigación preliminar resulta así el medio de verificar y descartar las denuncias falsas o temerarias, incluso porque le da al imputado oportunidad para explicar los hechos que se le atribuyen, para disipar sospechas infundadas, para combatir presuntos indicios de culpabilidad, para ofrecer pruebas de descargo; y como el juez no se circunscribe a un examen unilateral, que podría ocultar la verdad de los hechos, sino que realiza un análisis exhaustivo, la instrucción constituye un filtro que suministra una verdadera garantía de justicia". Respecto del proceso civil el mismo autor ha enseñado que "la demanda originaria de un juicio civil debe ser precedida lógicamente de una investigación sobre los hechos que se han de afirmar, por breve que sea. El abogado la realiza hasta cuando interroga a su cliente sobre los datos en que éste funda su pretensión jurídica; pero también puede ser necesario examinar documentos, recoger manifestaciones testificales, recurrir a técnicos o efectuar inspecciones locales. Quien no investiga lo necesario, a fin de empezar por convencerse de la razón que asiste a su representado<sup>28</sup> para reclamar la pretensión jurisdiccional, emprende una aventura éticamente censurable y lógicamente injustificable"<sup>29</sup>.

Ahora bien, esta instrucción es algo diferente en el proceso colectivo, pues los objetivos que tienen que lograrse abarcan campos inexistentes en el proceso singular. La instrucción del proceso colectivo es pues primordial función del abogado. Esta instrucción tiene dos fases: la primera es determinar jurídicamente el conflicto y la vía procesal adecuada; la segunda es juntar los elementos probatorios necesarios para el progreso de la pretensión. En el primer campo es esencial establecer las bases para lograr la representación del grupo y que esa representación sea adecuada. En el segundo el conocimiento y la obtención de las fuentes de prueba necesarias y de los medios para lograr que los mismos actúen con eficacia mostrando los hechos que resultan ser los fundantes de la pretensión a articular.

## 8. Los abogados y el proceso

El rol de los abogados en la determinación del proceso es esencial<sup>30</sup>. Esto que puede parecer simple no lo es en muchos casos. Depende, no obstante, de la legislación que regule el proceso colectivo y la materia a que esté sometido. En algunos lugares, como en Estados Unidos de América, la línea procesal está contenida prácticamente en una sola norma que establece tanto los requisitos como el desarrollo de la cuestión, abonada por diversos fallos, opiniones de instituciones y otras variables que han ido moldeando, además de las reformas a través de muchos años, ese procedimiento<sup>31</sup>. De todos modos se han alzado voces con severas críticas a los abogados en este campo<sup>32</sup>. En la Argentina la normativa está desperdigada en cuatro sectores por lo menos: la regla general de la Constitución Nacional por vía del amparo (art. 43, CN), la protección de los consumidores, la protección ambiental y las regulaciones provinciales diversas sobre la materia. A ello se suma la idea de que en los reclamos de intereses individuales homogéneos tal vez sea conveniente un reclamo individual.

De esta manera determinar la vía a seguir constituye toda una responsabilidad, en razón de que un camino errado puede dar por tierra definitivamente con cualquier reclamo, o crear gastos y costas excesivas sin un resultado positivo. Zanjada esta primera cuestión es importante tener en cuenta que en los procesos colectivos la representación adecuada y la legitimación están mucho más unidas que en los procesos generales. Ello se debe a que esa representación debe cubrir el reclamo de sujetos que no van a intervenir en el proceso, pero que van a ser alcanzados por la sentencia. El abogado debe juntar los elementos y formular los argumentos demostrativos de esa legitimación y representación, no sólo por la representación en sí misma, sino también por la posible confrontación con otros postulantes para esta categoría, requiriendo capacidad para la colaboración en la gestión común, evitando la disputa y disgregación dentro de la clase. Luego, durante el curso del proceso debe estar atento

a los distintos avatares del mismo proceso y sus variables, transformaciones, integración o separación de clases, etcétera.

De esta manera el rol del abogado es, como el del juez, igualmente activo, desarrollándose en un campo de investigación y uno de construcción tanto en lo relacionado con lo fáctico como con lo jurídico, con base en las fuentes y medios de prueba y una sólida argumentación jurídica.

## 9. El principio de igualdad

El proceso se desarrolló montado en varios principios fundamentales para los sistemas constitucionales modernos, como el principio del debido proceso, de la defensa en juicio y de la igualdad. Este último principio es el que ahora debemos considerar, pues en el proceso colectivo, de la misma forma que en los procesos donde opera la justicia de acompañamiento, el legislador permite un desarrollo especial para establecer la equivalencia de poderes en la balanza de la justicia. Y esto se da principalmente en los casos donde la defensa jurisdiccional de los intereses colectivos se ocupa de la tutela de la salud pública; la conservación del equilibrio ecológico, de la fauna y de la flora, y la protección del medio ambiente, la preservación del patrimonio cultural y de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos; la correcta comercialización de mercaderías a la población, la competencia leal y los intereses y derechos del consumidor y del usuario de servicios públicos; en general, la defensa de valores similares de la comunidad y de cualesquiera otros bienes que respondan, en forma idéntica, a necesidades comunes de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social<sup>33</sup>.

La igualdad no es un dato o cualidad que integre per se la realidad humana. Es una aspiración permanente que consiste en una relación entre sujetos que, descriptivamente, aparece indeterminada, pues en sí misma nada dice entre quiénes y en qué. Por ello, hablar de igualdad supone contestar dos preguntas: entre quiénes y en qué. A veces es el propio constituyente a través de la Constitución quien responde a esos interrogantes; en otras, queda librado a su determinación por los poderes constituidos<sup>34</sup>. Pero la igualdad tampoco es un concepto uniforme. No se trata, en el caso que nos ocupa, de la igualdad de los derechos de fondo, como puede ser la derogación de la esclavitud, ni la discriminación, ni la igualdad en los empleos, o la electoral, etcétera. Nos estamos refiriendo aquí a la igualdad en el proceso. Para ello es necesario primero que no se admitan prerrogativas de sangre, ni de nacimiento, ni haya fueros personales ni títulos de nobleza, de modo que todos los habitantes sean iguales ante la ley (art. 16, CN) y que las personas no puedan ser penadas sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgadas por comisiones especiales, o sacadas de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa, ni que se obligue a declarar contra sí mismo; ni arrestadas sin orden escrita de autoridad competente, siendo de modo general inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18, CN).

No obstante esa igualdad no es una igualdad matemática. La regla de la igualdad ha sido señalada por nuestra Corte Suprema desde el siglo XIX y se sintetiza en la frase que dice que la *igualdad consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos, de lo que se conceda a otros en iguales circunstancias*<sup>35</sup>, reiterada posteriormente en numerosos fallos<sup>36</sup>. A ello se puede agregar, aunque en una decisión dividida, que El artículo 16 de la Ley Fundamental no impone una rígida igualdad, por lo que tal garantía no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, atribuyéndose a su prudencia una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la reglamentación<sup>37</sup>, aunque ello es así en la medida en que las distinciones o exclusiones se basen en motivos razonables y no en un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas o indebido privilegio personal o de un grupo<sup>38</sup>.



¿Cómo se traduce esto al proceso colectivo? En el proceso colectivo el principio de igualdad perfila y ratifica la calidad de director del proceso del juez a la vez que coloca a las partes en un enfrentamiento despojado de ventajas para el más poderoso, quien cuenta con más tiempo, o cuenta con mayores elementos de conocimiento, buscando la verdad en la mayor pureza posible, porque como se dijo en el caso “Colalillo” al señalar que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Es en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados. Y también es cierto que esa prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo, pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin. Que, sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la *verdad jurídica objetiva*, que es su norte<sup>39</sup>, aspecto este último que aparece fuertemente en el proceso penal y en general en aquellos procesos donde la justicia de acompañamiento tiene un rol ponderable.

## 10. El conflicto y los intereses

Un último punto nos queda por ver y es el relacionado con el conflicto y los intereses. En los últimos tiempos el conflicto ha tomado el centro de la escena como elemento determinante en el proceso, bien que no basta el conflicto en sí, sino es necesario que el mismo pase a ser una controversia, para que la actividad procesal desarrolle su marcha.

La existencia de un conflicto no supone necesariamente que las personas entren en confrontación, oposición, o emprendan acciones mutuamente neutralizantes de las del otro individuo o grupo, con el objetivo de dañar, eliminar a la parte rival y lograr la consecución de los objetivos que motivaron dicha confrontación. Ello es así aun cuando la disputa es de palabra (en tal caso se sustituye la eliminación física por la búsqueda de humillación y vergüenza del rival). Las causas de los conflictos se atribuyen a problemas de percepción individual o a una deficiente comunicación interpersonal, y en el proceso penal una confrontación entre el individuo y la sociedad. Pero de Bono especifica que la gente no se pone de acuerdo o porque ve las cosas de distinta manera, porque quiere cosas diferentes, porque su estilo de pensamiento lo impulsa a ello o porque se supone que debe ser así<sup>40</sup>. En este sentido se señala que los conflictos son manifestaciones de la falta de entendimiento entre las personas en cuanto al sentido de los actos propios o de otros; equívocos que pueden superarse haciendo que los protagonistas se den cuenta de los errores que contienen sus ideas o creencias. Esta concepción ignora las condiciones sociales que afectan a los propios sujetos y a sus percepciones. Di Iorio destaca la confusión existente entre conflicto y controversia, que son usados indistintamente y como sinónimos por la mayoría de los autores, sin advertir que se trata de conceptos distintos. Conflicto da idea de choque de intereses en determinada situación, mientras que la controversia es la discusión en sí de ese choque de intereses. Y agrega: “de allí que puede existir actuación jurisdiccional aunque no exista controversia (discusión), lo cual ocurre de manera común, pero no sucede lo propio si no existe conflicto”<sup>41</sup>. La actuación jurisdiccional sin controversia se aprecia en los procesos voluntarios, en aquellos en que la parte contraria se allana a la preten-sión, cuando la causa muestra una falta de mérito para procesar al imputado, etcétera.

En cualquier sociedad que haya alcanzado un grado mínimo de organización se hace necesario resolver los conflictos que se presenten en ella para poder asegurar la paz. Aunque éste no es el único medio para solucionar conflictos (existen otros como negociación, mediación y arbitraje), en el caso del proceso colectivo se deben descartar la mediación<sup>42</sup> y el arbitraje como modo de solucionar los conflictos colectivos. Y ello es así porque la solución de dicho conflicto va a afectar no sólo a los que

intervienen personalmente, sino a quienes nunca aparecerán en el proceso (por lo menos hasta la sentencia, especialmente en el caso de los derechos individuales homogéneos). De modo que la cuestión es netamente jurisdiccional y de allí la importancia del rol del juez y del abogado en la realización de este proceso.

En cuanto a los intereses que habrá que considerar, en el campo del proceso colectivo se presentan en varios estadios:

- Un estadio nos hablará de los intereses que devienen de los sujetos colectivos, tendremos allí por un lado intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base, y por otro intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase (art. 1º, Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal).
- Un segundo estadio comprenderá lo que se llama intereses de las partes, es decir lo que se busca como resultado a través del planteo judicial o de la defensa. Este tipo de intereses se comprende mejor si se traslada el concepto a metas que específicamente se quieren obtener. La determinación clara de las metas permiten un mejor planteo jurídico para la comprensión del problema, ya que despoja a los intereses de elementos psicológicos y extraños al real conflicto.
- Finalmente tenemos los intereses del Estado: el Debido proceso. Éste en el campo del principio de economía significa solventarlo en un tiempo razonable, realizar un menor esfuerzo en lograr los objetivos, y en el campo de la Justicia lograr la paz social con una solución satisfactoria para la comunidad que trasunte la solución de los conflictos donde se advierta claramente la concordancia entre la realidad que percibe la sociedad y el resultado del pleito, que surge de un proceso bien llevado y de una sentencia clara y debidamente fundada.

El campo de actuación del conflicto, transformado en controversia colectiva, contempla estos tres campos de interés y éstos confluyen a determinar el alcance del rol del juez y del abogado en el proceso colectivo que, a más de los requisitos y condiciones que hemos desarrollado en este trabajo, representan siempre un ámbito dinámico, variable y complejo, que requiere estar permanentemente atento, resultar creativo y sostener los principios éticos que en el proceso se describen como los deberes de probidad, lealtad y buena fe<sup>43</sup>.

#### *Abreviaturas y observaciones*

CPCCN: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (República Argentina).

CN: Constitución Nacional de la República Argentina.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina.

p.: página.

pp.: páginas.

USA: United States of America.

T: Tomo.

Las citas efectuadas por los autores citados han sido eliminadas.

#### **Notas**

<sup>1</sup> Cossio examina la contingencia desde otro punto de vista y dice: La función judicial, en efecto, no es un contenido contingente simplemente estructurado por las relaciones normativas que, en tal carácter, pudiera faltar de algún ordenamiento jurídico. Por el contrario, la función



judicial es el último eslabón del proceso de individuación en que forzosamente concluye el encadenamiento conceptual de las relaciones normativas; es la última expresión de la relatividad de los términos “aplicación” y “creación” del Derecho donde el valor impletivo de lo primero se reencuentra en el nuevo valor esquemático que hace a lo segundo. En consecuencia, la función judicial es una verdad analítica a priori dentro de la noción de una lógica del deber ser; y ya bajo esta noción, esa función es una parte de la necesidad normativa con que concebimos lógicamente las relaciones estructurales de las normas entre sí. Precisamente esta circunstancia de que la función judicial es estructura del Derecho, y no algo contingente sólo estructurado por el Derecho, da su sentido ontológico a la verdad de razón, dentro de la Lógica del deber ser, que dice que el juez debe juzgar siempre cualquiera sea la oscuridad o deficiencia que encuentre en el ordenamiento jurídico. De todo lo cual resulta, por lo tanto, que el juez mira al Derecho no sólo como algo que se está haciendo constantemente, sino como algo que el propio juez contribuye a que se haga; es decir que, en parte, el Derecho es el propio hecho del juez (Cossio, Carlos, *La teoría egológica del Derecho y el principio jurídico de libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 115).

<sup>2</sup> Un desarrollo muy completo sobre las funciones y actividades del juez puede verse en Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal: *El juez y la Magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*, Relatorio general y Relatorios nacionales, XI Congreso Nacional de Derecho procesal; XI World Congress on Procedural Law, Viena, Austria, 1999, Roberto O. Berizonce, Relator General, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1999. Del relato general de Berizonce en *Recientes tendencias en la posición del Juez* (pp. 36-38), extraemos estos párrafos: “2. *Las nuevas funciones del juez.* En este cuadro (refiriéndose a los problemas que ha mencionado con anterioridad que deben afrontar los jueces), los jueces deben asumir progresivamente, junto al clásico rol del decisor de los conflictos, *nuevas funciones no tradicionales.* En el *proceso civil* se dibuja un modelo de juez ‘administrador’, ‘gestor’ o ‘componedor económico o social’. Así, tal como se destaca en los informes nacionales, en los procesos concursales y falimentarios, donde debe gestionar y administrar e incluso salvaguardar la empresa en crisis para conservar las fuentes de trabajo, o en los conflictos derivados de la contratación colectiva, en que debe recomponer los negocios para restablecer el equilibrio de las prestaciones o reformular las cláusulas abusivas, o en materia de locaciones urbanas o derivadas de la propiedad común horizontal, cuando arbitra las soluciones económicas en casos de ruina o reconstrucción del edificio, o en los procesos extracontenciosos (jurisdicción voluntaria), verbigracia, autorizaciones judiciales para actos personalísimos, como trasplantes de órganos, internaciones y tratamientos médicos, abortos, o en los procesos de familia y de minoridad, donde actúa como ‘acompañante’ y ‘componedor’ social para arbitrar las soluciones más acordes al interés superior familiar o de los menores, o en los procesos cautelares en general, en la tutela preventiva de daños. En el proceso penal el juez ejercita ciertas formas de la denominada ‘suplencia política’, cuando la legislación de emergencia le ‘delega’ enormes poderes procesales en la persecución del terrorismo y la criminalidad organizada, que lo involucran directamente en la lucha contra esos flagelos. Fenómenos diversos que reservan al juez funciones también novedosas son el denominado *plea bargain* anglosajón, que en los delitos no graves permite negociar sobre el proceso y la pena, y otras instituciones aludidas como el denominado criterio de oportunidad, el de conversión, la suspensión condicional de la ejecución penal y el procedimiento abreviado. 3. *La conflictividad colectiva.* La explosión de la conflictividad colectiva en sectores tan diversos como los que se relacionan con la defensa del medio ambiente, el patrimonio común histórico o artístico y paisajístico, la salud pública y las relaciones de consumo en general, entre otros, requiere de un instrumental procesal adecuado, novedoso y apto para tutelar los específicos derechos e intereses ‘difusos’ y ‘colectivos’ o ‘fragmentarios’ y superar las congénitas dificultades procedimentales que plantean tales acciones. Mientras en las legislaciones del sistema del *common law* las *class actions*, *relator actions* y similares han posibilitado una tutela razonablemente efectiva, en los ordenamientos iberoamericanos los resultados en general son todavía modestos”.

<sup>3</sup> Mientras la ley de procedimientos contiene el canon de conducta necesario para el proceso, la ley civil (y la ley penal en su alcance, agregamos) proporciona al juez el canon de conducta necesario para su fallo. A fin de decidir y formular su fallo, él tiene que seguir la ley civil, en la cual los derechos y obligaciones son establecidos en forma general. El juez establece los mismos derechos aplicados a las partes en disputa. La sentencia es así una *reiteración* de la ley adaptada a un caso individual (Olivecrona, Karl, *El Derecho como hecho*, trad. de Gerónimo Cortés Funes, Roque Depalma Editor, Buenos Aires, 1959, p. 79).

<sup>4</sup> Desde el punto de vista de una consideración orientada a la dinámica del Derecho, la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva

a la sentencia judicial y de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el derecho se autorreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido (Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, traducción Roberto Vernengo, 8ª edición, Ed. Porrúa SA, México, 1995, p. 246). La sentencia judicial no tiene, como se suele suponer, un carácter meramente declaratorio. El tribunal no tiene sólo que descubrir y reformular un derecho ya concluido como creación y fijo, cerrado ya el proceso de su producción. La función del tribunal no es mero descubrimiento y formulación del derecho, y en este sentido, declaratoria. El descubrir el derecho se da solamente en la determinación de la norma general aplicable al caso concreto. Y también esta determinación tiene un carácter, no puramente declaratorio, sino constitutivo. El tribunal que tiene que aplicar en un caso concreto las normas generales válidas de un orden jurídico debe decidir la cuestión de si la norma que aplicará fue producida constitucionalmente, es decir por vía de un proceso legislativo determinado por la constitución, o por vía de la costumbre en que la constitución delegara (Kelsen, *Teoría pura*, cit., p. 247). A mi modo de ver, el sistema por el cual el juez llega a dictar un fallo es el inverso. Así pues, teniendo el hecho concreto debidamente probado en el proceso, el juez lo universaliza y lo compara con la normativa vigente para correlacionarlas y determinar si el hecho fue previsto por la norma.

<sup>5</sup> Cuando decimos jueces nos referimos tanto al juez unipersonal como al colegiado, tanto a la judicatura en sí como al tribunal.

<sup>6</sup> Buena parte de la teoría jurídica de este siglo ha consistido en hacerse progresivamente cargo (y a veces en exagerar) del hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación) es mucho menos firme que lo que sugiere este contraste ingenuo (Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, 1976, p. 157). Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo lingüístico. Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas. *El lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo.* Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles (Hart, *El concepto de Derecho* cit., p. 158). Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una "textura abierta" (Hart, *El concepto de Derecho*, cit., p. 159).

<sup>7</sup> El derecho es un concepto interpretativo. Los jueces deben decidir cuál es la ley mediante la interpretación de la práctica de otros jueces (se refiere al *stare decisis*) que deciden cuál es la ley. Las teorías generales del derecho, para nosotros, son interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial. Hemos rechazado el convencionalismo, que encuentra la mejor interpretación en la idea de que los jueces descubren y hacen cumplir las convenciones legales especiales, y el pragmatismo, que encuentra en los diversos argumentos de los jueces arquitectos independientes de la interpretación mejor futuro, libre de la inhibición de la demanda (que requiere) que deben actuar consistentemente en principio con un otro. Nos unimos a la tercera concepción, la ley como la integridad, la que une a la jurisprudencia y la adjudicación... La integridad no tiene fuerza por sí misma: se requiere la sentencia. Esta sentencia está estructurada por las diferentes dimensiones de la interpretación y diferentes aspectos de la misma. Nos dimos cuenta de cómo las convicciones sobre la contienda tienen relación directa con las sentencias de fondo, y cómo las convicciones acerca de la equidad y la justicia y el debido proceso tienen relación con los otros elementos. La sentencia interpretativa debe observar y tener en cuenta estas diversas dimensiones, y si no lo hace, carece de fuerza persuasiva o es dictada de mala fe. Pero también debe fusionar estas dimensiones en una opinión general: la interpretación, considerando todas las cosas que hacen al concepto legal de la comunidad, de lo mejor que puede ser desde el punto de vista de la moralidad política (Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, The Belknap Pressof., Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts-eighth printing, 1993, p. 410, versión castellana del autor). Ya podemos ahora redondear sin peligro la exposición de nuestro criterio —dice Soler—. De lo expuesto resulta evidente que el trabajo del intérprete es fundamen-

talmente un trabajo de construcción. De los materiales que el derecho pone a su disposición debe extraer los elementos suficientes para armar una estructura... Es frecuente en la teoría moderna trazar la figura del gran juez como la de un creador bastante libre de soluciones. Es un enfoque cargado de psicologismo, que asemeja demasiado las genialidades de un juez a las de un poeta o de un artista, que crean mundos saca/ídolos del fondo de su propio espíritu. El espíritu del cual deben provenir las soluciones del derecho es, por el contrario, espíritu objetivo (Soler, Sebastián, *La interpretación de la ley*, ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 193). Después de las explicaciones relativas a la naturaleza de la tarea para componer la norma decisoria, resulta innecesario insistir en que la actitud correcta del intérprete, en particular la del juez, lejos de consistir en una acentuación de sus propias intuiciones de la justicia debe centrar en un reconocimiento de la heteronomía de la ley, a la cual él mismo, como juez, es el primero en el deber de sometimiento (Soler, *La interpretación de la ley cit.*, p. 194). Nosotros creemos que la selección y ajuste de los materiales que componen la norma decisoria es efectivamente una tarea en la que actúa una fuerza espiritual, discernible en las grandes construcciones jurídicas. Es la capacidad de realizar grandes síntesis estructurantes, es decir, la cualidad específicamente humana que dentro del lenguaje kantiano tiene alcances mucho más amplios que la del sentido común aristotélico (Soler, *La interpretación de la ley cit.*, p. 195).

<sup>8</sup> Durante siglos ha desempeñado, a la perfección, ese papel de *espectador*. De repente se quiso que, en movimiento pendular, pasara al extremo opuesto; y que se convirtiera, también el juez civil, en un *inquisidor* (empleo esta palabra en su verdadera acepción idiomática, y sin el menor sentido peyorativo); y, para serlo a la perfección, en un *dictador*. Los regímenes políticos tienen a veces influencia en el desenvolvimiento jurídico; y no ha de extrañar que el movimiento para hacer del juez espectador un juez dictador se produjera principalmente en un país de régimen totalitario. Así el propugnador máximo, en un determinado momento, de esa oscilación, es el alemán Baumbach, quien en 1938 propone, pura y simplemente, la abolición del proceso civil y su absorción por un sistema de *jurisdicción voluntaria*. A esa propuesta que, como nos advirtió el impugnador de ella, no era la de un principiante en el estudio del proceso, sino la de un famoso comentador de la ZPO, se opuso resueltamente Calamandrei, desde otro país también totalitario entonces pero, por fortuna, no totalitario él (Sentís Melendo, Santiago, *La prueba [los grandes temas del Derecho probatorio]*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1978, p. 201).

<sup>9</sup> Hay que fijar claramente las denominaciones, pues se corre el peligro de discutir sobre denominaciones y no sobre contenidos, por ejemplo Clemente Díaz considera que es "*inconcebible el juez director, si no es juez dictador*" (*Instituciones de Derecho Procesal. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, t. I, p. 238), entendiendo que el juez debe actuar bajo la "*fórmula de autoridad del juez*". Y dice: "Colocándose en una posición crítica contra la *fórmula de la neutralidad del juez* (juez-espectador), se postula la intervención activa y preponderante del juez en la marcha del proceso y en el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos: *fórmula de la autoridad del juez*, que se traduce en una especial configuración de la (Díaz, *Instituciones cit.*, p. 237) posición del juez y las partes en el proceso y ante su resultado. La fórmula no es nueva; por el contrario, es coetánea de la dimensión científica del Derecho Procesal o sea del tránsito de la exégesis procedimental a la fundamentación dogmática de la disciplina jurídica. Frente al juez-espectador, impasible e inerte, se postula el *aumento de los poderes del juez*, en lo que respecta a la *dirección y conducción del proceso*, en la *formación del material de cognición* y en la *vigilancia de la conducta de los justiciables*, enunciados cuya trascendencia se implica en la transformación fundamental de las *categorías del Derecho Procesal* (Díaz, *Instituciones cit.* p. 240). ...Por eso, no se trata simplemente de aumentar legislativamente los poderes del juez, sino de concebir al *juez como autoridad*. Tal es la conceptualización dogmática de la fórmula, la cual opera con plenitud en la legislación argentina a través del proceso penal y a través de la ley de quiebras (Díaz, *Instituciones cit.*, p. 241)". Pues bien, muchos de estos aspectos son los que nosotros asignamos al juez Director. Las ideas de Díaz no son en general compartidas por la doctrina que ven al juez Director como el que conduce el proceso y toma medidas para lograr una solución que, sin violar el derecho de defensa, se acerque a lo que se llama, de un modo general y no muy preciso, la "verdad jurídica objetiva". "Alcalá-Zamora nos dibujó la figura del *juez director* del proceso, no intermedia (a mi entender) sino frente a las del *juez espectador* y *juez dictador*. Pero es evidente que cualquiera de estas figuras de juzgador tiene sus deberes, que serán más o menos amplios. Contemplemos el sistema procesal del *impulso de oficio* frente al sistema del *impulso de parte*. En este último, la pasividad del juez es posible y la parte incurrirá en *negligencia*; pero en el otro, no: será el juez quien deba impulsar, una vez que el litigante ha formulado sus peticiones en virtud del *principio dispositivo*" (Sentís Melendo, Santiago, *Estudios de Derecho Procesal*, Ejea, II, Buenos Aires, 1967, p. 373). Estos autores afirman la calidad de juez director desarrollando su actividad en las *medidas para mejor proveer*, que en realidad no agotan el campo de dirección del juez, que en el proceso colectivo aparece desde el primer momento. "Podemos

concretar así nuestro pensamiento (señala Sentís Melendo, *Estudios* cit., II, p. 394): el *principio dispositivo rige*, tanto respecto de las unas como de las otras; el juez nada puede acordar que signifique desconocimiento de este principio. Se hace necesario distinguir entre *juez espectador* y *juez director* del proceso. Las medidas para mejor proveer se incluyen en los códigos, precisamente para que las pueda utilizar el juez que ninguna iniciativa ha podido tomar en el proceso. Son, como Couture dijo, 'parte de la génesis lógica de la sentencia' y 'para mejorar la información que se le suministra'... Cuando el juez es *espectador*, la información *se le suministra*; cuando el juez es *director*, *la prepara y la adquiere el propio juez*. En el primer caso, los elementos probatorios forman parte de la *sentencia*; en el segundo caso, forman parte del *proceso*. En el primer caso, ante un proceso terminado, el juez pronunciará una determinada sentencia, *según lo alegado y probado*; las medidas para mejor proveer pueden hacer que la sentencia que se pronuncie sea una sentencia distinta de la que, sin ellas, se habría pronunciado; esas medidas pertenecen al ámbito de la sentencia; cuando el juez las acuerda, tiene ya, mentalmente, una sentencia formada, que sabe, que supone al menos, que puede no ser justa. En el segundo caso, su intervención en el proceso hace que éste se desarrolle con entera normalidad y que, en los momentos oportunos, se adquieran los elementos probatorios adecuados para dictar la sentencia que proceda en justicia. Por eso, entiendo que entre unas y otras hay una diferencia no solamente de *grado* sino de *esencia*. Las unas pertenecen al *proceso*; las otras pertenecen a la *sentencia*. Y de ahí que no deba extrañar el que las reacciones del juez sean distintas. Ante el *proceso*, y como director de él, tiene el *deber* (aunque el precepto legal pueda rezar *facultad*) de conseguir la aportación al mismo de elementos probatorios. Ante la *sentencia*, el juez tiene una absoluta *libertad*, y sólo responde ante su conciencia, para tratar de aportar o no nuevos elementos probatorios. Por eso, no ha de extrañar que, al regular las medidas para mejor proveer, los códigos, *siempre*, digan que el juez *podrá* acordarlas, ya que esas medidas se han creado *en beneficio del juez*, para ayuda de su conciencia. Y que, en cambio, cuando se trata de su intervención en la prueba, los términos utilizados sean imperativos" (Sentís Melendo, *Estudios* cit., II, p. 395).

<sup>10</sup> En la concepción *liberal individualista*, en el Derecho Procesal debe imperar la *fórmula de la neutralidad del juez*... Es indudable que la fórmula de la *neutralidad del juez* satisface con mayor plenitud una particular concepción de la libertad individual, que postula el principio de no intervención del Estado; pero también es indudable que la fórmula solamente puede tener el valor absoluto que se le pretende atribuir, en tanto exista a su respecto el presupuesto fundamental de una igualdad absoluta de las partes en el proceso, situación inalcanzable o que, si alguna vez fue alcanzada, hoy ha sido superada "por el retroceso progresivo del individualismo jurídico" (Díaz, Clemente, *Instituciones* cit., p. 235).

<sup>11</sup> En un interesante trabajo Sprovieri y Beade concluyen: "1. Ante la evidencia de que el paradigma del juez como 'director' del proceso no ha logrado concretar la anhelada tutela jurisdiccional efectiva y eficiente, debe considerárselo superado por el nuevo paradigma del 'juez administrador'. 2. No es posible hablar de 'case management' sin aceptar el nuevo rol del juez como administrador del proceso judicial. 3. El 'juez administrador' debe gestionar el escaso 'recurso tiempo', con el objetivo de reducir costos y esfuerzo. 4. El 'juez administrador', al controlar los tiempos del proceso, debe evitar la apropiación particular por las partes del recurso público judicial más allá de lo necesario para la eficiente y rápida resolución de la disputa. 5. El juez –como administrador– debe contar con la facultad de adecuar el procedimiento al tenor de las pretensiones, fijando prudencialmente fechas límite para la producción de ciertos actos procesales, con efectos preclusivos y avance automático a la etapa siguiente" (Sprovieri, Luis Eduardo y Beade, Jorge Enrique, *El juez como administrador del proceso judicial*, rev. La Ley, diario del 24 de noviembre de 2009, p. 1). Pero si se observa bien esta concepción de desplazamiento de nombres (director-administrador) es –como en el caso de la nota anterior– más un juego de palabras que una diferenciación clara. Esto se debe a que lo importante es la descripción de la tarea del juez y su rol, el que se debe comparar entre las distintas teorías, y no, poner denominaciones que luego, cuando se desarrollan, coinciden en gran parte con la posición que se quiere superar.

<sup>12</sup> Me remito en este tema a lo desarrollado en mi "Tratado de Derecho Procesal Civil, Comercial y de Familia", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2006, tomo II, capítulo XV.

<sup>13</sup> Sobre el *proceso por audiencias* puede verse entre otros muchos Gelsi Bidart, Adolfo, *Por el proceso por audiencias*, Revista Jurídica de San Isidro, Argentina, N° 22, p. 31; Gozaíni, Osvaldo, "Los hechos y la verdad en el proceso por audiencias", en Morello, Augusto M. (dir.), *Los hechos en el proceso civil*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 129.

<sup>14</sup> Recientemente la reforma del Código de México (federal) estableció en el art. 578 que: "La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los tribunales de la federación..."

<sup>15</sup> Las lagunas de la ley o del Derecho no son tales, ya que el juez siempre debe fallar y le está vedado aplicar el criterio de *non liquet*, que admitió el Derecho Romano (jurar *sibi non liquere* –el asunto no está claro–) (Scialoja, Vittorio, *Procedimiento civil romano*, trad. de Sentís Melendo y Ayerra Redín, Ejea, Buenos Aires, 1954, p. 252), pero también, como señala Hans Kelsen (*Teoría pura del Derecho*, trad. del francés por Moisés Nilve, Eudeba, Buenos Aires, 1964, pp. 172 a 178), la laguna puede deberse no sólo a la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado el caso, y que si lo hubiese pensado habría tomado una decisión diferente a la que resulta del derecho vigente (cit., p. 173).

<sup>16</sup> Cuando apareció la electricidad y el derecho hubo de ocuparse de ella la materialidad o no de la misma fue un problema a resolver. Esta cuestión no obstante estar resuelta en la actualidad ha dado lugar a sentencias de no hace muchas décadas, como por ejemplo: La energía eléctrica que pasa por la línea telefónica debe ser entendida como “cosa”, siendo este concepto comprensivo de lo sólido, líquido, fluidos, gases y energía, en tanto sea detectable materialmente y pueda pertenecer a un patrimonio. Es decir que resulta más apropiado hablar de “materialidad” que de “corporeidad”, que no pudiendo negarse la materialidad de la energía y su pertenencia al patrimonio del abonado telefónico, su sustracción configura el delito de hurto (CNCrim.Corr., sala I (Def.), 17-3-1994, sent. W2, sec. 31, c. 43.160, Celestino, María C., eDial.com – A18BF). La cuestión ha vuelto a repetirse con el ADN en particular y en general con la aplicación de los criterios que surge de la prueba científica.

<sup>17</sup> Soler (*La interpretación de la ley* cit., p. 193) señala a este respecto que “La profundidad de una construcción jurídica parece provenir siempre –dijimos– de una preocupación que actúa como acicate para descubrir en el derecho la solución correcta. Las grandes sentencias, aquéllas que abren nuevos cauces en la vida jurídica, son, con gran frecuencia, pronunciamientos en los que se muestra la existencia de conexiones normativas antes ignoradas, y el gran magistrado es el que tiene el poder de descubrirlas y presentarlas de un modo objetivamente tan convincente que sorprenda que permanecieran tanto tiempo inadvertidas”. Estas ideas constituyen una modificación del pensamiento anterior de Soler, pues cuando era Procurador General de la Corte Suprema de Argentina dictaminó: “De lo informado a fs. 37 y vta. Como de las propias manifestaciones formuladas por el interesado en su escrito de fs. 35, surge que la clausura del periódico ‘Mercedes’, que dio origen a las presentes actuaciones, ha sido dejada sin efecto. En consecuencia, puesto que cualquier pronunciamiento de V. E. respecto de la cuestión planteada revestiría en la actualidad carácter de abstracto, opino que corresponde declarar mal concedido el recurso extraordinario de fs. 46” (CSJN, Argentina, 27-12-1957, “Siri, Ángel s/Interpone recurso de hábeas corpus”, rev. La Ley 89-531). Sin embargo la Corte en este caso admitió el recurso y resolvió la cuestión como Amparo por actos del poder público, modificando, en el orden nacional, el criterio contrario que había tenido desde antaño.

<sup>18</sup> Este aspecto se observa particularmente cuando chocan principios de primer grado como los establecidos en la Constitución Nacional, como podrían ser la igualdad y la libertad, la propiedad y la función social, etc.

<sup>19</sup> Es el caso de una industria que produce polución, pero que es la que mantiene económicamente a todo un pueblo, careciendo dicha industria de la posibilidad de adecuar sus tecnologías a sistemas más modernos, sin caer en la quiebra, ya sea por falta de créditos, por la situación económica nacional o internacional, etc.

<sup>20</sup> En el caso “Mujeres por la Vida –Asociación Civil sin Fines de Lucro, filial Córdoba–/Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, una asociación civil sin fines de lucro interpuso un amparo y una medida cautelar tendiente a que el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación suspenda la ejecución en todo el territorio de la Nación del “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”. En primera instancia se concedió la medida cautelar, la que fue dejada sin efecto por la Cámara Federal de Apelaciones (sala A) de Córdoba, aspecto que quedó firme. Pero también se discutía la legitimación de esta asociación para la presentación que intentaba. La Corte Suprema, por mayoría, decidió: “La asociación civil que reclama la inconstitucionalidad de la ley 25.673 está legitimada activamente en los términos del art. 43, CN, para reclamar como lo ha hecho si entre sus fines se encuentra –como surge de su estatuto organizativo– promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva prestación del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto de su dignidad intrínseca a lo largo de la vida”. Sin embargo, son las disidencias sobre este particular que dicen: “La legitimación de la asociación encuentra un límite insoslayable en la Constitución Nacional que protege de modo relevante la esfera de la individualidad personal ya que no hay razón alguna para pensar que los ciudadanos de este país



le hayan delegado a la reclamante la definición de sus estilos de vida en la materia sexual. El reconocimiento a la asociación actora conllevaría la vulneración del derecho de defensa en juicio de quienes no han participado en este proceso, y serían afectados por una decisión sin que se haya escuchado su opinión (art. 18, CN)". Del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti. "Y, La legitimación especial autorizada por el art. 43, párr. 2º, CN, se refiere a bienes e intereses que no reconocen titulares individuales y que, por ende, pueden ser alcanzados por decisiones de los órganos estatales, el Poder Judicial entre ellos, sin consultar de manera separada el interés de cada uno de los individuos que forman parte de la comunidad y sin violar, por ello, el derecho de defensa en juicio de personas afectadas". Del voto en disidencia de la Dra. Argibay (CSJN, 31-10-2006, Mujeres por la Vida. Asociación Civil sin fines de lucro –Filial Córdoba– v. Estado Nacional, Supl. JA 2007-I-19). Las disidencias resultan claras, porque en este caso no se citó a otros interesados, de donde la representación adecuada estaba seriamente dañada. Del mismo rango ideológico fue la discusión sobre la posibilidad del divorcio vincular, que dio lugar al fallo Sejean (CSJN, 27/11/1986, "J. B. Sejean c/A. M. Zaks de Sejean s/Inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2393") y posteriormente a la ley 23.515 que admitieron el divorcio vincular.

<sup>21</sup> En concordancia con uno de los lineamientos esenciales que informan la estructura del CPCCN, cual es el de acentuar la injerencia de los jueces en la ordenación y conducción del proceso, el art. 34, inc. 5º, de dicho Código establece que incumbe a aquéllos "dirigir el procedimiento", enumerando a continuación diversas medidas:... "1º) Concentrar, en lo posible, en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar (inc. I)]. Sin perjuicio de las numerosas disposiciones del CPCCN que constituyen aplicaciones particulares del principio de concentración, el inciso en examen (coincidente con el art. 12 del Código de Jujuy) impone a los jueces, con carácter general, el deber de evitar la dispersión de la actividad procesal siempre que fuere posible centralizarla en un mismo acto o audiencia... 2º) Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades (inc. II)]. Se trata, en ambos supuestos, de una aplicación del principio de saneamiento... 3º) Mantener la igualdad de las partes en el proceso (inc. III)]. Dentro de una razonable igualdad de condiciones o de circunstancias, les está vedado a los jueces acordar ventajas a una de las partes en desmedro de la otra... 4º) Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe (inc. IV)]. Consideramos que sólo comporta un deber judicial, en sentido estricto, la adopción de medidas tendientes a prevenir actitudes de las partes reñidas con la vigencia de la regla moral, pues la aplicación de sanciones por ese motivo se halla exclusivamente librada a la apreciación que en cada caso los jueces formulen acerca de la conducta de aquéllas, y constituye, por lo tanto, una facultad, economía procesal (inc. V)], es decir, adoptar aquellas medidas que propendan a abreviar y simplificar el proceso, y evitar, en consecuencia, todo trámite superfluo u oneroso" (Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, "Sujetos del proceso", segunda edición actualizada por Carlos Enrique Camps, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 179, 180 y 181).

<sup>22</sup> La búsqueda de este rol no se encuentra afectado por la diferencia de nuestro proceso con el del *common law*, que se verifica con más precisión en el proceso penal y que conforme señala Maier "nuestro juicio público no es, originaria e históricamente, ni siquiera desde el punto de vista formal, un período claramente acusatorio del procedimiento, en el cual el acusador o los acusadores y la tarea defensiva dominan la presentación del caso ante los jueces, a semejanza de aquello que se titula proceso de partes (en el Derecho anglosajón: adversarial). Por lo contrario, su reglamentación se aleja considerablemente de ese modelo. El peso de la tarea de realizar el juicio público recae sobre el cuerpo de decisión judicial, unipersonal o colegiado, que va a decidir por sentencia sobre la acusación; acusador y defensor están colocados allí antes bien para controlar la legitimidad de la actividad que cumplen los jueces, que como protagonistas principales del juicio. Por de pronto, ellos no dominan la presentación del caso y, por ello, tampoco la estrategia a seguir para lograr una decisión favorable al interés concreto que defienden en él. Si bien a la acusación (p. 373) y a la defensa les corresponde, en principio, la facultad de ofrecer prueba para el juicio, aun con ciertas limitaciones, las facultades del tribunal de incorporar prueba de oficio, incluso como forma de suplir la omisión de la fiscalía, son amplísimas, antes del debate, al prepararlo, durante el curso del debate y, también, durante la deliberación de la sentencia, con reapertura del debate. De esta manera, la estrategia final respecto de la influencia sobre la decisión (táctica procesal) y la presentación del caso ante los jueces no pertenece al acusador, ni tampoco a quien se defiende, sino que, antes bien, queda, por principio, en manos de los propios jueces del caso –al proceder de oficio sin limitarse a escuchar y decidir–, quienes, más que moderadores (poder de dirección y disciplina de la audiencia) de una disputa y árbitros (jueces) de una decisión, resultan convertidos, a través de estas facultades extradecisorias, en protagonistas principales del conflicto y de su solución. He allí, en la pura forma y estructura de

una institución base del procedimiento acusatorio, el juicio público, la supervivencia de los postulados básicos de la inquisición y la razón principal del título que prefiero dar a este tipo de enjuiciamiento: procedimiento inquisitivo reformado. De esta tendencia se apartan los nuevos CPP Córdoba, CPP Tucumán y CPP Buenos Aires, que, según dijimos, procuran, ostensiblemente, acercarse, aun cuando sólo formalmente, al modelo del proceso de partes (Maier, Julio B. J., *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, "Sujetos procesales", Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2004, 1ª edición, 1ª reimpresión, 374).

<sup>23</sup> *Reglas Federales de Procedimiento Civil para las Cortes de los Estados Unidos*.

IV. PARTES. Regla 23. Acción de clase (Versión castellana del autor).

(a) *Prerrequisitos*. Uno o más miembros de una clase puede demandar o ser demandado como representante de las partes en nombre de todos los miembros sólo si:

- (1) la clase es tan numerosa que la acumulación de todos los miembros es impracticable;
- (2) hay cuestiones de derecho o hecho comunes a la clase;
- (3) las reclamaciones o defensas del representante de la clase, son reclamos o defensas típicas de la clase, y
- (4) el representante partes de manera protegerá justa y adecuada los intereses de la clase.

(b) *Tipos de Acciones de clase*.

Una acción de clase podrá mantenerse si la Regla 23 (a) se cumple, y si:

(1) La prosecución separada de juicios (acciones) por o contra los miembros de la clase crearía un riesgo de:

(A) Inconsistencia, o las diferentes adjudicaciones con respecto a los distintos miembros de la clase podrían establecer normas de conducta incompatibles para la parte que se opone a la clase, o

(B) Las adjudicaciones con respecto a los miembros individuales de la clase que, en la práctica, sería dispositivo para los intereses de los demás miembros que no son partes en las adjudicaciones individuales, perjudicaría o impediría sustancialmente la capacidad para proteger sus intereses;

(2) la parte que se opone a la clase ha actuado o se negó a actuar por motivos que se aplican generalmente a la clase, obteniendo con relación al caso un mandato final (sentencia de condena o de absolución), o la correspondiente declaratoria (sentencia declarativa) con respecto a la clase en su totalidad, o

(3) el tribunal considera que las cuestiones de hecho o de derecho común a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecta solamente a los miembros individuales, y que una acción de clase es superior a otros métodos disponibles de manera equitativa y eficiente para resolver la controversia. Las cuestiones pertinentes a estos hallazgos incluyen:

(A) los intereses de los miembros de la clase en el control individual de la promoción o defensa de acciones separadas;

(B) el alcance y la naturaleza de cualquier litigio respecto a la controversia iniciada por o en contra de miembros de la clase;

(C) la conveniencia o inconveniencia de concentrar el litigio de las reclamaciones en el foro en particular, y

(D) las dificultades previsibles en la gestión de una acción de clase.

c) *Certificación de la orden; Noticia a los miembros de la clase; tema; cuestiones de clase; subclases*.

(1) *Certificación de la orden*.

(A) *Tiempo de la orden*. En un plazo breve después de que una persona demanda o es demandado como representante de una clase, el tribunal debe determinar si corresponde emitir la orden de certificación de la acción como una acción de clase.

(B) *Definición de la clase; Nombramiento de los abogados de la clase*. Una orden que certifique una acción de clase debe definir la clase y las pretensiones de clase, los temas, o las defensas, y debe designar un abogado de la clase bajo la Regla 23 (g).

(C) *Alteración o modificación de la Orden*. Una orden que concede o deniega la certificación de clase puede ser alterada o modificada antes del final del juicio.

(2) *Notificación*.

(A) *Para (b)(1) o (b)(2) Clases*. Para cada clase certificado bajo la Regla 23 (b)(1) o (b)(2) el tribunal debe de manera directa notificar apropiadamente a la clase.

(B) *Para (b)(3) Clases*. Para cada clase certificada bajo la Regla 23 (b)(3), el tribunal debe

dirigir a los miembros de la clase la mejor notificación que es posible bajo las circunstancias, incluida la notificación individual a todos los miembros que pueden ser identificados a través de un esfuerzo razonable. El anuncio debe ser claro y sencillo, fácil de entender en el idioma:

- (i) La naturaleza de la acción;
- (ii) la definición de la clase certificada;
- (iii) los reclamos de la clase, los temas o defensas;
- (iv) que un miembro de la clase puede entrar en el proceso a través de un abogado si él así lo desea;
- (v) que el tribunal excluirá a cualquier miembro de la clase que así lo solicite;
- (vi) el tiempo y la forma para solicitar la exclusión, y
- (vii) el efecto vinculante de una sentencia de clase a los miembros de la misma bajo la Regla 23 (c)(3);

(3) Sentencia (respecto de la certificación);

Ya sea o no favorable a la clase, la sentencia en una acción de clase tiene que:

(A) Para cualquier clase certificada de acuerdo con la Regla 23 (b)(1) o (b)(2), incluir y describir a aquellos a quienes el tribunal determina que son miembros de la clase, y

(B) Para cualquier clase certificada de acuerdo con la Regla 23 (b)(3), incluir y especificar o describir aquellos a quienes conforme con la Regla 23 (c)(2) fue dirigida la notificación, quienes no han solicitado la exclusión y a quienes el tribunal considera miembros de la clase.

<sup>24</sup> La tercera generación de derechos se ocupa de dar contenido a la idea de solidaridad o, por seguir la progresión marcada por la divisa revolucionaria francesa, a la idea de fraternidad, que sucedería así a la libertad, característica de las “libertades-inmidades”, y a la igualdad, característica de los “derechos económicos y sociales”. Estos derechos de solidaridad, como el derecho al respeto del medio ambiente, el derecho al reparto de los recursos comunes de la humanidad o el derecho a la paz, se analizan más como intereses legítimos que como derechos subjetivos y libertades. Puede que, incluso, aquí la idea de obligación prevalezca sobre la del derecho. Se trata seguramente de responsabilidades colectivas más que de prerrogativas individuales. Sin duda, todo derecho subjetivo conlleva un deber correspondiente en la persona de otro; no se negará sin embargo que la imaginaria jurídica, como el discurso político, han ocultado por mucho tiempo esta realidad, de modo que la insistencia sobre la idea de responsabilidad –¿para cuándo una “Declaración de las responsabilidades universales”?– conlleva un profundo trastorno de las mentalidades. Esto nos lleva a formular nuestra siguiente observación, que se ocupa esta vez de insistir sobre el cambio de escala al cual el jurista, como los demás contemporáneos, está hoy constreñido. Mientras que en el antiguo régimen sólo se concebía y practicaba la norma a escala familiar y local, el progreso de la modernidad tuvo que adaptarse a la escala nacional, la época actual nos obliga a razonar –realmente y no sólo verbalmente– a escala universal, eso que K. O. Apel califica de “macroesfera” que exige normas intersubjetivamente válidas de responsabilidad universal. Los nuevos peligros de nuestro tiempo, desde el más público, como la nube de Chernobyl, hasta el más íntimo, como el virus mortífero del SIDA, implican una reacción concertada a escala planetaria. Tal regulación no tiene la menor posibilidad de imponerse si no puede tener apoyo sobre una conciencia ética ampliada a las dimensiones de la comunidad universal... Podríamos dejarlo ahí; tan vasto es el programa del cual se encarga nuestro Hermes (así llama el autor al juez actual que debe afrontar estos retos). Sin embargo le esperan todavía otros retos que se verá obligado a superar. Pensemos esta vez, en las cuestiones ético-jurídicas radicalmente nuevas (que suscita la acción combinada de los progresos científicos y de los deseos más delirantes de la ingeniería genética y manipulaciones biológicas al servicio de la eugenesia, de la reproducción de clónicos, de la determinación del sexo de los hijos y otros comercios genéticos). Tal articulación de realización técnica y de autoridad volitiva muestra claramente déficits de sentido profundamente desestabilizadores. ¿Cuál podría ser aquí el mensaje de Hermes? Ante todo, un mensaje muy antiguo, tan viejo sin duda como el Derecho mismo. Es la restauración de la vieja idea de prudencia de la que cierto Derecho extrae su nombre; *prudentia, jurisprudentia, jurisprudencia* (Ost, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez”, en Revista Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 14 de 1993, de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, trad. Isabel Lifante Vidal, pp. 192 y 193).

<sup>25</sup> Como señala Salgado con acierto: Economizar recursos, permitir el acceso a la jurisdicción a los pequeños reclamos y/o a las personas que inclusive desconocen que pueden reclamar, evitar decisiones contradictorias en casos análogos, evitar el colapso del sistema judicial, etc., son algunos de los motivos que impulsan la instauración de una estructura colectiva (Salgado, José



María, "El amparo colectivo", en *Tratado de Derecho Procesal Constitucional* [dir. por Enrique Falcón], Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, tomo II, p. 218).

<sup>26</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Mara Guastavino, Planeta Argentina, Impreso en Barcelona, 1993, pp. 43-44.

<sup>27</sup> En general los procesos colectivos se han iniciado en general a través de procesos de amparo (con base en el art. 43, CN), que por su celeridad y contenido no permiten que se planteen impedimentos procesales (llamadas generalmente excepciones previas) como el defecto legal en el modo de proponer la Demanda. Sin embargo, en un caso la actora, Asociación Superficialarios de la Patagonia, no había desarrollado su demanda en forma adecuada. Llegada la cuestión a la Corte Suprema de la Nación (Argentina) la misma resolvió: La admisibilidad de la excepción de defecto legal está condicionada a que la omisión u oscuridad en que se incurre coloquen al contrario en verdadero estado de indefensión, al no permitirle oponer las defensas adecuadas u ofrecer las pruebas pertinentes (*Fallos*: 311:1995; 319:1960 y 326:1258). En el *sub lite* se configura ese extremo ya que, contrariamente a lo sostenido por la actora, la sola lectura del escrito de demanda es suficientemente demostrativa de las deficiencias en que se ha incurrido en su elaboración, en la medida en que la generalidad de sus términos hace extensible la pretensión a toda alteración del medio ambiente eventualmente producida en la denominada Cuenca Neuquina que tenga su origen en la explotación del hidrocarburo en cualquiera de sus formas, con total indiferencia por precisar la causa fuente del daño, o la pluralidad de ellas, por individualizar a los agentes productores de éste, por diferenciar la aportación de cada uno de ellos en el proceso causal del deterioro que se invoca resultante y, en su caso, la gravedad de la alteración postulada. Del mismo defecto adolece la prueba documental acompañada por la actora, consistente en el resumen ejecutivo del documento elaborado por consultores contratados por el gobierno de la Provincia del Neuquén y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en el marco del proyecto PNUD Arg/97/024. La actora funda su demanda en la situación de hecho consistente en la contaminación ambiental que existiría en la Cuenca Hidrocarbúrfera Neuquina, cuya responsabilidad atribuye a la actividad de las demandadas. Pero esta contaminación, así tan vagamente conceptualizada, no ofrece elementos que la diferencien de la existente en otras superficies del territorio de la República o de naciones extranjeras en que se desarrollan este tipo de actividades. En particular, no resulta claro si la demanda asocia el daño ambiental a la explotación de petróleo en general o a ciertas prácticas negligentes o defectuosas relacionadas con dicha actividad. Por un lado, la acción es dirigida contra las demandadas, que son agrupadas sobre la base de su sola condición de explotadores de petróleo (calidad de concesionario de un área o yacimiento en la Cuenca Neuquina), pero, por otro lado, la actora se refiere a diversas conductas contaminantes en la exploración y explotación de petróleo, tales como derrames por descontrol de los pozos, instalaciones sin las previsiones para la protección ambiental, incorrecta disposición de residuos, etcétera. Este defecto en el modo de proponer la demanda es crucial puesto que el actor pretende eximirse de identificar a los causantes del daño ambiental e imputar a los demandados una responsabilidad por pertenencia al grupo que realiza la actividad dañosa, con invocación del art. 31 de la ley 25.675. Pero, para la operatividad de esta regla, resulta indispensable que el criterio clasificatorio empleado en la delimitación del grupo responsable sea el mismo que se utiliza para identificar la causa o agente del daño. Tanto más si se tiene en cuenta que la responsabilidad solidaria del art. 31 de la ley 25.675 exige que los miembros del grupo responsable hayan participado en la comisión del daño ambiental. El bien jurídico protegido no autoriza, en suma, a interponer una demanda en términos tales que la asemejen más a una justificada y compartida preocupación de todos los integrantes de una comunidad por un medio ambiente sano, que a una fundada petición formulada por una parte legitimada, en orden a la consecución de los objetivos que dieron lugar a su constitución como persona jurídica, apta para poner en marcha la instancia jurisdiccional con la modalidad por la que ha optado la actora y para dar lugar a que el Poder Judicial de la Nación ejerza la atribución que le ha encomendado la Carta Magna de resolver, con arreglo al derecho vigente, los conflictos litigiosos suscitados entre partes (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional; ley 27, art. 2º) (CSJN, A.1274.XXXIX, 29-8-2006, "Asociación de Superficialarios de la Patagonia c/YPF SA y otros s/Daño ambiental", eDial.com – AA3804).

<sup>28</sup> La palabra representado debe haber sido usada de modo genérico y no refiriéndose a la representación jurídica, ya que en el proceso civil esta actividad puede ser cubierta por el patrocinante (nota del autor).

<sup>29</sup> Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, Argentina, 1986, tomo I, p. 385.

<sup>30</sup> Quien desea justicia sin abogados se asemeja a quien pide un arco sin las dos columnas que necesariamente le soportan o a quien clama por agua sin hidrógeno y oxígeno. Si el juez es

el fiel de la balanza, la tesis en pugna son los dos platillos y los abogados las personas encargadas cada una de buscar las pesas y a colocarlas sobre cada uno de ellos. Los dos abogados despliegan el lienzo del proceso, sosteniéndolo cada uno por su lado, para que el juez pueda contemplarlo en su verdadera perspectiva. La imparcialidad del juez es la resultante de las parcialidades de los abogados (la posición del abogado es legalmente de "parcialidad" sin "parcialidad") (Goldschmidt, Werner, "La misión del abogado", en *Justicia y verdad*, La Ley, Buenos Aires, 1978, pp. 336 y 337).

<sup>31</sup> La acción de clase (*class action*), también conocida como acción de representación, parece que tuvo bastante vigencia en Inglaterra medieval a partir del 1200 DC, donde grupos de personas demandaban o eran demandados en las acciones en el derecho común, basados en intereses comunes de los pueblos, ciudades, parroquias, asociaciones, etc., pretensiones que eran admitidas claramente por los tribunales, tal vez fundadas en la necesidad de ese actuar en virtud de lo complicado de las comunicaciones y la imposibilidad de gestionar en todo el territorio del país cuestiones cuyo traslado y trámite resultaría muy costoso a los individuos particulares, por un lado, y por otro, el hecho de que la comunidad actuaba en grupos. Aunque en el período que corre entre el 1440 y 1700 las distintas guerras impidieron muchas veces funcionar a los tribunales, la idea del proceso colectivo fue creciendo aunque de manera dispersa y compleja hasta la reforma de 1812, que las admitió oficialmente, aunque de manera más limitada. En el vaivén de intereses políticos y sectoriales, posteriores reformas terminaron en 1850 donde prácticamente quedó eliminada. Pero las ideas pasaron a Estados Unidos de América, donde sobrevivieron. El más antiguo predecesor a la regla de acción de clase fue la Regla N° 48 incluida en las Reglas de Equidad promulgada en 1833, que permitió actuar representativamente en situaciones en las que había muchos reclamos individuales (que ahora forma el primer requisito para los litigios de acción de clase, numerosidad). El Tribunal Supremo interpretó la Regla 48 de tal manera para que pudiera aplicarse a las partes ausentes en determinadas circunstancias, pero sólo por ignorar el significado simple de la regla. En el siglo pasado la regla de equidad N° 48 se sustituyó con la regla de equidad N° 38 como parte de una importante reestructuración de las normas de equidad, y cuando los tribunales federales fusionaron sus sistemas de procedimiento equitativo y legal en 1938, se transformó en la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts*), la que tuvo importantes revisiones, de las cuales una de las más importantes fue la de 1966, aunque tuvo también otras notables posteriores, como la de 2003 sobre la certificación, notificaciones, acuerdos sobre el nombramiento y remuneración de los abogados (véase texto en nota 23).

<sup>32</sup> En los últimos años, ha habido cientos de artículos académicos y decenas de libros escritos sobre los litigios en la acción de clase. En los comentarios legales abundan las críticas doctrinales, cartas al Congreso, manifiestos moralistas, y las recetas de los economistas que optimizan las normas de acción de clase. La lectura de todos ellos presenta una duda, creo que el litigio de acción de clase abusivo se está ejecutando fuera de control en los Estados Unidos. En el ámbito doctrinal, por ejemplo, el profesor Martin Redish plantea la objeción de que la mayor parte de los litigios de acción de clase contemporánea son, en realidad, "impulsados por un abogado" a la caza de recompensas y que, cuando un tribunal en ese caso aplica la Regla 23 de procedimientos para una ley federal de fondo, realiza el eficaz injerto de una disposición en una ley que no contiene dicho recurso. Habría tribunales que sostienen que el artículo 23 no se puede aplicar por abogados de conducción, para no entrar en conflicto con el régimen de aprobación del Congreso en el que la demanda se basa. Por otra parte, él se conformaría con la legislación que prohíbe el flagelo generalizado de las acciones colectivas impulsadas por este tipo de abogados. Desde la esquina moralista, el profesor Charles Wolfram objeta algo menos matizado, que los abogados de los demandantes son, además, inmorales. El profesor Wolfram centra su ataque en el "estado bajo la práctica ética en las acciones de clase" y la "traición de los abogados que están dispuestos a venderse por millones en honorarios" (Gilles, Myriam, *Optar por la responsabilidad: la próxima, casi total desaparición de la demanda colectiva moderna*, Michigan Law Review, diciembre de 2005, p. 373) (versión en español del autor).

<sup>33</sup> Base: Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán, ley 6944 de 1999, Argentina, art. 71.

<sup>34</sup> Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves, *Derecho Constitucional Argentino*, tomo I, Santa Fe, Argentina, 2001, p. 362.

<sup>35</sup> CSJN, Argentina, Olivar, Guillermo, 1875: Cuestión criminal por complicidad en el delito de rebelión, Fallos, t. 16, p. 118.

<sup>36</sup> V. gr. CSJN, Argentina, Sánchez Viamonte, Julio en autos con Giustinian, Emilio, 1916, Fallos, t. 123, p. 106.

<sup>37</sup> Con cita de Fallos: 320:1166.

<sup>38</sup> CSJN, Argentina, 12-5-2009, A.1518.XXXIX; REX, Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa c/Banco de la Nación Argentina s/acción declarativa de inconstitucionalidad; Fallos T. 332, p. 1039 (Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, por mayoría, con cita de Fallos: 315:839; 322:2346).

<sup>39</sup> CSJN, Argentina, 18-9-1957, Colalillo, Domingo vs. Compañía de Seguros España y Río de la Plata, Fallos, T. 238, p. 550.

<sup>40</sup> De Bono, Edward, *Conflictos. Una mejor manera de resolverlos*, Editorial Sudamericana, Planeta, Buenos Aires, 1986, pp. 67-112.

<sup>41</sup> Di Iorio, Alfredo, *Temas de Derecho Procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 20.

<sup>42</sup> En el marco de una acción incoada por una asociación de defensa de los consumidores en defensa de los derechos de un grupo de usuarios, cabe revocar la resolución que decidió ordenar la apertura del trámite de la mediación previa. Ello así, toda vez que en virtud de la reforma introducida por la Ley 26.361, la actora no puede celebrar un acuerdo con la demandada que sea vinculante y ejecutable como sentencia con la simple firma del mediador y las partes, en tanto resulta recaudo insoslayable la previa intervención del Ministerio Público Fiscal y una decisión judicial debidamente fundada que lo homologue, extremos, que obviamente, no podrían ser satisfechos en el marco del trámite de la mediación previa obligatoria. Por lo demás, su apertura en este estado del proceso implicaría un acto ocioso que no se conciliaría con los principios de economía y celeridad procesal. Máxime si se tiene en cuenta que las partes podrán proponer y explorar diversas alternativas en la oportunidad prevista en el artículo 360 del CPCCN, evitando así un dispendio jurisdiccional y conduciendo a una más ágil conclusión del juicio, con los consecuentes beneficios para la administración de justicia, los demás justiciables y las propias partes (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial [Capital Federal-Argentina], sala B, *in re* "Petrolera Argentina SA c/GM Netcom Argentina s/Ordinario", del 31/10/2006; *idem*, sala D, *in re* "Diners Club Argentina SAC c/Pont, Alberto s/Ordinario", 26/4/2004; Revista Jurisprudencia Argentina del 8/9/2004); todo ello sin soslayar los recaudos previstos por el art. 54 de la Ley de Derechos del Consumidor (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (Capital Federal, Argentina), sala B, 30-jun-2009, Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa vs. BBVA Banco Francés SA s/Ordinario, Prosecretaría de Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial [Capital Federal-Argentina]; RC J 24602/09).

<sup>43</sup> El Código Procesal Civil y Comercial Nacional en Argentina, art. 34, concordante con los códigos provinciales en lo conceptual, establece que "Son deberes de los jueces:... 5. Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código:... d) Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe".



**LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES COLECTIVAS.  
REPRESENTATIVIDAD ADECUADA. NECESIDAD  
DE CERTIFICACIÓN DE LA ACCIÓN COLECTIVA.  
ACCIÓN COLECTIVA PASIVA**



## REPORT ON ASPECTS OF COLLECTIVE (CLASS) ACTIONS IN ENGLAND AND WALES

por RACHAEL MULHERON\*

### I. Introduction

The purpose of this Report is to outline **four** particular aspects of collective actions jurisprudence in England and Wales, all of which have been treated inconsistently across the key collective actions regimes presently in place in that jurisdiction.

Section **II** introduces the three regimes, operative in England and Wales, which will form the focus of consideration herein: the group litigation order (hereafter, the GLO); the representative rule; and the follow-on representative action for competition law infringements. The GLO and the representative rule are considered to be the ‘twin pillars’ for multi-party litigation in England, while the sector-specific regime for competition law contains a useful comparator for the purposes of the issues discussed in this Report. Section **III** examines the requirement of certification, whether expressly –or implicitly– required, and the criteria which have constituted the ‘certification matrix’ under each collective redress regime, while Section **IV** canvasses the role of defendant class actions under each of the three regimes the focus of consideration in this Report. Section **V** then considers the controversial issue of standing under each of those collective action regimes, while Section **VI** outlines how adequacy of representation is adjudicated thereunder.

Three introductory points should be made at the outset. First, references to ‘England’ hereafter should be taken to mean ‘England and Wales’, for there is no material difference between the law of the two jurisdictions, insofar as collective actions jurisprudence is concerned. Secondly, this Report draws heavily upon (and reproduces part of) some of the author’s previously-published work. A selected bibliography is noted at the end of this Report (in Section **VII**), and hence, interested readers are referred to those publications for an expanded, detailed and analytical treatment of several of the issues considered herein. Also, to clarify, while the author is a member of the Civil Justice Council of England and Wales, the views expressed in this article are written in a personal capacity, and should not be taken to necessarily represent the views of that body.

Thirdly, recent class actions law reform in England occurred in another sector-specific area, in respect of ‘financial services claims’.<sup>1</sup> In 2010, and for the first time in England’s legal history, Parliament considered a legislative regime which contained an opt-in or opt-out class action (depending upon judicial choice), following the promulgation<sup>2</sup> and debate of the Financial Services Bill. This sectoral regime was introduced to

\* Department of Law, Queen Mary University of London, England.

<sup>1</sup> Financial Services Bill 2010, c 21. The regime would have applied to banks and financial entities who were carrying on regulated banking and other financial activities, and would have applied, e.g., to the levying of bank charges, and the selling of regulated financial products such as payment protection insurance.

<sup>2</sup> Introduced to Parliament on 19 November 2009 by HM Treasury.

Parliament against a backdrop of increasing levels of litigation about financial services and products. However, the Bill was a casualty of the legislative ‘wash-up’ which followed the calling of the general election on 6 April 2010, and the final version of the Bill<sup>3</sup> omitted any reference to proposed collective actions regime. Meanwhile, the detailed rules of court which had been drafted in anticipation of the FSB regime being enacted remain unpromulgated by the Civil Procedure Rules Committee.<sup>4</sup> Hence, English law continues to await the implementation of any collective action which facilitates class litigation brought on an opt-out basis, and because the proposed regime did not ultimately secure enactment, its features to do with standing, adequacy of representation, certification, and defendant classes, will not be further explored in this Report.

## II. An outline of England’s collective actions regimes

England has two generic collective action regimes, under which a claim of any subject-matter may feasibly be brought. The representative rule (also sometimes called the ‘representative action’) is of longstanding pedigree, while the other, the group litigation order, is of far more recent heritage. By contrast to these generic regimes, the consumer representative action which applies exclusively in the realm of competition law infringements is one of the situation-specific provisions which have been introduced on a piecemeal basis by the English legislature, and which provide for collective actions within certain case scenarios. Outlining each in turn:

### 1. *The representative rule*

The representative rule, presently contained in rule 19.6 of the Civil Procedure Rules (CPR), was introduced in its present incarnation on 2 May 2000.<sup>5</sup> Unlike the GLO provisions which were introduced for the first time on that date, the representative rule has existed ‘on the English statute books’, in virtually the same wording, since 1873.

The representative rule presently states:

- 19.6 (1) Where more than one person has the same interest in a claim:
- (a) the claim may be begun; or
  - (b) the court may order that the claim be continued, by or against one or more of the persons who have the same interest as representatives of any other persons who have that interest.
- (2) The court may direct that a person may not act as a representative.
- (3) Any party may apply to the court for an order under paragraph (2).
- (4) Unless the court otherwise directs any judgment or order given in a claim in which a party is acting as a representative under this rule:
- (a) is binding on all persons represented in the claim; but
  - (b) may only be enforced by or against a person who is not a party to the claim with the permission of the court.

Hence, a representative action may proceed, upon satisfaction of two express criteria: a ‘same interest’ between representative and represented persons; and ‘more than one person’ share the claim with the representative. In general terms (and as discussed in further detail below), the ‘same interest’ requirement has been restrictively

<sup>3</sup> Financial Services Act 2010, c 28, which obtained Royal Assent on 8 April 2010.

<sup>4</sup> These were drafted by a Working Group comprised of members of the judiciary, the CJC, the MOJ, and the CPR Committee, during 2009-10. The author was a member of that Working Group. The draft rules, and explanatory notes, are available for perusal at: <http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/C054527A-8F97-45AB-8471-EB891FF757B7/0/CJCDraftRulesforCollectiveActionsFeb2010.pdf>.

<sup>5</sup> See Civil Procedure Rules, SI 1998/3132.



interpreted in English law, especially in light of the fact that, in *Duke of Bedford v Ellis*, Lord Macnaghten described the criterion as follows: '[g]iven a common interest and a common grievance, a representative suit is in order if the relief sought is in its nature beneficial to all whom the plaintiff proposes to represent'.<sup>6</sup> This interpretation, and other judicial constructs of the rule, undoubtedly hastened the introduction of the group management of similarly-situated claims under the GLO regime.

The representative action does not invoke any requirement for an express mandate by the represented members. For example, in *Gaspert Ltd v Ellis (Inspector of Taxes)*,<sup>7</sup> it was said that the nature of the representative action is such that others with like interests to the representative may not know, or approve of, the actions taken by the representative. This confirms earlier authority, in *John v Rees*,<sup>8</sup> that express consent by co-members is not ordinarily required for the representative claimant to pursue the representative action. Given the strict meaning attributed to the expression 'same interest' under the representative rule (i.e., a common interest, a common grievance, and the relief sought was in its nature beneficial to all), Sir Andrew Morritt VC (as he then was) remarked, in *Independiente Ltd v Music Trading On-Line (HK) Ltd*, that if a representative action was not specifically authorized by all class members, that was 'irrelevant as a matter of law', simply because 'in cases falling within CPR 19.6, the rule itself provides the authority of the person who is represented'.<sup>9</sup>

The recovery of individual damages per class member has proven difficult and controversial under the English representative action, since the seminal decision in *Markt & Co. Ltd v. Knight Steamship Co. Ltd*.<sup>10</sup> One of the reasons given in *Markt* for the defeat of any 'same interest' was that each of the class members there (consignors of cargo lost at sea) had several measures of damages (the value of their lost cargos), with none having any interest in the damages recoverable by the representative claimant, nor did the representative claimant have any claim for some collective damages fund in which all class members would share an interest. Proof of damage was personal to each consignor, and the facts underlying the measure of damages would differ. Exactly a century later, the problem manifested again. In the 2010 price-fixing litigation in *Emerald Supplies Ltd v British Airways plc*,<sup>11</sup> the purchasers/class members claimed that they had suffered individual losses (three different heads of damage were specified); and sought, as the relief, 'a declaration that damages are recoverable in principle from the [defendant airlines] by those purchasers in respect of each of those three types of loss'.<sup>12</sup> However, in answer to the crucial question as to whether those class members had the 'same interest' at the outset of the action, Chancellor Morritt said they did not,<sup>13</sup> which the Court of Appeal upheld.

Notwithstanding the failed attempt to use the representative rule in *Emerald*, the representative rule has proven to be a useful vehicle for bringing some applications for (primarily) injunctive or declaratory relief. For example, in the aforementioned case of *Independiente Ltd v Music Trading On-Line (HK) Ltd*, the defendant M operated a website at [www.cd-wow.com](http://www.cd-wow.com) through which it sold CD's which had been released for sale outside of the European Economic Area with the full permission of the copyright owners. The representative claimant, I, alleged that the importation of those CD's into

<sup>6</sup> [1901] AC 1 (HL) 8.

<sup>7</sup> [1985] 1 WLR 1214 (Ch).

<sup>8</sup> [1970] Ch 345, 371.

<sup>9</sup> [2003] EWHC 470 (Ch), [2003] All ER (D) 190 (Mar), para 32. Followed, eg, in: *Howells v Dominion Ins Co Ltd* [2005] EWHC 552 (QB), overruling Master Foster on this point: 9 Nov 2004.

<sup>10</sup> [1910] 2 KB 1021 (CA).

<sup>11</sup> [2010] EWCA Civ 1284 (Mummery LJ delivered the judgment of the court, with Toulson and Rimer LJ agreeing).

<sup>12</sup> *Ibid.*, para 2.

<sup>13</sup> [2009] EWHC 741 (Ch), [2009] UKCLR 801.

the UK infringed copyright of these owners, and sought injunctive relief (with damages claimed as ancillary relief). The representative action was procedurally competent there –as was also held in the case of *Huntingdon Life Sciences Group plc v Stop Huntingdon Animal Cruelty (No 1)*,<sup>14</sup> in which the representative claimant, H, was a scientific research company whose work involved experiments on live animals. H was permitted to seek relief on behalf of all of its employees for allegedly harassing and intimidating behaviour by protestors (albeit that Mackay J noted that '[t]here are grave difficulties surrounding CPR 19.6 and its application to the facts of this case').

## 2. Group litigation order

Prior to 2 May 2000, English multi-party actions proceeded either under the traditional representative rule (which was, at that time, enacted as Ord 15, r 12 of the Rules of the Supreme Court), or by *ad hoc* arrangements and consent orders between the litigants and the court by means of 'group litigation'. On 2 May 2000, the more formalised and opt-in Group Litigation Order (GLO) was introduced under Pt 19.III of the Civil Procedure Rules (together with the supporting Practice Direction 19B).

Under CPR rule 19.10, the court can make a GLO for the 'case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law'. The GLO regime anticipates and entails that investigations of all putative claimants' circumstances will occur at the outset, in order to file a claim form for each claimant, given that para 6.1A of Practice Direction 19B provides that '[a] claim form must be issued before it can be entered on a Group Register'. Hence, the GLO operates as an opt-in collective action, and not the type of opt-out class action regime pursued in Australia (under Pt IVA of the Federal Court of Australia Act 1976), in the Canadian provinces (see, eg, Ontario's Class Proceedings Act 1992), and in the United States (rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure). The relevant provisions of the GLO regime read as follows:

### III. Group Litigation.

#### *Definition.*

19.10. A Group Litigation Order ('GLO') means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the 'GLO issues').

#### *Group Litigation Order.*

19.11. (1) The court may make a GLO where there are or are likely to be a number of claims giving rise to the GLO issues.

(2) A GLO must:

- (a) contain directions about the establishment of a register (the 'group register') on which the claims managed under the GLO will be entered;
- (b) specify the GLO issues which will identify the claims to be managed as a group under the GLO; and
- (c) specify the court (the 'management court') which will manage the claims on the group register.

(3) A GLO may:

- (a) in relation to claims which raise one or more of the GLO issues:
  - (i) direct their transfer to the management court;
  - (ii) order their stay until further order; and
  - (iii) direct their entry on the group register;
- (b) direct that from a specified date claims which raise one or more of the GLO issues should be started in the management court and entered on the group register; and
- (c) give directions for publicising the GLO.

<sup>14</sup> [2004] EWHC 1231 (QB), para 55. In actuality, both claimants and defendants were using CPR 19.6 in that litigation, as pointed out subsequently in: *Huntingdon Life Sciences Group plc v Stop Huntingdon Animal Cruelty (SHAC)* [2007] EWHC 522 (QB, Holland J).

*Effect of the GLO.*

19.12. (1) Where a judgment or order is given or made in a claim on the group register in relation to one or more GLO issues:

(a) that judgment or order is binding on the parties to all other claims that are on the group register at the time the judgment is given or the order is made unless the court orders otherwise; and

(b) the court may give directions as to the extent to which that judgment or order is binding on the parties to any claim which is subsequently entered on the group register.

(2) Unless paragraph (3) applies, any party who is adversely affected by a judgment or order which is binding on him may seek permission to appeal the order.

(3) A party to a claim which was entered on the group register after a judgment or order which is binding on him was given or made may not:

(a) apply for the judgment or order to be set aside, varied or stayed; or

(b) appeal the judgment or order, but may apply to the court for an order that the judgment or order is not binding on him.

(4) Unless the court orders otherwise, disclosure of any document relating to the GLO issues by a party to a claim on the group register is disclosure of that document to all parties to claims:

(a) on the group register; and

(b) which are subsequently entered on the group register.

*Case management.*

19.13. Directions given by the management court may include directions:

(a) varying the GLO issues;

(b) providing for one or more claims on the group register to proceed as test claims;

(c) appointing the solicitor of one or more parties to be the lead solicitor for the claimants or defendants;

(d) specifying the details to be included in a statement of case in order to show that the criteria for entry of the claim on the group register have been met;

(e) specifying a date after which no claim may be added to the group register unless the court gives permission; and

(f) for the entry of any particular claim which meets one or more of the GLO issues on the group register.

*Removal from the register.*

19.14. (1) A party to a claim entered on the group register may apply to the management court for the claim to be removed from the register.

(2) If the management court orders the claim to be removed from the register it may give directions about the future management of the claim.

*Test claims.*

19.15. (1) Where a direction has been given for a claim on the group register to proceed as a test claim and that claim is settled, the management court may order that another claim on the group register be substituted as the test claim.

(2) Where an order is made under paragraph (1), any order made in the test claim before the date of substitution is binding on the substituted claim unless the court orders otherwise.

Each GLO, once certified, is required to be entered on a group register.<sup>15</sup> A list of these group registers (one for each GLO) is maintained by Her Majesty's Court Service.<sup>16</sup> Since its implementation in May 2000, the GLO regime has seen approximately 75 actions certified on the GLO register. The subject matter of disputes has covered diverse terrain. For example, GLOs have been certified for: claims for abuse occurring

<sup>15</sup> Per Practice Direction 19B, para 6.

<sup>16</sup> The register is available for perusal at: <http://www.justice.gov.uk/guidance/courts-and-tribunals/courts/group-litigation-orders.htm>.

in care and/or children's homes; nuisance claims arising from public land fill or from waste treatment plants; claims by disappointed holiday-goers; claims arising out of transport accidents; financial misstatement claims (including claims for alleged financial negligence); military-related claims against the British government; asbestosis-related employment claims; wrongful termination of employment claims; taxation disputes (including disputes over VAT, refund entitlements, corporation tax); the illegal retention of human organs from deceased children; a variety of product liability claims, including a claim arising out of scalding hot drinks served by McDonald's, and the failure of hip replacement cups.

As an opt-in regime, it has been noticeable that participation rates under GLOs (in the sense of a formal commencement of individual proceedings by each group member) can be quite low, when group numbers are collated at the **outset** of the litigation. Some judicial observations have been made, at times, about the disparity between the purported total size of the class and the number who had opted in at the time that the GLO was being certified or when some other pre-trial interlocutory application was being determined. Under an opt-in regime, there can tend to be something of a preoccupation about the group register, and who, and how many, are on it, at those early stages, as illustrated by the following comment in *Hobson v Ashton Morton Slack Solicitors*:

This has been brought by a number (currently less than 100) of Applicants who have all had sums withheld, or have paid, from their compensation recovered under one or more of the schemes either by firms of solicitors or the trades' union concerned. The precise number is a matter of some doubt, it lies between 65 and 156 together, it is said, with about 1,000 more who have expressed an interest in the proceedings and "wish to bring claims falling within the proposed GLO issues" [citing from a lawyer's statement].<sup>17</sup>

Under an opt-in regime, the onus is inevitably on the claimant lawyers to find, identify, name, and particularise the various claimants as early as possible in the action. On occasion, this has drawn adverse judicial comment about the concerns surrounding 'lawyer-driven' litigation, as exemplified in *Various Ledward Claimants v Kent and Medway Health Authority*.<sup>18</sup>

Nevertheless, for the appropriate sort of case for which opt-in works well, the GLO regime has proven to be a worthwhile addition to the multi-party smorgasbord of English civil procedure.

It must be emphasized that case management is expressly countenanced, and supported, by the terms of the GLO regime itself, wherein CPR 19.10 provides that a GLO 'means an order [...] to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the 'GLO issues')', with further extensive case management powers stipulated in CPR 19.13. These are in addition to the general provisions relating to case management which are stipulated in CPR Pt 3.

### 3. *The competition law representative action*

English law also permits, by virtue of s 47B of the Competition Act 1998,<sup>19</sup> follow-on representative actions for damages where previously-proven competition law infringements have occurred. That representative action must be commenced and conducted by a specified body, and the subject-matter is limited, in that it must be in respect of 'consumer claims made or continued on behalf of at least two individuals'. Technically (and subject to a caveat below), this specialist representative action has been available since 20 June 2003.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> [2006] EWHC 1134 (QB), para 10.

<sup>18</sup> [2003] EWHC 2551 (QB), para 11.

<sup>19</sup> Competition Act 1998, c 41.

<sup>20</sup> The provision was inserted by the Enterprise Act 2002, c 40, s 19.

The relevant legislation provides:

*47.B. Claims brought on behalf of consumers.*

(1) A specified body may (subject to the provisions of this Act and Tribunal rules) bring proceedings before the Tribunal which comprise consumer claims made or continued on behalf of at least two individuals.

(2) In this section 'consumer claim' means a claim to which section 47A applies which an individual has in respect of an infringement affecting (directly or indirectly) goods or services to which subsection (7) applies.

(3) A consumer claim may be included in proceedings under this section if it is:

(a) a claim made in the proceedings on behalf of the individual concerned by the specified body; or

(b) a claim made by the individual concerned under section 47A which is continued in the proceedings on his behalf by the specified body;

and such a claim may only be made or continued in the proceedings with the consent of the individual concerned.

(4) The consumer claims included in proceedings under this section must all relate to the same infringement.

The s 47B representative action is a true follow-on action, in that no representative claim is possible under s 47B until an anti-competitive infringement (as defined in s 47A(5)) has been established. Under s 47A(6), such a decision, which then paves the way for a follow-on action if there is a desire to bring one, may be made by the Office of Fair Trading (OFT), by the Competition Appeal Tribunal (CAT), or by the European Commission (EC). The consumers represented in the class are immunised from any adverse costs order, should they lose.

The caveat upon the commencement of this regime is that there has only been one 'specified body' to date, i.e., Which? (the Consumers' Association).<sup>21</sup> This designation occurred on 1 October 2005, and hence, it is only since then that 'consumer claims' have been possible to pursue via the s 47B representative action.

Like the GLO, the s 47B representative action operates as an opt-in regime, whereby the consent of each consumer is required before that consumer can be a member of the class. As a result of that statutorily-endorsed approach, the regime has proven to be a less-than-impressive means of private enforcement of competition law breaches.

In fact, Which? has brought just the one action in five years of the representative action's existence<sup>22</sup>—in respect of price-fixed England and Manchester United replica football shirts. The litigation itself was not an overwhelming success. A cartel operated during 2000-1 to uplift the price of replica shirts by £15-£20 each, as a result of which JJB Sports plc was fined £18.6 million by the OFT (with other fines on co-defendant cartelists). Only 130 customers were identified at the outset of Which?'s action, out of a class of hundreds of thousands.<sup>23</sup> The action settled in January 2008. The settlement sum will increase, according to how many purchasers come forward to claim their refund during the settlement period, although the precise terms of the settlement remain confidential.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Pursuant to: Specified Body (Consumer Claims) Order 2005, SI 2005/2365.

<sup>22</sup> *The Consumers Association v JJB Sports plc* (case number: 1078/7/9/07), filed 12 Mar 2007.

<sup>23</sup> As reported in, eg: 'Compensation claim for rip-off football kits' (*The Telegraph*, 9 Feb 2007); 'JJB Sports faces legal action over price-fixing' (*The Times*, 8 Feb 2007). An offer of a free football shirt and mug, as a 'goodwill gesture', probably precluded some victims from suing: 'JJB offers free football shirts' (*BBC News*, 13 Feb 2007).

<sup>24</sup> 'Everyone's a winner in football shirts settlement' (*The Times*, Michael Herman, 9 Jan 2008).

Notably, the combination of an opt-in regime, together with no provision for aggregate assessment of damages thereunder, inevitably limits the amount of compensation which is obtainable by representative claimants under either the GLO or the competition law sectoral regime contained in s 47B of the Competition Act 1998. For example, in the abovementioned ‘football shirts’ case, the remedies available for Which? to seek were complicated by a number of circumstances. As an opt-in regime, there was a complete absence of any availability of aggregate class-wide assessment of damages or any *cy-près* order for damages distribution. Moreover, the decision in *Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA (France)*<sup>25</sup> –that restitutionary damages and an account of profits were not available in competition infringement cases, nor could punitive damages be claimed where the defendant had already been fined by a competition regulator– severely hampered the prospect of worthwhile damages being recovered in any representative action instituted by Which? under that regime.

Attention will now turn to the four specific features of collective redress which are required to be addressed in this Report.

### III. Certification criteria for English collective actions

#### 1. *The representative rule*

Insofar as the representative action is concerned, CPR 19.6(1) expressly provides for **two** certification criteria:

- ‘the same interest’ between representative and represented persons (the commonality criterion); and.
- ‘more than one person’ sharing the claim with the representative (the numerosity criterion).

These certification criteria are **not** determined by virtue of a formal certification hearing, but as pre-conditions for the commencement of a valid representative action, their proof (or lack thereof) is often tested by virtue of a defendant’s interlocutory challenge to the competency of the representative proceedings –as was evident, for example, in *Emerald Supplies Ltd v British Airways plc*<sup>26</sup> (which was ultimately held to have failed the second of those certification criteria).

In addition, all provisions within the Civil Procedure Rules, including those which pertain to the representative rule, are subject to the ‘overriding objective of dealing with cases justly’.<sup>27</sup> For present purposes, key elements of the overriding objective consist of ‘saving expense’,<sup>28</sup> and ‘allotting to [the case] an appropriate share of the court’s resources, while taking into account the need to allot resources to other cases’.<sup>29</sup> The overriding objective was also referred to in the representative action in *Emerald Supplies Ltd v British Airways plc*, in which Chancellor Morritt expressly held that the CPR’s overriding objective of dealing with the price-fixed victims’ litigation against the airlines justly would be best served by their having recourse to the opt-in Group Litigation Order regime rather than the representative action being sought in that case<sup>30</sup> (and, it will be recalled, this first instance decision was affirmed on appeal). More recently, in *Millharbour Management Ltd v Weston Homes Ltd*, Akenhead J reiterated (in allowing a representative action) that ‘[t]he overriding objective must always play an important part in the exercise of the discretion. Thus the saving of cost

<sup>25</sup> [2007] EWHC 2394, aff’d [2008] EWCA 1086.

<sup>26</sup> [2009] EWHC 741 (Ch), aff’d [2010] EWCA Civ 1284.

<sup>27</sup> CPR 1.1(1).

<sup>28</sup> CPR 1.1(2)(b).

<sup>29</sup> CPR 1.1(2)(e).

<sup>30</sup> [2009] EWHC 741 (Ch), aff’d [2010] EWCA Civ 1284, para 38.



and time to the parties, and indeed to the court, must be factors in appropriate cases to take into account'.<sup>31</sup>

The certification criteria under the representative rule were well-illustrated in the *Emerald* litigation. Emerald Supplies Ltd (Emerald) was an importer of cut flowers into England from Columbia and Kenya. The company used the airfreight services of British Airways (BA) and other international airlines. It was alleged that a worldwide price-fixing conspiracy was entered into by these airlines over the period of 1999 until 2006, such that BA and the other enterprises were parties to alleged anti-competitive agreements or concerted practices that were prohibited by Art 81(1) of the EC Treaty and s 2 of the Competition Act 1998. Emerald sought to bring a representative action, pursuant to CPR 19.6, on its own behalf, and on behalf of a class described as all direct or indirect purchasers (or both) of airfreight services from British Airways and from certain other air carriers, between December 1999 and March 2006.<sup>32</sup> It is important to appreciate what, precisely, Emerald was seeking in this representative action, *viz*, a declaration as to the outcome of seven points in dispute: that BA was a party to agreements or concerted practices with other air carriers who supplied air freight services, directly or indirectly, to fix the prices of those air freight services; that the object or effect of those agreements or practices was to prevent, restrict or distort competition; that those agreements or practices spanned the 7-year period noted above; that the agreements or practices involved one or more of the air carriers identified in the litigation; that the object or effect of the agreements or practices was to inflate the prices at which airfreight services were supplied to purchasers above those which would have prevailed had there been no such agreements or practices; that the agreements or concerted practices constituted infringements of European and domestic competition law; and that damages (of three particular types) were recoverable in principle from the defendants.<sup>33</sup>

Emerald was seeking a declaration about each of those points in its favour, but it argued that proof of individual losses suffered by Emerald, and by the class of price-fixed victims, would be individually determined, *outside* the context of the representative action. Without proof of damage, it would not be possible to state that BA or its co-defendants were liable to the class members (given that proof of damage was a necessary element of the cause of action of each of those purchasers).<sup>34</sup> Hence, liability *in toto* could not be determined within the representative action itself, but (Emerald submitted) the declaration incorporated those issues that were pertinent to all class members' claims.<sup>35</sup> On application by BA, however, the representative element of the claim was struck out by Chancellor Morritt, and that decision was affirmed on appeal.

The first pre-condition of the representative rule –the numerosity requirement– was easily satisfied. Almost 200 other claimants, apart from Emerald, were referred to at the hearing;<sup>36</sup> and the class was described, on appeal, as 'a very extensive group, numerically and geographically'.<sup>37</sup>

It was the second pre-condition of the representative rule –the difficult 'same interest' requirement– which failed for this representative action. The Court of Appeal affirmed two particular reasons earlier put forward by Chancellor Morritt, as to why there was no 'same interest', such that the representative action was 'fatally flawed'.<sup>38</sup> First,

<sup>31</sup> [2011] EWHC 661 (TCC), para 22(6).

<sup>32</sup> Noted in [2010] EWCA Civ 1284, para 34.

<sup>33</sup> *Ibid.*, para 36.

<sup>34</sup> *Devenish Nutrition Ltd v Sanofi-Aventis SA* [2008] EWCA Civ 1086, [2009] 3 WLR 198, para 147 (Longmore LJ), para 151 (Tuckey LJ).

<sup>35</sup> [2010] EWCA Civ 1284, para 58.

<sup>36</sup> [2009] EWHC 741 (Ch).

<sup>37</sup> [2010] EWCA Civ 1284, para 2.

<sup>38</sup> [2010] EWCA Civ 1284, para 62.

it had to be possible to say at all stages of the proceedings, and not just at judgment date, whether a particular person qualified for membership of the represented class. It was not necessary (said Mummery LJ) that a list of class members be possible at the outset of the action, or that the membership remain constant and unchanged throughout the litigation. In this case, however, '[j]udgment in the action for a declaration would have to be obtained before it could be said of any person that they would qualify as someone entitled to damages against BA. The proceedings could not accurately be described or regarded as a representative action until the question of liability had been tried and a judgment on liability given. It defies logic and common sense to treat as representative an action, if the issue of liability to the claimants sought to be represented would have to be decided before it could be known whether or not a person was a member of the represented class bound by the judgment'.<sup>39</sup> This reflected the view of Chancellor Morritt, at first instance, that where the criteria for inclusion in the class depended on the outcome of the action itself (which could vary for each class member, depending upon whether each purchaser of airfreight services actually suffered damage, or whether the particular purchaser successfully passed on the overcharge to others down the distribution line), then that was inconsistent with any finding of a 'same interest' in the claim among Emerald and the other purchasers.<sup>40</sup>

Secondly, there was the problem of different defences being available to some class members and not to others. This arose out of the 'passing-on' defence, where, say, 'BA could successfully run a particular defence against those who had passed on the inflated price, but not against others. If there is liability to some customers and not to others they have different interests, not the same interest, in the action'.<sup>41</sup> Again, this reflected the earlier view of Chancellor Morritt that the relief claimed by Emerald was not 'in its nature beneficial to all'<sup>42</sup> whom it purported to represent, because the class was potentially beset with conflicts of interest in proving one of the constituent elements of their cause of action, *viz*, damage (because of the aforementioned question of which class members absorbed the price inflation and which class members successfully passed it on).

The Court of Appeal concluded that 'it [cannot] be right that, with Micawberish optimism, Emerald can embark on and continue proceedings in the hope that in due course it may turn out that its claims are representative of persons with the same interest'.<sup>43</sup> In that regard, the case is typical of why representative actions may be held to be invalidly-constituted-the numerosity certification criterion is very easy to satisfy, while the commonality certification criterion is extremely difficult to meet.

## 2. Group litigation order

Insofar as certification is concerned, the GLO regime expressly provides for the following **five** certification criteria:

- There must be a 'number of claims'<sup>44</sup> (the numerosity criterion);
- these must give rise to 'common or related issues of fact or law'<sup>45</sup> (the commonality criterion);

<sup>39</sup> *Ibid.*, para 63.

<sup>40</sup> [2009] EWHC (Ch) 741, para 37.

<sup>41</sup> [2010] EWCA Civ 1284, para 4.

<sup>42</sup> Drawing from the oft-cited meaning of 'same interest' given by Lord Macnaghten in *Duke of Bedford v Ellis* [1901] AC 1 (HL) 8: '[g]iven a common interest and a common grievance, a representative suit was in order if the relief sought was in its nature beneficial to all whom the plaintiff proposed to represent', and cited in *Emerald* [2010] EWCA Civ 1284, para 46.

<sup>43</sup> [2010] EWCA Civ 1284, para 65.

<sup>44</sup> CPR 19.11(1).

<sup>45</sup> CPR 19.10 and 19.11(1).



- managing the litigation by means of a GLO must be consistent with the overriding objective of the CPR, which is to enable the court ‘to deal with cases justly’<sup>46</sup> (the suitability criterion);
- the consent of the Lord Chief Justice, the Vice-Chancellor, or the Head of Civil Justice (whichever is appropriate), is required before a GLO is possible<sup>47</sup> (a form of ‘preliminary merits’ criterion); and
- a GLO will not be commenced if consolidation of the claims, or a representative proceeding, would be more appropriate<sup>48</sup> (the superiority criterion).

The need to consider the effect of the CPR’s overriding objective has also been referred to in the context of the GLO regime, eg, in *Taylor v Nugent Care Society*.<sup>49</sup>

In addition to these express criteria, some judicial grafting of implicit criteria onto the GLO regime appears to have occurred from time to time. An example of this was arguably evident in *Hobson v Ashton Morton Slack Solicitors*,<sup>50</sup> in which certification of the action as a GLO was denied. In addition to his concerns about the size of the group which were mentioned previously in this Report (ie, that the size of the opt-in class at the time of this particular interlocutory application was fewer than 100; and that the group’s size was ‘a matter of some doubt, it lies between 65 and 156 together, it is said, with about one thousand more who have expressed an interest in the proceedings’), Sir Michael Turner observed that ‘the sums claimed are modest, the largest being about £500, the mean is £357.50, although they are of obvious importance to the Claimants themselves’.<sup>51</sup> Hence, it was concluded that, on the size of the opt-in class at that point, and ‘[f]rom the figures so far provided, it is manifest that the total recovery in respect of all present claims, assuming that the action is brought in the form which is now sought, and it succeeds, will be a sum less than £25,000’. In addition to his view that some simpler form of dispute resolution (say, 2-3 test cases) would be far superior to a GLO in this case, Sir Michael Turner also raised a cost-benefit analysis:

If it be assumed that all the “would be” applicants came forward and were joined in the litigation, the total sum claimed would still be only about one half of the costs incurred to date, leaving aside the additional costs which would be incurred if the action were to proceed, as the Applicants’ solicitors envisage. The Applicants sought to meet this obvious and grotesque imbalance by claiming that, if this application was to be successful, “there are many more potential Claimants who will be bringing like claims”.

The reality is that since July 2005 there has been very substantial publicity and media attention (newspapers, television and radio) quite apart from meetings sponsored by interested Members of Parliament and, yet, the numbers of Applicants to date are no greater than as set out above [...] It is, in these circumstances, highly speculative whether there will be any significant increase in “would be” Claimants coming forward to join in the litigation if a GLO were to be made.

Even were there to be a number of “would be” Claimants who might be willing to join in the proceedings, it must be doubtful if the making of a GLO would be justified on such a speculative basis.<sup>52</sup>

This passage combines various potential threshold tests – a cost-benefit analysis, and whether there is any ‘need’ for a group action – in circumstances where the GLO regime is expressly silent on those issues. Of the numerous difficulties which were

<sup>46</sup> CPR 1.1(1).

<sup>47</sup> Practice Direction 19B, para 3.3.

<sup>48</sup> Practice Direction 19B, para 2.3.

<sup>49</sup> [2004] EWCA Civ 51, para 22.

<sup>50</sup> [2006] EWHC 1134 (QB).

<sup>51</sup> *Ibid.*, para 12.

<sup>52</sup> *Ibid.*, paras 45-46.

identified in this case, the problem of satisfying a cost-benefit analysis on the basis of those claimants who have come forward, even before the GLO is ordered, is of pertinent interest.

### 3. *The competition law representative action*

There is no formal certification regime operating under s 47B, but there are two important pre-conditions to its operation:

- As a follow-on action, no representative claim is possible under s 47B until an anti-competitive infringement (as defined in s 47A(5)) has been established; and
- under s 47B(7), the ‘consumer claim’ which is the subject of the representative action must be concerned with goods (or services) received as a consumer, and not in a business context.

These criteria very much restrict the type of scenario that lends itself to an action by Which? Stand-alone actions are not permitted under s 47B, and business grievances are not possible to pursue either. Both of these have been recognized to be shortcomings of the regime, as discussed shortly.

## IV. Defendant collective actions in England

### 1. *The representative rule*

The representative rule, both historically and currently, permits defendant representative actions.

Note, for example, the very early pronouncement of Lord Romilly MR in *Bromley v Williams*: ‘if they are so numerous that they cannot be made parties to the cause [...], then you may make two or three of a class Defendants to represent the interests of all that class’.<sup>53</sup>

Since then, defendant classes have been attempted (but have not always been permitted to proceed procedurally, because of a failure of the ‘same interest’ criterion) in a wide variety of circumstances. For example, there have been actions commenced (whether successfully or unsuccessfully) against trade unions (eg, *Wood v McCarthy*,<sup>54</sup> *Taff Vale Railway Co. v Amalgamated Society of Railway Servants*,<sup>55</sup> and *News Group Newspapers Ltd v SOGAT ’82*<sup>56</sup>); actions against unincorporated religious associations (eg, *Roche v Sherrington*,<sup>57</sup> and *Walker v Sur*<sup>58</sup>); actions against federations of industry, such as miners’ federations (eg, *Parr v Lancashire and Cheshire Miners’ Federation*<sup>59</sup>); and actions against a wide variety of unregistered and unincorporated clubs and societies (eg, *Charter v Race Relations Board* (a racing club),<sup>60</sup> *M Michaels (Furriers) Ltd v Askew* (a Animal Activists’ Association),<sup>61</sup> and *Monsanto plc v Tilly* (an association campaigning against GM plants and crops)<sup>62</sup>). In addition, there have been actions against a group of persons acting under a brand name (eg, *EMI Records Ltd v Kudhail*,<sup>63</sup> in which the defendants were sued ‘on their own behalf and on behalf of and

<sup>53</sup> (1863) 32 Beav 177.

<sup>54</sup> [1893] 1 QB 775.

<sup>55</sup> [1901] AC 426 (HL).

<sup>56</sup> [1986] IRLR 337.

<sup>57</sup> [1982] 1 WLR 599 (Ch).

<sup>58</sup> [1914] 2 KB 930 (CA).

<sup>59</sup> [1913] 1 Ch 366.

<sup>60</sup> [1973] AC 868 (HL).

<sup>61</sup> (The Times, 25 June 1983).

<sup>62</sup> [2000] Env LR 313 (CA).

<sup>63</sup> [1985] FSR 36 (CA).

as representing all other persons engaged in the trade of selling tapes bearing the tradename «Oak Records», and *HP Bulmer Ltd v Bollinger SA*,<sup>64</sup> in which two champagne houses were sued as representatives of the class of producers of champagne in the Champagne district of France); as well as actions against a group of underwriters who have underwritten insurance policies against which the claimant seeks to make a claim (eg, *Miceli v Union Marine and General Insurance Co. Ltd*,<sup>65</sup> *Bank of America National Trust and Savings Association v Taylor ('The Kyriaki')*,<sup>66</sup> and *Irish Shipping Ltd v Commercial Union Assurance Co plc ('The Irish Rowan')*.<sup>67</sup>

Just as with claimant classes, the test in respect of *defendant* classes is whether there is a 'sufficient common interest' among the members of the defendant class. For example, in *EMI Records Ltd v Kudhail*, the court was satisfied that, notwithstanding the unusual factual circumstances in that case, the requisite common interest existed:

The evidence discloses that this particular brand of cassettes are all pirated cassettes, the brand name having been used solely for the purpose of avoiding the attention of trading standards officers [...]. The evidence also discloses that there is a link between all those who are dealing in these cassettes in the sense that they have a common interest in preventing anybody finding out where the cassettes come from and each must know some of the other members of the group otherwise they would not be able to obtain the cassettes. The secrecy of the organisation has been such that the plaintiffs have been quite unable to find out the source of the goods or, indeed, anything about the group. But prima facie there is here a group, and prima facie there is a sufficient common interest between the members of the group at least to justify the grant of ex parte relief.<sup>68</sup>

## 2. Group litigation order

Defendant classes are permitted under the GLO regime. Although the language of CPR Pt 19.113 itself (reproduced above) only refers to 'claims' being grouped together, the supporting Practice Direction 19B clearly states that the GLO regime **can** apply to defendant classes. According to para 1 of the PD:

This practice direction deals with group litigation where the multiple parties are claimants. Section III of Part 19 (group litigation orders) also applies where the multiple parties are defendants. The court will give such directions in such a case as are appropriate.

However, from a perusal of the brief descriptions of the GLOs certified and registered on the GLO register,<sup>69</sup> none of the GLOs to date appear to have concerned defendant classes.

## 3. The competition law representative action

There is no capacity for defendant class actions under s 47B of the Competition Act. That regime operates as a follow-on representative action on behalf of a class of consumers, by virtue of its express wording.

# V. Standing to sue under English collective actions

## 1. The representative rule

Under the representative rule, the representative must be a member of the class, and must have a direct cause of action (or a direct interest in defending the action).

<sup>64</sup> [1978] RPC 79.

<sup>65</sup> [1937] 58 Ll L Rep 280.

<sup>66</sup> [1992] 1 Lloyd's Rep 484.

<sup>67</sup> [1991] 2 QB 206 (CA).

<sup>68</sup> [1985] FSR 36 (CA) 37.

<sup>69</sup> To reiterate, these are listed at: <http://www.hmcourts-service.gov.uk/cms/150.htm>.

No 'ideological' claimants or defendants (ie, one who has no direct interest in the action itself) are permitted under CPR 19.6.

Notably, trade associations attempted to sue on behalf of their members under previous versions of the representative rule, in *Consorzio del Prosciutto de Parma v Marks & Spencer plc*,<sup>70</sup> and in *Chocosuisse Union des Fabricants Suisses de Chocolat v Cadbury Ltd*,<sup>71</sup> but their attempts to do so were unsuccessful. In the early decision on the representative rule in *Duke of Bedford v Ellis*,<sup>72</sup> Lord Macnaghten noted that the representative could be 'nominal', thereby suggesting that no direct cause of action was required. However, in *The Scotch Whisky Association v JD Vintners Ltd*,<sup>73</sup> where the action was brought by The Scotch Whisky Association which had no cause of action in its own right, Sir Richard Scott VC said, 'I cannot see on what basis a trade association can maintain a passing off action based upon conduct which constitutes a passing off by the defendant of its products for those of the members of the trade association'. That comment was expressly cited and approved in *Chocosuisse*, above, with a further observation by the Court of Appeal that, whilst it might be 'convenient' to permit a trade association to sue on behalf of its members, the terms of the representative rule did not permit, and would have to be amended to allow, that course.

## 2. Group litigation order

Under the GLO regime, the court **may** adopt a test case approach, whereby the management court may 'provid[e] for one or more claims on the group register to proceed as test claims'.<sup>74</sup> However, the GLO is not a representative action *per se*, and hence, it would not be correct to view the test claimant in precisely that role. However, any test case may set up a valuable precedential effect for other claimants whose claims are entered on the group register.

The terms of the GLO regime, and the ancillary Practice Direction 19B, support the view that no ideological claimant is permitted to act as a test claimant (or otherwise act as a representative of the other claimants) under that regime. Certainly, no case law to date has indicated to the contrary. Specifically, para 3.1 of PD 19B provides that an application for a GLO 'may be made either by a plaintiff or by a defendant', and any test claimant obviously must comply with that requirement. In this respect, collective actions under the GLO demonstrate the same standing approach as does unitary litigation in England and Wales: the claimant or defendant must have a direct interest.

The contention that no ideological claimant is permitted under CPR Pt 19.11 is further supported by the fact that the regime is contained within *subordinate legislation* and not in primary legislation. In 2001, the Lord Chancellor's Department proposed the introduction of an opt-out representative action in which 'representative claims could be made on behalf of a group whose individuals may or may not be named but where a situation exists in which an individual would have a direct cause of action': *Representative Claims: Proposed New Procedures: Consultation Paper*.<sup>75</sup> This proposal was intended to permit pressure groups, environmental associations, trade organisations and the like, to bring representative actions on behalf of their members. Several highly-ranked judiciary (including the Vice-Chancellor) were opposed to this concept of the ideological claimant on the basis that primary legislation would be required to implement a novel standing regime whereby bodies that had no cause of action

<sup>70</sup> [1990] FSR 530 (Ch), aff'd [1991] RPC 351 (CA).

<sup>71</sup> [1998] RPC 117 (Ch), aff'd [1999] RPC 826 (CA).

<sup>72</sup> [1901] AC 1 (HL) 7.

<sup>73</sup> [1997] Eur LR 446.

<sup>74</sup> CPR 19.13(b).

<sup>75</sup> Consultation Paper (Feb 2001), proposal 3, para 16.

themselves would be placed in the position of acting as representative plaintiffs.<sup>76</sup> This reform proposal did not proceed further.

### 3. *The competition law representative action*

When enacting s 47B of the Competition Act 1998, Parliament elected that the representative action could **only** be brought by a specified body, and as mentioned previously, the only body specified to date has been Which? (the English Consumers' Association).

Where an ideological claimant is proposed, a debate has arisen from time to time among English law-reformers and law-makers as to whether only pre-designated entities should fulfill the capacity of representative claimant (pre-designated via some form of statutory instrument), or whether *any* ideological claimant which meets the 'adequacy' criterion should have standing to so act. In the s 47B regime, the former option was selected (whereas, it should be mentioned, the approach adopted by English law reformers under the proposed class actions reforms in the Financial Services Bill 2010 was the opposite –that any suitable entity which met the adequacy requirements as an 'appropriate person' could be utilised as a representative under that regime<sup>77</sup>).

It follows that it is one of the distinct limitations of the s 47B regime is that the representative action can only be instituted by a specified body as ideological claimant, and not by a directly-affected consumer as representative claimant. Furthermore, because only consumers can be included within the class, and not businesses who have suffered detriment as a result of anti-competitive conduct, there is absolutely no question of a business serving as representative claimant either.

On the question of standing under s 47B, questions have been raised as to whether **other** 'specified bodies' ought to be permitted to bring such an action, given the intensive resources and burdens which the conduct of this sort of litigation necessarily entails. As things presently stand, the onus of being the only specified body under s 47B creates resource problems for Which? itself, and removes any ability for other interested ideological claimants (or, indeed, any well-financed individual who has a direct claim) to pursue an action on behalf of consumers.

For example, in its 2007 Discussion Paper, *Private Actions in Competition Law: Effective Redress for Consumer and Business*,<sup>78</sup> the Office of Fair Trading made the following point:

The scope for representative actions could be extended by allowing duly authorised bodies to bring both follow-on and stand-alone actions, on behalf of consumers or businesses, as appropriate. A statutory basis would be needed for stand-alone representative actions. The same applies for all follow-on representative actions in the ordinary courts, and claims brought on behalf of businesses before the Competition Appeal Tribunal (as section 47B of the Competition Act 1998 only deals with representative actions on behalf of consumers).<sup>79</sup>

In response to this Discussion Paper, the then-Principal Campaigns Lawyer for Which?, Ms Ingrid Gubbay, made some highly-relevant and perceptive points in the *Submission by Which?*:

We have always supported the proposal that the private enforcement regime should be opened up to other bodies for designation. The current system simply offers little real

<sup>76</sup> See LCD, *Representative Claims: Proposed New Procedures: Consultation Response* (Apr 2002), 'Conclusions', paras 2, 7-8, 11.

<sup>77</sup> As contained in the Draft Rules prepared for the CPR, as draft rule CPR 19.21.

<sup>78</sup> Discussion Paper No OFT916 (Apr 2007).

<sup>79</sup> *Ibid.*, para 4.13.

threat to would-be cartelists...<sup>80</sup> [and] [w]e believe that confining designation to statutorily appointed 'specified bodies' such as those suggested [by the OFT in its Discussion Paper] for the purposes of representative actions to effective private action could be counterproductive. We continue to favour a system where private enforcement is opened up to a wider group with appropriate checks and balances in place.<sup>81</sup>

These (and other) comments about the operation of s 47B have been discussed in detail by the author elsewhere (and, in that regard, readers are referred to the bibliography of materials in Section VII hereof).

## VI. Adequacy of representation in English collective actions

### 1. *The representative rule*

The representative rule is silent about the suitability or characteristics required of the representative, except to provide, in CPR rule 19.6(2), that the court may direct that a person not act as a representative.

Judicially, it has been stated that the representative must adequately protect the interests of absent class members, per *Irish Shipping Ltd v Commercial Union Assurance Co plc* ('*The Irish Rowan*'),<sup>82</sup> and *M Michaels (Furriers) Ltd v Askew*.<sup>83</sup> This requirement has various aspects, and a couple are worthy of mention herein.

For example, the representative claimant or defendant is not suitable if the class which he purports to represent is divided by a conflict of interest. In the context of the claimant representative class, in *Duke of Bedford v Ellis*,<sup>84</sup> Lord Macnaghten said that the relief claimed 'must be beneficial to all whom the plaintiff proposed to represent'. Thus, if the class is divided as to what outcome they are hoping to achieve from the representative action, then the action will not be permitted to proceed because the representative will be unable to properly represent the entire class.

This was one of the reservations which both first instance and appellate courts held in the *Emerald* litigation. Chancellor Morritt rejected any holding of 'same interest' among *Emerald* and the other purchasers of the airfreight services, in part because the class represented in this litigation was afflicted (said the court) by a conflict of interest, in that some purchasers would have passed on the price-fixed element of the pricing, and others would have to have absorbed it, and in principle, only the latter could recover the inflated measure from BA.<sup>85</sup> Given this, the relief sought by the class members would not be 'beneficial to all'. This point was endorsed by Mummery LJ in the Court of Appeal: 'members of the represented class do not have the same interest in recovering damages for breach of competition law if a defence [*viz*, the passing-on defence] is available in answer to the claims of some of them, but not to the claims of others'.<sup>86</sup> That scenario also unfolded in *Smith v Cardiff Corporation*,<sup>87</sup> whereby a representative action was brought to declare the council's rent control schema *ultra vires*. It was in the interests of one part of the tenancy class for the action to fail because they would not then pay rental increases to subsidise the remainder of the class, the latter of course wanting the action to succeed in order to obtain the subsidy). In the context of defendant

<sup>80</sup> Submission by Which?, para 3.1, and reproduced in: R Mulheron, *Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need* (Research Paper prepared for the Civil Justice Council of England and Wales, Feb 2008) p 44.

<sup>81</sup> *Ibid.*, para 3.6.

<sup>82</sup> [1991] 2 QB 206 (CA) 223.

<sup>83</sup> (CA, 23 Jun 1983) 16-17.

<sup>84</sup> [1901] 1 AC 1 (HL) 8.

<sup>85</sup> [2009] EWHC (Ch) 741, paras 36-37.

<sup>86</sup> [2010] EWCA Civ 1284, para 64.

<sup>87</sup> [1954] 1 QB 210 (CA).



representative actions, and as stated in *United Kingdom Nirex Ltd v Barton*,<sup>88</sup> if within an activist organization, there are some members who are prepared to engage in tortious activities to make their point and who indeed 'disapprove of a policy of compliance with the orders of [the] court', whereas other members of the organization have sworn by affidavit that they would not contemplate the breaking of the law in any form, then '[t]here is a clear conflict of interest between these two factions', and a representative defendant cannot possibly represent both factions.

Secondly, in the context of a defendant representative action, the defendant representative must 'be taken fairly to represent the body', such that, in *Taff Vale Railway Co v Amalgamated Society of Railway Servants*,<sup>89</sup> re the case of the trade union defendant, it was suggested that the representative defendant ought to be an officer, or otherwise have control over the union's activities and its funds. A lack of suitable standing of the representative defendant has been evident in a number of representative actions. For example, in *Roche*, some current members of the Opus Dei association might not have been members when the alleged undue influence exercised over the plaintiff was said to have occurred;<sup>90</sup> in *Hardie and Lane Ltd v Chiltern*, where the tort of conspiracy was pleaded, it was said that 'of all torts a tort based on conspiracy [...] would seem the least capable of being properly defended by two or three named defendants on behalf of the members of a large fluctuating unincorporated Association';<sup>91</sup> and in *Mercantile Marine Service Association v Toms*, an action in libel against the merchant service officers' association could not proceed, because 'the plaintiffs must prove who published the libel, and prima facie only those who have published it either by themselves or by their servants or agents or have authorised its publication are liable. The various members of this association may be in a wholly different position'.<sup>92</sup>

## 2. Group litigation order

The GLO provisions do not specify what characteristics of suitability that a test claimant, or other representative, should possess. The supporting Practice Direction 19B is also bereft of any requirements about the suitability of the representative. This is typical of the light-handed approach which the CPR Rules Committee adopted when framing the GLO regime.

It should be mentioned at this juncture that, under the GLO regime, the determination of the common issues of fact or of law which are common to all of the claims may progress on a test case basis, upon a trial of generic issues, or by means of the determination of preliminary issues. In that regard, the actual claimant/s whose cases are used for the determination of the common issues rather depends upon the type of procedural mechanism which is selected by the court for that case at hand. All mechanisms have been used, depending upon the circumstances, thus rendering the proceedings rather more unpredictable than an opt-out collective action which proceeds according to the procedure laid down in the relevant statute. For example, the test case approach was used in, eg, *Pirelli Cable Holding NV v Revenue and Customs Commissioners*,<sup>93</sup> in *Sempra Metals Ltd (formerly Metallgesellschaft Ltd) v Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue*,<sup>94</sup> and in *Boake Allen Ltd and others v Her Majesty's Revenue and Customs; NEC Semi-Conductors Ltd and other Test Claimants v Inland Revenue Commissioners*.<sup>95</sup> On the other hand, the generic issues approach was used

<sup>88</sup> (The Times, 14 Oct 1986).

<sup>89</sup> [1901] AC 426 (HL).

<sup>90</sup> [1982] 1 WLR 599 (Ch).

<sup>91</sup> [1928] 1 KB 663.

<sup>92</sup> [1916] 2 KB 243.

<sup>93</sup> [2007] EWHC 583 (Ch).

<sup>94</sup> [2007] UKHL 34.

<sup>95</sup> [2007] UKHL 25.

in, eg, *Esso Petroleum Co Ltd v Addison*.<sup>96</sup> The device of trying a series of six preliminary issues based upon a set of assumptions was attempted in *Multiple Claimants v Sanifo-Synthelabo Ltd* (re the anti-epileptic drug Epilim).<sup>97</sup>

### 3. *The competition law representative action*

Given Parliament's decision to require that any s 47B actions can be commenced only by a 'specified body' which is statutorily-designated, there is an in-built guarantee that the designated body will be adequate for the purpose of representing the consumers whose claims are the subject of the action.

## VII. Selected bibliography of author's publications

As stated in the Introduction, this Report draws heavily upon, and reproduces in part, the author's previously-published work on collective actions jurisprudence (much of which undertakes a comparative analysis of aspects of that jurisprudence). For readers' convenience, a selected list of the author's relevant publications (in descending chronological order) is noted below, should further details or analysis be relevant or of assistance:

'*The Recognition, and Res Judicata Effect, of a United States Class Actions Judgment in England: A Rebuttal of Vivendi*' (2012) 75 *Modern L Rev* 180-211.

'*In Defence of the Requirement for Foreign Class Members to Opt Into an English Class Action*' in D. Fairgrieve and E. Lien, *Extra-territoriality and Collective Redress* (OUP, Oxford, 2012, forthcoming).

'*The Impetus for Class Actions Reform in England Arising from the Competition Law Sector*' in S. Wrba *et al* (eds), *Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests?* (CUP, Cambridge, 2012, forthcoming).

'*A Missed Gem of an Opportunity for the Representative Rule*' [2012] *European Business L Rev* 49-60.

'*Disgruntled Customers and Bank Charges: Class Actions (Reform) Activity*', in S. Grundmann and Y. Atamer (eds), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law* (Wolters Kluwer, 2011) ch 11.

'*Recent Milestones in Class Actions Reform in England: A Critique and a Proposal*' (2011) 127 *Law Quarterly Rev* 288-315.

*Costs and Funding of Collective Actions: Realities and Possibilities* (A Research Paper for submission to the European Consumers' Organisation (BEUC), Brussels, Feb 2011), vii + 133 pp.

'*Inaugural Presentation*' (Feb 2011) available at: <http://www.law.qmul.ac.uk/events/podcasts/mulheron2011/index.html>.

Civil Justice Council of England and Wales, *Draft Court Rules for Collective Proceedings (Covering Note and Rules)* (2 Feb 2010) (the author was a member of the CJC/MOJ/CPRC Working Group which drafted the relevant rules).

'*Opting In, Opting Out, and Closing the Class: Some Dilemmas for England's Class Actions Law-Makers*' (2010) 5 *Canadian Business LJ* 376-408.

'*Costs Shifting, Security for Costs, and Class Actions: Lessons from Elsewhere*' in D Dwyer (ed), *The Tenth Anniversary of the Civil Procedure Rules* (OUP, Oxford, 2010) ch 10, 183-228.

'*The Case for an Opt-out Class Action for European Member States: A Legal and Empirical Analysis*' (2009) 15 *Columbia J of European Law* 419-462.

'*Emerald Supplies Ltd v British Airways plc: A Century Later, the Ghost of Markt Lives On*' (2009) 8 *Competition LJ* 159-175.

<sup>96</sup> [2003] EWHC 1730 (Comm).

<sup>97</sup> [2007] EWHC 1860 (QB).



- 'Cy-Près Damages Distributions in England: A New Era for Consumer Redress'** (2009) 20 *European Business L Rev* 307-342.
- Competition Law Cases under the Opt-Out Regimes of Australia, Canada and Portugal** (A Research Paper for submission to the Department of Business, Enterprise and Regulatory Reform, Oct 2008), ix + 84 pp.
- 'Third Party Funding of Litigation: A Changing Landscape'** (2008) 27 *Civil Justice Quarterly* 312-341 (co-authored with Peter Cashman).
- Civil Justice Council of England and Wales, **Improving Access to Justice through Collective Actions: Developing a More Efficient and Effective Procedure for Collective Actions** (Dec 2008) (the author was a contributing author to that report).
- Reform of Collective Redress in England and Wales: A Perspective of Need** (Research Paper for Submission to the Civil Justice Council, Feb 2008), ix + 161 pp.
- 'Building Blocks and Design Points for an Opt-Out Class Action'** [2008] *J of Personal Injury Law* 308-325.
- 'Justice Enhanced: Framing an Opt-Out Class Action for England'** (2007) 70 *Modern Law Review* 550-580.
- 'The Modern Cy-près Doctrine: Applications and Implications'** (Routledge, London, 2006).
- 'Some Difficulties with Group Litigation Orders –and Why a Class Action is Superior'** (2005) 24 *Civil Justice Quarterly* 40-68.
- 'From Representative Rule to Class Action: Steps Rather than Leaps'** (2005) 24 *Civil Justice Quarterly* 424-449.
- The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective** (Hart Publishing, Oxford, 2004).



## LEGITIMACIÓN EN LAS ACCIONES COLECTIVAS

por JOSÉ OVALLE FAVELA\*

SUMARIO: 1. Cuestiones previas. 2. Argentina. 2.1. Amparo colectivo. 2.2. Proceso ambiental. 2.3. Proceso sobre conflictos de consumo. 3. Brasil. 3.1. Tipos de acciones colectivas. 3.2. Legitimación. 3.3. Representación adecuada y certificación. 3.4. Acción colectiva pasiva. 4. Chile. 4.1. Tipos de acciones. 4.2. Legitimación. 4.3. Admisión. 5. Colombia. 5.1. Tipos de acciones colectivas. 5.2. Legitimación. 5.3. Representación adecuada y acción colectiva pasiva. 6. México. 6.1. Tipos de acciones colectivas. 6.2. Legitimación. 6.3. Representación adecuada. 6.4. Acción colectiva pasiva. 7. Uruguay. 7.1. Legitimación. 7.2. Representación adecuada. 7.3. Acción colectiva pasiva.

### 1. Cuestiones previas

Para analizar el tema de la legitimación en las acciones colectivas, vamos a entender a éstas en significado amplio, que incluye a las que tutelan tanto los *intereses o derechos colectivos* en sentido estricto, cuanto los *intereses o derechos difusos*, así como a las que protegen intereses *individuales homogéneos*, conforme a la doctrina y a la legislación brasileñas. En otros países, como en Colombia, las diferencias entre los intereses colectivos y difusos se diluyen, pues ambos son tratados en forma unitaria como intereses colectivos, los cuales se defienden a través de las *acciones populares*. A las acciones para la protección de los intereses individuales homogéneos, en Colombia se las llama *acciones de grupo*.

Ésa es la contraposición que haremos en este trabajo, de tal modo que con la expresión *intereses colectivos* nos referiremos tanto a los intereses colectivos en sentido estricto como a los llamados difusos. Cuando una disposición se aplique sólo a estos últimos, haremos la aclaración respectiva. En todo caso, respetaremos las expresiones por las leyes de cada país, por lo que en el caso específico de Colombia nos ocuparemos de las acciones populares y de grupo.

Agradezco los informes o las informaciones que me proporcionaron los profesores Leandro J. Giannini (Argentina), Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (Brasil), Martín Bermúdez Muñoz (Colombia) y Santiago Pereira Campos (Uruguay).

### 2. Argentina

En la República Argentina no existe una disciplina sistemática y completa en materia de procesos colectivos.<sup>1</sup> En su lugar, sirven como fuentes el artículo 23 de la Constitución Nacional y algunas leyes que disciplinan procesos colectivos en temas específicos, como es el caso de la Ley General del Ambiente (núm. 25.675), sancionada el 27 de noviembre de 2002; la Ley de Defensa del Consumidor (núm. 24.240)

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor de la Facultad de Derecho, ambos de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente del Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal para México, Centroamérica y El Caribe.

<sup>1</sup> GIANNINI, L. J., *La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos*, Buenos Aires, Platense, 2007, p. 193.

sancionada el 23 de noviembre de 1993; así como diversos ordenamientos de la Provincia de Buenos Aires, a los que me referiré más adelante.

### 2.1. *Amparo colectivo*

En términos generales, la primera parte del artículo 43 de la Constitución Nacional otorga a toda persona el derecho para interponer acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas en la Constitución, un tratado o una ley.

En la segunda parte del propio artículo 43 se prevé el amparo colectivo:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protejan al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

De acuerdo con la interpretación de un sector de la doctrina argentina sobre el precepto constitucional transcrito, el mismo comprende tanto los derechos colectivos como los derechos individuales homogéneos, los cuales quedan comprendidos en la expresión “derechos de incidencia colectiva”.<sup>2</sup> Sin embargo, el amparo colectivo tiene como objeto principal la pretensión de *cesación* de violaciones o amenazas manifiestamente antijurídicas, por lo que la sentencia puede ser declarativa o bien condenatoria a hacer o no hacer, pero no puede condenar a la reparación de los daños producidos por la infracción.<sup>3</sup>

El artículo 1º de la Ley de Amparo de la Provincia de Buenos Aires<sup>4</sup> remite al artículo 20, inciso 2º, de la Constitución de esa provincia, para determinar los supuestos en que procede la acción de amparo. Dicho precepto constitucional dispone:

2. La garantía de Amparo podrá ser ejercida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales, individuales y colectivos. El Amparo procederá ante cualquier juez siempre que no pudieren utilizarse, por la naturaleza del caso, los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no procediese la garantía de Hábeas Corpus.

No procederá contra leyes o contra actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial.

El artículo 4º de la Ley de Amparo (LA) señala que tienen legitimación para accionar por esa vía: a) el Estado y b) toda persona física o jurídica que se encuentre afectada en sus derechos o intereses individuales o de incidencia colectiva. Este precepto confirma la interpretación conforme a la cual a través de este instrumento procesal se puede demandar la protección tanto de intereses colectivos como de intereses individuales homogéneos.

<sup>2</sup> En este sentido, Giannini afirma que la expresión *derechos de incidencia colectiva* “es omnicomprensiva de todas las posibles pretensiones plurisubjetivas. Es decir que debe adoptarse tanto para las que versan sobre pretensiones de naturaleza indivisible (colectivos y difusos) como los de carácter divisible (individuales homogéneos, en la terminología brasileña, adoptada por el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica)”. GIANNINI, L. J., “La representatividad adecuada en los procesos colectivos”, *Procesos colectivos*, con OTEIZA, E., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 179, nota 1. Del mismo autor véase *op. cit.*, nota 1, pp. 42 y 195-197.

<sup>3</sup> Cfr. GIANNINI, *op. cit.*, nota 1, p. 200.

<sup>4</sup> Ley 13.928, B. O. de 11-2-2009, modificada por la Ley 14.192.

En el caso de *amparos de incidencia colectiva*, la demanda deberá contener, además de los requisitos establecidos en el artículo 6º para todas las demandas, la referencia específica de sus *efectos comunes*. En los procesos sobre *intereses individuales homogéneos*, la pretensión deberá, además de concentrarse en los efectos comunes, identificar un hecho único o complejo que cause la lesión (art. 7º de la LA). Este requisito es similar al que establece el artículo 2º del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual dispone que para la tutela de los intereses individuales homogéneos, además de los requisitos exigidos para las acciones colectivas, es necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.

El propio artículo 7º de la LA prevé que en los procesos sobre intereses individuales homogéneos deberá garantizarse una *adecuada representación* de todas las personas involucradas. En su párrafo final establece:

La representación adecuada del grupo resulta de la precisa identificación del mismo, la idoneidad de quien pretende asumir su representación, la debida notificación y publicidad de litigio y el planteo de cuestiones de hecho y de derecho comunes y homogéneas a todo el colectivo.

El artículo 2º del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (en lo sucesivo, CM) señala como requisitos para el ejercicio de las acciones para la tutela de los intereses individuales comunes, la adecuada representatividad del legitimado, y la relevancia social de la tutela colectiva. El párrafo 2 de este artículo prevé que para determinar la representatividad adecuada, el juez deberá analizar los siguientes datos:

- a) La credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;
- b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;
- c) su conducta en otros procesos colectivos;
- d) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;
- e) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Cabe señalar que Giannini, en trabajos anteriores a la aprobación de la Ley de Amparo, sostenía que no consideraba que fuera suficiente la falta de previsión normativa del requisito de la idónea representatividad, para derivar automáticamente de dicha laguna la más absoluta permisividad en materia de legitimación. Por tal motivo, afirmaba que para determinar el cumplimiento de este requisito podían servir de pauta la mayor parte de los datos que se indican en el párrafo transcrito.<sup>5</sup>

¿En qué momento el juez debe determinar si existe una adecuada representación de la persona legitimada? En principio, entendemos que la Ley de Amparo señala que el juez debe pronunciarse sobre este requisito en la resolución que dicte al inicio del proceso, en la que admita la acción. Así se advierte del primer párrafo del artículo 8º de la LA, en el que se indica que el juez deberá resolver acerca de la admisibilidad de la acción "inmediatamente"; así como de la parte final del artículo 9º que prevé que la solicitud de medidas cautelares deberá resolverse juntamente con la determinación sobre la admisibilidad de la acción.

Giannini recuerda que tanto en el sistema norteamericano (regla federal 23) como el CM contemplan un mecanismo de control permanente respecto de este requisito. La adecuada representación del legitimado debe ser analizada no sólo en la etapa constitutiva del proceso sino durante el transcurso del mismo, con la finalidad de permitir una salvaguarda constante y actualizada del debido proceso. Por esta razón,

<sup>5</sup> GIANNINI, *op. cit.* nota 2, pp. 200 y 201; y "Transacción y conciliación en los procesos colectivos", *Revista de Processo*, São Paulo, N° 201, noviembre 2011, pp. 21-26.

considera que resulta acertado que la decisión en materia de representatividad adecuada *no cause estado*.<sup>6</sup>

La LA establece que la determinación sobre la adecuada representación del legitimado se debe dictar al inicio del juicio, con la finalidad de respetar el debido proceso tanto de la parte actora como de la parte demandada. Pero no prevé expresamente que esa determinación sea preclusiva ni que cause estado, por lo que no sería obstáculo para una interpretación que permitiera la revisión posterior de dicha resolución.

## 2.2. *Proceso ambiental*

La Ley General del Ambiente<sup>7</sup> establece las normas que regulan el proceso para reclamar la recomposición o la indemnización por hechos o actos jurídicos que causen “daño ambiental de incidencia colectiva”. En ella se define el daño ambiental como “toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos” (art. 27).

El artículo 30 de la ley en cita otorga legitimación en tres supuestos distintos:

- a) Para demandar la *recomposición* del ambiente dañado, se confiere legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, así como al Estado nacional, provincial o municipal, y
- b) Para reclamar la *recomposición* o la *indemnización* pertinente, se otorga legitimación a la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su “jurisdicción”.
- c) Para solicitar la *cesación* de actividades generadoras de daño ambiental colectivo, mediante acción de amparo, se legitima a cualquier persona.<sup>8</sup>

La Ley General del Ambiente no contiene disposiciones que exijan a los legitimados acreditar que son adecuados representantes, ni que faculden al juez para certificar este requisito. Por el contrario, su artículo 27 establece que “el acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie”.

## 2.3. *Proceso sobre conflictos de consumo*

La Ley Nacional de Defensa del Consumidor<sup>9</sup> otorga legitimación al consumidor y usuario para ejercer acciones judiciales individuales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados, pero esta legitimación se refiere a acciones que se ejerzan por el consumidor o usuario “por su propio derecho”. En cambio, se confiere legitimación para ejercer acciones en defensa de intereses de incidencia colectiva a las siguientes personas: a) las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de la propia ley; b) la autoridad de aplicación nacional o local; c) el Defensor del Pueblo, y d) el Ministerio Público Fiscal. Se prevé que cuando este último no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

Se establece que en los procesos para la tutela de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como “litisconsortes” de cualquiera de los demás legitimados, “previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas”; pero esta evaluación

<sup>6</sup> GIANNINI, *op. cit.* nota 2, p. 211.

<sup>7</sup> Ley Núm. 25.675, sancionada el 27 de noviembre de 2002.

<sup>8</sup> GIANNINI, *op. cit.* nota 1, pp. 236-237.

<sup>9</sup> Núm. 24.240, sancionada el 23 de noviembre de 1993, con diversas reformas, la última de las cuales se contiene en la Ley 26.361, sancionada el 12 de marzo de 2008.

se limita a determinar si la asociación cuenta con su acreditación conforme a la normativa vigente (artículo 52).

Este último precepto parecería limitar la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios a actuar sólo como “litisconsortes” o coadyuvantes de los demás sujetos legitimados. Sin embargo, el artículo 55 legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios; y aclara que las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita. En consecuencia, la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios como “litisconsortes” o coadyuvantes se puede dar cuando dichas asociaciones no hayan iniciado el ejercicio de la acción para la tutela de los intereses de incidencia colectiva.

Por su parte, el Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires<sup>10</sup> dispone que cuando los consumidores y usuarios resulten amenazados o afectados en sus derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos, estarán legitimados para interponer las acciones correspondientes: a) los consumidores y usuarios en forma individual o colectiva, y b) las asociaciones de consumidores debidamente registradas en la Provincia de Buenos Aires (artículo 26).

A diferencia de la Ley nacional (cuyo artículo 52 confiere legitimación al consumidor o usuario para ejercerla “por su propio derecho”), el Código Provincial de Buenos Aires lo faculta para ejercer las acciones en forma tanto individual como colectiva, en defensa de sus derechos individuales o de incidencia colectiva.

En cambio, en el Código Provincial no aparecen como sujetos legitimados la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo, y el Ministerio Público Fiscal, que sí señala la Ley de Defensa del Consumidor nacional.

En ambos ordenamientos no se prevén reglas específicas sobre el requisito de la adecuada representación, ni sobre su certificación por el juzgador. Sobre este particular, es oportuno recordar que Giannini afirma que no es suficiente la falta de previsión normativa de este requisito “para derivar automáticamente de dicha laguna la más absoluta permisividad en materia de legitimación”.<sup>11</sup>

### 3. Brasil

El origen fundamental de las acciones colectivas en Brasil se encuentra en la Constitución de la República de 1934, cuyo artículo 113, numeral 38, dispuso que cualquier ciudadano sería parte legítima para demandar la declaración de nulidad o anulación de actos lesivos al patrimonio de la Unión, de los estados o de los municipios. Esta *acción popular* fue suprimida en 1937, pero fue reintroducida en 1946. Fue reglamentada en la ley 4717, de 19 de junio de 1965. El artículo 5º, fracción XXIII, de la Constitución de 1988 establece que cualquier ciudadano es parte legítima para proponer acción popular dirigida a anular actos lesivos al patrimonio público o de entidades en las que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente o al patrimonio histórico y cultural, quedando el actor exento de costas judiciales o de cargas en caso de sentencia desestimatoria, salvo mala fe comprobada.<sup>12</sup>

La Ley 7347, de 24 de julio de 1985, reguló lo que llamó la acción civil pública (por lo que a esta Ley se la conoce como Ley de Acción Civil Pública), a través de la cual

<sup>10</sup> Ley 13.133, sancionada el 13 de diciembre de 2003.

<sup>11</sup> GIANNINI, *op. cit.* nota 2, pp. 200 y 201.

<sup>12</sup> Cfr. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 190.

se demanda la responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor y a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico.<sup>13</sup>

La Constitución de la República de 1988 consolidó y fortaleció las bases para las acciones colectivas. Además de conferir legitimación a cualquier ciudadano para ejercer la acción popular en los términos tan amplios como los mencionados en el apartado anterior (artículo 5º, fracción LXXIII), se la otorgó a las asociaciones expresamente autorizadas, para representar a sus afiliados judicial o extrajudicialmente (idem, fracción XXI), y a los sindicatos, para defender los derechos e intereses colectivos o individuales de sus miembros, incluyendo cuestiones judiciales o administrativas (artículo 8º, fracción III). Introdujo el mandamiento de seguridad colectivo, que puede ser promovido por los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, la organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento, cuando menos un año antes, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados (artículo 5º, fracción LXX).

### 3.1. Tipos de acciones colectivas

Pero la regulación más amplia y sistemática de las acciones colectivas es la que se introdujo en el Código de Defensa del Consumidor del 11 de septiembre de 1990.<sup>14</sup> El artículo 81 distingue tres tipos de intereses o derechos colectivos: los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos. De acuerdo con el párrafo único de ese artículo, son *difusos* los intereses o derechos “transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho” (fracción I); en cambio, son *colectivos* (en sentido estricto) los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base” (fracción II).

Como advierte Barbosa Moreira, hay dos características comunes en los dos tipos de intereses o derechos: su *transindividualidad* y su *naturaleza indivisible*. Estas dos características significan, de acuerdo con este autor, “que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, la lesión de la entera comunidad”.<sup>15</sup> También presuponen que *la solución* a los conflictos en los que se manifiesten estos tipos de intereses o derechos, *debe ser la misma* para todas las personas que integran la comunidad.

Tanto en los intereses o derechos difusos como en los colectivos, los intereses corresponden a una comunidad de personas, pero la diferencia consiste en que los *intereses difusos* pertenecen a una comunidad de personas *indeterminadas*, entre las cuales *no existe una relación jurídica base*, en tanto que en los *intereses colectivos* la comunidad de personas sí es *determinada o determinable*, en la medida que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y que, además, *existe una relación jurídica base* entre esas personas, o entre éstas y un tercero.

<sup>13</sup> Cfr. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *op. cit.* nota 12, p. 193. El propio autor informa que la comisión que elaboró el anteproyecto de ley estuvo integrada por Ada Pellegrini Grinover, quien la presidió, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe y Waldemar Mariz de Oliveira Jr. (p. 192).

<sup>14</sup> Ley Federal número 8078. El anteproyecto de Código de Defensa del Consumidor fue elaborado por una comisión coordinada por Ada Pellegrini, compuesta por Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe y Zelmo Denari. Cfr. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *op. cit.*, 196.

<sup>15</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C., “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 2 de 1992, p. 235.



Frente a los intereses o derechos difusos y colectivos, el mismo artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor (CDC) define los *intereses o derechos individuales homogéneos*, como aquellos que siendo de carácter individual tienen, sin embargo, un “origen común” (fracción III). Estos intereses o derechos individuales son tratados colectivamente en virtud del origen común, y pueden ser reclamados judicialmente por medio de una acción colectiva, para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por los consumidores.<sup>16</sup> En este caso, cada miembro del grupo es titular de un interés individual, divisible por naturaleza, tanto que cada uno puede presentar su propia demanda a título personal.<sup>17</sup>

En otras ocasiones hemos afirmado que no existen diferencias esenciales entre los intereses colectivos y los intereses difusos.<sup>18</sup> Ambos son transindividuales e indivisibles, como lo ha puntualizado la doctrina y la legislación brasileñas. Tanto los intereses o derechos difusos como los colectivos corresponden a una comunidad o colectividad de personas, pero la diferencia que se señala consiste en que los intereses difusos pertenecen a una comunidad de personas indeterminadas, entre las cuales no existe una relación jurídica base, en tanto que en los intereses colectivos la comunidad de personas sí es determinada o determinable, en la medida que dichas personas constituyen un grupo, una categoría o una clase, y que, además, existe una relación jurídica base entre esas personas, o entre éstas y un tercero.

Sin embargo, esta diferencia no afecta en modo alguno a la naturaleza transindividual e indivisible de estos intereses y no tiene mayor relevancia para la regulación de la legitimación, las medidas cautelares, el proceso colectivo ni los efectos de la sentencia que se dicte. En este sentido, coincido con las opiniones expresadas sobre este tema por Ángel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, así como por Leandro J. Giannini. Los dos primeros sostienen que las diferencias que existen entre los intereses colectivos (en sentido estricto) y los intereses difusos no son sustanciales: “La circunstancia de que se encuentren conectados a un grupo organizado, representativo del interés, es obviamente una diferencia, pero ello por sí solo no otorga a los intereses colectivos una naturaleza distinta, que los haga sustancialmente diversos de los difusos. Podría ser a lo sumo que ello permitiese su protección y reconocimiento jurídico, pero tal circunstancia es ajena a la configuración básica que definiría a unos y otros, ya que, con grupo organizado o sin él, aquellas cuestiones vinculadas al interés afectarían a todos los sujetos que aunque no pertenezcan al grupo que los representa, se encuentren respecto del mismo en una situación similar con aspiraciones semejantes”.<sup>19</sup>

Por su parte, Giannini afirma que no encuentra “explicación suficiente a la bifurcación en la regulación de los alcances subjetivos de la sentencia (*ultra partes*, en el caso de los intereses colectivos y *erga omnes* en el de los difusos), que virtualmente se presenta como una distinción terminológica. Y siendo ello así, no encontramos razón para conservar dos categorías (la de derechos “colectivos” y “difusos”) cuya diferenciación no dimana efectos prácticos”.<sup>20</sup>

La contraposición fundamental es la que se manifiesta entre los intereses o derechos colectivos en sentido amplio (transindividuales e indivisibles) y los intereses

<sup>16</sup> Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, A., “O novo processo do consumidor”, en *O processo em evolução*, Rio de Janeiro, 1996, p. 140.

<sup>17</sup> Cfr. PELLEGRINI GRINOVER, A., “Significato sociale, politico e giuridico della tutela degli interessi diffusi”, en *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 1, enero-febrero de 1999, p. 21.

<sup>18</sup> “Introducción” al libro *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, UNAM, 2004, pp. XII-XIII; y “Las acciones colectivas en el Código Modelo”, *Temas de derecho procesal* (XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal), Caracas, Instituto Venezolano de Derecho Procesal, 2004, pp. 48-49.

<sup>19</sup> LANDONI SOSA, A. y PEREIRA CAMPOS, S., “Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1 de 2002, p. 72.

<sup>20</sup> GIANNINI, *op. cit.* nota 1, p. 61.

o derechos individuales homogéneos o de grupo, los cuales son individuales y divisibles, pero se vinculan por derivar de un hecho común. José Carlos Barbosa Moreira ha señalado con toda precisión que los intereses colectivos en sentido amplio son *intereses esencialmente colectivos*, en tanto que los intereses individuales homogéneos sólo son *intereses accidentalmente colectivos*.<sup>21</sup>

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica se inspiró por razones obvias en el Código brasileño, pues fue elaborado por cuatro distinguidos procesalistas brasileños.<sup>22</sup> Aunque originalmente preveía los tres tipos de intereses o derechos regulados en el CDC, en su versión más reciente concentra en una sola categoría los intereses o derechos colectivos y difusos, a los cuales designa con este último calificativo (artículo 1º, fracción I).

Conviene advertir que las disposiciones del CDC tienen aplicación general sobre todos los procesos colectivos, por lo que no se limita sólo a los procesos sobre conflictos de consumo, conforme a lo que establece el artículo 21 de la Ley de Acción Civil Pública, adicionado por el artículo 117 de la Ley 8078/90.<sup>23</sup>

### 3.2. Legitimación

Para ejercer las acciones para la tutela de los intereses y derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, el artículo 82 del CDC confiere legitimación a las siguientes personas y entidades: a) el Ministerio Público; b) la Unión, los estados, los municipios y/o el Distrito Federal; c) las entidades y órganos de la administración pública, directa o indirecta, aun sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos de los protegidos por ese Código; d) las asociaciones legalmente constituidas con una anticipación mínima de un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos de los consumidores.

#### A. Ministerio Público

La intervención del Ministerio Público en los procesos colectivos puede tener diferente carácter: como parte que ejerce la acción o, cuando no actúe como parte, debe intervenir con el carácter de "fiscal de la ley", de acuerdo con lo que disponen los artículos 5º, párrafo 1º de la Ley de Acción Civil Pública (LACP) y 92 del CDC. El Ministerio Público está regulado en la Constitución como una institución permanente, esencial para la función jurisdiccional, al que se atribuye la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles (artículo 127). Le corresponde promover la indagación civil y la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos, así como ejercer otras funciones que le fueren conferidas, que sean compatibles con su finalidad. Se prohíbe que tenga funciones de representación judicial y de consultoría jurídica de las entidades públicas (artículo 129, fracciones II y IX). En contra de lo que sucede en varios países latinoamericanos, como es el caso de México, el Ministerio Público sí ha tenido una activa participación en los procesos colectivos en Brasil. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes señala que estudios realizados en los estados de Rio de Janeiro y de São Paulo mostraron que la iniciativa del *parquet* alcanza cerca del 90 por ciento de los procesos colectivos, aunque aclara que ese porcentaje se ha modificado en los

<sup>21</sup> BARBOSA MOREIRA, J. C., "Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos", en *Temas de direito processual (Terceira Série)*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 196.

<sup>22</sup> Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Antonio Gidi y Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Cfr. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *op. cit.* nota 12, p. 177.

<sup>23</sup> Cfr. GONÇALVES DE CASTRO MENDES, *op. cit.* nota 12, p. 177.

últimos años, frente a la nueva previsión de legitimidad de las Defensorías Públicas y ante una mayor actuación de los sindicatos y las asociaciones de consumidores.<sup>24</sup>

Por otro lado, la jurisprudencia ha reconocido que el Ministerio Público puede defender intereses y derechos individuales homogéneos, cuando éstos tengan relevancia social, como es el caso de las condiciones insalubres a las que se somete a los trabajadores, las cuotas escolares abusivas o ilegales y los reajustes en los planes de salud.<sup>25</sup>

### B. Asociaciones y sindicatos

Los preceptos constitucionales que establecen las bases para la legitimación de las asociaciones y los sindicatos para ejercer acciones colectivas no parecen ser plenamente congruentes. Por un lado, otorgan legitimación a los sindicatos y las asociaciones para promover el mandamiento de seguridad “en defensa de sus miembros y asociados” (artículo 5º, fracción LXX, inciso b) y atribuyen a los sindicatos la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de sus miembros, en cuestiones judiciales o administrativas (artículo 8º, fracción III). Pero por lo que se refiere al ejercicio de posibles acciones colectivas por parte de las asociaciones, a éstas sólo parece conferirse legitimación para “representar a sus afiliados judicial o extrajudicialmente”, previa autorización expresa de éstos (artículo 5º, fracción XXI).

La doctrina y la jurisprudencia han considerado que, más que una “representación”, el precepto atribuye a la asociación una legitimación extraordinaria, que puede dar lugar a un fenómeno de sustitución procesal; quienes estarían ejerciendo la acción colectiva serían los afiliados individualmente considerados, aunque por medio de la asociación.<sup>26</sup>

### C. Individuos o personas naturales

Aunque el artículo 82 del CDC no señala como legitimados a los individuos o personas naturales, existen varias disposiciones en la Constitución de la República que podrían permitir que aquéllos ejerzan acciones para la tutela de intereses o derechos individuales homogéneos y para la tutela de intereses o derechos difusos.

Por un lado, el artículo 5º, fracción XXXV, establece como principio fundamental el de que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza al derecho”. Este principio, al que Gonçalves de Castro Mendes denomina de “inafastabilidade de la prestação jurisdiccional”, significa que ni el legislador ni nadie más puede impedir que el justiciable vaya a deducir en juicio una pretensión.<sup>27</sup>

Por otro lado, la propia Constitución, además de legitimar al Ministerio Público, a las asociaciones y a los sindicatos para ejercer acciones colectivas, confiere a los ciudadanos legitimación para proponer *acción popular* dirigida a anular actos lesivos al patrimonio público o de entidades en las que el Estado participe, a la moralidad administrativa, al medio ambiente o al patrimonio histórico y cultural, quedando el actor exento de costas judiciales o de cargas en caso de sentencia desestimatoria, salvo mala fe comprobada (artículo 5º, fracción LXXIII).

Con base en estas y otras disposiciones constitucionales, Gonçalves de Castro Mendes concluye que los particulares pueden ejercer acciones para la tutela de los intereses y derechos individuales homogéneos y para la tutela de los intereses y derechos difusos, tal como ha venido ocurriendo.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Informe nacional de Brasil*, 2012, p. 1.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 4-5.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 8-12.

#### D. Defensoría Pública

Esta institución tiene su fundamento en los artículos 5º, fracción LXXIV, y 134 de la Constitución de la República. Conforme al primer precepto, el Estado prestará asistencia jurídica integral y gratuita a los que demuestren insuficiencia de recursos. De acuerdo con el segundo, la Defensoría Pública es una institución fundamental para la función jurisdiccional del Estado, a la que compete la asesoría jurídica y la defensa, en todos sus grados, de los necesitados.

Como se señaló al principio de este apartado, el artículo 82, fracción III, del CDC de 1990 otorgó legitimación para ejercer acciones colectivas a las entidades y órganos de la administración pública, directa o indirecta, aun sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos de protegidos por ese Código. La legitimación de la Defensoría Pública, como institución fundamental del Estado, encontraba su fundamento legal en este precepto.

No obstante, para aclarar cualquier duda sobre esta legitimación, la Ley 11.448, publicada el 16 de enero de 2007, modificó la fracción II del artículo 5º de la LACP, para prever expresamente que la Defensoría Pública tiene legitimación para ejercer la acción civil pública, tanto principal como la cautelar.<sup>29</sup>

#### 3.3. Representación adecuada y certificación

En términos generales, la representatividad adecuada en Brasil está establecida fundamentalmente en la enunciación de los sujetos legitimados que se hace en los artículos 4º y 5º de la LACP y 82 del CDC (*ope legis*) y no por medio del control y certificación judicial (*ope iudicis*).<sup>30</sup>

Ada Pellegrini Grinover, coordinadora de la comisión que elaboró el proyecto de CDC, expresa que dicha comisión había escogido la vía del control de la representatividad adecuada por parte del juez. Sin embargo, la LACP de 1985 ya había acogido el sustitutivo del Ministerio Público, prefiriendo la fórmula de la legitimación *ope legis*, sin referencia expresa a la adecuada representatividad. El CDC siguió el mismo camino.<sup>31</sup>

La propia autora reconoce que han surgido problemas prácticos por el manejo de acciones colectivas por parte de asociaciones que, aunque cumplen con los requisitos legales, no demuestran la credibilidad, la seriedad, el conocimiento técnico científico, la capacidad económica, la posibilidad de llevar a cabo una defensa procesal eficaz, datos sensibles que constituyen las características de una representatividad adecuada. Y que algo similar ha ocurrido con la actuación del Ministerio Público. La autora considera que para estos casos sería conveniente reconocer al juez el control de la legitimación.<sup>32</sup>

Pellegrini afirma que el sistema brasileño, aunque no lo asevere expresamente, no es adverso al control de la representatividad adecuada por parte del juez en cada caso concreto, el cual puede ser interpretado a través de la jurisprudencia. Para la procesalista brasileña, “el modelo de derecho comparado que atribuye al juez el control de la representatividad adecuada (Estados Unidos de América, Código Modelo para Iberoamérica, Uruguay y Argentina), puede ser tranquilamente adoptado en Brasil, en ausencia de norma impeditiva”.<sup>33</sup>

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>31</sup> PELLEGRINI GRINOVER, A., “Ações coletivas iberoa-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 1 de 2002, p. 14.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 14-15.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

### 3.4. *Acción colectiva pasiva*

La Constitución de la República normalmente prevé las acciones colectivas desde la perspectiva de la parte actora, salvo el caso de la legitimación que otorga a los sindicatos para “la defensa de los derechos e intereses colectivos o individuales de sus miembros, en cuestiones judiciales o administrativas” (artículo 8º, fracción III), defensa que se puede hacer como parte tanto actora como demandada. La LACP y el CDC también contemplan fundamentalmente la legitimación activa.

Por esta razón, la doctrina brasileña está a favor del reconocimiento, *de lege ferenda*, de la legitimación pasiva, la cual se encuentra prevista en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (artículos 35 a 38).<sup>34</sup>

## 4. Chile

Las acciones colectivas fueron introducidas de manera general en Chile por la Ley número 19.955, de 14 de julio de 2004, que reformó la Ley número 19.496, de 7 de marzo de 1997, la cual establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, a la cual se denomina más brevemente Ley de Protección del Consumidor.

En esta ley se señala que el incumplimiento de las normas contenidas en la misma dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción; anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión; obtener la prestación de la obligación incumplida; hacer cesar al acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, y a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda (artículo 50, párrafo segundo).

### 4.1. *Tipos de acciones*

En la ley se regulan las acciones para la tutela de los intereses colectivos y difusos, en términos similares a los previstos en la legislación brasileña.<sup>35</sup> Pero no se prevén las acciones para la defensa de los intereses individuales homogéneos, sino solamente las acciones de interés individual, que son aquellas que se “promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado” (artículo 50, párrafos tercero a quinto). Sin embargo, en la misma ley se otorga legitimación para promover acciones colectivas y difusas a asociaciones de consumidores y grupos de cuando menos 50 consumidores (artículo 51), y se prevé que comparezcan consumidores para solicitar su exclusión de los efectos de la sentencia (artículo 53), por lo que seguramente los intereses individuales homogéneos se podrán reclamar a través de tales acciones.

Por esta razón se prevén dos tipos de procedimientos: a) el procedimiento para la protección del interés individual de los consumidores en causas de menor cuantía, y b) el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores.<sup>36</sup>

<sup>34</sup> GONÇALVES DE CASTRO MENDES, A., *Informe nacional de Brasil*, p. 17. Sobre el tema véase CAMPOS MEDINA MAIA, D., *Ação coletiva passiva*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

<sup>35</sup> Los párrafos quinto y sexto del artículo 50 de la Ley de Protección al Consumidor expresan: “Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual.

“Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”.

<sup>36</sup> Cfr. SANDOVAL LÓPEZ, R., “Las reformas introducidas en la Ley Nº 19.496, sobre protección de Derechos del Consumidor por la Ley Nº 19.955, del 14 de julio de 2004”, en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, núm. 213, enero-junio de 2003.

#### 4.2. *Legitimación*

Las personas legitimadas para ejercer las acciones colectivas son:

- a) El Servicio Nacional del Consumidor, que es una entidad de la administración pública cuya función consiste en velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor (LPC) y demás normas referentes al consumidor, así como defender los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación para el consumo (artículos 57 y 58);
- b) Una asociación de consumidores constituida, cuando menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la demanda, y que cuente con la debida autorización de su asamblea para hacerlo;
- c) Un grupo de consumidores afectados por un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizadas (artículo 51).

Cuando la acción sea ejercida por el Servicio Nacional del Consumidor o por una asociación de consumidores, la parte demandante no requerirá acreditar la representación de consumidores determinados de la colectividad en cuyo interés actúa (artículo 51, párrafo 4).

#### 4.3. *Admisión*

El juez debe declarar la admisibilidad de la acción colectiva, cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) La acción haya sido deducida por una de las personas legitimadas a las que se ha hecho referencia.
- b) La conducta que se reclame afecte el interés colectivo o difuso de los consumidores.
- c) La acción deducida precise las cuestiones de hecho que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores y los derechos que lesione.
- d) El número potencial de afectados justifique, en términos de costos y beneficios, la necesidad procesal o económica de someter su tramitación al procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, "para que sus derechos sean efectivamente cautelados".

La LPC establece la presunción de que no se considerará acreditada esta necesidad procesal o económica de someter el litigio al procedimiento especial para acciones colectivas, si concurren las siguientes condiciones: el proceso de fabricación, por su naturaleza, contemple un porcentaje de fallas dentro de los estándares de la industria; el proveedor pruebe mantener procedimientos de calidad en la atención de reclamos, reparación y devolución de dinero en caso de productos defectuosos, sin costo para el consumidor, y las fallas o defectos no representen riesgo para la salud (artículo 52).

Antes de que se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción colectiva, el juez debe otorgar al demandado un plazo de diez días para que exponga lo que estime pertinente en relación con los requisitos de admisibilidad de la acción. Si el juez estima que existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, recibirá a prueba la admisibilidad. Cinco días después de que se haya presentado el demandado o del vencimiento del plazo que se le otorgó, o de la conclusión del período probatorio, el juez se pronunciará sobre la admisibilidad de la acción. Esta resolución es impugnabile por medio del recurso de apelación. Una vez que se confirme o no se impugne la resolución que declara admisible la acción, se certificará esta circunstancia en el expediente (artículo 52, párrafos segundo a cuarto de la LFC).

En este caso, el juez ordenará al demandante que, dentro de décimo día, mediante publicación de al menos dos avisos en un medio de circulación nacional, informe a los consumidores que se consideren afectados de la admisión de la acción. Dentro del



plazo de 30 días contados desde la publicación del aviso, cualquier consumidor podrá ocurrir ante el juez “haciendo reserva de sus acciones, en cuyo caso no le serán oponibles los resultados del juicio” (artículo 53).

Se faculta al juez para que cuando considere que el desempeño de los abogados entorpezca la marcha regular del juicio, solicite a los legitimados activos que nombren un procurador común de entre sus respectivos abogados, dentro del plazo de diez días; en caso de no hacerlo, el juez lo nombrará de entre los mismos abogados. Asimismo, el juez podrá revocar el mandato judicial (entendemos que del procurador común) cuando la representación del interés colectivo o difuso no sea la adecuada para proteger eficazmente los intereses de los consumidores o cuando exista otro motivo que justifique la revocación (artículo 51, numeral 7).

En términos generales, la LPC no regula la idoneidad del representante como un requisito para declarar la admisión de la acción colectiva. El numeral 7 del artículo 51 se aplica hasta después de que se admitió la acción, y no tiene carácter general pues se refiere a la revocación del mandatario judicial designado por el juez como procurador, en los términos de dicho precepto legal. Tampoco prevé la acción colectiva pasiva.

## 5. Colombia

Como se afirmó al inicio de esta ponencia, en el derecho colombiano los intereses colectivos y difusos se engloban dentro de los *intereses colectivos*, y la distinción se hace entre éstos y los *intereses de grupo*, que corresponden a los intereses individuales homogéneos del derecho brasileño. El artículo 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991 establece las bases para las acciones para la tutela de los intereses *colectivos* y la de los intereses *de grupo*, en los siguientes términos:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

### 5.1. Tipos de acciones colectivas

La Ley 472 del 6 de agosto de 1998 reglamenta el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo. Esta ley regula tanto las *acciones populares*,<sup>37</sup> a través de la cual se tutelan los *derechos e intereses colectivos*, como las *acciones de grupo*.

En el artículo 2º de la Ley 472 de 1998 se definen las *acciones populares* en los siguientes términos:

*Acciones populares.* Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos.

Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior.

<sup>37</sup> Las acciones populares tuvieron su origen en el derecho romano, en el que eran aquellas que se otorgaban a la persona particular, al individuo, pero ya no considerada como titular de un derecho privado, sino como ciudadano participante en el interés de la comunidad o en el interés público. Cfr. OVALLE FAVELA, J., “Las acciones populares”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, t. I, *Derecho romano e historia del derecho romano*, México, UNAM, 2006, pp. 397-401.

De acuerdo con este precepto legal, las acciones populares tienen las siguientes finalidades: a) evitar el daño contingente; b) hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, y c) restituir las cosas a su estado anterior. La primera finalidad tiene carácter *preventivo*; la segunda tiene una función *suspensiva* de los actos de peligro de violación de los intereses colectivos; y en la tercera se encuentra una finalidad de *restauración o restitución* del derecho colectivo infringido.

¿Cuáles son los *derechos e intereses colectivos* protegidos a través de las acciones populares? El artículo 4º de la *Ley 472* de 1998 hace una larga enumeración de estos derechos e intereses, de los cuales destacamos los siguientes: a) el derecho al medio ambiente; b) la moralidad administrativa; c) el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; d) la defensa del patrimonio público; e) la defensa del patrimonio cultural de la Nación; f) la seguridad y salubridad públicas; g) la libre competencia económica; h) el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; i) la prohibición de fabricar, importar, poseer o usar armas químicas, biológicas y nucleares, así como de introducir al territorio nacional residuos nucleares y tóxicos; j) el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente; k) el adecuado desarrollo urbano, y l) los derechos de los consumidores y usuarios. Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.<sup>38</sup>

La acción popular había sido establecida originalmente en el artículo 1005 del *Código Civil de Colombia*, el cual sigue vigente y dispone lo siguiente:

La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados.

Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad.

El propio *Código Civil* otorga acción popular en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas (art. 2359). Asimismo, la *Ley 9* de 1989 concede acción popular para la defensa del espacio público y del medio ambiente (art. 8º). El *Decreto 2303* de 1989 confiere acción popular para defender en juicio el ambiente rural y los recursos naturales renovables del dominio público (art. 118).<sup>39</sup>

Por otra parte, las *acciones de grupo* se definen en el artículo 3º de la *Ley 472* de la siguiente manera:

*Acciones de grupo.* Son aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

La acción de grupo se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

Por medio de las acciones de grupo, un conjunto de personas que hayan resentido perjuicios en condiciones uniformes respecto de una misma causa, puede demandar la satisfacción de sus intereses individuales para que les reconozca el perjuicio que cada una haya resentido (acción declarativa) y para que se les pague a cada una la

<sup>38</sup> PARRA QUIJANO, J., "Algunas reflexiones sobre la Ley 472 de 1998 conocida en Colombia con el nombre de acciones populares y acciones de grupo", en *Acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, con OVALLE FAVELA, J., México, UNAM, 2004, pp. 112-113.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 113-114.



indemnización que corresponda (acción de condena). Al igual que los derechos e intereses individuales homogéneos regulados en la legislación brasileña, los derechos e intereses de grupo son *individuales y divisibles*.

En términos generales, las acciones de grupo son el medio para “proteger intereses particulares de sectores específicos de la población”, como ha señalado la Corte Constitucional colombiana.<sup>40</sup> Pueden ser utilizadas aun para defender derechos colectivos (como los de los consumidores), cuando un número plural de personas resienta perjuicios individuales con motivo de una violación a tales derechos colectivos.<sup>41</sup>

De este modo, en el derecho colombiano la división se hace entre los *derechos e intereses colectivos* –en los que quedan incluidos los difusos– y los *derechos e intereses de grupo*, que corresponden a lo que en el derecho brasileño son los intereses individuales homogéneos. La distinción entre los intereses colectivos y los difusos tiene cierta relatividad, pues en ambos casos se trata de intereses *supraindividuales* de naturaleza *indivisible*.

De acuerdo con lo que dispone el artículo 46 de la Ley 472 de 1998, el ejercicio de las acciones de grupo requiere que el grupo en cuyo nombre se actúe esté integrado cuando menos por 20 personas, y que éstas reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales.

El Consejo de Estado había sostenido que la acción de grupo no estaba prevista para todos los casos en que un grupo superior a veinte personas hubiese sufrido un daño, sino que sólo era procedente para aquellos casos en que se demostrara que el *grupo estaba conformado*, de hecho o de derecho, antes del evento dañoso y persistía luego del mismo. Era la tesis de la *preexistencia del grupo*.<sup>42</sup>

Sin embargo, las sentencias C-1062/00 y C-569/04 de la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad de la Ley 472 de 1998, suprimió la tesis del grupo preexistente, lo que ha traído como consecuencia que ahora se considere que el único requisito de procedencia de esta acción es la existencia de veinte víctimas de un mismo daño.<sup>43</sup>

A pesar de la interpretación de la Corte Constitucional, Martín Bermúdez advierte que el artículo 46 de la Ley 472 de 1998 dispone, en la parte no declarada inexecutable por la Corte, que los miembros del grupo deben reunir condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para tales personas, por lo que estas condiciones uniformes se actualizan cuando la causa que originó perjuicios individuales haya afectado de manera similar o uniforme a las personas que integran al grupo afectado. Para este autor, las condiciones uniformes a que se refiere la ley colombiana corresponden a la homogeneidad de los derechos establecida como requisito en el derecho comparado, en donde se precisa que éste es un requisito distinto y adicional al origen común del derecho reclamado.<sup>44</sup>

## 5.2. Legitimación

En cuanto a la legitimación para ejercer las acciones populares, el artículo 12 de la Ley 472 de 1998 otorga esa legitimación a toda persona natural o jurídica, lo cual podrá ser suficiente para que considere conferida esa legitimación con la mayor amplitud posible. Sin embargo, este precepto agrega categorías específicas de personas, de las cuales destacamos las siguientes: a) las organizaciones no gubernamentales, las

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 127.

<sup>42</sup> Cfr. BERMÚDEZ MUÑOZ, M., *La acción de grupo: normativa y aplicación en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 6.

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 16-17.

<sup>44</sup> *Ibidem*, pp. 76-78.

organizaciones populares, cívicas o de índole similar; *b*) las entidades públicas que cumplen funciones de control, intervención o vigilancia, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión; *c*) el procurador general de la Nación, el defensor del pueblo y los personeros distritales y municipales, en lo relacionado con su competencia, y *d*) los alcaldes y demás servidores públicos que, por razón de sus funciones, deban promover la protección y defensa de estos derechos e intereses.<sup>45</sup>

Del análisis de expedientes tramitados ante el Consejo de Estado de 1999 a 2008, se advierte que el 83.8% de los actores corresponde a personas naturales; sólo el 3.9% de las demandas fueron interpuestas por el Ministerio Público y las entidades de control y vigilancia, el 1.7% por las contralorías y el 0.3% por servidores públicos.<sup>46</sup>

Por otro lado, la *legitimación* para ejercer acciones de grupo corresponde, como es lógico, a las personas naturales o jurídicas que hubiesen sufrido el perjuicio individual. Como se expuso anteriormente, los miembros del grupo deben reunir condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales.

Además, también se faculta al defensor del pueblo, los personeros municipales y distritales para ejercer acciones de grupo en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En este caso, el defensor o los personeros serán parte en el proceso junto con los agraviados (artículo 48).

En la acción de grupo el actor representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos ilícitos, sin necesidad de que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción, ni haya otorgado poder.<sup>47</sup>

En el auto que admita la demanda, el juez ordenará el emplazamiento a los demandados, a los que se otorga un plazo de diez días para que la contesten. A los miembros del grupo se les informará a través de un medio masivo de comunicación o de cualquier otro mecanismo eficaz.

¿Cómo se integra el grupo? Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la infracción de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito, en el que deben indicar su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y manifiesten su voluntad de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo.

Las personas que no hayan comparecido al proceso podrán acogerse al fallo, dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia, proporcionando la información anterior, pero no podrán invocar daños extraordinarios o excepcionales para obtener una indemnización mayor y tampoco se beneficiarán de la condena en costas. La integración de nuevos miembros del grupo con posterioridad a la sentencia no incrementará el monto de la indemnización señalada en ella.

Las acciones individuales relativas a los mismos hechos podrán adherirse a la acción de grupo, a solicitud del interesado. En este supuesto, el actor individual ingresará al grupo, terminará la tramitación de la acción individual y se acogerá a los resultados de la acción de grupo.

<sup>45</sup> Cfr. PARRA QUIJANO, *op. cit.* nota 38, p. 115.

<sup>46</sup> Cfr. LONDOÑO TORO, B.; GONZÁLEZ ACOSTA, A. y FIGUEREDO MEDINA, G. "Diagnóstico del impacto de la Ley colombiana de Acciones Populares y de Grupo en sus primeros diez años de investigación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 126, septiembre-diciembre de 2009, pp. 1344 y 1348.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 128.

Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del emplazamiento, cualquier persona que forme parte de un mismo grupo podrá manifestar su voluntad para ser excluida del grupo y, por tanto, para no quedar vinculada por el acuerdo de conciliación o la sentencia (art. 56). También pueden pedir su exclusión las personas que no hayan participado en el proceso, que demuestren, dentro de los cinco días siguientes a la emisión de la sentencia, que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación.

Las personas excluidas del grupo podrán intentar acción individual para que se les indemnicen los perjuicios.<sup>48</sup>

### 5.3. Representación adecuada y acción colectiva pasiva

Tanto en las acciones populares como en las de grupo no se prevé el requisito de la representación adecuada. En las acciones de grupo se permite que las personas que no hayan participado en el proceso y que no solicitaron previamente su exclusión puedan pedir ésta después de que se haya dictado la sentencia, para lo cual deberán acreditar que no fueron adecuadamente representadas.

Tampoco se prevé la acción colectiva pasiva.

## 6. México

Hasta antes del 29 de julio de 2010, en México las acciones colectivas se habían manifestado en ramas muy específicas del derecho: *a*) en el *proceso del trabajo*, como acciones de los sindicatos, de la coalición de la mayoría de los trabajadores y de los patronos para crear o modificar condiciones generales de trabajo, con fundamento en las leyes federales del trabajo de 1931 y 1969; y *b*) en el *proceso agrario*, como acciones de los núcleos de población ejidal y comunal para reclamar el amparo en contra de actos de autoridad que les privaran de sus derechos colectivos, en términos de las reformas de 1962 al artículo 107 constitucional, y de 1963 a la Ley de Amparo.

En la Ley Federal de Protección al Consumidor publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992 se contemplaron las *acciones de grupo*, como acciones promovidas por la Procuraduría Federal del Consumidor, a nombre de los consumidores afectados por hechos ilícitos de proveedores, para declarar que uno o varios proveedores han ocasionado daños y perjuicios a los consumidores, los condeñe a repararlos. Era una acción parecida a las acciones de grupo de la legislación colombiana, pero para la que sólo se otorgaba legitimación a la Procuraduría Federal del Consumidor.<sup>49</sup>

### 6.1. Tipos de acciones colectivas

En el Diario Oficial de la Federación del 29 de julio de 2010 se publicó el decreto por el que se adicionó un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política, para regular las acciones colectivas en los siguientes términos:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Las acciones colectivas fueron objeto del decreto de reformas y adiciones al Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 30 de agosto de 2011.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>49</sup> Cfr. OVALLE FAVELA, J., "Las acciones colectivas en el derecho mexicano", en *Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública*, México, núm. 2, diciembre de 2006, pp. 71-94.

En el Código Federal de Procedimientos Civiles (en lo sucesivo CFPC o Código) se prevé que la acción colectiva se puede ejercer para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para la defensa de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas (artículo 579). El Código limita el ejercicio de las acciones colectivas a las relaciones de consumo de bienes o servicios y al medio ambiente (artículo 578).

En ese ordenamiento las acciones colectivas se clasifican en difusas, colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, siguiendo en buena medida al modelo de la legislación brasileña (artículo 581). Por un lado, a los derechos e intereses difusos y colectivos se les regula conjuntamente como aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes.

Pero la acción difusa y la acción colectiva en sentido estricto se reglamentan por separado. A la acción difusa la define como “aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado” (artículo 581, fracción I).

La definición contiene varias afirmaciones cuestionables. En primer término, el titular de la acción difusa no puede ser una “colectividad indeterminada”, pues si así fuera el demandado estaría colocado en un estado de indefensión, ya que no sabría cuál sería la colectividad que lo demanda. Seguramente lo que los autores de la reforma quisieron decir es que el titular es una colectividad de personas indeterminadas. En segundo lugar, el objetivo de las acciones colectivas se limita a la restitución de las cosas a su estado anterior o el cumplimiento sustituto, pero omite considerar como finalidad evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre los derechos e intereses colectivos, como sí lo hace la legislación colombiana para las acciones populares. Por último, la definición señala que no es necesario que exista vínculo jurídico entre dicha colectividad y el demandado, lo cual es correcto, pero no precisa que tampoco se requiere que exista vínculo jurídico entre los integrantes de la colectividad.

A la acción colectiva en sentido estricto la define como “aquella de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado” (artículo 581, fracción II).

Cabe aclarar que no es la colectividad la que es determinada o determinable, sino las personas que la integran. Por otro lado, no parece ser compatible con la naturaleza indivisible de las acciones colectivas, el que a través de ellas se reclame el pago de daños sufridos en forma individual por los miembros del grupo. Pero lo que resulta muy grave es la última condición que impone el Código consistente en que la acción colectiva en sentido estricto deriva “de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado”. La legislación brasileña prevé que son colectivos en sentido estricto los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”. Esto significa que el vínculo

jurídico se puede establecer entre los integrantes de la colectividad o entre los intereses de la colectividad y la parte demandada.

Además, la expresión “vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado” es un requisito excesivo, pues, por un lado, no se establece la alternativa de que ese vínculo jurídico se presente sólo entre los integrantes de la colectividad y, por el otro, se exige que ese vínculo jurídico común exista “por mandato de ley entre la colectividad y el demandado”. Ese “mandato de ley” no tiene equivalente en las legislaciones analizadas y seguramente va a ser un obstáculo que impedirá el ejercicio de la acción colectiva en sentido estricto, por su carácter tan restrictivo.

Por último, a la acción individual homogénea la define como “aquella de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable” (artículo 581, fracción III).

Esta definición también resulta restrictiva. Las relaciones de consumo se establecen normalmente a través de contratos escritos o verbales. ¿Qué ocurre cuando el contrato no se celebró por escrito? ¿Se puede ejercer una acción individual homogénea con base en un contrato verbal? La respuesta debe ser afirmativa. En este caso el problema será la prueba del contrato verbal. Pero las relaciones de consumo no sólo se expresan en contratos. Existen declaraciones de voluntad que obligan a los proveedores, sin que se haya formalizado ningún contrato. ¿No se podrá reclamar a través de este tipo de acciones el incumplimiento de una promoción u oferta o de la prestación de un servicio ofrecido bajo determinadas condiciones? Parece que por la redacción de la fracción III no será posible reclamar incumplimientos a declaraciones unilaterales de la voluntad.

## 6.2. Legitimación

En el CFPC se otorga legitimación activa a diversas instituciones públicas y a particulares y asociaciones civiles. Nos vamos a referir a ellos por separado.

Las instituciones públicas a las que se otorga legitimación activa son: a) la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor; b) la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente; c) la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; d) la Comisión Federal de Competencia, y e) el procurador General de la República (artículo 585, fracciones I y IV). Los organismos mencionados en los tres primeros incisos tienen como función la protección de los consumidores, de los usuarios de los servicios financieros y del ambiente, respectivamente. Hasta ahora, sobre todo en los últimos años, estos organismos han sido de muy escasa eficacia.

La Comisión Federal de Competencia es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Economía que tiene a su cargo prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas y las concentraciones, pero no tiene competencia en las relaciones de consumo, por lo que difícilmente ejercerá acciones colectivas.

El procurador General de la República se ocupa fundamentalmente de cuestiones penales y carece por completo de competencia en las relaciones de consumo y en el medio ambiente, por lo que resulta inexplicable su inclusión dentro de las instituciones públicas legitimadas para ejercer acciones colectivas.

En cambio, en esa relación de instituciones públicas legitimadas sí se debió incluir al Instituto Federal de Defensoría Pública, el cual ha estado cumpliendo muy bien las funciones que presta no sólo a través de defensores penales, sino también por medio de asesores jurídicos en materia civil, administrativa y, en general, en asuntos que no son del orden penal.

Por otro lado, también se otorga legitimación activa a las siguientes personas: a) el representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros, y b) las asociaciones civiles sin fines de lucro, constituidas legalmente al menos un año previo al momento de presentar la demanda, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el CFPC (artículo 585, fracciones II y III).

### 6.3. *Representación adecuada*

Sólo al representante común y a las asociaciones civiles se exige que acrediten el requisito de la adecuada representación, el cual se considera satisfecho cuando se cumplen las condiciones previstas en el artículo 586, el que expresa:

La representación a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior, deberá ser adecuada.

Se considera representación adecuada:

- I. Actuar con diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses de la colectividad en el juicio;
- II. No encontrarse en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza;
- III. No promover o haber promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas frívolas o temerarias;
- IV. No promover una acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogénea con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos, y
- V. No haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas, en los términos del Código Civil Federal.

El mismo precepto dispone que el juez deberá vigilar de oficio que dicha representación sea adecuada durante la substanciación del proceso y lo faculta para remover al representante y sustituirlo si deja de cumplir las condiciones mencionadas.

### 6.4. *Acción colectiva pasiva*

En el CFPC no se prevé la acción colectiva pasiva.

## 7. Uruguay

Las acciones colectivas se encuentran previstas en los artículos 42 y 220 del Código General del Proceso de 1988. Aunque el artículo 42 se refiere expresamente en su rubro a la representación en caso de intereses difusos, la doctrina estima que dicho precepto es aplicable tanto a los intereses difusos como a los intereses colectivos.

El texto del artículo 42 es el siguiente:

*Representación en caso de intereses difusos.* En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

Complementa esta disposición la Ley número 16.112, del 30 de marzo de 1990, que en su artículo 6º faculta al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente para ejercer la acción prevista en el artículo 42 del Código General del Proceso (CGP). Igualmente, el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823 de 2004, prevé la aplicación del artículo 42 del CGP a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes.

Por lo que se refiere a la cosa juzgada, el artículo 220 del CGP prescribe lo siguiente:

*Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos.* La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso.

Existen otras disposiciones que se refieren directa o indirectamente al posible contenido de las prestaciones en materia de intereses difusos y colectivos, de las cuales se pueden enunciar las siguientes:

- a) Ley número 16.466 de 19 de enero de 1994 sobre Evaluación del Impacto Ambiental.
- b) Ley número 17.250 de 11 de agosto de 2000 de Relaciones de Consumo.
- c) Ley número 17.283 de 28 de noviembre de 2000 sobre Protección del Medio Ambiente.
- d) Ley número 16.011 de Acción de Amparo.<sup>50</sup>

### 7.1. *Legitimación*

De acuerdo con el artículo 42 del CGP la legitimación para ejercer acciones difusas o colectivas corresponde a las siguientes instituciones y personas: a) el Ministerio Público; b) cualquier interesado, y c) las instituciones o asociaciones de interés social que, según la ley o a juicio del tribunal, garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

A diferencia de lo que ocurre en Brasil, en Uruguay el Ministerio Público no había tenido un papel muy activo en la defensa de los intereses difusos y colectivos. Sin embargo, esta situación ha cambiado en los últimos años, en los que el Ministerio Público ha asumido un papel más relevante en esta materia.<sup>51</sup>

En cuanto a las instituciones o asociaciones de interés social, se ha discutido si éstas deben ser necesariamente personas jurídicas para actuar en la defensa de los intereses difusos y colectivos. La Ley de Relaciones de Consumo (LRC) parece confirmar esta exigencia, al establecer que las asociaciones de consumidores se deben constituir como asociaciones civiles y se deben registrar en la Dirección del Área Defensa del Consumidor (artículo 42, inciso E).

Santiago Pereira opina que, aun en el marco de la LRC, puede sostenerse que una organización de consumidores sin personería jurídica o que, aun teniéndola, no se haya registrado, puede tener legitimación para la representación de los intereses difusos y colectivos, siempre y cuando a juicio del tribunal asegure la defensa del interés comprometido.<sup>52</sup>

### 7.2. *Representación adecuada*

El propio autor afirma que “cuando una organización de consumidores cumple con todos los requisitos de la LRC y su reglamentación, su legitimación es dada directamente por la ley, no correspondiendo al tribunal analizar otros aspectos. En cambio, cuando la organización de consumidores haya omitido algunos de los requisitos de la LRC y su reglamentación, corresponderá al tribunal analizar que dicha organización garantice una adecuada defensa del interés comprometido en los términos del artículo 42 del CGP”.

<sup>50</sup> Cfr. PEREIRA CAMPOS, S., “Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 1 de 2007, pp. 42-43.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp. 45-47.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 49.



De acuerdo con Pereira Campos, el artículo 42 del CGP dispone que las instituciones o asociaciones de interés social deben garantizar una adecuada defensa del interés comprometido. La garantía de una defensa adecuada del interés comprometido puede resultar tanto de la ley, que la podría resumir en determinadas hipótesis, así como del juicio que el propio tribunal emita ante la situación concreta planteada.

Para el caso de que la ley no contemple una solución expresa o si prevista ésta no se cumplen sus requisitos, el procesalista uruguayo afirma que la asociación o institución accionante deberá acreditar algunos de los extremos siguientes, con la finalidad de que el tribunal pueda emitir un juicio positivo respecto de la legitimación:

- a) Que es titular o representante del interés difuso a tutelar.
- b) Que ese interés es común al grupo que representa.
- c) Que por su especialización en el tema (idoneidad técnica) y por su idoneidad moral garantiza una adecuada defensa del interés comprometido.

El análisis del requisito de la garantía de una adecuada defensa del interés se deberá realizar al controlar la demanda (artículo 119 del CGP), oportunidad en la que podrá desecharla, si es manifiestamente improponible (art. 119.2 del CGP), y en la audiencia preliminar (art. 133, inciso 9º, y art. 341, inciso 5º, del CGP), si el demandado, al contestar la demanda, opuso la excepción de falta de legitimación o interés, cuando ésta sea definible al inicio del litigio.<sup>53</sup>

### 7.3. *Acción colectiva pasiva*

En el CGP no se regula la acción colectiva pasiva.

<sup>53</sup> *Ibidem*, pp. 49-51.



**LA PRUEBA Y LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN  
LOS LITIGIOS COMPLEJOS Y PROCESOS COLECTIVOS**



## EVIDENCE AND PROVISIONAL MEASURES IN COMPLEX LITIGATION AND CLASS ACTIONS IN CANADA\*

por CATHERINE PICHÉ\*\*

### I. Introduction: “Evidence and Provisional Measures in Complex litigation and class actions”

Class actions or collective proceedings are classically referred to as lawsuits brought by one or more individuals (referred to as “class representatives”) on behalf of a group of persons similarly situated (referred to as the “class”) to assert a common claim against the same defendant or group of defendants. They are used principally for the purpose of consolidating and streamlining a series or group of related claims. Whether they are in fact called class, collective, group, multi-party, complex actions, or even representative or joinder actions, proceedings of this type allow one person to act on behalf of others without obtaining a mandate to do so. Thus, instead of each person pursuing an individual action, the entire class relies upon the efforts of the representative—and their counsel—who brings one single unified action against the defendant(s). The class is then able to internalize the full costs of pursuing the action as well as any benefits it may provide. This creates an economy of scale and helps to place petitioners and respondents on a more even footing.

Class actions are generally conceived in procedural rather than substantive terms.

\* This Report was prepared for the XXIII Iberoamerican Conference of Procedural Law and International Association of Procedural Law, in Buenos Aires, June 6-9, 2012. My sincerest thanks go to the following National Reporters: Dr. Stefaan Voet, Gent University (Belgium), Linda Simard, Suffolk University (United States), Dr. Rebecca Money-Kirle, University of Oxford (England and Wales and Scotland), Craig Jones & Micah Weintraub, British Columbia Ministry of Attorney General (Canada, common law provinces), Dr. Vincenzo Morabito & Vicki Waye, Monash University (Australia), Dr. Bart Krans, Gronigen University (Netherlands), Shaun Finn, McCarthy Tétrault (Canada, Province of Quebec), and Michael Karayanni (Hebrew University of Jerusalem, Israel). Their reports were incredibly useful, interesting and insightful, and helped enrich the present one. My thanks also to Edward Harrison, my research assistant for assistance with the compilation of a General Report for the whole of Canada. The General Report discusses many of the responses of National Reporters to a set of questions forwarded to them. Some of the National Reports do not respond to all questions, particularly when a particular question was not relevant to the particular jurisdiction. This General Report consists for the most part of a discussion of the law applicable in Canada regarding evidence and provisional measures in class proceedings. It also contains a discussion of the contents of the National Reports and occasionally quotes from the National Reports. At other times, the terms of National Reports are closely paraphrased; since all information concerning a particular jurisdiction other than Canada has been sourced from the particular National Report, I have not generally cross-referenced to individual passages of the Reports. For the most part, citations have been omitted, although occasional case references have been retained. I regret that I will not be able to reflect the richness and considerable amount of information and scientific reconstruction of the law applicable to class action law that these reports provided. I am, alone, responsible for this report, and for any errors or misunderstandings.

\*\* Prof., Université de Montréal, Faculty of Law.

For a class action to be certified or authorized, it must have common issues which, once decided, will result in efficiencies because they are shared by the class as a whole. What is required to satisfy this condition of commonality in terms of procedure and, for the purposes of this report, evidence? How are liability and damages to be established on a class-wide basis? What is the nature and function of evidence at certification or authorization? Is there a strict adherence to traditional evidentiary rules and standards at this stage? How is the trial of common issues held, and specifically, what evidentiary burden and type of evidence is required at this later stage? All these questions go to the heart of the Canadian provinces' class action regimes, and are addressed in this Report.

In a Canadian class action involving medical device product liability, a court accepted to hear the expert testimony of a professor of law specializing in economical legal analysis.<sup>1</sup> The professor was heard at the trial stage of the collective proceedings and testified about the possible societal impact of a legal rule pleaded by one of the parties. This decision, along with a wide array of others discussed herein, begs the following question: must class proceedings strictly adhere to evidentiary standards applicable to unitary litigation or do the broad societal, cultural and policy issues raised in class action litigation require a rethinking of traditional evidentiary rules and of their application in this peculiar context?

## II. Questionnaire

Following is the questionnaire sent to my reporters. The first part examined, more generally, the laws of civil procedure applicable in the jurisdictions at stake providing for collective actions in the form of handling of a series or group of related claims. The second part examined the motion to authorize or certify an action as a collective action, if applicable. The third part examined the subsequent phase of the collective proceedings, after the proceedings are authorized or certified as collective or class proceedings, and until trial on the merits. The fourth part examined the process of collective settlement and the required evidence at that stage. The last part examined provisional measures if applicable.

Below is the questionnaire sent to the reporters.

Part A – General Description of Procedures for Handling a Series or Group of Related Claims.

1. Briefly describe the procedures that exist in your country for handling a series or group of related claims (by way of a class, collective, group, multi-party, complex, representative or joinder action, proceeding and/or litigation; hereinafter “Collective Action”). In doing so, please indicate whether your jurisdiction is civilian, common law or mixed.
2. Are these procedures available in all areas of the law or only in certain sectors such as competition law, or securities, financial or corporate services?
3. When were the procedures adopted, and what form have they assumed (i.e., statute, other form of codification, rules of procedures, or other)?
4. Were these procedures modelled on another country's collective actions regime?

Part B – The Motion to Certify or Authorize.

1. What criteria are required for bringing and having an authorized or certified Collective Action in your country?
2. What is the nature and the degree of detail required in the motion to certify or authorize such that permission to proceed collectively will be granted?

<sup>1</sup> *Andersen v. St. Jude Medical Inc.* [2011] O.J. No. 1956 [Andersen].

- 
3. What is the standard or burden of proof that a plaintiff/petitioner must meet to have an action certified or authorized as a Collective Action in your country, and where applicable:
    - a) How similar or different is that standard or burden from the one that must be met in traditional, non-class proceedings?
    - b) What is the required proof of commonality of claims?
    - c) What is the required proof of similarity of claims?
    - d) What is the required proof of preferability of the procedure, or predominance of the common questions?
    - e) What is the required proof of the representative's adequacy or typicality?
    - f) What is the required proof of damages (relative to the kinds of damages recoverable in your country)?
      - Is the use of class-wide, aggregate assessments of damages recognized? If so, under what condition(s)?
      - Is the waiver of tort doctrine (where individual proof of damages is not required) recognized in your country? If so, in which kinds of cases and on what condition(s)?
  4. What does the evidentiary burden inquiry require from the court at the preliminary certification or authorization hearing?
    - a) Can the court properly weigh the evidence at that stage?
    - b) Can the court appoint experts and/or choose between competing experts? Can the court assess their credibility?
    - c) What is the court's level of discretion regarding evidentiary issues before or at the hearing on certification or authorization?
      - Can additional evidence be permitted by motion or otherwise? If so, on what condition(s)?
      - Can the court look beyond the pleadings?
      - Can the trial court's discretion regarding evidence at the hearing be revised by an appeals court? Is an appeal with leave only or *pleno jure*?
      - Can excessive amounts of evidence be the basis for an adverse cost order?
    - d) At which point are issues of evidence and/or discovery first addressed by the court? Prior to the certification hearing or at the certification hearing?
    - e) Are there any legal or policy considerations that come into play in decisions relative to the evidentiary burden inquiry? If so, which ones?
  5. What evidence –if any– is adduced and admissible before or at the preliminary certification or authorization hearing?
    - a) How is relevance of the evidence determined at the certification or authorization stage (i.e., relative to the merits, to the certification criteria or otherwise)? Is evidence that goes to *both* the merits and certification considered admissible?
    - b) Do certain kinds of claims require a more substantial evidentiary record than others? If so, which ones?
    - c) Must the evidence be divided by group, or sub-group –sub-class, or relative to categories of claims/claimants?
    - d) Are there any obligations to disclose documentary evidence before court proceedings are commenced or before the hearing?
    - e) Is opinion or expert evidence admissible, and if so:
      - On what condition(s)?

- Are there any restrictions on the nature and extent of that evidence?
- What questions may then be asked?
- Can the testimonies be contradicted?
- f) Are pleadings admissible, and if so:
  - On what condition(s)?
- g) Are depositions and/or examinations on discovery and/or answers to interrogatories admissible, and if so:
  - Of whom and by whom?
  - How and on what condition(s)?
  - What questions may then be asked?
  - Can the testimonies be contradicted?
- h) Is statistical evidence of damages admissible?
- i) Are affidavits admissible, and if so:
  - Who signs them?
  - How and on what condition(s)?
  - What factual allegations must such affidavits contain?
  - Can affiants be cross-examined? On what condition(s)?
- j) Is evidence relative to medical records admissible, and if so:
  - On what condition(s)?
- k) Is evidence of the existence of parallel proceedings in other jurisdictions admissible, and if so:
  - On what condition(s)?
  - Are any other forms of evidence admissible?

Part C – After Certification or Authorization ...and Until the Trial on the Merits.

1. What conception of evidence is generally preferred and applied after certification or authorization of the common issues in Collective Actions in your country? Is the traditionally individualistic perspective preserved, or is a collective perspective instead preferred?
2. What is the standard or burden of proof after certification or authorization of the common issues and at the trial?
  - a) Is the trial on the merits akin to a trial of the representative or to a more general trial of the action of all group members?
  - b) Is the class or group representative's burden of proof attenuated in relation to questions of fact dealt with collectively by the court?
  - c) Generally, how similar and/or different is the evidentiary burden inquiry of the court after the common issues have been identified and the class has been authorized or certified?
  - d) What is the court's level of discretion regarding evidentiary issues at the trial on the merits?
3. Explain the similarity(ies) and/or difference(s) in the evidence admissible before and after certification or authorization of the common issues.
  - a) Notably, what is the scope of discovery, if any, after certification or authorization of the common issues?
  - b) Are the representatives, and/or factual or expert witnesses deposed and/or examined before or at the trial on the merits? If so:
    - On what condition(s)?

- What kinds of questions may be posed?
- Are witness statements/expert reports exchanged prior to trial?
- c) Are there any obligations to disclose documentary evidence in view of trial; if so, what are these obligations?

Part D – Settlement.

1. What is the required standard of proof of fairness of the proposed collective settlement for approval by a court in your country, if applicable? Which evidence of settlement fairness is admissible in that case?

Part E – Provisional Measures.

1. Are there any provisional measures relevant to Collective Actions in your country? If so, please explain how these measures influence the course and outcome of the actions, proceedings and/or litigation discussed herein.

### *Commentary and Analysis*

In describing your procedures, please address the following questions where appropriate:

- a) Are there other considerations (such as fairness, proportionality, deterrence, behaviour modification or access to justice) relevant to evidentiary issues pertaining to the actions, proceedings and/or litigation you herein described, which might influence how these issues are handled and decided by the actors?
- b) How are evidentiary issues interpreted by the courts in the actions, proceedings and/or litigation you have described?
- c) Are there other statutory compensation schemes available in your country that facilitate establishing or proving collective damages?
  - i) What remedies are then available to the parties?
  - ii) What standard of proof and evidence is then required from the parties?
- d) Can you refer to any empirical research and/or data generated in your country to support your answers?
- e) In answering this questionnaire, and referring to your country's laws, have you noticed a certain cross-fertilization of ideas within your own system or in relation to other countries' systems? If so, how?
- f) Are there specific technological means that are being used in your country to help provide the proof or evidence mentioned herein?

## **III. General Report**

### *1. Overview*

#### *A) The Law of Evidence in Canada*

Canada is a bijuridical, bilingual country dominated by the adversarial system. In Canada, there are four distinct sources of law: the common law (in all provinces except Quebec), the civil law, legislation and the Constitution.<sup>2</sup> Canada consists of 10 provinces and 3 territories, with a federal government. All the Provinces (except Quebec) and Territories are "common law" jurisdictions, following the common law system inherited from Great Britain through the colonisation. Quebec has a primarily civil law system patterned on the *Napoleon Code* for substantive law matters, and a mixed system of

<sup>2</sup> See e.g., Paccioco, D. & Steuser, L., *The Law of Evidence*, Revised 5<sup>th</sup> ed., Toronto, 2010; Bryant, A., Lederman, S. & Fuerst, M., *Sopinka, Lederman & Bryant: The Law of Evidence in Canada*, 3<sup>rd</sup> ed., Toronto, 2009; Royer, J.-C., *La Preuve Civile*, 4<sup>th</sup> ed., Cowansville, 2008.



civil procedure and civil process.<sup>3</sup> Quebec interestingly has adopted aspects of the adversarial system regarding its civil procedure and process, as well as class action law.

Quebec rules of evidence are governed by civil law found in the *Civil Code of Quebec*.<sup>4</sup> In the rest of Canada, the common law is applied, with some statutes overriding the common law rules. Legislation may be federal, such as the *Canada Evidence Act*,<sup>5</sup> but in civil matters, disputes are regulated by provincial evidence rules found in the *Evidence Acts*<sup>6</sup> and the Quebec *C.C.Q.* As will be further delineated below, in Subsection 2B), the ordinary rules of evidence, applicable to traditional unitary litigation in Canada are made applicable to the determination of the merits of class proceedings.

#### B) *Class Action Law Procedure in Canada: Different Provinces, Distinct Regimes*

Class actions are a relatively new and constantly evolving part of Canadian procedural law. They are procedural vehicles that permit the courts of the various provinces to resolve common issues held by various potential petitioners or respondents, at the same time. Their determination involves two procedural stages. The first is a certification stage where the court must determine “not whether the claim is likely to succeed, but whether the suit is appropriately prosecuted as a class action”.<sup>7</sup> Only after successfully being certified will a class action then proceed to the second stage: trial on the merits.

Currently, all Canadian provinces –except Prince Edward Island– and the Federal Court have statutes regulating class actions and each of these statutes contains criteria for certification.<sup>8</sup> Most aggregate claims are pursued under provincial “class proceedings” legislation, although collective actions may also be pursued in the federal courts or at common law under the various court rules. While the Canadian class proceedings regimes were founded upon and incorporate the basic model of the American Rule 23, they are very different from the Australian and English –much more limited– forms of collective proceedings, as outlined in the respective national reports. Furthermore, each province’s legislation introduces important differences in the procedures and standards employed, which are discussed herein.

In Canada, aggregate proceedings are available for all types of civil claims, but are primarily used to bring forward collective claims in consumer protection, securities and mass tort law.<sup>9</sup> Class action litigation has flourished steadily in Canada, especially in the last few years. Ontario certification rates are significantly higher than those of the other Canadian provinces.<sup>10</sup> The majority of class action cases, however, are resolved

<sup>3</sup> See e.g., *Lac d’Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51 [2001] 2 S.C.R. 743.

<sup>4</sup> *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 [“C.C.Q.”].

<sup>5</sup> RSC 1985, c. C-5.

<sup>6</sup> See for example, *Evidence Act* (Ontario), RSO 1990, c. E-23 and *Evidence Act* (British Columbia), RSBC 1996, c. 124.

<sup>7</sup> *Hollick v. Metropolitan Toronto*, 2001 SCC 68, para 16 [Hollick].

<sup>8</sup> It was found by the Supreme Court of Canada that before the year 2000, any and all provincial law statutes seeking to regulate class proceedings were ineffective as vehicles of access to justice: see *General Motors of Canada Ltd. v. Naken*, [1983] S.C.J. No. 9, [1983] 1 S.C.R. 72, p. 105 (S.C.C.), reversed by *Western Canadian Shopping Centres v. Dutton*, [2000] S.C.J. No. 63, [2001] 2 S.C.R. 534 (S.C.C.) [Dutton]. Throughout this Report, if not specified otherwise, any reference to “certification” will be made to include the Quebec concept of “authorization”, for ease of reference.

<sup>9</sup> Canadian Bar Association “National Class Action Database”, at <http://www.cba.org/classactions/main/gate/index/about.aspx>.

<sup>10</sup> Lang, A. C. & Hogg, M., “Certification Rates in Ontario Versus the Rest of Canada: Why the Disparity?” (2010), 6:2 *Can. Class Action Rev.* 433, p. 433.

out of court before trial,<sup>11</sup> such that I am justified, in the Report, to review the evidence applicable at the settlement approval stage.

Under the laws of the Canadian provinces, one person may represent one or more persons if they all have a common interest in the dispute and the representative has obtained a mandate to act in this capacity.<sup>12</sup> This form of consolidation is referred to as joinder with respect to causes of action or claims, or to parties to a proceeding.<sup>13</sup> Joinder of claims refers to the combination in a single proceeding of different causes of action or claims against the same defender. By contract, joinder of parties refers to the bringing of a single proceeding by two or more complainants against one or more defenders; or, one complainant against two or more defenders.<sup>14</sup> I will leave aside joinder procedures to focus on class proceedings statutes and practices, which already require a detailed discussion of the evidence applicable both at certification and after certification.

As this sub-section's title suggests, the Canadian provinces provide significantly distinct regimes for bringing forward a collective procedure on behalf of a class of persons. All provinces have class action or class proceedings regimes, but Quebec was the first Canadian province to introduce class legislation in 1978.<sup>15</sup> Interestingly, Quebec has traditionally been regarded as having a plaintiff-friendly and liberal regime and has even been described as a class action "haven" because of the perception that the requirements of its authorization regime are less onerous than in other jurisdictions.<sup>16</sup> Quebec's provincial rules with respect to procedure and evidence—and particularly its class action laws and culture—nonetheless remain strongly inspired by the common law tradition that prevails in the rest of Canada.<sup>17</sup>

In the province of Quebec, Articles 999 C.C.P. and following have codified a regime whereby one person can be "authorized" by the Superior Court to bring an action on behalf of a "group" of members and obtain the status of class representative if he is able to satisfy the criteria specified in Articles 1002 and 1003 C.C.P. The motion for authorization to bring a class action must state the facts underlying the proceedings, explain the nature of the causes of action invoked and describe the putative group.<sup>18</sup> Furthermore, according to Article 1003 C.C.P., the petitioner who wishes to become class representative must satisfy the court that: (a) the proposed class action raises identical, similar or related questions of law or fact; (b) the facts alleged seem to justify the conclusions sought; (c) the class action procedure is preferable to obtaining individual mandates (Art. 59 C.C.P.) or a joinder of parties (Art. 67 C.C.P.); and (d) the would-be class representative is in a position to represent the members adequately—hence, is *adequate*.

<sup>11</sup> Piché, C., *Fairness in Class Action Settlements*, Toronto, 2011, p. 2 [Piché, Fairness].

<sup>12</sup> This form of consolidation is provided in Quebec by article 59 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, L.R.Q., c. C-25, a. 47 ["C.C.P."].

<sup>13</sup> See, e.g., articles 66 and 67, C.C.P. and Rule 5 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 ["Ontario Rules"].

<sup>14</sup> Abrams, L. S. & McGuinness, K. P., *Canadian Civil Procedure Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto, 2010, p. 344.

<sup>15</sup> See e.g., *An Act Respecting the Class Action*, S.Q. 1978, c. 8. See also Piché, C., "The Cultural Analysis of Class Action Law" (2009) 2 *J. Civ. L. Stud.* 101 [Piché, Cultural]; Piché, C., "Class Actions against Multiple Defendants in Quebec", in Stephen G.A. Pitel, ed., *Litigating Conspiracy: An Analysis of Competition Class Actions*, Toronto, 2006, 261 at p. 261.

<sup>16</sup> For example, petitioners are allowed to appeal from a decision denying authorization but there is no appeal from a decision authorizing the case to go forward as a class action (Art. 1010 C.C.P.). See Hayley, R. L., Samson, J. and Dafoe, C., *Evidence on Certification/Authorization Motions: est-ce qu'il y a vraiment "deux solitudes"*, Volume 278, Cowansville, Y. Blais, 2007; Tremblay, G. and Finn, S. "Decertification in Quebec: Upping the Ante" (2007) 1 *Class Action Defence Quarterly* 56 at 57.

<sup>17</sup> Piché, Cultural, cit.

<sup>18</sup> Art. 1002, C.C.P.

Interestingly, a Quebec class action may be dismissed at a preliminary, pre-certification stage based upon Articles 54.1 and following of the C.C.P.<sup>19</sup> Article 54.1 establishes the possibility of obtaining the dismissal of an action if an examination shows that the action is frivolous or clearly unfounded. Courts have the discretion, at the request of a party or even on their own initiative, to “declare an action or other pleading improper and impose a sanction on the party concerned.” This provision was used recently to dismiss three out of the four foundational claims of a class action case involving odor pollution, where the petitioner had recently indicated his intention not to file expert evidence in support of its allegations of pollution.<sup>20</sup>

The great majority of Canadian common law provinces have enacted similarly-styled statutes regulating class action procedure.<sup>21</sup> The five general criteria for class proceedings to be certified in the common law provinces are that: 1) the pleadings must disclose a cause of action; 2) there must be an identifiable class; 3) the proposed representative must be appropriate; 4) there must be common issues; and 5) the class action must be the preferable procedure.<sup>22</sup> The identifiable class requirement requires both the numerosity and appropriate class definition. The numerosity criterion is generally considered to be satisfied where the class consists of two or more persons.<sup>23</sup> Of course, the actual existence of these class members is required, not just of potential class members.<sup>24</sup> Another consideration in the numerosity –and preferability– determination is what the class size is, in light of fairness and efficiency considerations. On this point, the fact of an extremely large proposed class will not make the class action unsuitable.<sup>25</sup>

Importantly, as will be further detailed in the next subsection, while Quebec has modelled its class action rule on the American class action regime, it can also be argued that it has simultaneously distanced itself from the common law world with respect to evidence. In Quebec, unlike the United States and the common law provinces, the rules of evidence are applied to the class action context in such a way as to limit the respondent in terms of what he is allowed to file into court.

## 2. Evidence on the Motion to Certify or Authorize

### A) Evidentiary Basis or “Basis in Fact”

Delineating the precise content and nature of the evidentiary standard at certifica-

<sup>19</sup> See e.g., *Regroupement des citoyens contre la pollution c. Alex Couture*, 2011 QCCS 4262 (CanLI) [*Couture*] *Grenier c. 2165-1146 Québec inc.*, 2011 QCCS 916; *Talbot c. Soucy International inc.*, 2010 QCCS 831; *Bérubé c. Lapointe, Cayen, avocats*, 2010 QCCS 575, *Cabral c. Dos (Succession de)*, 2010 QCCS 1840; *Desjardins c. Bureau*, 2009 QCCS 6237.

<sup>20</sup> *Couture, ibid.*

<sup>21</sup> See e.g., Alberta, *Class Proceedings Act*, SA 2003, c. C-16.5 [Alta C.P.A.], British Columbia, *Class Proceedings Act*, RSBC 1996, c. 50 [B.C. C.P.A.], Manitoba, *Class Proceedings Act*, C.C.S.M. c. C130, New Brunswick, *Class Proceedings Act*, SNB 2006, c. C-5.15, Ontario, *Class Proceedings Act*, 1992, SO 1992, c. 6 [Ont. C.P.A.]; *Federal Courts Rules* (SOR/98-106) [“F.C.R.”]. Due to space constraints, I was not able to discuss in this Report all Canadian class proceedings statutes.

<sup>22</sup> See e.g., S. 5 of the Ontario C.P.A. See also Branch, W. K., *Class Actions in Canada*, Aurora, B.C., 1996-..., p. 4.30.

<sup>23</sup> *Hoy v. Medtronic Inc.*, 2003 BCCA 316 at para. 57. There are some differences in this requirement of “numerosity”. In Ontario and British Columbia, there must be “an identifiable class of two or more persons”. See e.g., s. 5(1)(b) of the Ont. C.P.A., s. 4(1)(b) of the B.C. C.P.A. By contrast, in the U.S., r. 23(a)(1) of the *Federal Rules of Civil Procedure*, Title 28 U.S.C. [“U.S. F.R.C.P.” or “Rule 23”] provides that “joinder of all members [must be] impracticable”. In Quebec, s. 1003(c) C.C.P. similarly provides that joinder (through the application of article 59 or 67, C.C.P.) must be “difficult or impracticable”.

<sup>24</sup> *Chartrand v. General Motors Corp.*, 2008 BCSC 1781.

<sup>25</sup> *Irving Paper Ltd. v. Atofina Chemicals Inc.* [2009] O.J. No. 4021 at para. 105.

tion is challenging.<sup>26</sup> How much evidence is considered to be *enough*? And how much evidence is *too much*, such as to go to the merits of the case? Courts are fundamentally required to have a “picture of what the case is about and what kind of evidence and factual arguments will drive the litigation”.<sup>27</sup> Much more is required than the pleadings—in the common law provinces<sup>28</sup>—but how much evidence does the law require in Quebec? As three authors noted, in an article seeking to compare the provincial jurisprudence on this precise topic:

the courts throughout Canada are increasingly requiring representative plaintiffs and their counsel to show by way of hard evidence that the cases are legitimate and worthy of the special class action procedures the legislatures have provided to give enhanced access to justice. Absent such evidence, putative class actions in both Quebec and the rest of Canada face a significant risk of rejection by highly vigilant and demanding judges, who are well aware of the controversies surrounding the alleged “blackmail power” of huge class actions claims that may in fact be hollow at the core.<sup>29</sup>

Certification motions, accordingly, are often wrongly perceived as a quasi-trial on the merits, leading the parties to producing voluminous evidence comprised of affidavits, expert reports and documents.<sup>30</sup> Class actions are a procedural tool that allows many plaintiffs who have similar claims to bring them together and share the costs of litigation. At certification, there must be “common issues” —or in Quebec, “identical, similar or related questions of law or fact”, which, upon certification and judgment, will result in an efficient outcome because the result will be made applicable to all members of the class. When courts find that a claim cannot be litigated and decided collectively, certification is denied. But as will be explained in the next two subsections, the evidentiary burdens differ in Quebec and in the rest of Canada. Indeed, while the common law provinces require sufficient evidence at certification to establish a “basis in fact” (in principle, less than required at the merits<sup>31</sup>), Quebec evidence will not necessarily be adduced at certification, and will usually be filed only after being granted leave to do so.

#### a) *In Quebec*

In Quebec, amendments to the class action procedure rules, implemented in 2003, sought to counter the fact that parties often argued the merits of the class action case before authorization, thereby transforming “the original concept of authorization proceedings as developed in 1978 into a post-contestation certification procedure”.<sup>32</sup> Article 1002 C.C.P. was thus amended such that the “motion for authorization” is evaluated on its face and no longer accompanied by an affidavit. In relevant part, Article 1002 provides: “...the motion may only be contested orally and the judge may allow relevant evidence to be submitted”.

When the amended Article came into force, the Quebec Court of Appeal was asked to rule on its constitutional validity —and upheld it.<sup>33</sup> It explained that:

[38] [...] the motion for authorization of the class action is a procedural mechanism that

<sup>26</sup> Poltak, C., “The Space between Rule 20 and 21: the Evidentiary Burden on Certification” (2010) 6:2 *Can. Class Action Rev.* 451, p. 451.

<sup>27</sup> Winkler, W., “Advocacy in Class Proceedings Litigation” (2000) 10:1 *Advocates*, p. 6.

<sup>28</sup> Poltak, cit., p. 452.

<sup>29</sup> Hayley & Al., cit., p. 130.

<sup>30</sup> See e.g., Kalajdzic, J., “Setting Standards: Evidence, Proof and the Certification Motion” (2011) VII: 2 *Class Action* 514.

<sup>31</sup> *Ring v. Canada (P.G.)*, [2010] N.J. No. 107, para. 14 (C.A.).

<sup>32</sup> See e.g., Québec, Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile: une nouvelle culture judiciaire*, Québec, 2001, p. 204 [“Nouvelle Culture Judiciaire”].

<sup>33</sup> *Pharmascience c. Option Consommateurs*, 2005 QCCA 437 [*Pharmascience*].

gives rise to a judgment confirming, if appropriate, that the position of the representative applicant is adequate to permit the bringing of the class action, which is then instituted, heard and ruled upon in the usual manner. *Although applicants are not required to support their proceedings with an affidavit, they must nevertheless show that the criteria set out in article 1003 C.C.P. have been satisfied. To this purpose, the judge hearing the motion may, at the request of a party, order that relevant evidence be adduced.*

[39] Contrary to the rule in other jurisdictions, therefore, the superintending function of the judge is exercised before the action is instituted and is carried out in order to authorize the action. This is done by *verifying whether the facts alleged, taken as proved, seem to justify the right claimed* [emphasis added].<sup>34</sup>

Accordingly, the Quebec petitioner has the evidentiary burden to prove that “the facts alleged [...] seem to justify the right claimed”, but does not need to prove his allegations on a balance of probabilities.<sup>35</sup> The allegations of the motion will be taken as true, granted that they are factual allegations –and not hearsay, opinion or hypothetical, that they are uncontradicted by the evidence, and that they support the legal conclusions sought by the petitioner.<sup>36</sup> Consequently, evidence will not need to be adduced in all cases,<sup>37</sup> and in fact, certain courts have indicated that such evidence should only be adduced exceptionally at this stage.<sup>38</sup> Because affidavits are no longer required, however, defendants will not be entitled to an automatic examination of the petitioners and will have to contest the motion orally.

Parties seeking to introduce additional evidence on the motion for authorization will do so by leave to the court, based on the seven criteria developed by Quebec courts for allowing “relevant evidence” at that stage.<sup>39</sup> The most important of these criteria is

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Option consommateurs c. Banque Amex du Canada*, 2006 QCCS 6290 (Gascon J.) [Amex].

<sup>36</sup> *George c. Québec*, 2006 QCCA, 1204.

<sup>37</sup> *Pharmascience*, cit., para. 30.

<sup>38</sup> Recommendation of the Rapport entitled “Nouvelle Culture Judiciaire”, cit., pp. 199-200.

<sup>39</sup> *Amex*, cit.: “[20] Cela dit, au chapitre du mérite maintenant, le Tribunal retient de la jurisprudence pertinente les sept (7) propositions suivantes comme devant servir de guide dans l’analyse des requêtes formulées par les *Banques*: (1) puisque, dans le cadre du mécanisme de filtrage et de vérification qui caractérise la requête en autorisation, le juge doit, si les allégations de faits paraissent donner ouverture au droit réclamé, accueillir la requête et autoriser le recours, il n’y aura pas, dans tous les cas, la nécessité d’une preuve; (2) en vertu du nouvel article 1002 *C.p.c.*, le retrait de l’obligation d’un affidavit et la limitation des interrogatoires à ceux qui sont autorisés assouplissent et accélèrent le processus sans pour cela stériliser le rôle du juge, car la loi lui reconnaît la discrétion d’autoriser une preuve pertinente et appropriée dans le cadre du processus d’autorisation; (3) c’est en utilisant sa discrétion, qu’il doit bien sûr exercer judiciairement, que le juge doit apprécier s’il est approprié ou utile d’accorder, dans les circonstances, le droit de présenter une preuve ou de tenir un interrogatoire. Idéalement et en principe, cette preuve et ces interrogatoires se font à l’audience sur la requête en autorisation et non hors cour; (4) pour apprécier s’il est approprié ou utile d’accorder la demande faite, le juge doit s’assurer que la preuve recherchée ou l’interrogatoire demandé permettent de vérifier si les critères de l’article 1003 *C.p.c.* sont remplis; (5) dans l’évaluation du caractère approprié de cette preuve, le juge doit agir en accord avec les règles de la conduite raisonnable et de la proportionnalité posées aux articles 4.1 et 4.2 *C.p.c.*, de même qu’en accord avec la règle de la pertinence eu égard aux critères de l’article 1003 *C.p.c.*; (6) le juge doit faire preuve de prudence et ne pas autoriser des moyens de preuve pertinents au mérite puisque, à l’étape de l’autorisation du recours, il doit tenir les allégations de la requête pour avérées sans en vérifier la véracité, ce qui relève du fond. À cette étape de l’autorisation, le fardeau en est un de démonstration et non de preuve; (7) Le fardeau de démontrer le caractère approprié ou utile de la preuve recherchée repose sur les intimés. Aussi, il leur appartient de préciser exactement la teneur et l’objet recherchés par la preuve qu’ils revendiquent et les interrogatoires qu’ils désirent, en reliant leurs demandes aux objectifs de caractère approprié, de pertinence et de prudence déjà décrits. L’objectif recherché n’est pas de permettre des interrogatoires ou une preuve tous azimuts et sans encadrement, mais plutôt d’autoriser uniquement une preuve et/ou des interrogatoires limités sur des sujets précis bien circonscrits.”



the need for the court to act prudently when considering the evidence's relevance, such as to be in line with the "objective of allowing, instead of loosely structured or unlimited examinations and evidence, circumscribed evidence and targeted examinations on specific and well formulated topics".<sup>40</sup> Accordingly, the concept of "relevant evidence" will not imply that courts can examine the merits of the action, but will instead mandate that they "verify summarily if the conditions of 1003 are met"<sup>41</sup> and whether refusing to grant the motion would deprive the party from the right to contest authorization. Quebec courts nonetheless have recently adopted a more liberal approach to allowing evidence at authorization and tended to be more permissive when considering such motions.<sup>42</sup>

As will be further discussed below, admitting relevant evidence at the authorization stage may prove critical to the analysis of Article 1003 C.C.P.'s criteria. For example, in a class action against companies specialized in the sale and distribution of petroleum products, alleging errors in the fuel pump calibration that caused losses to users of the pumps, the Quebec Superior Court relied on expert evidence which has been permitted to be adduced.<sup>43</sup> These experts indicated that there was no significant statistical disproportion between errors in pump fuel calibration that were favorable versus unfavorable to the consumer, and that the petitioner's argument and statistical analysis was unreliable.<sup>44</sup> The Court concluded that the criterion of Article 1003(b) C.C.P. had not been met. In another case, the testimony of the defendant's representative about the *in*-existence of a group was fatal to authorization.<sup>45</sup> Finally, in a case involving noise from the operation of a suburban train, evidence of the divided opinions of class members was adduced at authorization.<sup>46</sup> Quebec's rather conservative approach to admitting evidence on motions for authorization is very different from the common law provinces' stake on the issue. Hence, as discussed in the next subsection, these provinces see much more complex and heavy materials being filed at that stage, often including expert reports and materials going to the merits of the case.

#### b) *In the Common Law Provinces*

In the common law provinces, the issue of form and sufficiency of evidence at the class proceedings certification is more controversial.<sup>47</sup> Since many of the early Canadian class proceedings presented clearly identifiable classes and issues, courts were accustomed to relying exclusively on affidavit evidence from either the solicitor or the representative plaintiff or petitioner to evaluate the certification criteria.<sup>48</sup> Over time, however, courts started having to evaluate the certification of increasingly complex cases, based on certification arguments included in affidavit evidence alone. This new practice raised questions regarding the amount and quality of evidence required on certification motions. Two Ontario cases are often cited as having established the proper evidentiary standard at certification in Canadian common law provinces.

In *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.*,<sup>49</sup> compensation was sought for those members who suffered personal injury as a result of smoking cigarettes manufactured by the

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> *Larose c. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 48, par. 12, quoted in *ibid*, para. 32.

<sup>42</sup> *Bouchard v. Agropur Coopérative et al.* [2006] J.Q. No. 11396 (C.A.Q.), para. 45 confirming J.E. 2005-413 (S.C.) [*Bouchard*].

<sup>43</sup> *Lorrain c. Petro-Canada et al.*, 2011 QCCS 4803 (Lacroix J.) (leave to appeal granted).

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> *Pagé c. Bell Mobilité inc.*, 2009 QCCS 377 (La Rosa J.).

<sup>46</sup> *Voisins du train de banlieue de Blainville inc. c. Agence métropolitaine de transport* [2007] J.Q. no. 1202, J.E.2007-513 (C.A.).

<sup>47</sup> Hayley & Al., cit., p.132.

<sup>48</sup> *Ibid.*

<sup>49</sup> *Caputo v. Imperial Tobacco Ltd.* (1997) O.J. No. 2576 (S.C.) [*Caputo*].

defendant company. The petitioner filed an affidavit in support of the prospective certification. The court acknowledged that while the affidavit would ordinarily constitute a sufficient record, the particular circumstances required additional evidence, explaining: “the court’s primary concern will be the adequacy of the evidentiary record before it, upon which it will determine the certification issues. The adequacy of the record will vary in the circumstances of each case”.<sup>50</sup> In order to create a sufficient record, the court required that the named plaintiffs be examined on issues directly related to the certification criteria (but not on the existence of a cause of action or the merits of the case), and that they provide written authorization allowing the defendants to obtain their medical records. Certification was ultimately denied.

In *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.*,<sup>51</sup> the petitioner provided little evidence to support her claim that mould found in her bathroom presented a health risk to others living in her apartment complex. The court explained that Section 5 of the Ontario *Class Proceedings Act* requires that the representative plaintiff “provide a certain minimum evidential basis for a certification order”.<sup>52</sup> This “minimum evidentiary basis” for certification required that a:

factual record sufficient to ground the relief sought [must be provided] [...] At a minimum, the court must be satisfied that there is a class of more than one person and that the issues raised by the members of the class satisfy the requirement that they raise common issues, and that a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues [...] there *must, at the very least, be some basis in fact for the court to conclude that at least one other claim exists and some basis in fact for the court to assess the nature of those claims that exist that will enable the court to determine whether the common issue and preferability requirements are satisfied* [emphasis added].<sup>53</sup>

These two Ontario cases were relied upon in the subsequent watershed case of *Hollick v. Toronto (City)*,<sup>54</sup> in which the Supreme Court of Canada set the standard for evidence on certification motions as follows:

- The certification proceeding must decide whether the suit is appropriately prosecuted as a class action;
- The court’s approach should be liberal and not overly restrictive;
- A certification proceeding is not a test on the merits;
- The moving party must provide sufficient evidence to establish “some basis in fact” for the statutory certification criteria except for disclosure of a cause of action (the court decides this from pleadings alone); and
- The type and quantity of evidence necessary will vary in each case.<sup>55</sup>

Essentially, the Court reiterated in *Hollick* the lessons of *Caputo* and *Taub* and confirmed that there must be satisfactory evidence to support a certification motion. Upon consideration of that evidence, however, certification was denied because the class action was held not to be the preferable procedure.<sup>56</sup> Nonetheless, the “basis in fact” standard for commonality had nonetheless been satisfied. The evidence of several hundred complaints about a landfill made by residents of the area convinced the court that “many individuals besides the appellant were concerned about noise and physical emissions from the landfill”.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> *Ibid.*, para. 14.

<sup>51</sup> *Taub v. Manufacturers Life Insurance Co.* (1998) O.J. No. 2694.

<sup>52</sup> *Ibid.*, para. 4.

<sup>53</sup> *Ibid.*

<sup>54</sup> *Hollick*, cit.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> *Ibid.*, para. 33.

<sup>57</sup> *Ibid.*, para. 26.

Thus, a petitioner hoping to be successful at certification is required to provide sufficient evidence –“some basis in fact”– to support each of the statutory criteria, other than the requirement that the pleadings disclose a cause of action (which requirement is subject to the “plain and obvious” that no cause of action exists test).<sup>58</sup> The requirement is not the same as the one to establish a genuine issue for trial: “for the purposes of the inquiry into commonality, it appears that the evidence must show merely that there is some basis in reality for the assertion that the Class members have claims raising issues in common with the claims of the plaintiff”.<sup>59</sup>

Of course, the respondent must also tender evidence supporting his or her position against certification:

Without a complete evidentiary responding record on the motion, contentions, argument or assertions offered by the defendant cannot be considered to be matters legitimately in issue on the motion. While the evidentiary threshold for meeting the statutory criteria may be low, the court nevertheless maintains a gatekeeper function in this respect and must consider the evidence adduced from *both* parties.<sup>60</sup>

Accordingly, this evidentiary basis –or “basis in fact”– at certification requires that the court *first* review whether the pleadings disclose a cause of action, based on legal arguments presented in the pleadings and treating the facts on which the petitioner relies as “true and provable”.<sup>61</sup> Disputes on the facts will properly be left to the trial on the merits. Courts will generally presume the facts alleged in the pleadings to be true and will only refuse to certify on the basis of a failure to disclose a cause of action, and only if it is “plain and obvious” that there is no claim at law arising from the facts alleged in the statement of claim.<sup>62</sup> The certification burden is considered to be a very low threshold.<sup>63</sup> It is, in fact, similar to the standard burden of proof in applications to dismiss a cause of action and/or claim under Canadian law applicable to traditional, non-class proceedings. The main difference between both, however, is that in the case of certification, the onus falls upon the petitioner rather than the respondent.<sup>64</sup> Interestingly, the province of Saskatchewan appears to have rejected the “plain and obvious test”, in favour of the requirement of an “authentic or genuine cause of action”, requiring that there be a plausible basis in principle and presumed fact for supposing the defendants could be held liable.<sup>65</sup>

The *second* part of the court’s analysis involves reviewing the submitted evidence in order to determine whether there is “some basis in fact” to confirm that the remaining four certification criteria have been met.<sup>66</sup> Generally speaking, the court will have a

<sup>58</sup> Ontario, Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*, Toronto, 1990, p. 33, cited in Hayley & al., cit., p. 137.

<sup>59</sup> *Grant v. Canada (A.G.)* [2009] O.J. No. 5232, para. 20 (S.C.J.).

<sup>60</sup> Poltak, cit., p. 455.

<sup>61</sup> Kent, D., “Conspiracy Class Actions: Evidence on the Motion for Certification”, p. 249, consulted at: [http://mcmillan.ca/Files/DKent\\_Conspiracy%20Class%20Actions%20%20Evidence%20on%20the%20Motion%20for%20Certification.pdf](http://mcmillan.ca/Files/DKent_Conspiracy%20Class%20Actions%20%20Evidence%20on%20the%20Motion%20for%20Certification.pdf).

<sup>62</sup> Branch, cit. at para. 4.70. Certification should not be a (preliminary) assessment of the merits.

<sup>63</sup> *Edwards v. Law Society of Upper Canada* [1995] O.J. No. 2900 (S.C.); *Elder Advocates of Alberta Society v. Alberta*, 2008 ABQB 490; *Hunt v. Carey Canada Inc.* [1990] 2 S.C.R. 959; *Bartoleme v. Mr. Payday Easy Loans Inc.*, 2008 BCSC 132.

<sup>64</sup> Branch, cit., at para. 4.60.

<sup>65</sup> *Hoffman v. Monsanto Canada*, 2007 SKCA 47 at paras. 52-54 [*Hoffman*].

<sup>66</sup> *Ibid.* See Branch, cit., at para. 4.1610. Also see *Cloud v. Canada (Attorney General)* (2004), 73 O.R. (3d) 401 (C.A.), at para. 50 (“[O]n a certification motion the court is ill equipped to resolve conflicts in the evidence or to engage in finely calibrated assessments of evidentiary weight. What it must find is some basis in fact for the certification requirement in issue.”) [*Cloud*], leave to appeal to the S.C.C. ref’d [2005] 1 S.C.R.



limited role in determining what evidence is to be presented; it will have the duty “to determine issues based on any lack of evidence, or the sufficiency of evidence –either to grant or dismiss the application”.<sup>67</sup>

While no assessment of the merits of the claim generally takes place at the certification stage,<sup>68</sup> Ontario courts occasionally appear to extend the standard of “some basis in fact” to the merits of a proposed common issue, explaining that there must be “some factual basis for the claims made by the plaintiff and to which the common issues relate”.<sup>69</sup> As for British Columbia courts, they appear to prefer a lesser standard of “air of reality” at the certification stage, which requires the court, “at the end of its analysis of the statutory criteria for certification, [to] conduct a reality check, that is, [to] ask itself: is there an air of reality to the plaintiff’s claim or an identifiable class with common issues such that considerations of fairness, efficiency and access to justice tip the balance in favour of certification?”<sup>70</sup> Interestingly, the class proceedings statutes of the common law provinces provide that “the court may adjourn the motion for certification [...] to permit further evidence”,<sup>71</sup> thereby allowing either party to apply to cross-examine affiants, to seek disclosure of additional documents relevant to certification, or to seek the introduction of new evidence after conclusion of the certification hearing.<sup>72</sup>

In sum, the evidentiary burden at certification in common law provinces requires that an “evidentiary basis” that overlaps with a merits issue [be] admissible at that stage, but only if used to evaluate whether the certification criteria have been met.<sup>73</sup> This rule is consistent with a fundamental rule of evidence basing its admissibility on relevance –to the certification criteria. Courts will nonetheless be reluctant to review merits issues, especially when they are satisfied that there is “some basis in fact” for each of the certification criteria.

### c) *In the United States*

Under U.S. Rule 23, courts conduct a more rigorous analysis at certification which involves routine consideration of the merits. Indeed, while the Supreme Court had indicated in 1974 in *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* that “[...] nothing in either the language or history of Rule 23 [...] gives the court any authority to conduct a preliminary inquiry into the merits of a suit in order to determine whether it may be maintained as a class action”, subsequent appellate courts have dealt differently with evidentiary standards of proof. In the eyes of the Second Circuit, courts plaintiffs must provide at certification “enough evidence, by affidavits, documents or testimony, to... [establish] that each Rule 23 requirement has been met”.<sup>74</sup> In fact, the courts may review “the same facts and the same law presented by review of the merits”.<sup>75</sup> The Third Circuit similarly indicated in 2009 in *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation* that a full inquiry into the factual and legal issues “enmeshed” in the plaintiff’s cause of action must be conducted.<sup>76</sup> Clarifying

<sup>67</sup> The Honourable Rooke, J. D., “Certification: How Much Evidence Does the Court Really Need. Brief Observations from the Bench”, Western Canada Class Actions Conference, Paper 2.1, November 2009.

<sup>68</sup> *Lambert v. Guidant Corporation* [2009] O.J. No. 1910 (S.C.), paras. 64-65.

<sup>69</sup> *Singer v. Schering-Plough Canada Inc.* [2010] O.J. No. 113 (S.C.), para. 140. Also see *Grant*, cit.

<sup>70</sup> *MacFarlane v. United Parcel Service Canada Ltd.* [2009] B.C.J. No. 1112 (BCSC), aff’d [2010] B.C.J. No. 928 (BCCA). Also see *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2001 BCSC 1790, paras. 155-157 (BCSC), aff’d 2003 BCCA 87.

<sup>71</sup> See e.g. *B.C. C.P.A.*, s. 5(6).

<sup>72</sup> *Branch*, cit. at para. 4.1570.

<sup>73</sup> *Ibid.*, at para. 4.1540.

<sup>74</sup> *Miles v. Merrill Lynch & Co.*, 471 F.3d 24, 41 (2<sup>nd</sup> Cir. 2006).

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> 552 F.3d 305 at 317 (3<sup>rd</sup> Cir. 2009).

the state of the law under *Eisen*, the Court explained that “*Eisen* is best understood to preclude only a merits inquiry that is not necessary to determine the Rule 23 requirement”, such that any “overlap between a class certification requirement and the merits of a claim is no reason to decline to resolve relevant disputes when necessary to determine whether a class certification requirement is met”.<sup>77</sup>

In 2011, the Supreme Court in *Wal-Mart v. Dukes* handled the motion for certification of a class of 1.5 million female employees of Wal-Mart.<sup>78</sup> The Court held, in that case, that the party seeking certification must show that the class claims depend upon a common contention that is material to the outcome of the suit such that its “truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke”.<sup>79</sup> Noting that the commonality question overlapped with the merits of the case,<sup>80</sup> the Court concluded that the evidence failed to provide “convincing proof of a company-wide discriminatory pay and promotion policy” and that the party seeking class certification had “not established the existence of any common question”.<sup>81</sup>

Plaintiffs are thus required, at certification, to offer affirmative proof that establishes on a preponderance of the evidence that each of the Rule 23 certification criteria have been met.<sup>82</sup> In addition, the causes of action asserted must be found “plausible”, as opposed to being merely “conceivable”. This higher standard of proof is challenging for Plaintiffs seeking to achieve certification. Indeed, to survive the attack of a motion to dismiss, pleadings in a class action case must include enough facts to raise a “reasonable expectation that the cause of action asserted is plausible”.<sup>83</sup> Increased judicial scrutiny is exercised with regards to the pleadings, as the courts conduct a “rigorous analysis”<sup>84</sup> leading to a “definite assessment”.<sup>85</sup> U.S. courts will often be involved at certification in resolving conflicting issues that go directly to the merits of the case.<sup>86</sup>

#### d) *In Australia, and England and Wales and Scotland*

While Australia’s three class action regimes do not require that the action properly be *certified*, they however require the action to meet the following threshold requirements: 1) a claim by 7 or more persons against the same person;<sup>87</sup> 2) the claims are in respect of or arise out of the same, similar or related circumstances;<sup>88</sup> and 3) the claims

<sup>77</sup> *Ibid.*, pp. 316-17.

<sup>78</sup> *Wal-Mart v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, p. 2547 (2011) [*Wal-Mart*]. The complaint alleged that “a strong and uniform ‘corporate culture’ permits bias against women to infect [...] the discretionary decision making of each one of Wal-Mart’s thousands of managers –thereby making every woman at the company the victim of one common discriminatory practice.” *Ibid.*, at p. 2548.

<sup>79</sup> *Ibid.*, at p. 2551.

<sup>80</sup> *Ibid.*, at p. 2552 (“Without some glue holding the alleged reasons for all those [allegedly discriminatory] decisions together, it will be impossible to say that examination of all the class members’ claims for relief will produce a common answer to the crucial question *why was I disfavored*”).

<sup>81</sup> *Ibid.*, pp. 2556-57 (emphasis added).

<sup>82</sup> *In re Hydrogen Peroxide Antitrust Litig.*, 552 F.3d 305 at 323 (3<sup>rd</sup> Cir. 2008) at p. 307 [*In re Hydrogen*]; *Bell Atl. Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 at 556, pp. 561-2.

<sup>83</sup> *In re Hydrogen*, *ibid.*

<sup>84</sup> *General Telephone Co. of the Southwest v. Falcon*, 457 U.S. 147 at p. 161 (1982).

<sup>85</sup> *In re Initial Public Offering Securities Litig.*, 471 F.3d 24 (2<sup>nd</sup> Cir. 2006), p. 41.

<sup>86</sup> See e.g., Nagareda, R. A., “Class Certification in the Age of Aggregate Proof” (2009) 84 *N.Y.U.L. Rev.* 97 at pp. 99-100.

<sup>87</sup> See e.g., Australia Report.

<sup>88</sup> *Ibid.*

give rise to a substantial common issue of law or fact.<sup>89</sup> In examining these criteria, the court will not look beyond the pleadings.<sup>90</sup>

In England and Wales, the standard of proof in GLO claims and CAT claims is identical as the civil 'balance of probabilities' standard applies.<sup>91</sup> However, as explained in the British Report, the CAT process for representative compensation claims is unusual because it is considered to be a fresh cause of action triggered by a prior finding of breach.<sup>92</sup> Thus, the ruling of breach and essential findings of fact are conclusive and binding on the CAT. Therefore, the only evidence required for compensation brought on behalf of consumers in that case is the conclusive ruling on the issue at stake. The CAT rules provide that the claim form initiating the representative action must be accompanied by a copy of the decision at stake and "so far as practicable a copy of all essential documents on which the claimant relies".<sup>93</sup> As for the underlying proceedings separate to the collective 'follow-on' proceedings, the civil standard of proof—balance of probabilities—applies.<sup>94</sup>

### B) *Ordinary Rules of Civil Liability and the Law of Evidence Continue to Apply*

The Supreme Court of Canada has recognized on several occasions that the class action is merely a "procedural vehicle", and that using this vehicle does not change the substantive rules applicable to individual actions.<sup>95</sup> The rules of civil liability and evidence applicable to the traditional, unitary litigation are thus applicable in class proceedings and are not affected by the collective nature of the action.<sup>96</sup> Accordingly, one cannot use the class action mechanism to "make up" for the absence of one of the elements of his or her cause of action.<sup>97</sup> The class action will therefore be certified and ultimately succeed only if each of the potential members' claim could individually be maintained as an action. For instance, the petitioner will need to establish all elements of fault, injury and causal connection in respect of each putative member of the class—either directly or by inference.<sup>98</sup>

Consequently, class defendants generally have the same rights as traditional defendants to apply for summary judgement or to strike a claim.<sup>99</sup> Limitations periods also remain identical, in the collective context, and may lead to the class claim's dismissal. They are nonetheless considered to be "individual" issues, which do not serve as bars to certification.<sup>100</sup> This will mean that potential class members whose individual claims are found to be outside the applicable limitation period may be excluded from the class definition at certification.<sup>101</sup>

<sup>89</sup> *Ibid.*

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> See e.g., British Report.

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9 [2011] 1 S.C.R. 214 [*Malhab*], citing *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19 [2006] 1 S.C.R. 666, para. 17; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34 [2007] 2 S.C.R. 801, paras. 105-8; *Barrette*, cit., para. 111. Also see *Ernewein v. General Motors of Canada Ltd.* [2004] B.C.J. No. 2411 (S.C.), rev'd 2005 BCCA 540 at para. 2, leave to appeal to S.C.C. denied in [2005] S.C.C.A. No. 545.

<sup>96</sup> *Branch*, cit., para. 4.90; *Nadon v. Montreal (ville de)* [2008] J.Q. No. 11892.

<sup>97</sup> *Malhab*, cit., para. 52.

<sup>98</sup> *Québec (Curateur Public) v. Syndicat national des employés de L'Hôpital St-Ferdinand* [1996] 3 S.C.R., para. 33 [*St-Ferdinand*]; *Malhab*, cit., paras. 53-54.

<sup>99</sup> *Branch*, cit. at para. 4.110. The case management judge nonetheless has discretion to defer pleadings motions until after the certification hearing.

<sup>100</sup> *Ibid.*, para. 4.140.

<sup>101</sup> *Richard v. British Columbia*, 2008 BCSC 254, aff'd 2009 BCCA 77 [*Richard*].

### C) *Proof of Certification Criteria*

#### a) *Commonality*

Canadian class action law generally requires that there be a “nexus of factual or legal issues between the class members’ claims before a class action can be commenced”.<sup>102</sup> While class actions will most often involve individual issues,<sup>103</sup> the statutes require that common questions of fact or law be present.<sup>104</sup> While the common issue have to “fairly be in contention”,<sup>105</sup> “it is not necessary [...] that the resolution of the common issues be determinative of each class member’s claim”.<sup>106</sup> Thus, every member of the class does not need to have the same interest in the resolution of the common issue.<sup>107</sup>

Instead, the minimum evidentiary standard will be met if there is a “rational connection between the class and the common issue asserted”.<sup>108</sup> The proposed class representative or petitioner will have the burden of proof that the class is defined narrowly enough, such that “everyone in the class shares the same interest in the resolution of the asserted common issue”.<sup>109</sup> Proof that putative members other than the petitioner have been affected by an alleged contamination will, for example, be sufficient.<sup>110</sup> Thus, the evidentiary standard required in common law provinces in support of class definition is very low, such that “all class members need not show harm, the same interest, identical damages, or even any interest. What is required is some *prima facie* showing of representative claims and temporal basis to support the class definition’s parameters”.<sup>111</sup>

In a recent case, problem gamblers who had signed self-exclusion contracts prepared by the defendant excluding them from gaming venues filed a proposed class proceeding in the Ontario Superior Court of Justice.<sup>112</sup> The class action was denied at certification because no common issues were found. The Court explained that even if there were some common issues in contract, the petitioner could not prove breach of contract as a common issue, since it could not be determined without individual inquiry which of the class members came to the gambling facility in violation of the self-exclusion agreement and if so, with what results.<sup>113</sup> To determine the amount of damages, the court would have to determine what the defendant earned from the self-excluded gamblers, and that would require an individual inquiry into their losses. Vulnerability was an individual issue, and proof of commonality could not be avoided by statistical estimates of commonality.<sup>114</sup> In essence, the Court found that proof of liability could not be replaced by statistical evidence of likelihood of liability and that the class action was therefore not the preferable procedure.<sup>115</sup>

<sup>102</sup> Mulheron R., *The Class Action. In Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, London, 2004, p. 165.

<sup>103</sup> For example: differing defenses available against individual class members, or the quantum of damages where each member has suffered a different loss or damage. See Mulheron, *ibid.*, p. 167.

<sup>104</sup> Section 5(1)(c), and “common issues” defined in s. 1 of the Ont. C.P.A.

<sup>105</sup> Mulheron, *cit.*, p. 166.

<sup>106</sup> See *Hollick*, *cit.*; *Rumley*, *cit.*; *Dutton*, *cit.*, as cited in *Kumar v. Mutual Life Ass. Co. of Canada* (2003), 226 DLR (4<sup>th</sup>) 112 (Ont. C.A.), p. 44.

<sup>107</sup> *Hollick*, *cit.*, paras. 18 and 21.

<sup>108</sup> *Bodnar v. Cash Store Inc.* [2005] B.C.J. No. 1904, para. 56 (S.C.), *aff’d* [2006] B.C.J. No. 1171 (C.A.) [*Bodnar*].

<sup>109</sup> *Hollick*, *cit.*, para. 21.

<sup>110</sup> *Windsor v. Can. Pacific Railway Ltd.* [2007] A.J. No. 1047 (C.A.), para. 64.

<sup>111</sup> *Poltak*, *cit.*, p. 458.

<sup>112</sup> *Dennis v. Ontario Lottery and Gambling Corp.* [2011] O.J. No. 5417 (S.C.J.).

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*

As for Quebec C.C.P.'s commonality standard, it requires that the proposed class action raise identical, similar or related questions of law or fact.<sup>116</sup> The petitioner must demonstrate that there are one or more issues common to all the class members that is (are) sufficient to move the class action forward.<sup>117</sup> Even if there are no preferability or predominance requirements in Quebec's C.C.P., the Quebec petitioner, along with his or her common law counterpart, must prove that the common issues are *significant* in comparison to the individual ones. This arises from the Supreme Court's decision in *La Baie*:<sup>118</sup>

I do not, of course, wish to suggest that any common questions in the claims of the members will do, however trivial. But the common questions of fact and of law in this case would appear to be far from trivial. On the face of things, the common questions seem to me substantial and of considerable importance in relation to the individual questions to be decided.<sup>119</sup>

Subsequent Quebec decisions appeared to forget this requirement of "substantial issues" for many years, focusing instead on general similarities of the common issues, such as to make certification much easier to obtain.<sup>120</sup> In more recent decisions, however, petitioners have been required to weigh common issues with individual ones, such as to require a quasi preferability analysis.<sup>121</sup> Hence, common questions cannot, however, be "drowned in a sea of individual considerations".<sup>122</sup> All class members must have suffered an identical "prejudice" or harm in order to justify the authorization of a proposed class action.<sup>123</sup> Demonstrating the collective character of the prejudice suffered is essential, as the class action "is not appropriate when it would give rise to a multitude of mini-trials and an important aspect of the litigation does not lend itself to collective resolution due to a multiplicity of subjective factors".<sup>124</sup> As such, authorization will be denied where there are six other causes for the symptoms experienced by the petitioner.<sup>125</sup>

In the United States, commonality was interpreted much more rigidly in *Wal-Mart v. Dukes*,<sup>126</sup> where the U.S. Supreme Court required that the class claims at certification depend upon a common contention that is material to the outcome of the suit such that its "truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke".<sup>127</sup> Class actions under Federal Rule 23(b)(3) require that common issues actually predominate over individual ones. That predominance standard does

<sup>116</sup> Art. 1003 a) C.C.P., as interpreted in *Comité d'environnement La Baie v. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Itée* [1990] R.J.Q. 655 (C.A.); application for leave to appeal dismissed by S.C.C. in [1990] 2 S.C.R. xi [*La Baie*].

<sup>117</sup> *Ibid.*, para. 22.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*, para. 23.

<sup>120</sup> Bisson, D., "Preference, Predominance, and Proportionality: How we Can Argue that the United States, Common Law Canada and Quebec Speak and Think Commonality", in *Développements récents en recours collectifs*, Cowansville, 2010, p. 63 at p. 70.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> *Citoyens pour une qualité de vie c. Aéroports de Montréal*, 2007 QCCA 1274.

<sup>123</sup> *Goyette c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2009 QCCA 3745 and of course in the Supreme Court of Canada case of *Malhab*, cit., paras. 53-55.

<sup>124</sup> *Harmegnies v. Toyota Canada*, 2008, QCCA 38, para. 51 (C.A.) [*Harmegnies*]. Also see *Lallier v. Volkswagen Canada Inc.* [2007] R.J.Q. 1490 (C.A.), J.E. 2007-1346 (C.A.) ("the more a plaintiff seeks to enlarge the definition of a class, the more he risks diluting the importance of the common issues.").

<sup>125</sup> *Goyette*, cit.

<sup>126</sup> *Wal-Mart*, cit.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 2551.

not, however, require that common issues be determinative of the controversy or even be determinative of the liability issues that are involved.<sup>128</sup> In fact, in *Wal-Mart v. Dukes*, the majority of the Supreme Court distinguished the commonality requirement of 23(a), which may be satisfied with even a single common question, and the predominance requirement of 23(b)(3), which requires a comparison of the importance of common questions relative to individual questions.<sup>129</sup> Thus, when proof of one or more material elements of the claim requires individual treatment, the predominance requirement will not be satisfied.<sup>130</sup>

#### b) *Preferability or Predominance of Common Question*

In the common law provinces, the requirement of preferability (different from “superiority” in U.S. Rule 23) allows for the exercise of considerable judicial discretion.<sup>131</sup> When the courts evaluate this criterion, they relate it to the “common issues” rather than to the entire “controversy”.<sup>132</sup> In fact, the court’s approach when evaluating preferability was described as follows by the Ontario Court of Appeal:

- a) The preferability inquiry ought to be conducted through the lens of the three principal advantages of a class proceeding –judicial economy, access to justice and behaviour modification;
- b) “Preferable” is to be construed broadly and is meant to capture the two ideas of whether a class proceeding would be a fair, efficient and manageable method of advancing the claim and whether a class proceeding would be preferable to other procedures such as joinder, test cases, consolidation and any other means of resolving the dispute; and
- c) The preferability determination must be made by looking at the common issues in context, meaning the importance of the common issues must be taken to account in relation to the claims as a whole.<sup>133</sup>

Thus, petitioners will be required to demonstrate that the class proceeding would be preferable to any other procedure, based on an evidentiary basis.<sup>134</sup> In addition, the party seeking to defeat the preferability argument must also provide evidence of the other alternatives.<sup>135</sup> In *Cloud*,<sup>136</sup> for example, the defendant had alleged that the existence of alternative dispute resolution nullified the conclusion that a class proceeding was the preferable procedure. The Court of Appeal of Ontario dismissed that argument, confirming that the class action was the preferable procedure.<sup>137</sup>

Quebec law does not have a preferability criterion, *per se*,<sup>138</sup> but requires that the proposed class action make obtaining individual mandates pursuant to Art. 59 C.C.P. or joinder of the parties (art. 67 C.C.P.) difficult or impracticable. It also requires, as discussed above in Subsection b), that common issues predominate individual ones. Interestingly enough, Article 4.2 C.C.P., which codifies proportionality in unitary proce-

<sup>128</sup> Newberg & Al., *Newberg on Class Actions 4<sup>th</sup>*, para. 4.25, cited in Mulheron, cit., pp. 169-70.

<sup>129</sup> *Wal-Mart*, cit., pp. 2556-57.

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> Branch, cit., para. 4.860.

<sup>132</sup> But see *Hollick*, cit. at para. 29, quoting Branch, cit.

<sup>133</sup> *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, leave to appeal to S.C.C. dismissed, [2007] S.C.C.A. No. 346 [*Markson*]. Also see *Hollick*, cit., paras. 31-33.

<sup>134</sup> *Caputo* cit., para. 67 (S.C.J.). But see *Anderson v. Canada (A.G.)* [2010] N.J. No. 195, para. 119 (onus not on Defendant to establish that some other procedure is preferable to the class action).

<sup>135</sup> Poltak, cit., p. 460.

<sup>136</sup> *Cloud*, cit., paras. 91-92.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> But see text accompanying footnote 121.



edings was interpreted by the courts as being applicable to the collective context,<sup>139</sup> and as related –if not equivalent– to the common law preferability requirement.<sup>140</sup> Accordingly, in the class action, parties “must ensure that the proceedings they choose are proportionate, in terms of the cost and time required, to the nature and ultimate purpose of the action”.<sup>141</sup>

### c) *Representative's Adequacy*

Different standards of adequacy of the class representative apply across Canada, which affect the evidentiary burden required at certification. Quebec’s Article 1003(d) arguably has a low threshold, merely requiring that the representative be in a position to represent the class *adequately*, in addition to the requirement that he or she be represented by a lawyer.<sup>142</sup> Quebec jurisprudence, however, requires membership of the representative within the group, the presence of a cause of action against each defendant, availability, knowledge and competence regarding the proposed action, readiness and willingness to cooperate with class counsel.<sup>143</sup> In addition, the proposed class representative must not stand in a conflict of interest position with putative members of the class.<sup>144</sup> Similarly, the *Federal Court Rules* require the representative to be someone who could act as a plaintiff under the court’s rules and who has retained counsel.<sup>145</sup>

The common law provinces, by contrast, require a representative who:

- (i) will fairly and adequately represent the interests of the class;
- (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding and notifying class members of the action; and
- (iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members.<sup>146</sup>

Generally, Canadian courts require that the representative have “a common interest with other members of the class and an intention to prosecute the claim vigorously”.<sup>147</sup> The representative must also be credible<sup>148</sup> and accountable, as his position is akin to that of a fiduciary.<sup>149</sup> He or she does not need, however, to be “typical” to adequately represent the class,<sup>150</sup> but must have an important or “core claim” to advance.<sup>151</sup> The

<sup>139</sup> *Marcotte v. Longueuil (City of)* [2009], 3 S.C.R. 65 [*Marcotte*].

<sup>140</sup> Finn, S., *Recours singulier et collectif. Redéfinir le recours collectif comme procédure particulière*, Cowansville, 2011. Also see Bisson, D., “Preference, Predominance, and Proportionality: How we Can Argue that the United States, Common Law Canada and Quebec Speak and Think Commonality”, in *Développements récents en recours collectifs*, Cowansville, 2010, p. 63 at p. 65 (...Courts in Quebec have seen that considerations of predominance/preference/proportionality are inherent to paragraph 1003(a) C.C.P., particularly its commonality requirement...).

<sup>141</sup> Art. 4.2, C.C.P., and *Marcotte*, cit.

<sup>142</sup> Art. 1049, C.C.P.

<sup>143</sup> Lafond, P. C., *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, 1996, Also see Piché, *Fairness*, cit.

<sup>144</sup> *Bourgouin c. Bell Canada*, J.E. 2008-337 (Qué. S.C.); *Château c. Placements Germarich Inc.* [1990] RDJ 625 (Qué. C.A.).

<sup>145</sup> Rules 121 and 334.12(3) F.C.R.

<sup>146</sup> Branch, cit., paras. 4.290-4.300.

<sup>147</sup> See *Endean v. Can. Red Cross Society* [2000], 69 B.C.L.R. (3d) 350 (S.C.) [*Endean*], and *Hotte v. Servier Canada Inc.* (unreported, Que. S.C., January 14, 2002, Court File No. 540-06-000001-976).

<sup>148</sup> *Shaw v. B.C.E. Inc.* [2003] O.J. No. 2695.

<sup>149</sup> *Hoffman*, cit.

<sup>150</sup> *Abdool*, cit.

<sup>151</sup> *Punit v. Wawanesa Mutual Insurance Co.* [2007] O.J. No. 5112 (S.C.) [*Punit*].



representative will not necessarily need to obtain the consent and approval of all class members.<sup>152</sup> In fact, only in Quebec is the representative required to have a cause of action against each defendant.<sup>153</sup>

To be considered “adequate”, the class representative(s) must have a workable plan for advancing the action, which must provide a degree of detail relative to the complexity of the action.<sup>154</sup> In any event, the plan should include:

- (a) the steps to be taken to identify and locate necessary witnesses and gather their evidence;
- (b) the collection of relevant documents from members of the class, as well as other persons;
- (c) the exchange and management of documents produced by all the parties;
- (d) ongoing reporting to the class members;
- (e) mechanisms for responding to inquiries from class members;
- (f) whether discovery of individual class members is likely to be needed, and if so the process for conducting the same;
- (g) the need for experts, and if needed, how those experts will be identified and retained;
- (h) if individual issues will remain after the determination of the common issues, the plan for resolving these; and
- (i) how damages, or any other form of relief, are to be assessed or determined once the common issues are decided.<sup>155</sup>

#### d) Damages

Canadian class actions may seek diverse kinds of relief such as declaratory, injunctive or monetary relief.<sup>156</sup> Damages are usually proved as in ordinary actions, through a simple pleading in the statement of claim, for example. Specific damages claimed by the representative plaintiff do not have to be pleaded.<sup>157</sup>

Certain jurisdictions provide that there may be an aggregate assessment of damages, in instances where there are no remaining individual issues other than the assessment of monetary relief and an aggregate award can reasonably be determined without proof by individual class members.<sup>158</sup> In Ontario, s. 24(1) Ont. C.P.A. gives the courts authority to make aggregate assessments of damages. Sections 23 and 24 allow the courts to use statistical evidence to determine the amount or distribution of a monetary aggregate award, without proof of individual claims, if there is liability and entitlement to a remedy. At certification, petitioners are required to show “only a credible or plausible methodology”, which will later be examined more closely by the trial judge.<sup>159</sup>

In *Chadha v. Bayer*, for example, the plaintiff had adduced no evidence that results of the defendant’s allegedly illegal acts were passed through to consumer members of

<sup>152</sup> *Bernèche v. Canada (Procureur General)*, 2007 QCCS 2945.

<sup>153</sup> Québec: *Bouchard*, cit. But see *Campbell v. Flexwatt Corp.* (1998), 44 B.C.L.R. (3d) 343 (C.A.); *Mackinnon v. National Money Mart Co.*, 2004 BCCA 472.

<sup>154</sup> *Carom*, cit.

<sup>155</sup> *Bellaire v. Independent Order of Foresters* [2004] O.J. No. 2242 (S.C.J.) at para. 53.

<sup>156</sup> *Branch*, cit., para. 4.1080.

<sup>157</sup> *Blatt Holdings Ltd. v. Traders General Insurance Co.* [2001] O.J. No. 2056 at para. 15.

<sup>158</sup> E.g. *B.C. C.P.A.*, s. 29(1); *Smith v. Inco Ltd.*, 2010 ONSC 3790, rev’d on other grounds 2011 ONCA 628. In some provinces, the defendant has an express right to argue that this test has not been met. See e.g. *B.C. C.P.A.*, s. 29(2).

<sup>159</sup> *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG*, 2009 BCCA 503 at paras. 67-68 [*Pro-Sys*, 2009].

the class.<sup>160</sup> The Ontario Divisional Court (upheld by the Court of Appeal) denied certification, holding that where causation in a product negligence action requires proof by individual class members, an aggregate award may not be appropriate.<sup>161</sup> Accordingly, the evidence was insufficient to support certification, as the evidence of pass-through did not suggest “a methodology for proving it or for dealing with the variables that affect the end price of real property at any particular point in time”.<sup>162</sup> In other words, the common issues trial judge must be satisfied, based on his or her review of the evidence proffered, that it is “appropriate” to conduct an aggregate assessment of monetary relief pursuant to sections 23 and 24, because the conditions are “reasonably likely” to be satisfied.<sup>163</sup> The aggregate assessment of damages, however, is not a prerequisite to certification, which means that the case may be certified even where individual assessments are necessary.<sup>164</sup>

In Quebec class actions, the petitioner must allege that he and all putative class members have sustained common damages.<sup>165</sup> Even if the identity of each of the class members or the exact amount of their claims is not established, aggregate awards may be made where the evidence enables the establishment of the total amount of the claims of the members.<sup>166</sup> But where it would be impractical to determine each member’s loss, the courts may distribute aggregate awards on a proportionate or average basis. Individual members may apply for the right to prove their individual damages,<sup>167</sup> or the court may establish individual hearings or claims procedures to establish each member’s entitlement.<sup>168</sup>

U.S. courts also permit aggregate damages, under certain conditions, specifically where monetary liability can be calculated from a mathematical formula or with aggregate evidence. Courts will also rely upon statistical evidence and representative samples to determine aggregate damages, as long as standards of evidence are met.<sup>169</sup> Where the evaluation of the precise loss to each member is impossible to achieve individually, courts may distribute aggregate damages through a variety of means, such as average loss calculations, *per capita* distributions or *cy-près* distributions.<sup>170</sup>

#### D) *Types of Evidence Proffered and Admissible at Certification*

As further discussed above, the plaintiff must demonstrate at certification that there are common issues and that a class action is the preferable procedure. All statutes require, in this regard, that material be filed to assist courts in determining whether or not there is a basis for certification. A sufficient evidentiary basis is required for each of the certification criteria. Evidence which relates to the certification criteria may be reviewed by the courts at or before the certification hearing. Evidence that touches upon the merits of the case, however, will not necessarily be excluded from the supporting

<sup>160</sup> *Chadha v. Bayer* (1999), 45 O.R. (3d) 29 (S.C.J.), rev’d (2001), 54 O.R. (3d) 920 (Div. Ct.), aff’d (2003), 63 O.R. (3d) 22 (C.A.) [*Chadha*].

<sup>161</sup> *Ibid.*

<sup>162</sup> *Ibid.* at para. 52.

<sup>163</sup> *Lee Valley Tools Ltd. v. Canada Post Corp.* [2007] O.J. No. 4942 (S.C.J.).

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Malhab*, cit.; *Barrette*, cit.; *Harmegnies*, cit.

<sup>166</sup> Article 1031, C.C.P.; *Branch*, cit., para. 18.80. In many of the provinces—except Alberta—otherwise inadmissible statistics or sampling may be used by the courts to determine the appropriate aggregate award. Notice of the intent to use such evidence is required, and the opposing party is entitled to cross-examine the expert who supports the evidence. See e.g. *B.C. C.P.A.*, s. 30.

<sup>167</sup> E.g. s. 31(2) of the *B.C. C.P.A.*

<sup>168</sup> *Ibid.*, s. 32(2).

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> *Ibid.*

affidavits if it also touches upon relevant factors to certification.<sup>171</sup> If, however, the evidence is exclusively merits-based, it will generally be addressed after certification.

In this subsection, I will address what evidence –if any– is adduced and admissible before or at the preliminary certification hearing, given the fact that excessive amounts of evidence can lead to adverse cost orders.<sup>172</sup> Importantly, the goals of class proceeding legislation and overarching objectives of proportionality and of the “just, speedy and inexpensive determination of every proceeding on its merits” can be made to influence evidentiary decisions.<sup>173</sup> Determining what evidence ought to be introduced at certification remains difficult, in spite of the Supreme Court of Canada’s “some basis in fact” test.<sup>174</sup>

There is divergence in the various provinces as to the required material to be presented at certification. In the common law provinces, affidavits provide the primary evidence on certification motions. To this end, the court nonetheless has broad discretion to permit and receive other evidence.<sup>175</sup> In Quebec, the evidence basing authorization arguments is principally contained in the statement of claim. In fact, evidence is not systematically adduced. And interestingly, statements of defence filed at the certification motion are largely left to the Ontario and British Columbia courts’ discretion.

#### a) *Pleadings*

The initiating document for a class action is a “pleading” (a “statement of claim” in Ontario, New Brunswick and Nova Scotia; a “petition” in British Columbia, Saskatchewan, Newfoundland, and Alberta). This initial pleading must specify that the matter is brought as a class proceeding, the class definition and the relief sought on behalf of the class.<sup>176</sup> In addition, there is a rule that “the first order of business in a proposed class proceeding ought, in the normal course, to be the hearing and determination of the certification motion”.<sup>177</sup> A pleadings motion found to further the objective of judicial economy and benefit all the parties may however be treated differently from the rule.<sup>178</sup>

In Quebec, the only pleading that may be filed at the authorization stage of the proceedings is the “motion for authorization”. Affidavits are no longer permitted at this preliminary stage. As previously discussed, Article 1002 C.C.P provides that the respondent may only contest that motion orally and cannot file a written defence or any other written pleading. The Quebec Court of Appeal has applied the *Hollick* rule that “the petitioner must establish a certain factual basis for each of the conditions required prior to authorization”.<sup>179</sup> Accordingly, even if no supplementary evidence is adduced “it is essential that the motion lay out sufficiently precise facts to allow a judge to determine whether the conditions giving rise to the recourse are respected”.<sup>180</sup> But if the court still questions whether the authorization requirements have been met from the motion of authorization alone, other evidence will be permitted.

<sup>171</sup> Branch, cit., para. 4.1540.

<sup>172</sup> Andersen, cit.

<sup>173</sup> *Tracy v. Instaloans Financial Solutions Centres (B. C.) Ltd.*, 2009 BCSC 1699 (regarding the plaintiffs’ application for further examinations and document production for the purpose of making an appropriate election as to remedy).

<sup>174</sup> In *Hollick*, cit., para. 25. Indeed, the Ontario Superior Court of Justice has stated that “«some basis in fact» is an elastic concept and its application can be vexing”. See *Glover v. City of Toronto* [2009] O.J. No. 1523 at para. 15 (S.C.).

<sup>175</sup> Branch, cit., para. 4.1590.

<sup>176</sup> Branch, cit., para. 4.1080.

<sup>177</sup> *Moyes v. Fortune Financial Corp.* [2001], O.J. No. 4455 at para. 12

<sup>178</sup> *Baxter v. Canada (Attorney General)* [2005], O.J. No. 2165 (S.C.J.), paras. 14-15.

<sup>179</sup> Hailey et al., cit., p. 143.

<sup>180</sup> *Option Consommateurs*, cit., para 60.

### b) *Affidavits*

Quebec reformed its regime in 2003 such that currently, the petitioner is under no statutory obligation to provide evidence of any kind and the allegations provided in the motion for authorization are presumed to be true.<sup>181</sup> The defendant can only contest the authorization motion orally and any evidence that either party (usually the defendant) wishes to submit can only be done so with leave of the court. The principle role of the judge hearing the authorization motion is thus to ensure that “the legal claims logically flow from the facts alleged in the motion”<sup>182</sup> and that the authorization criteria have been met. However, to achieve this objective, several Quebec cases have admitted various types of evidence at authorization (with leave), such as transcripts of the petitioner’s examination,<sup>183</sup> as well as documents, affidavits and testimonial evidence.<sup>184</sup> In addition, affidavit evidence may still be filed by the respondent with leave, according to Article 1002 *in fine* C.C.P. Such affidavits will be held admissible if they reasonably relate or are connected to one or more of the criteria for authorization. Affiants may then be examined on the facts alleged in their affidavit.

In the common law provinces, affidavits are generally provided by the representative or by the solicitor for the representative on a certification motion. In fact, Ontario, British Columbia and Saskatchewan class proceedings statutes, as well as the Federal Rules, require that all parties file affidavits providing evidence of class size.<sup>185</sup> Thus, the certification application will normally be argued based on affidavit evidence.<sup>186</sup> In fact, not only is affidavit evidence the usual form of evidence required to support the motion for certification, but more than one affidavit will frequently be filed in support of the parties’ positions.<sup>187</sup>

The affidavits will set out the material facts upon which parties intend to rely at the certification hearing. They will also frequently contain evidence on information and belief, as long as the source of the information is identified.<sup>188</sup> Importantly, each supporting affidavit must provide “some basis in fact” to support the motion and the certification criteria.<sup>189</sup> There will generally be no right to cross-examine on affidavits. Parties may however consent to cross-examination,<sup>190</sup> or may be authorized by the courts to do so where necessary for the resolution of a factual dispute determinative of the certification issue.<sup>191</sup>

### c) *Depositions, Examinations on Discovery*

In Quebec, the respondent may seek leave to examine the petitioner with respect to a limited range of issues related to the criteria for authorization.<sup>192</sup> The petitioner may also seek leave to discover the respondent if the latter has been authorized to file an affidavit into the Court record.<sup>193</sup> In that case, the petitioner will examine the

<sup>181</sup> Hayley and al., cit., p. 155.

<sup>182</sup> *Pharmascience*, cit.

<sup>183</sup> *Young c. Normanda*, 2005 CanLII 40683 (Qué. C.S.).

<sup>184</sup> *Option Consommateurs*, cit.

<sup>185</sup> Branch, cit., para. 4.1460.

<sup>186</sup> *Ibid.*, at para. 4.1440.

<sup>187</sup> *Ibid.*, at para. 4.1490.

<sup>188</sup> *Chalmers (Litigation guardian of) v. AMO Canada Co.*, 2009 BCSC 689 at para. 62.

<sup>189</sup> Branch, cit., para. 4.1520.

<sup>190</sup> *Campbell v. Flexwatt Corp.* (1996), 25 B.C.L.R. (3d) 329.

<sup>191</sup> *Price v. Panasonic Canada Ltd.* [2001], O.J. No. 5244; *Pro-Sys Consultants v. Microsoft Corp.*, 2008 BCSC 1263 at para. 57.

<sup>192</sup> Based on “relevant evidence”, as per art. 1002 *in fine* C.C.P.

<sup>193</sup> See Art. 1002 C.C.P.

respondent about the allegations made in his or her affidavit. In any event, the testimonies cannot be contradicted.<sup>194</sup>

In the common law provinces, the representative party may also be examined. For instance, s. 16(1) of the Ontario C.P.A. and Rule 39.03 of the *Ontario Rules* confer a right upon the defendants to examine a representative party on matters relevant to certification where there would otherwise be an insufficient evidentiary record for the determination of the certification motion.<sup>195</sup> Other witnesses can also be examined on issues relevant to certification if the court permits it.<sup>196</sup> Generally, defendants must first complete discovery of the representative plaintiff before discovery of non-representative class members can be ordered, upon leave.<sup>197</sup>

Throughout the Canadian provinces, discovery prior to the common issue trial must be limited to the common issues.<sup>198</sup>

#### d) *Documentary Evidence*

In Quebec, normal rules of documentary disclosure only become applicable after certification is granted.<sup>199</sup> By contrast, in the common law provinces, normal discovery rights are found to exist prior to certification.<sup>200</sup> Documentary discovery is generally restricted to issues related to certification and production of documents going to the merits is usually deferred until after certification has been granted.<sup>201</sup> The British Columbia Supreme Court has held that “[A]t the certification stage [...] a party must justify the need for document disclosure. It must show that the sought-after documents would inform the certification process. I do not say the onus is a high one [...]”<sup>202</sup> As such, document discovery will not be ordered automatically:

This could lead to a “chicken and egg” debate over which comes first, but unless a plausible basis for requiring extensive pre-certification document discovery is demonstrated, there is a risk that a requirement to make full disclosure before certification will be so onerous it will amount to an unfair imposition on defendants and potential settlement tool in the hands of a plaintiff who may not have a certifiable class action.<sup>203</sup>

Accordingly, courts will accept requests by defendants for disclosure of documents relative to the suitability of the representative, the assessment of common issues, or the preferability of class proceedings, for instance.<sup>204</sup> Plaintiffs will in turn be entitled to disclosure of the defendant’s insurance policies prior to certification, for example.<sup>205</sup> In certain cases, broader production of documents may be ordered<sup>206</sup>—or alternatively, denied<sup>207</sup>—based on policy considerations such as the protection of privacy or confidentiality considerations.

<sup>194</sup> Lafond, cit.

<sup>195</sup> *Caputo*, cit.; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* [2003] O.J. No. 80 (S.C.J.).

<sup>196</sup> Indeed, in *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, the court allowed the president of a non-party to be examined in advance of a certification hearing on issues that were relevant to certification. See *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, [2003] O.J. No. 1363 (S.C.J.).

<sup>197</sup> E.g. *B.C. C.P.A.*, s. 17(2); *Ont. C.P.A.*, s. 15.

<sup>198</sup> *Brochu 2008*, cit.; *Dallaire v. Eli Lilly Canada Inc.* 2008 QCCS 1422; *Bodnar*, cit.

<sup>199</sup> See Branch, cit., para. 4.1590.

<sup>200</sup> *Ibid.*

<sup>201</sup> *Endean*, cit.; *Murray v. Alberta (Minister of Health)* [2007] A.J. No. 428 (Q.B.).

<sup>202</sup> *Pro-Sys Consultants Ltd. V. Microsoft Corp.*, 2007 BCSC 1663 at para. 25.

<sup>203</sup> *Mathews v. Servier Canada Inc.* [1999] B.C.J. No. 435 (S.C.), paras. 5-6.

<sup>204</sup> *Champagne v. Daimler Chrysler Canada Inc.* [2007] J.Q. No. 2360.

<sup>205</sup> *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2010 ONSC 790, leave to appeal ref’d 2010 ONSC 2395.

<sup>206</sup> *Richard*, cit.

<sup>207</sup> *Societe des loteries du Quebec v. Brochu*, 2008 QCCS 189 [*Brochu 2008*].

### e) *Expert Evidence*

In certain instances, expert evidence will be considered useful and necessary for the courts at the certification/authorization stage. Parties may then use such evidence, pursuant to the rules of the respective courts. In *Bittner v. Louisiana-Pacific Corp.*,<sup>208</sup> for instance, the petitioners filed a class proceeding alleging the faulty manufacturing of wood sidings on behalf of all British Columbia residents who had installed such siding on their houses. The only evidence before the court at certification relative to the defendant's negligence was contained in two paragraphs of an affidavit sworn by petitioner's counsel. The Court held that: "the evidence filed in support of the certification order is scant. It is difficult to imagine that evidence (other than bare assertions) is not available to support the plaintiffs' contention that the siding is defective [...] I would expect that expert evidence would be available and should have been tendered on the application for certification".<sup>209</sup>

Importantly, expert evidence must support the assessment of the certification criteria, as opposed to providing a determination of the merits of the class action.<sup>210</sup> It must also be legally admissible.<sup>211</sup> While the standard of admissibility of such evidence remains unclear, what is clear is that the standard itself is lower than that which would be required at trial.<sup>212</sup>

Examples of courts using expert evidence follow. In one case, expert evidence regarding the potential societal and economic impacts of waiver of tort was found admissible as an exception to the general exclusionary rule against opinion evidence because it was relevant and necessary in assisting the court.<sup>213</sup> The opinion was also found admissible because it did not address the plaintiffs' entitlement to a disgorgement remedy or how negligence law or the doctrine of waiver of tort should be interpreted.<sup>214</sup> In another, expert evidence was required to prove as a common issue that members of a putative class had paid more for the bricks and stones as a result of the price-fixing scheme.<sup>215</sup> The Court of Appeal of Ontario held that the expert had failed to opine on the critical certification requirements, and had improperly provided conclusions regarding the merits of the common issues.<sup>216</sup> Finally, expert evidence was used to establish that there was a "credible and plausible methodology" to evaluate harm on a class-wide basis and aggregate damages in a price fixing case.<sup>217</sup>

Practically speaking, expert evidence is commonly filed as an exhibit to class counsel affidavits, to support the determination of common issues.<sup>218</sup> Pursuant to traditional hearsay rules, expert evidence presented for the truth of its contents (whether factual or opinion) must be presented by the expert himself to allow for

<sup>208</sup> *Bittner v. Louisiana-Pacific Corp.* [1997] B.C.J. No. 2281 (S.C.).

<sup>209</sup> *Ibid.*

<sup>210</sup> See e.g., *Heward*, cit., at para. 13; *Andersen*, cit (on the striking of experts reports) and 2003 67 O.R. (3d) 136 (S.C.J.) (on certification).

<sup>211</sup> See *Dolmage v. Ontario*, ONSC 1726 (S.C.J.), at para. 58 ("fairness to defendants requires that the principles governing the admissibility of evidence should not be dispensed with even for the purpose of satisfying the unusually low standard of proof.").

<sup>212</sup> *Stewart v. General Motors of Canada Ltd.* [2007] O.J. No. 2319, para. 19 (S.C.J.). Also see *Pro-Sys*, cit., para. 67 (B.C.C.A.), relying on *Griffin v. Dell Canada Inc.* [2009] O.J. No. 418, para. 76 (S.C.J.) ("...some lesser level of scrutiny is applied to the opinions offered, if they are otherwise admissible").

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> *Ibid.*

<sup>215</sup> *Chadha*, cit.

<sup>216</sup> *Ibid.*

<sup>217</sup> *Pro-Sys 2009*, cit., at paras. 67-68.

<sup>218</sup> See common law provinces report.



possible cross-examination.<sup>219</sup> Finally, courts cannot generally choose between conflicting expert opinions with respect to the correct resolution of the common issues.<sup>220</sup> Interestingly, U.S. courts, by contrast, will permit such weighing.<sup>221</sup> As outlined in the American Report, in *Wal-Mart v. Dukes*,<sup>222</sup> both plaintiff and defendant had offered expert opinion testimony, and Wal-Mart moved to strike the plaintiffs' expert testimony based on its admissibility. The trial court denied the motion to strike, concluding that the evidence did not need to meet standards of admissibility at the certification stage.<sup>223</sup> On appeal, however, the Supreme Court expressed "doubt" at the trial court's conclusion that evidence need not meet standards of admissibility at the certification stage.<sup>224</sup>

#### f) *Statistical Evidence of Damages*

Most provinces –except Alberta– permit otherwise inadmissible statistics or sampling to be used by the court to determine the appropriate aggregate award. Interestingly, the Ontario *Class Proceedings Act* explicitly admits that otherwise inadmissible statistical evidence on certification is possible "for the purposes of determining issues relating to the amount or distribution of a monetary award", as well as for the aggregate assessment of monetary relief.<sup>225</sup> As these sections of the Act envision cases where it is impractical or inefficient to identify the class members entitled to be awarded damages, or where some of the class members cannot be easily identified, they must be used only to determine the quantum of damages, and not to assess the entitlement to these damages or to determine liability issues.<sup>226</sup> Under Quebec law, statistical evidence may only be adduced to evaluate the likely quantum of damages and not to establish the existence of damages on an individual or class-wide basis.<sup>227</sup>

#### g) *Medical Records*

The petitioner's medical records can sometimes be produced at certification, under certain conditions. In *Caputo*<sup>228</sup> and in *Société des Loteries du Québec v. Brochu*,<sup>229</sup> for instance, medical records were considered relevant to the issue of certification.<sup>230</sup> At the merits stage, by contrast, medical records must be found useful to the determination of the common issues.<sup>231</sup>

<sup>219</sup> See notably *Pardy v. Bayer Inc.*, 2003 NFSCD 130; *White v. Merk Frosst Canada* [2004] O.J. No. 623 (S.C.J.); *Punit*, cit. Also see *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corp.*, 2008, BCSC, 1263, where the parties were allowed to cross-examine each other's experts. Finally, see *Lorrain v. Petro-Canada*, 2011, QCCS 4803 (CanLII), currently in appeal in Quebec Court of Appeal; *Brochu c. Société des Loteries du Québec*, 2006 QCCS 5379 [*Brochu 2006*].

<sup>220</sup> *Andersen*, cit. at para. 14.

<sup>221</sup> *In re Hydrogen*, cit., p. 323 (3<sup>rd</sup> Cir. 2008) ("Weighing conflicting expert testimony at the certification stage is not only permissible; it may be integral to the rigorous analysis Rule 23 demands").

<sup>222</sup> *Wal-Mart*, cit., p. 2549.

<sup>223</sup> See also *Manual for Complex Litigation (Fourth)*, sec. 21.21 at 267 ("The judge need not decide at the certification stage whether such expert testimony satisfies standards for admissibility at trial.") [*Manual*].

<sup>224</sup> *Wal-Mart*, cit., pp. 2553-54.

<sup>225</sup> Ss. 23 and 24 Ont. C.P.A. Section 30(1) of the B.C. C.P.A. provides that the three preconditions set out in s. 29(1) must be satisfied. See e.g., *Pro-Sys 2009*, cit.

<sup>226</sup> See *Chada*, cit., Div. Court decision, para. 24; *Markson*, cit.

<sup>227</sup> *Ciment du Saint-Laurent*, cit.; *Harmegnies*, cit.; *Malhab*, cit.

<sup>228</sup> *Caputo*, cit.

<sup>229</sup> *Brochu 2006*, cit.

<sup>230</sup> Disclosure was refused where records held relevant only to the merits of the action and unnecessary at certification. See e.g. *Pearson v. Inco Ltd.* [2002] O.J. No. 1842 (S.C.).

<sup>231</sup> A member other than the representative cannot be medically examined at the merits stage unless the court considers it useful to the adjudication of the common issues. See Art. 1019, C.C.P.



### 3. Evidence at Trial

Since very few class actions go to trial in Canada, with the exception of Quebec, the majority of the Canadian class action jurisprudence concerns motions for certification and the approval of settlements, and fewer cases concern the post-certification and trial on the merits stage. The law is settled in Canada that a class action is but a “procedural option”.<sup>232</sup> Accordingly, the substantive law “does not change just because the action instituted is a class action”.<sup>233</sup> The issues certified as being common to the class are heard and resolved at trial, according to the evidentiary and procedural rules applicable to unitary litigation. The burden of proof is the same as in any other civil trial, requiring that the plaintiff prove his or her case on a balance of probabilities.<sup>234</sup> Canadian courts nonetheless maintain a broad power under class action statutes to avoid or modify the traditional procedures as is necessary.<sup>235</sup>

In *St-Ferdinand*, the Supreme Court of Canada handled a class action case brought by the Quebec Public Curator following illegal strikes at a hospital on behalf of mentally ill patients whose care was disrupted while they were patients at the hospital. Emphasizing that the traditional civil burden of proof applied here, the high court explained that Article 1045 C.C.P. that permits the courts to “prescribe measures to hasten [the case’s] progress and simplify their proof” did not give them the power to alter this burden of proof. The Supreme Court agreed that the trial judge had rightly considered both a presumption of similar damage by the patients and the evidence as a whole, including that of witnesses and expert witnesses, in reaching a conclusion of an element of damage.<sup>236</sup> The Supreme Court awarded \$ 1,750 to each class member for “moral damages”.

Accordingly, as later reiterated by this same high court, the class action is “merely a procedural vehicle and [...] its use does not have the effect of changing the substantive rules applicable to individual actions”.<sup>237</sup> Following certification, the petitioner –or the defendant and/or his or her representatives– may then be examined before or after plea and undertakings may be requested and submitted. Transcripts of these examinations and testimonies, as well as undertakings provided can later be filed into the court record and adduced as evidence at trial. Other witnesses could also be discovered before trial and then examined and/or cross-examined in court, relative to all the facts alleged in the originating process or the defence.<sup>238</sup> The case managing judge could then use its broad discretion to provide direction for the exchange of expert reports and contents and coverage of these reports.

<sup>232</sup> *Apple Canada Inc. c. St-Germain*, 2010 QCCA 1376 (CanLII), para. 113.

<sup>233</sup> *Ibid.*

<sup>234</sup> *St-Ferdinand*, cit.

<sup>235</sup> *Jeffry v. London Life Insurance Co.* [2008] O.J. No. 5395.

<sup>236</sup> *St-Ferdinand*, cit., paras. 41-2. Describing the process followed by the trial judge, the Supreme Court explained: “When the trial judge spoke of a ‘presumption of similarity’, he did not use a presumption of law but rather looked at it as an objective toward which his analysis of the evidence was leading. He never drew the conclusion that all the patients had suffered the same prejudice because the representative of the group had herself suffered discomfort. *Rather, he sought to find an element of damage common to everyone, and only after reviewing the evidence as a whole did he find enough evidence to be able to infer that there were serious, precise and concordant presumptions that all the patients had at least suffered discomfort.* If we consider that no member of the group was capable here of expressing himself or herself to describe the subjective prejudice he or she felt, the necessary conclusion is that, in the circumstances, proof by presumptions was the most appropriate method of proof for establishing the existence of such prejudice” [Emphasis added].

<sup>237</sup> See *Malhab*, cit., para. 52, citing *Bisaillon*, cit., para. 17, *Dell Computer Corp.*, cit., paras. 105-108 and *Barrette*, cit., para. 111.

<sup>238</sup> *Reid v. B.C. Egg Marketing Board* (Unreported, June 7, 2006), Court File No. L020056, B.C.S.C.

While discovery rights prior to the common issues trial are generally restricted to the common issues, as previously discussed, discovery rights post-certification are largely subjected to the wide discretion of the courts.<sup>239</sup> They are specifically addressed, in Ontario, in Section 15 of the Ontario C.P.A., which provides for broad discovery rights:

- (1) Parties to a class proceeding have the same rights of discovery under the rules of court against one another as they would have in any other proceeding.
- (2) After discovery of the representative party, a party may move for discovery under the rules of court against other class members.
- (3) In deciding whether to grant leave to discover other class members, the court shall consider,
  - (a) the stage of the class proceeding and the issues to be determined at that stage;
  - (b) the presence of subclasses;
  - (c) whether the discovery is necessary in view of the claims or defences of the party seeking leave;
  - (d) the approximate monetary value of individual claims, if any;
  - (e) whether discovery would result in oppression or in undue annoyance, burden or expense for the class members sought to be discovered; and
  - (f) any other matter the court considers relevant.
- (4) A class member is subject to the same sanctions under the rules of court as a party for failure to submit to discovery.

Just as the traditional rule was that examinations for discovery are restricted to “just the issues that have been certified”,<sup>240</sup> the Ontario court of Justice appeared to indicate more recently that discovery rights can go beyond the common issues identified in the judgment certifying the class.<sup>241</sup> Indeed, in this negligent misrepresentation case, the common issues trial judge was held to require additional information regarding proximity and indeterminacy to adequately analyze the relevant duty of care, thereby justifying a broader discovery.<sup>242</sup>

In recent rulings, Ontario courts have clarified the nature and scope of questions permissible within examinations for discovery conducted after certification. In *Axiom Plastics Inc. v. E.I. DuPont Canada Co.*,<sup>243</sup> notably,<sup>244</sup> the Ontario Court of Justice confirmed the general rule that examinations for discovery are restricted to the issues certified, but nonetheless indicated that the rule is not “absolute”.<sup>245</sup> It explained, notably, that a limiting principle exists in the context of class actions, that is, the proportionality principle of Rule 29.02.03 of the Ontario *Rules*. That principle requires an examination of the time, expense and prejudice the party asked to answer the question would incur, as well as the interference with the progress of the action that may be suffered if the question were ordered to be answered and the availability of any of the documents requested. Keeping in mind the principle of proportionality, the Court found that it should examine each discovery question by a “four-fold test”:

First, I will examine the question to determine if the question is overbroad and speculative discovery. Second, I will examine the question to determine whether the question offends the proportionality principle in the sense that answering the question will offer only a

<sup>239</sup> Branch, cit., para. 14.65.

<sup>240</sup> *1176560 Ontario Ltd. v. Great Atlantic & Pacific Co. of Canada* [2003] O.J. No. 5703 (Master) at paras. 6 and 9, cited in *Axiom Plastics Inc. v. E.O. DuPont Canada Company*, 2011 ONSC4510 (Sup. Ct.) [*Axiom*].

<sup>241</sup> *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Deloitte & Touche* [2008] O.J. No. 3304 (Sup. Ct.).

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> *Axiom*, cit.

<sup>244</sup> Also see *Mayotte v. Ontario*, 2011 ONSC 4550 (CanLII).

<sup>245</sup> *Axiom*, cit., para. 78.

modest probative return. Third, I will examine the question to determine if the question is relevant having regard to the statement of claim but without regard to the common issues. Fourth, I will examine the question to determine if the question is relevant having regard to the effect of the certified common issues on the scope of the examination for discovery.<sup>246</sup>

In Quebec, the parties may discover the representative and each class member that has obtained the right to intervene in the action.<sup>247</sup> Discovery of other class members is also possible if the “court considers the examination on discovery or medical examination useful to the adjudication of the questions of law or fact dealt with collectively”.<sup>248</sup> Witnesses, however, “cannot be heard out of court without the permission of the court”.<sup>249</sup> Finally, admissions by representatives, will bind class members “unless the court considers that the admission causes them prejudice”.<sup>250</sup>

#### 4. Evidence on Settlement

##### A) Settlement Approval Procedure

Canadian and U.S. class action statutes require that class action settlements be approved by the courts to be rendered effective.<sup>251</sup> Before approving a proposed settlement, judges are directed to examine whether the settlement is fair, reasonable and “in the best interests of all who will be affected by it”.<sup>252</sup> This requirement of “fairness, reasonableness and adequacy” is codified in U.S. Federal Rule 23(e), but not in the Canadian statutes, such that Canadian courts have had to develop a similar standard for the judicial oversight of class action settlements.<sup>253</sup> Reviewing courts will generally be concerned with “safeguarding the interests of the absent class members through an analysis of the fairness and reasonableness of the settlement as it relates to those interests”.<sup>254</sup>

More detail is provided regarding settlement fairness in the recently adopted *Principles of Aggregate Litigation* published by the *American Law Institute*,<sup>255</sup> and in Canadian and American jurisprudence, which have held that evaluation of a proposed settlement’s fairness requires a consideration of the settlement’s terms and of the negotiating process leading to settlement, the whole in accordance to a series of lists of factors.

##### B) Burden of Proof of Settlement Fairness

In Canada, as in the United States, the settling parties carry the burden of demonstrating, through their attorneys, that the proposed settlement is fair, reasonable and adequate and that it should be approved.<sup>256</sup> “Positive evidence” is required, explaining

<sup>246</sup> *Axiom*, cit., para. 78.

<sup>247</sup> Art. 1019, C.C.P. See e.g., *Brochu c. Société des loteries du Québec* [2001], J.Q. no. 4324, J.E. 2001-1773 (S.C.).

<sup>248</sup> *Ibid.*

<sup>249</sup> See e.g. *Mouvement Laïque Québécois c. Commission des écoles catholiques de Montréal* [1998] J. Q. no. 4744 (S.C.).

<sup>250</sup> Art. 1014, C.C.P.

<sup>251</sup> See e.g. Rule 23(e) F.R.C.P.; s.29 Ont. C.P.A.; Art. 1025 C.C.P.; Rule 334.29(1) Can. F.C.R. This subsection of the report is greatly inspired from the author’s book: Piché, *Fairness*, cit.

<sup>252</sup> *Ibid.* Also see *Grunin v. Int’l House of Pancakes*, 513 F.2d 114, 123 (8<sup>th</sup> Cir. 1975), *Zopf v. Burger*, 2010 ONSC 30000 at para. 48.

<sup>253</sup> See *Dabbs v. Sun Life Assurance* (1998) O.J. No. 1598 (Gen. Div.), paras. 10ff. [*Dabbs* No. 1].

<sup>254</sup> *McCarthy v. Can. Red Cross Soc.* [2001] O.J. No. 2474, para. 16 (Ont. S.C.J.); *Endean*, cit.

<sup>255</sup> American Law Institute, *Principles of the Law of Aggregate Litigation*, St. Paul, 2010.

<sup>256</sup> See *Vitapharm Canada Ltd. v. F Hoffmann-La Roche Ltd.* [2005] O.J. No. 1118, 74 O.R. (3d) 758 at para. 141 (S.C.); *Detroit (City of) v. Grinnell Corp.*, 495 F.2d 448, 463, 18 Fed.R.Serv.

how the settlement is reasonable.<sup>257</sup> This evidence and material information are filed with the motion to approve the proposed settlement.

In U.S. Rule 23(e)(3), the parties are required to disclose not just their proposed agreement to settle, but “any agreement made in connection with the proposal [to settle]”.<sup>258</sup> In Canada, this disclosure requirement was made much broader and inclusive by the Ontario Superior Court of Justice, which held the settling parties to a duty of candour in disclosing all “material information” to the Court: “...there is a positive obligation on all parties and their counsel to provide a full and frank disclosure of all material information to the Court”.<sup>259</sup>

### *C) Materials Supporting the Proof of Settlement Fairness*

Canadian class action statutes are generally silent in respect of the precise materials required to be submitted with the motion for approval. The jurisprudence, however, provides that there must be ample evidence to allow reviewing judges to decide with more than “mere conjecture”.<sup>260</sup> In addition, the court may insist on having sufficient evidence to “exercise an objective, impartial and independent assessment of the fairness of the settlement in all the circumstances”.<sup>261</sup> This evidence must generally be both physical and oral, comprised of documents such as affidavits, written pleadings and exhibits, as well as testimonies, of the negotiating parties, experts, objectors, third parties or others, as required.<sup>262</sup>

Upon agreeing on the terms of a proposed settlement, parties and counsel will usually prepare and submit a joint stipulation of settlement, which is a proposed settlement document outlining the terms, amount and form of compensation, and the effective date of settlement. This stipulation serves to preliminarily evaluate the fairness of settlement, and may lead judges to request from the parties and counsel additional information and evidence relevant to evaluating the proposed settlement.<sup>263</sup> Affidavit evidence is usually presented by both of the settling parties, outlining the reasons for settlement and the objectives of such settlement, and explaining the chances of success on the merits.<sup>264</sup> Oral pleadings will seek to explain how class members will be compensated, how much will be paid in costs and counsel fees, and how the balance of the moneys will be distributed.<sup>265</sup>

2d 637 (2d Cir. 1974); *Epstein v. First Marathon Inc.* [2000] O.J. No. 452 at para. 39 (Sup.Ct.J.); *Dabbs No. 1*, cit. at para. 7. Also see e.g. *Manual*, cit., at paras. 21.631-34, at 318-22 (2004).

<sup>257</sup> Branch, cit. In fact, in *Dabbs No. 1*, cit., paras. 15 and 16, the court held that sufficient evidence must be presented before the court to permit an “objective assessment” of the reasonableness of the settlement. For an example of a case where the Ontario Superior Court of Justice found that it had “insufficient evidence” to determine the quantum of recovery for injuries or to reasonably evaluate damages on an aggregate basis, see *Healey v. Lakeridge Health Corp* [2010] O.J. No. 417 at paras. 290ff. In that case, the court was presented with data about the amounts of compensation awarded in several previous class action settlement approvals, in similar cases.

<sup>258</sup> F.R.C.P. 23(e)(3).

<sup>259</sup> *McCarthy*, cit., paras. 19-21. Also see *Verna Doucette v. Eastern Regional Integrated Health Authority* [2010] N.J. No. 46 (Newf’ld. and Lab. Supreme Ct.).

<sup>260</sup> *Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co.* (1999), 46 O.R. (3d) 130 (S.C.J.).

<sup>261</sup> *Dabbs N° 1*, cit.

<sup>262</sup> *Manual*, cit., paras. 319-320.

<sup>263</sup> *Ibid.*, para. 320.

<sup>264</sup> Branch, cit., para. 16.29.

<sup>265</sup> In Quebec, the practice rules of the Superior Court require that the settlement agreement provide how much funds will be reimbursed to the *Fonds d’aide aux recours collectifs*, a provincial funding agency which helps representatives seek compensation through the class action vehicle, and that the motion to approve the proposed settlement be formally served on the *Fonds*: rules 63 and 65 Qc. R.p.c. The Ontario equivalent is O.Reg. 771/92, s. 8.

In settlements that occur before certification, the defendant will usually consent to “certification for the purposes of settlement only”, and as an explicit term to the settlement. The motion to approve the proposed settlement will then be heard at the same time as the motion for certification.<sup>266</sup> Importantly, the U.S. Supreme Court has considered it essential to ensure that all procedural certification requirements of Rule 23 are properly met in these cases before judicial approval of a settlement is given.<sup>267</sup> Accordingly, it has held that in settlement classes, the existence of a proposed settlement should be ignored.<sup>268</sup>

In the common law provinces, a different approach is suggested in the face of a pending settlement, favouring a more lenient certification inquiry in light of this consideration.<sup>269</sup> The case must be certifiable “*prima facie*” before settlement fairness is evaluated and approval is granted.<sup>270</sup> Accordingly, the standard for certification at the time of settlement is similar to the usual certification standard, but it is “less rigorously applied”.<sup>271</sup> Curiously, in a series of Ontario “vanishing premiums” life insurance cases, certification was granted in a settlement context, and deemed inappropriate in a litigation context.<sup>272</sup> These courts considered that “denial of certification in a litigation context is not an impediment to certification in a settlement context”,<sup>273</sup> a view that assumes that settlement is to be favoured in the larger scheme of the litigation. As for the Quebec Superior Court, it has recently held that the standard required for authorization of a class action remains the same whether the evaluation is made for settlement purposes or not.<sup>274</sup>

Once the preliminary hearing is held, the settlement’s proponents must formally demonstrate that the settlement is fair, reasonable, and adequate at the occasion of one formal hearing: the “fairness hearing”.<sup>275</sup> At the hearing’s conclusion, the judge must be satisfied that a “sufficient record as to the basis and justification for the settlement [has been presented, containing] specific findings as to how the settlement meets or fails to meet the statutory requirements”.<sup>276</sup> Parties are allowed to present witnesses, experts, affidavits and declarations, and also to appear, present and argue their objections.<sup>277</sup>

<sup>266</sup> See e.g. *Dabbs No. 1*, cit.

<sup>267</sup> *Georgine v. Amchem Prods. Inc.*, 83 F.3d 610 (3d Cir. 1996), aff’d 117 S. Ct. 2231 (1997) (S.C.C.) [“*Amchem*”].

<sup>268</sup> Note, “Civil Procedure. Class Actions. Third Circuit Prohibits Taking Settlements into Account When Deciding Whether to Certify Settlement Classes...” (1996) 110:2 Harv. L. Rev. 529.

<sup>269</sup> *Haney Iron Works Ltd. v. Manufacturers Life Insurance Co.* [1998] B.C.J. No. 2936. Interestingly, in *Dabbs No. 1*, cit., the Court nonetheless certified the settlement class without considering the impact of settlement on certification.

<sup>270</sup> *Ibid.*, para. 16. See also on that same issue, Mulheron, cit., p. 395.

<sup>271</sup> *Bellaire v. Daya* [2007] O.J. No. 4819 (Sup.Ct.). Also see *Fischer v. IG Investment Management Ltd.*, 2010 ONSC 5132, at para. 10 (“Where certification is sought for the purposes of settlement, all the criteria for certification must still be met. However, compliance with the certification criteria is not as strictly required because of the different circumstances associated with settlements...”).

<sup>272</sup> Eizenga, M. A., et al., *Class Actions Law and Practice*, 2<sup>nd</sup> ed., Looseleaf, Markham, 2008-..., paras. 9.9. and 9.23-9.25.

<sup>273</sup> *Ibid.*, para. 9.23.

<sup>274</sup> *Demers v. Johnson & Johnson Corp.*, 2009 QCCS 4885, paras. 29-31. Also see *Richer c. Banque Nationale du Canada*, 2010 QCCS 2142, paras. 12-14.

<sup>275</sup> *Killough v. Can. Red Cross Soc.* (2001), 85 B.C.L.R. (3d) 233, 2001 B.C.S.C. 198, para. 8.

<sup>276</sup> *Manual*, cit. at para. 21.635.

<sup>277</sup> *Ibid.*, para. 21.634.

## 5. Conclusion

In the introduction to this National Report, I asked whether the broad societal, cultural and policy issues raised in class action litigation required a rethinking of traditional evidentiary rules and of their application. *Should they, and if so, how?*

Traditional modes of factual inquiry are constantly being challenged, not only in Canada but elsewhere around the world, as litigation becomes increasingly complex and inter-jurisdictional. The procedure and evidence used in class proceedings have indeed been questioned in light of the fact that the class proceedings concern greater numbers of putative class members often living in distinct jurisdictions, and generate high settlement rates and similarly high –if not enormous!– attorney fees. Questions are asked about the frequent conflicts, in class action litigation, between the rights of the individual plaintiffs and those of the plaintiff class as a whole, leading to abuses and entrepreneurial attitudes. Concerns are raised regarding the defendants' rights, particularly in light of the often very extensive evidence made admissible at the certification stage in common law courts, by contrast with Quebec's more conservative stance in that regard. The safeguards existing in the class proceedings statutes made to protect the rights of the absent class members are sometimes used without that objective in mind. In the end, litigators sometimes lose touch with the class proceedings' objectives of access to justice, judicial economy, and deterrence and behavior modification.

With increasing technological and scientific advances and steady internationalization of these class proceedings, involving numerous "copycat class actions" in Canada and in the United States, new methods of establishing facts are warranted. As Mirjan Damaška has rightly stated, "[t]o consider the future [...] is largely to talk about the creeping scientization of factual inquiry".<sup>278</sup> The judicial trend he described when referring to courts being "confronted with complex scientific and technical information that only persons with highly specialized knowledge or rare skills have no trouble apprehending"<sup>279</sup> applies exactly to the class action context. In class proceedings too, judges are frequently confronted at certification with a set of facts –a proposed "basis in fact"– that they are not certain to understand fully. Faced with a true dilemma, they wonder: should I ask for more, at the risk of annihilating the class certification's objective of preliminarily assessing commonality? Not only is there a definite need to rethink the rules of evidence applicable to these peculiar actions, but there is a duty to adapt and expand our traditional tools in way of better assisting the courts.

<sup>278</sup> Damaška, M. R., *Evidence Law Adrift*, New Haven, 1997, p. 143.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 144.





## A PROVA E AS MEDIDAS PROVISIONAIS NOS LITÍGIOS COMPLEXOS E PROCESSOS COLETIVOS

por KAZUO WATANABE\*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais; 2. Da complexidade dos litígios; 3. Dos processos coletivos; 4. Das provas técnicas ou científicas; 5. Das medidas provisionais em litígios complexos e nos processos coletivos; 6. Da necessidade de criação de juízos especializados, com assessorias especializadas de apoio aos juízes para análise das provas técnicas ou científicas.

### 1. Considerações iniciais

A expressão “**medida provisional**”, no sentido de algo que é *provisório, não definitivo*, poderia abranger, também as medidas *cautelares*, que são aquelas destinadas a assegurar o resultado útil de um outro processo, o chamado principal. Mas, a evolução da doutrina e das legislações, vem possibilitando, em quantidade cada vez maior, **medidas provisórias de caráter satisfativo**, consistentes em antecipação, em processo de conhecimento de cognição exauriente, da tutela ou de seus efeitos. No Direito Brasileiro, as antecipações de tutela eram excepcionais, previstas pelo próprio legislador para certas espécies de ações (v.g. ações possessórias, ação de nunciação de obra nova, ação de desapropriação, ação de mandado de segurança, etc.). Mas, a partir da reforma de 1994, houve a universalização da antecipação de tutela, possibilitando ao juiz que a conceda caso a caso, desde que atendidos certos requisitos (art. 273, Código de Processo Civil), em qualquer espécie de processo de conhecimento.

Cabe mencionar também, nessas considerações iniciais, que dentre os processos de cognição sumária existem os **não-cautelares**, como os previstos no art. 888 do Código de Processo Civil brasileiro, que são **satisfativos**, apesar da sumariedade material da cognição (nosso “Cognição no Processo Civil”, Saraiva, 4ª ed., n. 20.6, pág. 147-148). São bem semelhantes às “medidas autosatisfativas” mencionadas por ROBERTO O. BERIZONCE, em seu “Derecho Procesal Civil Actual” (Libreria Editora Platense, págs. 505/506).

O presente trabalho cuidará apenas da **prova e das medidas provisionais (de caráter satisfativo, não-cautelar) nos chamados “litígios complexos”, em especial nos “processos coletivos**.

### 2. Da complexidade dos litígios

A **complexidade** de um litígio pode ser de **natureza fática** ou **jurídica**.

No sistema jurídico pertencente à família de **civil law**, como o brasileiro, em que o juiz da causa é um profissional de direito, e não um corpo de jurados recrutados na sociedade, leigos em direito a maioria deles, a **complexidade jurídica** deve ser enfrentada pelo próprio magistrado da causa, com seus conhecimentos pessoais, e com o estudo e pesquisa especial do caso concreto sob julgamento, podendo contar para isso, quando muito, com o apoio de assessoria técnico-jurídica.

\* Professor-Doutor, aposentado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Não é dado ao juiz, no sistema brasileiro, se eximir de sentenciar ou despachar “alegando lacuna ou obscuridade da lei”, como é expresso o art. 126 do Código de Processo Civil brasileiro.

Por vezes, uma norma jurídica contém disposição de tal abrangência e complexidade, como a do art. 225 da Constituição Federal brasileira, que a determinação de seu alcance pleno reclama conhecimentos das mais variadas áreas, que o juiz sozinho não é capaz de dominar. Aliás, o mencionado dispositivo constitucional, embora já dotado de eficácia imediata, no sentido de que deve ser judicialmente assegurado o comando nela contido, de que o uso do meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo e por isso deve ser feito de modo a não prejudicar as “presentes e futuras gerações”, falta-lhe no entanto densidade suficiente quanto à forma, modo e quantidade de sua utilização por uma geração. Nesse aspecto faltante, deve haver a ponderação complementar dos Poderes Legislativo e Executivo para que o mandamento constitucional ganhe plena densidade aplicativa (nosso trabalho “*Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – ‘mínimo existencial’ e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*”, in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Gen-Forense, 2011, n. 4, págs. 220-223).

Já a complexidade quanto à **matéria de fato**, cuja elucidação por vezes exige **provas técnicas** ou **científicas**, não poderá ser solucionada pelo juiz apenas com seus conhecimentos pessoais, pois, por mais preparado que ele seja, seus estudos certamente não abarcarão todos os campos do saber humano. Necessitará, nessas hipóteses, do concurso de pessoas especializadas na área específica, que poderão ser convocadas para a realização de prova técnica no curso do processo.

Em relação a alguns temas, os estudos científicos podem ter sido realizados fora do processo, por alguma instituição pública ou privada, e devidamente testados seus métodos, conferidos seus resultados e publicadas suas conclusões, contando já com o apoio da comunidade científica. Numa hipótese assim, essa prova científica poderá ser trazida ao processo, por uma das partes, com o objetivo de influir no convencimento do juiz no julgamento da causa a ele submetida. A discussão que eventualmente poderá suscitar as partes será mais sobre a pertinência ou adequação da prova científica em relação ao objeto litigioso do processo, e menos sobre sua confiabilidade.

### 3. Dos processos coletivos

Os processos coletivos no sistema jurídico brasileiro é regulado por um microssistema jurídico formado pela Lei 7347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e pelas normas processuais do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei n. 8078/1990).

Destinam-se esses processos à tutela dos interesses ou direitos difusos, dos interesses ou direitos coletivos e interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, ns. I, II e III, do CDC).

A **complexidade do litígio** não reside, no mais das vezes, na caracterização do bem jurídico como difuso, coletivo ou individual homogêneo, mas na correta avaliação da **alegação de sua violação**. A complexidade, portanto, está no **aspecto passivo** da causa de pedir, e não em seu **aspecto ativo** (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Forense, 25ª ed., Cap. I, § 1º, n. VI, pág. 17).

Ninguém põe em dúvida que o **meio ambiente ecologicamente equilibrado** seja um bem coletivo, um patrimônio de todo o povo. Mas a alegação de sua lesão, por exemplo, por meio da utilização de uma área agriculturável para cultivo de **produto geneticamente alterado**, é objeto, na atualidade, de intensa discussão entre produtores, fornecedores de sementes geneticamente alterados, consumidores, cientistas e políticos. Sendo judicializado um conflito dessa natureza, a **complexidade do litígio** será tão elevada que o Judiciário se verá em imensa dificuldade para decidi-lo. Em litígios dessa espécie, que tem por foco o **controle de uma política pública pelo**

**Judiciário**, há muitas vezes, na parte em que a norma constitucional não contém densidade normativa suficiente, a necessidade de prévia ponderação de outros Poderes do Estado.

A respeito do controle de políticas públicas, temos sustentado, seguindo o entendimento de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“*O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*”, in *O Controle Jurisdicional de Políticas*, Gen-Forense, 2011, págs. 125-150), que ao Judiciário brasileiro é dado proceder ao controle da correta implementação das políticas públicas, que estejam plenamente definidas nas próprias normas constitucionais ou em legislação ou atos infra-constitucionais (“*Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. ‘Mínimo existencial’ e demais Direitos Fundamentais Imediatamente Judicializáveis*”, in *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Gen-Forense, 2011, págs. 213-224).

Um outro exemplo que ilustra bem a **complexidade dos litígios** veiculados por meio de processos coletivos é a ofensa à saúde pública mediante o lançamento de medicamentos para certas moléstias, que provocam efeitos colaterais extremamente danosos, causando sequelas variadas e de diferentes intensidades em inúmeras vítimas. A providência de alcance coletivo, que seria a proibição de comercialização desse produto e seu imediato recolhimento, é de adoção relativamente fácil, mas a extensão dos danos individuais em cada uma das vítimas afetadas dependerá de uma abrangente prova técnica ou científica, com exames clínicos e laboratoriais, que tomará muito tempo até sua final conclusão.

Idêntica complexidade apresenta uma ação coletiva ajuizada contra dezenas de empresas industriais localizadas numa localidade, cada qual lançando diferentes tipos de efluentes na atmosfera e em quantidades variadas, sendo todas elas acusadas coletivamente de poluição e de grave degradação de todo meio ambiente circundante. Como determinar a responsabilidade de cada uma das empresas, se os efluentes são de natureza e de nocividade variadas? O princípio da responsabilidade solidária aplicada sem qualquer espécie de distinção poderá dar ensejo a injustiças.

Também as demandas individuais podem trazer litígios de alta complexidade, principalmente quanto à matéria de fato. Nas ações de indenização por danos resultantes de poluição industrial, por exemplo, com alegação de lesões físicas das mais variadas espécies e também sequelas psicológicas, traz ao juízo, não raro, dificuldades enormes na determinação do nexo de causalidade entre os males e a poluição e também na mensuração dos danos.

#### 4. Das provas técnicas ou científicas

Para todos esses litígios complexos, sejam coletivos ou individuais, assumem particular importância as provas técnicas e científicas.

No direito anglo-saxônico, em especial nos Estados Unidos, é bastante intensa a preocupação por essas espécies de provas, com vários precedentes a respeito do tema, inclusive da Suprema Corte, sendo precedente emblemático o caso DAUBERT. Informa MICHELE TARUFFO que “la ciencia que se introduce en los procesos no es siempre ‘buena’ o sea válida y confiable. Es muy generalizada también la ‘ciencia mala’ (esto es la *junk science* o ‘ciencia barredura’), o sea el empleo de nociones pseudo-científicas que están en realidad privadas de cualquier confiabilidad, y que el juez utiliza extrayéndolas de su ‘ciencia privada’ (cuando se comporta como aprendiz de brujo), o le son suministradas por peritos que no están a la altura de la situación”.

Em razão disso, esclarece TARUFFO, a partir do caso DAUBERT, decidido em 1993, vem se desenvolvendo uma “literatura muy amplia en la cual se tratan varias cuestiones relativas a la exigencia de garantizar que la ciencia que el juez emplea sea ciencia ‘buena’, así como el papel de garante de la validez de los conocimientos científicos a los cuales se hace referencia, que el juez se debe desempeñar en la admisión y el control de las pruebas científicas” (“*El juicio pronóstico del juez entre*

*ciencia privada y prueba científica*”, in Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil, Temis, 2006, trad. de Beatriz Quintero, pág. 316).

Informa LUÍS FERNANDO DE MORAES MANZANO, na substanciosa monografia intitulada **Prova Pericial**, que “*a doutrina norte-americana confere grande relevo à função que denomina de **gatekeepers**, salientando que o **trial court** –que, para nós, seria o juiz– tem não apenas o **poder**, mas o **dever** de atuar como **gatekeeper** e assegurar que a prova admitida ao processo seja não apenas **relevante**, mas também **confiável***”.

E esclarece que a questão da admissibilidade da prova científica é mais importante no sistema norte-americano que no processo brasileiro, “**pois será apresentada ao júri, pelo que tal atividade jurisdicional funciona como um filtro, a evitar que os jurados sejam contaminados por provas falsas, pseudocientíficas e levados a uma conclusão injusta por mera retórica de uma das partes**” (Ed. Atlas, 2011, n. 6.2, pág. 188).

No sistema processual brasileiro, a **prova científica** é espécie de prova pericial, que se realiza no próprio processo, cabendo ao juiz nomear perito, que é a pessoa detentora de conhecimento técnico ou científico. As partes poderão indicar assistentes técnicos para acompanhar a prova técnica ou científica a ser realizada pelo perito do juízo. Se a natureza do fato permitir, a “perícia poderá consistir na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes” no curso da audiência de instrução e julgamento. A prova pericial está disciplinada nos arts. 420 a 439, do Código de Processo Civil brasileiro. O art. 436 explicita o **princípio de que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, “podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos**”. E o art. 437 estatui que o juiz poderá determinar a realização de **nova perícia**, “quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida”. Mas adverte o parágrafo único do art. 439, que “a segunda perícia não substitui a primeira, **cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra**”. Daí, porque se diz que o juiz é **peritus peritorum**.

Sendo apresentada no processo, por uma das partes, uma **prova científica produzida fora do processo**, por alguma instituição pública ou privada, será ela submetida ao crivo do contraditório da parte contrária e à cognição do juiz da causa, que poderá eventualmente nomear pessoa especializada na matéria para proceder à análise de seu conteúdo e à avaliação de sua relevância e confiabilidade.

Nesse tipo de prova, como bem anota CARLOS ALBERTO DE SALLES, “o determinante da decisão passa a ser externo ao processo no sentido de o peso, o grau de certeza e a confiabilidade da prova não serem submetidos a contraditório e extraídos de desenvolvimento processual” e acrescenta a seguir que o “elevado consenso e grau de confiabilidade emprestado a esse tipo de prova dispensam o juiz investigar seus mecanismos internos implicados na sua produção. Nesse sentido, é muito provável que o julgador acate a prova sem ter a mais vaga ideia de quais são os mecanismos científicos determinantes de sua produção, até porque são reduzidíssimas as possibilidades de negar sua validade e valor probatório, tamanha a aceitação em torno de certeza científica dela proveniente” (“*Processos coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova*”, in A Ação Civil Pública, após 25 anos, obra coletiva coordenada por ÉDIS MILARÉ, RT, 2010, pág. 148).

Enfim, caberá ao juiz valorar quaisquer provas científicas que forem produzidas ou trazidas de fora para o processo. E, como adverte MICHELE TARUFFO, “**el juez está obligado –a propósito de todo elemento de prueba científica que ha sido adquirido de cualquier manera en el juicio– a explicitar las razones por las cuales ha considerado que aquellos elementos de prueba fueron o no fueron admisibles y estaban o no dotados de un determinado grado de eficacia probatoria en relación con los hechos de la causa. Es desarrollando esta tarea, sobre todo, que el juez está llamado a cumplir su función de **peritus peritorum** en el significado que se**

*ha aclarado recientemente: él no está obligado a volver a recorrer todo el iter del análisis, de los experimentos, de los cálculos y de las valoraciones que ha efectuado el experto para formular el parecer que ha sometido al juez, pues esto sería imposible. El juez debe, empero, enunciar los criterios con base en los cuales ha formulado su propria interpretación y valoración de los datos y de las informaciones científicas que el experto ha sometido a su atención. En particular, el juez debe justificar con argumentos oportunos el juicio que ha formulado sobre la admisibilidad de la prueba científica, la relevancia que ésta tiene para la determinación de los hechos de la causa y el grado de confirmación probatoria que la prueba ofrece para la decisión sobre los hechos, incluso desde el punto de vista de la satisfacción o falta de satisfacción de los estándares probatorios que se aplican en los distintos tipos de proceso” (“Ciencia y proceso”, in Páginas sobre justicia civil, trad. de Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, 2009, pág. 478).*

## 5. Das medidas provisionais em litígios complexos e nos processos coletivos

As **ações coletivas brasileiras**, quando são ajuizadas por entes públicos legitimados, como o Ministério Público, são em regra precedidas uma **prévia fase investigatória**, com a instauração de inquérito civil ou outro procedimento investigatório. No curso dessa investigação é possível que seja realizada uma perícia técnica ou prova científica. A eficácia probante dos elementos colhidos no curso dessa investigação prévia dependerá da observância do princípio constitucional do contraditório e deverão ser devidamente avaliados pelo juiz no processo em que eles vierem a ser apresentados.

No direito processual brasileiro, os requisitos básicos para a antecipação da tutela, ou de seus efeitos, são: a) existência de “prova inequívoca”; b) juízo de verossimilhança da alegação do autor; e c) situação de perigo (fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação). A antecipação poderá ser concedida mesmo sem a situação de perigo desde que “fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, “caput” e incisos I e II, do Código de Processo Civil).

Em se tratando de **prova científica**, nem sempre é possível se falar em “prova inequívoca”, como ficou acima salientado. Sua avaliação, principalmente na fase inicial de antecipação de tutela, ou de seus efeitos, deve ser feita com muita ponderação, considerando-se não somente o conteúdo da prova científica, mas principalmente a verossimilhança da alegação da parte e as demais provas em que ela esteja apoiada.

Em matéria de direito ambiental, tem sido invocado o **princípio da precaução** e a **inversão do ônus da prova dele derivada**, para a concessão de medidas provisionais que tutelem o bem jurídico coletivo.

Assim, no julgamento do Recurso Especial n. 1.285.463-SP, o Superior Tribunal de Justiça, pela sua Segunda Turma, em acórdão relatado pelo Ministro HUMBERTO MARTINS, deixou enunciada a ementa assim redigida:

**“O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida prevalece a defesa do meio ambiente”.**

Dizia respeito, o recurso julgado, à “queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas”, e a Turma Julgadora entendeu que o uso do fogo no processo produtivo agrícola somente é autorizado pela lei para os “pequenos produtores que

retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para exercício desta, que não o uso do fogo”, não podendo ser utilizado esse método pelas “atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercida empresarialmente, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente”.

Em outro precedente, na ação coletiva de reparação de “dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio”, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 883.656-RS, em acórdão relatado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, deixou enunciadas, entre outras, as seguintes ementas:

*“O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória, assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p.ex., a inviabilizar pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito”.*

*“No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e ope legis, direta ou indireta (esta última se manifesta, p.ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e ope iudicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo)”.*

*“Como colorário do princípio in dubio pro natura, justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento...”*

## **6. Da necessidade de criação de juízes especializados, com assessorias especializadas de apoio aos juízes para análise das provas técnicas ou científicas**

Somente juízes especializados, com experiências e estudos especializados, estarão melhor capacitados para o julgamento dos litígios complexos e para a valoração das provas técnicas ou científicas, dando pleno cumprimento às recomendações acima transcrita de MICHELE TARUFFO, no tocante ao cumprimento da obrigação de motivar adequadamente suas decisões.

Mas, nem mesmo eles poderão dar cumprimento pleno à função, por mais preparados que sejam, pois são tão variadas as matérias que esses litígios abrangem e tão complexos os conhecimentos técnicos ou científicos que elas exigem. Há, em consequência, manifesta necessidade de organização de serviços de assessoria especializada, que auxiliem os juízes de forma competente na análise e valoração das provas técnicas ou científicas.

Esses serviços de assessoria especializada poderiam ser organizados regionalmente ou de forma centralizada pelos tribunais, mas de fácil acesso pelos juízes que necessitam de seu apoio.

Essa ideia de serviço de apoio aos juízes, sugerida pelos juízes de primeiro grau numa reunião de estudos, foi aproveitada no *Projeto de Lei de Processo Especial para controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário*, elaborado pela Profa. ADA PELLEGRINI GRINOVER, com nossa participação, e está presentemente em fase de discussão com setores profissionais interessados. O **parágrafo único do art. 26** desse Projeto de Lei dispõe que: **“Cada circunscrição judiciária organizará e manterá comissões de especialistas destinadas a assessorar o magistrado nos diversos setores de políticas públicas, fornecendo dados e informações que o auxiliem em sua decisão”**.

Anota com muita propriedade MICHELE TARUFFO, que **“se ilusionaría quien**



---

*pensase que el empleo cada vez más extendido y frecuente de la ciencia, como instrumento de conocimiento de los hechos en el ámbito del proceso, tiene el efecto de hacer más fácil la tarea del juez, o incluso de permitirle delegar en otros la formulación de decisiones difíciles y laboriosas.”*

E conclue: *“El recurso a la ciencia constituye, en efecto, un poderoso instrumento de determinación procesal de la verdad de los hechos, pero implica dificultades que no deben infravalorarse y que el juez debe saber afrontar”* (“Ciencia y proceso”, *op. cit.*, pág. 480).





**LOS RECAUDOS PARA APROBAR UN ACUERDO. LA COSA  
JUZGADA. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA**



## **LOS RECAUDOS PARA APROBAR UN ACUERDO, LA COSA JUZGADA Y LA LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS/CLASS ACTIONS EN AMÉRICA**

por SANTIAGO PEREIRA CAMPOS\*

con la colaboración de VIRGINIA BARREIRO\*\* y SANTIAGO LABAT\*\*\*

### **I. La búsqueda de soluciones entre el caos y el laberinto**

Desde hace ya unos cuantos años, en diversos eventos académicos, la doctrina procesal trabaja en la difícil tarea de encontrar soluciones al fenómeno de los procesos colectivos. En Iberoamérica el Código Modelo de Procesos Colectivos es, sin lugar a dudas, el jalón más importante en este trabajo incesante. Prueba de estos esfuerzos de investigación es esta Conferencia donde procesalistas de todo el mundo nos reunimos en torno a los procesos colectivos/class actions como tema central, analizando las diversas aristas de tan complejo instituto jurídico.

Mucho se ha avanzado en los últimos años. Sin embargo, en varios países de América, existe todavía nula o escasa regulación y poca información y jurisprudencia sobre procesos colectivos, siendo aún una temática de especialistas, difícil de transmitir a juristas de otras disciplinas, a legisladores, administradores y a la sociedad civil. Como se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos: “la situación de la defensa de los derechos transindividuales en Iberoamérica, es insuficiente y heterogénea, por no decir caótica. Y también se percibe que diversos países están sintiendo la necesidad de legislar sobre la materia”.

En los países con regulación más específica y mayor experiencia sobre procesos colectivos/class actions (Brasil, Estados Unidos, Canadá, Colombia, Argentina), los sistemas son objeto de defensa cerrada de parte de unos y críticas feroces de parte de otros. A ello se suman grandes intereses económicos en pugna y el riesgo de la utilización con propósitos espurios de estos procesos, que podrían transformarse, para las voces apocalípticas que nunca faltan, en un monstruo ingobernable<sup>1</sup>.

\* Profesor Titular de Derecho Procesal y de Litigación por Audiencias, Facultad de Derecho, Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Integra el Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA-OEA). Profesor de Derecho Procesal del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU-Poder Judicial uruguayo). Profesor Titular del Postgrado en Derecho Procesal Aplicado de la Universidad de Montevideo. Socio de RUEDA ABADI PEREIRA. Investigador Activo de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII). Consultor de PNUD, ONUDI, BID, FOMIN, CEJA y del Instituto del BANCO MUNDIAL. Las opiniones del relator general son formuladas a título personal y no comprometen a las instituciones que integra. spereira@rap.com.uy.

\*\* Docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.

\*\*\* Docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> En Estados Unidos, las class actions tienen defensores pero también fervientes críticos que llegan a hablar de la “holy war against class actions” e incluso se las ha denominado el

Se nos plantea entonces el apasionante desafío de encontrar soluciones para la Justicia Colectiva, que sean adecuadas a la realidad social y al sistema jurídico de cada uno de los países de América. Es que, a pesar de todos los esfuerzos, como lo ha señalado OTEIZA<sup>2</sup>, hay un creciente grado de incertidumbre sobre cuáles son las mejores estrategias de política pública para regular los procesos colectivos<sup>3</sup>.

Entre el caos<sup>4</sup>, la indiferencia, la falta de soluciones y/o los intrincados laberintos<sup>5</sup> creados por el legislador y/o por la jurisprudencia, muchos de los países de América requieren de nuestro esfuerzo. Nuestra tarea, más que explicar los sistemas, es esencialmente encontrar la forma de dar las soluciones más simples posibles a un tema por demás complejo. Ello, en el convencimiento de que los procesos colectivos son necesarios y es por ende imprescindible un mecanismo adecuado que efectivice los derechos sustanciales colectivos, permitiendo hacer justicia. Como enseñan MORELLO y CAFFERATTA<sup>6</sup>, no hay problema que no deba ser captado en sus diversos pliegues y dificultades desde tres dimensiones: la constitucional, la social y la internacional<sup>7</sup>, de manera sistémica y finalista, procurando que las respuestas valiosas,

monstruo Frankenstein (Ver el ya famoso trabajo de MILLER, "Of Frankenstein monster and shining knights: myth, reality and the class action problem", 92 *Harvard Law Review*, 1979). PÉREZ RAGONE señala que los excesos y el empleo errado del instituto procesal en EE. UU. deben ser tenidos en cuenta al momento de definir un modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. Indica que la visión negativa de las acciones de clase parte de consideraciones no sólo empíricas, sino también dogmáticas y jurisprudenciales dentro del propio sistema procesal norteamericano y las feroces críticas a los procesos de acciones de clase (PÉREZ RAGONE, A., "¿Necesitamos los procesos colectivos?", *Procesos Colectivos*, con OTEIZA, E., Santa Fe, 2006, pp. 81 y 135).

<sup>2</sup> OTEIZA, E., "Prólogo" a VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, 2007, p. VII.

<sup>3</sup> PÉREZ RAGONE, por su parte, señala que la temática de los procesos colectivos está imbuida de una infinidad de mitos y falacias que parten ya de erróneas premisas procesales y prejuicios, ya de la mezcla argumental entre puntos de vista de derechos sustancial-formal y moral (PÉREZ RAGONE, "¿Necesitamos los procesos colectivos?" cit., p. 80).

<sup>4</sup> Escribió Ernesto SÁBATO en *Abaddón el Exterminador*: "Estaba tan cómodo en el caos que lo explicó, en lugar de solucionarlo". Con esta cita literaria tan acertada se inicia el libro de VERBIC, *Procesos Colectivos* cit., p. V.

<sup>5</sup> Dijo Jorge Luis BORGES en una entrevista: "En el laberinto hay algo muy curioso, porque la idea de perderse no es rara, pero la idea de un edificio construido para que la gente se pierda, es una idea rara. La idea de construir un edificio de una arquitectura cuyo fin sea que se pierda la gente o que se pierda el lector, es una idea rara, por eso sigo siempre volviendo al laberinto".

<sup>6</sup> MORELLO, A. y CAFFERATTA, N., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Santa Fe, 2004, p. 10.

<sup>7</sup> La dimensión internacional del problema en América tiene su ejemplo paradigmático en el polémico caso Chevron en Ecuador. En lo que constituye una de las condenas más grandes del mundo por daños ambientales, el juicio contra Chevron comenzó en 1993 cuando 88 ecuatorianos presentaron ante una corte federal de Texas una demanda por daño ambiental. En 1994, el mismo grupo presentó una demanda ante tribunales de Nueva York. Ambas cortes desecharon la demanda entendiendo que debía litigarse en Ecuador. Finalmente el caso recayó en la corte de la provincia de Sucumbíos, que tardó 18 años en dictar la sentencia y a inicios de 2012 fijó en 18 mil millones de dólares el monto que debe pagar Chevron para resarcir los daños ambientales, humanos y comunitarios causados en la amazonia norte ecuatoriana durante las operaciones de extracción de crudo de Texaco entre 1972 y 1990 por derramar toneladas de desechos tóxicos en la selva, lo que provocó enfermedades a los pueblos indígenas (Chevron compró a Texaco en 2001 y asumió sus obligaciones). Un nuevo fallo de esa Corte ecuatoriana, del 1/3/2012 ratificó la sentencia y el monto que debía pagar Chevron, mientras la Corte de Arbitraje de La Haya, pocos días después, requirió a Ecuador evitar la ejecución de ese fallo aduciendo que viola tratados de protección de inversiones suscritos entre Ecuador y Estados Unidos. La Corte Provincial de Sucumbíos no acogió el pedido de la Corte de La Haya. Los actores anunciaron que intentarán cobrar la sentencia con activos que la compañía posee en Panamá y Venezuela ya que Chevron

oportunas y acordes con la paz social y la justicia, superen los “tests” de validez y eficacia para plasmar soluciones de resultados efectivos.

Nuestro relato general pretende, desde esa perspectiva, analizar tres temas: los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América.

Dada la complejidad de los tres temas y las comprensibles limitantes de extensión impuestas al relato, nos limitaremos a dar un panorama de la situación sobre los tres temas en América y proponer algunas líneas de solución para los principales problemas planteados.

Este informe hubiera sido imposible sin el valioso aporte de los relatores nacionales, con quienes tenemos una enorme deuda de gratitud<sup>8</sup>. Desde ya asumimos la responsabilidad por los errores que podamos cometer al resumir, simplificar y/o traducir, en su caso, los relatos nacionales. Nos queda la tranquilidad de que el lector podrá consultar directamente los propios relatos nacionales que también se publican.

## II. Estado de la legislación sobre procesos colectivos/class actions en América

El estado de la legislación en materia de procesos colectivos, de acuerdo a lo que surge de los relatos nacionales relevados, es muy disímil en los países de América. Mientras que ha tenido un avance significativo en algunos países (sin perjuicio de existir grandes diferencias entre ellos, tanto respecto al grado de ese avance como a las soluciones implementadas), en otros no existen previsiones legales respecto de los procesos colectivos. Como ha señalado PELLEGRINI GRINOVER<sup>9</sup>, en relación a los países del Civil Law, el estado de los procesos colectivos si bien aún no alcanzó el estado de madurez de las class actions norteamericanas, la tendencia es que cada vez más países crean verdaderos sistemas de procesos colectivos.

A efectos de graficar la situación, clasificamos los países relevados en tres categorías: a) aquellos que no poseen regulación procesal sobre procesos colectivos/class actions; b) aquellos que poseen regulación procesal genérica o fragmentada (generalmente vinculada a la materia de relaciones de consumo y/o protección del medio ambiente, o alguna previsión general escueta sobre procesos colectivos en la codificación procesal), y c) aquellos que poseen una regulación procesal específica y más integral para los procesos colectivos.

tiene muy pocos activos en Ecuador. Chevron por su parte ha dicho que irá a cualquier tribunal, en cualquier país del mundo para luchar contra lo que calificó de fraude, conductas ilícitas y poco éticas de los demandantes. El caso se complejizó aún más por la destitución en febrero de 2012 de dos de los jueces ecuatorianos que participaron en la redacción del fallo.

<sup>8</sup> Fue cursada solicitud de relato nacional a todos los países de América que tienen miembros activos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Los países relevados especialmente en este relato general son aquellos de los cuales se recibió el relato nacional o, en su defecto, colaboración de algún experto en esa legislación. Los relatores nacionales son los siguientes: ARGENTINA: Roberto M. PAGÉS y Jorge A. ROJAS; BOLIVIA: Primitivo GUTIÉRREZ; BRASIL: Sergio Cruz ARENHART; CANADÁ: Janet WALKER; COLOMBIA: Juan Carlos GUAYACÁN; CHILE: José Pedro SILVA y Maite AGUIRREZABAL; ECUADOR: Juan FALCONI; GUATEMALA: Mauro Roderico CHACÓN; PARAGUAY: Pablo VILLALBA; PERÚ: Adrián SIMONS; URUGUAY: Luis M. SIMÓN; VENEZUELA: Rodrigo RIVERA. También agradecemos a Antonio GIDI por sus aportes respecto del sistema de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA y a Alfredo TAULLARD por sus informaciones.

<sup>9</sup> PELLEGRINI GRINOVER, A., *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. Civil Law*, Relato general al XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Salvador, Bahia, 2007.

<b>Cuadro 1</b>			
<b>Regulación legal de los procesos colectivos/class actions en América</b>			
<b>País</b>	<b>Ausencia de regulación</b>	<b>Regulación fragmentada o genérica</b>	<b>Regulación específica integral</b>
Argentina		X	
Brasil			X
Bolivia	X		
Canadá			X
Chile		X	
Colombia			X
Ecuador	X		
EUA			X
Guatemala	X		
Paraguay	X		
Perú		X	
Uruguay		X	
Venezuela <sup>10</sup>	X		

Del Cuadro 1<sup>11</sup> surge que varios países de América poseen regulación sobre procesos colectivos/class actions, y que en la mayoría de ellos es muy incompleta o se prevé para cierta clase de procesos colectivos en particular (medioambiente o consumidor, por ejemplo), careciendo de una regulación de carácter específico integral aplicable a todos los procesos colectivos.

En doctrina, el debate sobre si debe legislarse y cómo legislar sobre procesos colectivos/class actions es complejo. En efecto, aunque existen importantes voces que reclaman la aprobación de legislación en la materia en aquellos países que no la poseen<sup>12</sup> –posición a la que se pliega este relator– no siempre la exhaustiva regulación en sí misma representa una solución a la problemática identificada, pudiendo constituirse incluso en un problema más, como indican los propios relatores nacionales en algunos de los sistemas en los que estos marcos legislativos ya existen. En virtud ello y conforme los relatos nacionales, consideramos que la regulación sobre procesos colectivos y, específicamente sobre los tres temas de que trata nuestro informe, es

<sup>10</sup> El caso de VENEZUELA requiere especial destaque porque si bien no tiene regulación legal sobre los derechos colectivos y difusos –sin perjuicio de existir previsiones constitucionales al respecto (arts. 26 y concs.)– por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional, se ha subrogado la competencia para conocer de las acciones por intereses colectivos y difusos, hasta tanto la legislación adjetiva que se desarrolle en esa materia sea dictada y, provisionalmente, con carácter vinculante, ha fijado los procedimientos mediante los cuales se pueden tutelar dichos intereses (en desarrollo de la garantía prevista en el artículo 26 de la Constitución) y estableció el carácter “erga omnes” de los fallos que resolvieran dichas cuestiones.

<sup>11</sup> Este cuadro se realiza a los solos efectos de simplificar la exposición, debiendo señalarse que el criterio adoptado no siempre refleja acabadamente la realidad toda del país. Ello ocurre de manera especial en aquellos países que poseen un sistema federal.

<sup>12</sup> En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo de 2009, ha recomendado de especial manera al Congreso la aprobación de un texto legal que recoja y regule adecuadamente estos procesos (Caso “Halabi” de fecha 24/2/2009).



necesaria pero debe realizarse de manera extremadamente cuidadosa, porque la forma de implementar la Justicia Colectiva está esencialmente vinculada con las características de cada país<sup>13</sup>. Las soluciones estandarizadas en Códigos –como es el Código Modelo<sup>14</sup>– o los sistemas de derecho comparado más avanzados son sin lugar a dudas un punto esencial de partida pero no necesariamente cubren todas las necesidades propias de cada nación<sup>15</sup>. Está demostrado además que el trasplante automático de soluciones legislativas de un país a otro suele fracasar, debiendo siempre pasarse por el tamiz de la realidad<sup>16</sup>.

### III. Recaudos para aprobar acuerdos en materia de procesos colectivos/class actions en América

#### 1. Planteo de la cuestión

Los acuerdos en materia de procesos colectivos plantean interesantes cuestio-

<sup>13</sup> A los procesos colectivos en Uruguay nos hemos referido en anteriores trabajos, de los que surgen nuestras opiniones y a los cuales nos remitimos: PEREIRA CAMPOS, S., “Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada”, *Estudios de Derecho Procesal en homenaje al Prof. Dr. Enrique Vescovi*, Montevideo, 2000; VESCOVI, E.; DE HEGEDUS, M.; KLETT, S.; SIMON, L.; CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S., *Código General del Proceso. Comentado, Anotado y Concordado*, tomo 6, Montevideo, 2000, comentario al art. 220; PEREIRA CAMPOS, S., “Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2000; LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., “Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay”, Roma, 2002 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 1/2002; PEREIRA CAMPOS, S., “Los procesos colectivos. Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, Roma, 2004 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 3/2003; PEREIRA CAMPOS, S. y GARDERES, S., “Representación de intereses difusos y defensa del medio ambiente”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2003; PEREIRA CAMPOS, S. y GARDERES S., “Intereses difusos y defensa del medio ambiente (Inhibición o interdicción a ANCAP de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, N° 2/2005; PEREIRA CAMPOS, S., “Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos”, Bahía, 2007 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 1/2007.

<sup>14</sup> El estado de situación de la influencia del Código Modelo de Procesos Colectivos en las legislaciones internas fue tratado en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Lima, 2008). Indicó el relator general RAMÍREZ: “Es anecdótico constatar que, pese a esa importancia (el Código Modelo) no haya recibido el impulso que merece para tener vigencia entre nuestros países. Las razones para ello de alguna manera están explicadas en las conclusiones de los informes recibidos de Uruguay, Colombia y Argentina. Sin embargo se percibe que algo más se puede hacer para que despliegue su influencia. Es probable que haber denominado Código a la propuesta pueda constituir un impedimento formal, pues bien sabemos lo difícil que es llegar a promulgar un código desde nuestros poderes legislativos” (RAMÍREZ, N., “El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”, *Derecho Procesal*, Lima 2008, p. 284).

<sup>15</sup> Se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos: “El Código –como su propia denominación dice– debe ser tan sólo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo”.

<sup>16</sup> PÉREZ RAGONE habla de “trasplante legal responsable”: “el trasplante de institutos de sistemas jurídicos de un sistema a otro demuestra que pueden afinarse las virtudes, evitarse los errores y obtenerse un resultado menos defectuoso del «sistema madre»” (PÉREZ RAGONE, “¿Necesitamos los procesos colectivos?” cit., p. 137). En este sentido, TRIONFETTI ha dicho: “La tutela jurisdiccional de los derechos colectivos no puede hacerse en el vacío sino sobre un tipo determinado de sistema judicial... El Derecho es un oficio de lugar. Siempre se trata de extraer inducciones y leyes generales de y para situaciones locales... El Derecho depende de cómo una sociedad determinada observa las cosas y qué cosas importan. Y esto varía. Frente al tema de la polución que generan los automóviles, Toyota contrató ingenieros y Ford, abogados. Las perspectivas cambian según las culturas” (TRIONFETTI, V., “Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos”, *Procesos Colectivos* cit., pp. 174 y 175).

nes. La trascendencia del tema se pone de manifiesto a poco que pensemos en la posibilidad de que un acuerdo colectivo pueda estar viciado en su consentimiento, o que quien actúa en representación de los derechos colectivos o difusos no cuente con la representación adecuada, o en el riesgo de fraude o colusión procesal entre las partes intervinientes para perjudicar al grupo.

Frente a ello, son varias las cuestiones a resolver:

a) ¿Es procedente la realización de acuerdos en materia de procesos colectivos/class actions? ¿Es aconsejable optar por un sistema que admita la disponibilidad de estos derechos colectivos mediante transacción o conciliación o tal posibilidad debiera estar vedada por la legislación?

b) De admitirse, ¿cuál debe ser el alcance/límites de los acuerdos colectivos?

c) ¿Es necesaria la intervención del Juez para dotar al acuerdo de eficacia? En caso afirmativo, ¿qué recaudos debieran exigirse para la aprobación judicial?

d) ¿Cómo se realiza la publicidad de los acuerdos?

e) ¿El contenido del acuerdo puede alcanzar a aquellos que no participaron en él pero que pertenecen a la clase o grupo que lo suscribió?

f) ¿Qué sistema se adopta para permitir que miembros de la clase se incluyan o se excluyan del acuerdo?

g) En caso de no existir regulación sobre acuerdos colectivos, ¿son aplicables las normas clásicas que asimilan el efecto de la transacción aprobada judicialmente al de la cosa juzgada? Los efectos del acuerdo colectivo aprobado, ¿se extienden a todos los miembros de la clase o grupo?

h) ¿Cómo se solucionan los eventuales conflictos de interés entre los propios miembros de la clase y/o entre abogados y/o entre el abogado de la clase y la propia clase?

## 2. *Las previsiones sobre acuerdos colectivos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*

Si bien en el Código Modelo no se regulan específicamente los acuerdos colectivos, de varias de sus disposiciones surge la posibilidad de que las partes arriben a un acuerdo conciliatorio<sup>17</sup>. El Par. 3º del art. 11 dispone: "preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación". En lo que refiere a la aprobación de un acuerdo conciliatorio se prevé en el parágrafo 4º que será homologado por sentencia, la que constituirá título ejecutivo judicial<sup>18</sup>. El art. 3º, Par. 5º prevé que el "Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán requerir de los interesados el compromiso administrativo de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial".

No obstante estas referencias del Código Modelo al acuerdo conciliatorio, no se incorporaron disposiciones relativas a los requisitos para la celebración del acuerdo, ni al rol que deberá desempeñar el juez al momento de su intervención, ni a los efectos

<sup>17</sup> En efecto, en el art. 11, al establecer las actividades que se desarrollan en la audiencia preliminar, se admite implícitamente la posibilidad de conciliar, al establecerse que a la audiencia comparecerán las partes o sus procuradores, quienes deberán estar habilitados para transigir. Vuelve a admitirse la posibilidad de un acuerdo conciliatorio, en el parágrafo 1º del mismo artículo, al cometerle al Juez tentar la conciliación e incluso a sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral del conflicto. Al referirse a la evaluación neutral del tercero, el Código Modelo establece que su resultado no es vinculante para las partes, desde que su finalidad es orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.

<sup>18</sup> La distinción entre juicio ejecutivo y juicio de ejecución, y entre título ejecutivo y título de ejecución, suele ser confusa en los distintos países de Iberoamérica.

que un acuerdo de esta naturaleza puede tener sobre las personas que no estuvieron presentes a la hora de su celebración pero que ingresan en la clase o pertenecen al grupo de sujetos que sí lo hicieron. Ello tiene íntima relación con los efectos (alcance) que el acuerdo puede tener, respecto de aquellos sujetos que pertenecen a la clase o grupo pero que no comparecen a celebrar el acuerdo. En definitiva, el Código Modelo ha optado por la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, lo que determina que los acuerdos colectivos se limitan fundamentalmente a compromisos de ajuste de la conducta del condenado<sup>19</sup>.

### 3. La regulación de los acuerdos colectivos en los países de América

Varios ordenamientos americanos carecen de una regulación puntual sobre acuerdos colectivos y, en algunos que cuentan con disposiciones referidas a los mismos, se cuestiona su alcance.

<b>Cuadro 2</b>		
<b>Regulación legal de los acuerdos colectivos en América</b>		
<b>País</b>	<b>Ausencia de regulación</b>	<b>Previsión específica</b>
Argentina		X
Brasil		X
Bolivia	X	
Canadá		X
Chile		X
Colombia		X
Ecuador	X	
EUA		X
Guatemala	X	
Paraguay	X	
Perú	X	
Uruguay	X	
Venezuela	X	

De los relatos nacionales analizados se desprende que, en general, es escasa la regulación sobre este punto, pudiendo destacarse previsión específica en Argentina,

<sup>19</sup> Expresa GIDI: “La mayoría de los juristas brasileños, incluso el autor de este artículo, niega que los representantes en las acciones colectivas brasileñas (o en el Código Modelo) tengan amplios poderes para negociar acuerdos colectivos con la contraparte del grupo. Los órganos públicos sólo pueden hacer concesiones limitadas sobre la forma como el demandado cumplirá o ‘ajustará’ su conducta a la ley. El propio Código Modelo prescribe que ‘el bien jurídico colectivo’ es indisponible”. Agrega luego: “Mientras no exista una norma reglamentando un procedimiento para evaluar la adecuación de los acuerdos en Brasil y en el Código Modelo, tal como sucede en el derecho norteamericano, la práctica de realizar nuevos acuerdos no deberá ser permitida y el ‘compromiso de ajuste de conducta’, previsto en el art. 3º, Par. 5º del Código Modelo, deberá ser la única posibilidad. Sin la existencia de controles adecuados, la concepción de un efecto vinculante a cualquier acuerdo en una acción colectiva sería una solución extremadamente peligrosa en Iberoamérica y de nefastas consecuencias” (GIDI, A., “Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”, *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, México, 2003, pp. 418 y 419).

Brasil, Canadá, Colombia, Chile y Estados Unidos de América, admitiéndose en algunos casos los acuerdos con alcance muy limitado y en otros con amplio alcance.

En ARGENTINA, según informan los relatores nacionales PAGÉS y ROJAS, aunque no existe una ley específica general sobre procesos colectivos<sup>20</sup>, existe legislación especial relativa a consumidores<sup>21</sup>. El mecanismo de homologación del acuerdo por auto judicial fundado<sup>22</sup> consiste en un proceso sumario con preceptiva intervención del Ministerio Público, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados (naturalmente, con la salvedad de que el mismo sea el promotor de la incidencia colectiva). En cuanto a la eficacia de la sentencia homologatoria, la ley argentina parece relativizar la fuerza de la cosa juzgada en la especie, ya que el tercero usuario o consumidor que pretenda amparo en la sentencia obtenida en el proceso homologatorio del cual no participó, debe tener condiciones similares que aquellos quienes hayan participado y no debe haber manifestado con anterioridad a la sentencia –en los términos y condiciones que el juez disponga– su voluntad de exclusión del acuerdo arribado. Esta solución legal adoptada a nivel nacional ha sido incorporada por la legislación interna de algunas provincias (entre otras, San Luis, Chubut y Santa Cruz).

La ausencia o escasez de regulación sobre los acuerdos colectivos en algunos países no responde necesariamente a una falta de consideración del tema por parte del legislador, sino a la problemática referente a la posibilidad de disponer sobre los derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. En efecto, en algunos casos la falta de específica previsión legal responde a una posición de principio o “policy” del Estado al respecto. Tal pareciera ser el caso de BRASIL, tal como lo ilustra el relator nacional ARENHART<sup>23</sup>. Ante la imposibilidad de disposición sobre estos derechos, se disciplina la figura del “compromiso de ajustamiento de conducta”, instrumento mediante el cual se estipula un plazo y determinadas condiciones para que el eventual infractor adecue su conducta a las previsiones legales en materia de defensa de estos intereses. Así, destaca que este tipo de instrumentos no permite la disposición del derecho en cuestión sino que únicamente tiene por finalidad, bien la prevención del conflicto, bien la reparación del daño. Esta clase de compromi-

<sup>20</sup> Señala DE LOS SANTOS que no existe en Argentina una regulación procesal general para este tipo de procesos que contemple de modo eficaz sus relevantes particularidades (DE LOS SANTOS, M., “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 2006).

<sup>21</sup> Dicen los relatores argentinos: “...el art. 54 de la ley de defensa del consumidor 24.240 con su última modificación por la ley 26.361, dispone que ‘para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. 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”.

<sup>22</sup> Cf. LORENZETTI, R., *Justicia Colectiva*, Buenos Aires, 2010, pp. 281-282.

<sup>23</sup> El relator brasileño explica el punto: “La ley brasileña no trata propiamente al acuerdo sobre las acciones colectivas. Y no lo hace por una razón: se supone para la doctrina mayoritaria que son indisponibles en forma generalizada los intereses metaindividuales y, al menos para los legitimados para la acción colectiva, los intereses individuales de masa. Todavía, esta valla a la transacción (respecto del contenido del derecho) comporta ciertas peculiaridades. Por ello se admite un cierto margen de ‘discrecionalidad’ en la estipulación de la ‘forma’ y del ‘plazo’ para la satisfacción de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Vale decir que, si no puede el legitimado colectivo transigir sobre el contenido del derecho en sí, puede, con ciertos límites, acordar respecto del plazo para el cumplimiento de determinadas obligaciones o sobre la forma de satisfacer el derecho” (traducción libre del relator general).

Los acuerdos de clase pueden ser utilizados exclusivamente por entidades de "derecho público" que se encuentran legitimadas para el ejercicio de la acción civil pública, y no pueden ser aplicados en lo que tenga relación con actos de deshonestidad administrativa<sup>24</sup>.

En CANADÁ informa la relatora nacional WALKER que existe regulación de los procesos de clase en las reglas de la Corte Federal y en la legislación de las provincias, basada en la Federal Rule 23 de los Estados Unidos. Los acuerdos colectivos son ampliamente admitidos, teniendo un rol preponderante el tribunal en su aprobación. La legislación prevé que los procesos que hayan sido certificados como procesos colectivos o de clase pueden ser suspendidos o abandonados con la aprobación del juez en los términos que éste considere apropiados. Los acuerdos son obligatorios para todos los miembros de la clase, únicamente después de ser aprobados por el juez<sup>25</sup>. En cuanto al contenido del acuerdo, la relatora nacional informa que generalmente tendrá como fin la creación de un fondo del cual los demandantes podrán cobrarse una indemnización, o un mecanismo mediante el cual individualmente se presenten los reclamos.

En Canadá los procesos colectivos suelen resolverse antes del litigio. Los demandados prefieren llegar a un acuerdo respecto de la creación de un fondo que les asegure saber cuánto dinero está comprometido. La determinación del monto que integre el fondo puede resultar complejo y requerir evidencia por muestra o estadística. Por su parte, los demandantes también suelen preferir un acuerdo, ya que les permite conocer la cantidad de dinero que recibirá cada uno de ellos. Como esta solución puede ser desventajosa para el demandado por la incertidumbre que se crea respecto del límite de su responsabilidad, se plantea la alternativa, denominada "ratcheting down", que implica incluir en el acuerdo un tope máximo, que en caso de ser excedido, implicará que se prorrateen los montos adjudicados individualmente.

Los abogados de la clase y del demandado deben solicitar conjuntamente la aprobación judicial del acuerdo ("fairness hearing"). Se han presentado dificultades para los jueces en el manejo de estas audiencias de aprobación de acuerdos, por razones tales como el interés económico del abogado de la clase, que está fuera de toda proporción en comparación con el del abogado de un miembro de la clase actuando individualmente. El interés del abogado de la clase puede entrar en conflicto con el interés de la clase<sup>26</sup>. Estas dificultades pueden ser atenuadas a través de la participación del tribunal en la certificación del reclamo. Así, el juez debe determinar si el representante de la clase podrá representarla de manera justa y adecuada, analizando el plan de litigio y, por tanto, evaluando el asesoramiento legal de la clase, así como la probabilidad de que el abogado acepte una oferta desventajosa de acuerdo debido a las dificultades económicas por prolongadas negociaciones<sup>27</sup>. Existen otras

<sup>24</sup> Art. 5º, num. 6º de la Ley N° 7347/85 y art. 17, num. 1º de la Ley 8492/92.

<sup>25</sup> Señala la relatora canadiense que a los efectos de determinar la procedencia de la certificación de un proceso colectivo y sus condiciones, la Corte debe considerar si se debe notificar a los miembros de la clase, si dicha notificación debe incluir un detalle de la forma en que se conducirá el proceso, una declaración sobre el resultado del proceso y la descripción acerca del plan de distribución de los fondos producto del acuerdo (traducción libre del relator general).

<sup>26</sup> Las negociaciones incluyen, por ejemplo, el análisis del honorario del abogado de la clase, quien podría estar tentado de poner en riesgo el recupero para la clase a fin de conseguir que se le asegure un mejor honorario. Además, en la medida que el abogado de la clase normalmente es quien asume el costo y riesgo del financiamiento del litigio con un acuerdo de honorario condicional, podría estar bajo presión de aceptar un acuerdo por un monto menor que el que se podría conseguir si siguiera negociando o siguiera el proceso, a fin de evitar largas esperas.

<sup>27</sup> Otra dificultad que señala la relatora canadiense es la posibilidad de que existan diferencias en los intereses de los miembros de la propia clase, que pueden surgir en el curso de las negociaciones. El abogado de la clase podría estar tentado de pasar por alto los beneficios de ciertos miembros de la clase, a fin de obtener un acuerdo para la clase como un todo. Sean cual fueren los conflictos de interés que afecten el compromiso del abogado de la clase de obtener el

dificultades con esta audiencia (“fairness hearing”) porque los jueces del common law prácticamente no tienen experiencia en audiencias sin confrontación de partes<sup>28</sup>, a lo que se suma la difícil posición en que se coloca al juez al tener que analizar las motivaciones del abogado en la celebración del acuerdo. Para la relatora canadiense, las circunstancias descritas, sumadas a la difícil cuantificación de las concesiones hechas en el acuerdo, hacen que sea muy difícil asegurar que el acuerdo propuesto sea justo para la clase.

A los efectos de asegurar que la “fairness hearing” cumpla su propósito, a veces es necesario presentar el acuerdo propuesto al tribunal dos veces, en una primera oportunidad, a fin de obtener la aprobación judicial para circularlo entre miembros de la clase potenciales y en una segunda oportunidad en una audiencia a la que los demandantes potenciales puedan asistir y manifestar sus objeciones. Estos eventuales opositores al acuerdo pueden ayudar al tribunal a determinar si el acuerdo es justo y adecuado<sup>29</sup>. Si bien el juez no tiene la posibilidad de volver a redactar el acuerdo, en caso de que el mismo le genere dudas, puede requerir que el abogado vuelva con una nueva propuesta para su consideración.

Cuando la certificación de la clase y la aprobación del acuerdo son solicitados al mismo tiempo, esto requiere una particular vigilancia por parte del tribunal. La relatora refiere al fenómeno conocido como “reverse auction” que implica que el abogado del demandado elija al abogado de la clase que conoce que aceptará la oferta más baja. Ello sólo podrá ser evitado por el tribunal actuando con máxima diligencia en el análisis.

En lo que refiere a los aspectos del acuerdo que la Corte debe analizar, la relatora canadiense señala los siguientes: posibilidad de obtener una indemnización, posibilidad de tener éxito en el proceso, monto y naturaleza de la prueba, términos y condiciones del acuerdo, recomendación y experiencia del abogado, costo y duración probable del proceso, consejo de partes neutrales de ser posible, número de opositores y naturaleza de sus objeciones, presencia de buena fe y la ausencia de colusión. Sin perjuicio de ello, el tribunal no tiene como función sustituir la voluntad de las partes que arribaron al acuerdo, ni cuestionar el fundamento de la acción. Pero tampoco su función es simplemente sellar la propuesta.

Los honorarios de los abogados<sup>30</sup> serán aprobados en la misma audiencia que el acuerdo, o pueden ser aprobados en una audiencia posterior. No obstante, ello es complejo porque los honorarios que el abogado de la clase espera que sean aproba-

mejor resultado para la clase, el problema se agrava por el hecho de que los miembros de la clase suelen estar menos involucrados y tener menos información de la negociación que aquella con la que cuenta el abogado (traducción libre del relator general).

<sup>28</sup> El rol tradicional de Juez en el “common law” es observar la evidencia presentada por los abogados que intentan persuadirlo a favor de su cliente y oír los argumentos de ellos a fin de determinar el mejor resultado. Por ende tiene pocas oportunidades de ganar experiencia desarrollando sus propios interrogatorios y perfeccionando sus habilidades de cuestionar testigos para poner a prueba la evidencia durante la audiencia.

<sup>29</sup> Señala WALKER que los miembros de clase potenciales que sean notificados del acuerdo propuesto tendrán la oportunidad de presentar sus objeciones por escrito o en la audiencia. También pueden oponerse los abogados que hubiesen querido actuar como abogados del proceso colectivo, organizaciones de consumidores y otras organizaciones públicas preocupadas con el bienestar de grupos como aquellos que probablemente se encuentren en la clase involucrada en dicho proceso colectivo. Estos opositores podrían estar más familiarizados que el juez con los varios temas y opciones a tener en cuenta, presentando argumentos que, de lo contrario, podrían no ser considerados por éste (traducción libre del relator general).

<sup>30</sup> Señala la relatora canadiense que puede ocurrir que varios abogados representando a distintos grupos de demandantes estén involucrados, por lo que tendrán que determinar qué parte o cantidad de trabajo hizo cada uno a fin de obtener el acuerdo en cuestión.



dos podrían tener un impacto en la naturaleza del acuerdo cuya aprobación el abogado de la clase solicitará<sup>31</sup>.

En COLOMBIA, el relator nacional GUAYACÁN distingue las “acciones populares” de las “acciones de grupo”<sup>32</sup>. En el caso de las “acciones populares” se prevé la celebración de una audiencia llamada “pacto de cumplimiento”. En esta audiencia las partes pueden establecer formas tendientes a la protección del interés colectivo y restablecerse las cosas al estado anterior, debiendo el Juez controlar la legalidad del acuerdo, sin más, en el entendido de que el magistrado debe exclusivamente preservar la indisponibilidad del interés. En esta oportunidad, se pueden obtener soluciones reales discutidas entre los intervinientes, con el compromiso respaldado por sus firmas de llevar a cabo las medidas convenidas y con el seguimiento de un comité o de un auditor para apoyar al Juez en la búsqueda del cumplimiento de los acuerdos plasmados en la sentencia. Para las “acciones de grupo” la ley (art. 61 de la Ley 472 de 1998) prevé la figura de la audiencia de conciliación que debe estar obligatoriamente programada por el juez. En la misma intervienen eventualmente y con funciones de mediación, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público (si la Defensoría fuera la promotora de la convocatoria a audiencia). En cuanto a los específicos recaudos exigidos por la ley, el relator nacional indica que no se han establecido directrices específicas pero se le ha dado fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada “ultra partes” a aquellos acuerdos celebrados ante el Juez, como ocurre con los fallos proferidos en este tipo de procesos. En general, no han existido conciliaciones en las acciones de grupos abiertos y sólo algunas pocas en grupos cerrados en donde el juez tiene la dimensión del grupo. En estos eventos, los jueces no han entrado a analizar la capacidad del representante del grupo para conciliar, ni se exige un poder expreso para el efecto.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA posee una regulación que habilita ampliamente los acuerdos. La regla 23 (e) de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)<sup>33</sup> dispone

<sup>31</sup> Los honorarios del abogado de la clase constituyen un tema de relevancia en los acuerdos. En algunos acuerdos (“common fund settlements”) los demandados ofrecen una suma global para cubrir todos los gastos, deduciendo los costos de notificación, administración del acuerdo y costos del litigio antes de repartir el monto restante a los demandantes. En otros casos, el demandado ofrece pagar los reclamos de los demandantes y, por separado, los costos asociados al proceso hasta un monto ya convenido. También puede suceder que el abogado de la clase fije un porcentaje del acuerdo, ya sea del fondo común o del monto total estimado de los reclamos efectuados, mientras que en otros casos el monto solicitado se basará en el tiempo que le dedicó al proceso multiplicado por un número que refleje el riesgo del asunto y el resultado obtenido. Muchas veces el abogado del demandado no cuestiona los honorarios del abogado del demandante porque necesita que éste apoye la propuesta de acuerdo negociada.

<sup>32</sup> En Colombia, la Ley 472 de 1998 reglamentando el artículo 88 de la Constitución Política regula dos procedimientos: uno para las acciones populares, mediante las cuales se protegen los intereses colectivos (aquellos compartidos indivisiblemente por un número plural de personas) y, por otra parte, las acciones de grupo que son las acciones indemnizatorias para reclamar colectivamente perjuicios derivados de una causa uniforme (lo que el Código Modelo y el Código Brasileño del Consumidor denominan los intereses individuales homogéneos).

<sup>33</sup> Al respecto la FRCP Rule 23 establece: “(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court’s approval”.



que los acuerdos en materia de procesos colectivos abarcan a todos los miembros de la clase, exceptuando a aquellos que hubieren solicitado expresamente ser excluidos. En este sistema se establece un procedimiento de homologación del acuerdo por el Juez que comienza con la adecuada difusión del mismo a los posibles afectados, quienes pueden solicitar ser excluidos, si es que no han manifestado ya su voluntad de no participar en el proceso (class actions bajo la Rule 23 [b][3]). El Juez actuante debe resolver en audiencia si aprueba el acuerdo arribado, considerando si el mismo implica una solución justa, razonable y adecuada a la problemática planteada. El magistrado debe verificar los alcances del acuerdo para establecer si se presenta como una solución que protege debidamente los intereses en juego. A tal fin, se consideran diversos factores, entre los cuales tiene especial relevancia el número de impugnaciones presentadas por los integrantes de la clase, las posibilidades con que cuenta la clase para triunfar en el pleito, la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho involucradas en el asunto, el monto del acuerdo comparado con el pretendido en la demanda, el costo que irrogaría proseguir con el proceso, el plan de distribución presentado con el acuerdo así como las posibilidades de su cumplimiento por parte de los demandados y, finalmente, la regularidad de las notificaciones sobre el acuerdo a los miembros ausentes<sup>34</sup>. La trascendencia de la regulación de los acuerdos se pone de manifiesto en el hecho de que un altísimo porcentaje de los conflictos colectivos en Estados Unidos termina en ellos. Señala GIDI<sup>35</sup>: “los representantes en las acciones colectivas norteamericanas negocian agresivamente con la contraparte, pudiendo hacer concesiones substanciales, incluso renunciando, total o parcialmente, a derechos de miembros del grupo con el objeto de obtener concesiones de la contraparte en otros aspectos de la controversia colectiva. Ese poder está legitimado por un sofisticado control de la adecuación del representante, del abogado, del proceso y del acuerdo. Tal procedimiento incluye una notificación amplia al grupo, la realización de una audiencia pública, el derecho de los miembros a intervenir, contestar los términos del acuerdo o excluirse del proceso y la aprobación judicial de la adecuación del acuerdo (*Rule 23 [e]*)”<sup>36</sup>.

En CHILE, los relatores nacionales SILVA y AGUIRREZABAL señalan que en el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores<sup>37</sup> se prevé la posibilidad del llamado a las partes a conciliación por el Juez, cuantas veces lo estime necesario, pudiendo el demandado realizar ofertas públicas de avenimiento. Los acuerdos quedan librados al control del Juez, quien puede rechazar los mismos, si los estima contrarios a derecho o abiertamente discriminatorios.

Finalmente, los restantes países relevados (BOLIVIA, ECUADOR, GUATEMALA<sup>38</sup>,

<sup>34</sup> Cf. VERBIC, *Procesos Colectivos* cit., p. 353.

<sup>35</sup> GIDI, *La Tutela de los derechos* cit., pp. 418 y 419.

<sup>36</sup> PÉREZ RAGONE explica que, más allá de todas estas regulaciones garantistas, algunos autores como HODGES critican las acciones de clase americanas en tanto mecanismos de lucro poco éticos para los letrados participantes y el excesivo efecto público que lleva muchas veces a que se permita arribar a un acuerdo conciliador antes que continuar el proceso. Ello, aun cuando de haber continuado el proceso, pudiera obtenerse un pronunciamiento que exima al demandado de toda responsabilidad. Advierte que no toda acción está inspirada en motivos éticos y no toda conclusión o arreglo extrajudicial se adecua a la justicia sustancial del caso (PÉREZ RAGONE, “¿Necesitamos los procesos colectivos?” cit., p. 135).

<sup>37</sup> Ley 19.496 (arts. 52 y siguientes) con reformas introducidas por la Ley 19.955.

<sup>38</sup> En GUATEMALA, el relator nacional indica que lo más aproximado a la temática de los acuerdos colectivos es la Ley de Protección al Consumidor Usuario (vigente desde 2003) que si bien no previó un proceso de resolución de conflictos y controversias que surjan entre proveedores y consumidores o usuarios, estableció la posibilidad de: a) un arreglo directo conciliatorio entre las partes; b) un arbitraje de consumo y c) un procedimiento administrativo ante la Dirección y Asistencia al Consumidor dependiente del Ministerio de Economía (el procedimiento puede iniciarse de oficio o ante una queja o denuncia presentada, y la impugnación de las resoluciones puede dar lugar a un proceso contencioso administrativo).

PARAGUAY, PERÚ, URUGUAY y VENEZUELA<sup>39</sup>), según los relatos nacionales, no cuentan con regulación específica sobre acuerdos colectivos.

#### 4. *Posible aplicación a los acuerdos colectivos de las soluciones clásicas sobre acuerdos (conciliación y transacción) previstas en las normas generales*

En casi todos los países de América que carecen de regulación sobre los acuerdos colectivos, se señala la posible aplicación de las normas clásicas de nuestras codificaciones sobre conciliación y transacción, sin perjuicio de prevenir sobre sus limitaciones, inadecuaciones y riesgos<sup>40</sup>.

#### 5. *Recaudos a controlar para la aprobación de un acuerdo colectivo*

Considerando los aportes de los relatores nacionales, en nuestra opinión, los principales requisitos a considerar al momento de aprobar un acuerdo colectivo están condicionados por la política pública que cada país adopte en cuanto a la disponibilidad o indisponibilidad de los derechos en juego.

Con carácter general, de admitirse los acuerdos colectivos, los requisitos principales serían los siguientes:

##### A) *Control de la representatividad adecuada*

Este punto está esencialmente vinculado al tema de la legitimación y represen-

<sup>39</sup> En VENEZUELA, según indica el relator nacional RIVERA, no hay regulación sobre los recaudos para aprobar a un acuerdo. No obstante, por disposición de la Sala Constitucional (sent. N° 656 de 2000), en los procesos sobre derechos colectivos y difusos debe notificarse al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo porque son los legitimados conforme a la Constitución para los acuerdos. Además, en materia administrativa se creó recientemente por ley, el Instituto de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, y en la misma se contempla la posibilidad de diferentes tipos de acuerdos conciliatorios.

<sup>40</sup> En BOLIVIA, el relator nacional GUTIÉRREZ informa que no existe legislación específica en cuanto al punto pero remite a las normas generales sobre conciliación y transacción destacando que presentan limitantes dado que los efectos clásicos de la conciliación obligan exclusivamente a aquellos que estuvieron presentes en el acto. La transacción, además de los requisitos propios de capacidad y legitimación dispositiva, presenta limitantes de orden prohibitivo en cuanto a las materias que pueden ser objeto de la misma. En ECUADOR señala el relator nacional FALCONI que podrían aplicarse supletoriamente las normas generales relativas a la transacción o la conciliación. En PARAGUAY el relator nacional VILLALBA, tras aclarar que en ese país las acciones populares no han tenido un tratamiento profuso, indica los preceptos regulatorios de la conciliación y la transacción como medios alternativos de composición para los procesos individuales civiles y laborales. Respecto de PERÚ, el relator nacional SIMONS señala que los temas ambientales están excluidos de la conciliación previa obligatoria como requisito para el acceso al sistema judicial. A fin de ilustrar la situación de su país cita un caso de jurisprudencia de la Corte Suprema (precedente jurisprudencial que vincula a todos los jueces de su país) en el que se admitió como excepción procesal la transacción extrajudicial no homologada judicialmente a la que había arribado tiempo atrás la demandada con varios de los damnificados reclamantes. En URUGUAY, el relator nacional SIMÓN informa que la aplicación de las soluciones clásicas plantea problemas al momento de asignar la eficacia al acuerdo. Así, habida cuenta de que a la transacción se le aplican los efectos de la cosa juzgada, plantea dudas acerca de la posibilidad de otorgar esta misma eficacia a los acuerdos en materia de intereses colectivos. Concluye: "la doctrina se ha inclinado por la negativa, partiendo de la óptica de la naturaleza colectiva o difusa de la titularidad del interés en juego, que incluso puede ser público en ocasiones. Esa naturaleza hace necesario que los actos dispositivos emanen de todos los legitimados para que puedan alcanzarles. La eficacia de cosa juzgada podría restringirse al daño individual pero no al colectivo". Igual solución postulamos nosotros para Uruguay hace ya varios años (PEREIRA CAMPOS, "Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada" cit., y VESCOVI, DE HEGEDUS, KLETT, SIMÓN, CARDINAL y PEREIRA CAMPOS, *Código General del Proceso* cit., t. 6, comentario al art. 220).

tatividad de quienes actúan en el proceso colectivo, lo cual escapa al alcance de este relato general. La clave está en que quien actúe en el acuerdo represente en forma adecuada los intereses del grupo<sup>41</sup>. Y aquí se plantean también las cuestiones del eventual conflicto de intereses que se puede generar entre la clase y el abogado por sus honorarios.

B) *Difusión y posibilidad de control del acuerdo por parte de los no presentes*

La publicidad resulta imprescindible para salvaguardar la garantía del debido proceso y en todo caso, advertir a los terceros eventualmente interesados en atacar la eventual homologación del acuerdo.

Ante las dificultades de determinar quiénes son los eventuales integrantes del grupo y permitir el control del acuerdo colectivo alcanzado por parte de ellos, pueden aplicarse los mecanismos de “opt in” (derecho a estar incluido) u “opt out” (derecho de exclusión)<sup>42</sup>.

ESTADOS UNIDOS se ha inclinado por adoptar una solución de “opt out”. La parte que no ha participado se puede excluir del eventual acuerdo colectivo<sup>43</sup>. VERBIC<sup>44</sup> en Argentina señala que como el instrumental colectivo descansa sobre la ficción de considerar presentes a todos aquellos sujetos afectados, de difícil determinación en muchos casos, la publicidad tiende a garantizar su derecho de defensa. El autor prevé dos tipos de publicidad, una genérica, por edictos judiciales o comunicados masivos en diversos medios de comunicación, y otro particular a cada uno de los legitimados, presentes en el proceso y eventuales que se pudiera afectar.

<sup>41</sup> El art. 2º, Par. 3º del Código Modelo de Procesos Colectivos prevé que el Juez “analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento”. En COLOMBIA señala el relator nacional que la doctrina al comentar el artículo 61 de la ley 472 de 1998, se limita a exponer los efectos de cosa juzgada de tal conciliación y la obligación que tiene el juez de ordenar que el acuerdo sea publicado. Por tratarse de una acción indemnizatoria, y por lo tanto versar sobre derechos susceptibles de disposición, el juez no debe hacer control alguno. En cuanto a la capacidad para conciliar del representante del grupo en nombre de los ausentes, se entiende que si la ley autoriza a que se demande en nombre de ellos, quien asume la condición de representante del grupo tiene también la posibilidad de conciliar. En ARGENTINA ha dicho GIANNINI que la salvaguarda de la garantía del debido proceso “hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quien va a actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen, lo haga apropiadamente”. Y concluye que en Argentina el control de la representatividad adecuada debe ser llevado a cabo de oficio por los jueces aun sin regulación específica sobre el punto, por hallarse en juego la garantía de defensa de los afectados y la seriedad y eficiencia del servicio de justicia, postulando *de lege ferenda* la inmediata rectificación de la laguna normativa (GIANNINI, L., “La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas”, *Procesos Colectivos* cit., pp. 185-188).

<sup>42</sup> En el primer sistema sólo es considerado en el proceso quien manifiesta en la oportunidad procesal su intención de quedar comprendido y, en el segundo, se presume que todos los individuos integrantes de una clase están involucrados, salvo que manifiesten su voluntad expresa de exclusión (Cfr. VERBIC, *Procesos Colectivos* cit., pp. 344-346).

<sup>43</sup> Señala GIANNINI: “En los Estados Unidos, como es sabido, la vinculatoriedad de la decisión final del pleito se extiende a favor y en contra de los miembros de la clase, razón por la cual el legislador ha previsto determinadas herramientas tendientes a impedir que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad. Entre ellas, cabe recordar el sistema de notificación de los miembros ausentes del grupo, el derecho al opt out y, principalmente, el estudio de la representatividad adecuada como uno de los más trascendentes capítulos en la certificación de una class action”. Pero aun en el sistema de Estados Unidos se admite la posibilidad de que decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada sean declaradas inoponibles para determinados miembros de la clase que la decisión original contemplaba, con fundamento en la ausencia del recaudo de la representación adecuada (“collateral attack on adequacy of representation”) (GIANNINI, “La representatividad” cit., pp. 185-188).

<sup>44</sup> Cf. VERBIC, *Procesos Colectivos* cit., p. 343.

Es de suma importancia que antes de que el acuerdo sea sometido a homologación judicial, se le brinde una adecuada difusión entre quienes eventualmente estarían afectados por el mismo para que manifiesten lo que consideren oportuno, así como su intención de estar incluidos o excluidos del acuerdo, dependiendo del sistema por el que se opte. El sistema que adopte la legislación condicionará el valor otorgado al silencio de los particulares. Así, en un caso, la falta de expresión de voluntad por la vía hábil implicará quedar fuera del acuerdo (“opt in”) y, en el otro, significará quedar comprendido (“opt out”).

### C) *Contralor y homologación del acuerdo por el Juez*

Como señala VERBIC<sup>45</sup>, las prestaciones involucradas en una transacción pueden afectar de manera diferente a los interesados, lo cual obliga al tribunal a seguir de cerca las negociaciones, ya que (además de las complejidades intrínsecas que suelen presentar los acuerdos) existe siempre latente el potencial conflicto entre los miembros de la clase y entre éstos y el abogado que suele prestar sus servicios profesionales al representante en base a un pacto de cuota litis.

Los relatores nacionales han sido contestes en la conveniencia de que el solicitante exponga cómo afecta el acuerdo los derechos de terceros no firmantes del mismo y que el Juez debería estar en condiciones de evaluar si el acuerdo cumple con ciertos mínimos sustanciales para su aprobación, no limitándose a ser un mero controlador del cumplimiento de requisitos formales<sup>46</sup>.

Como hemos visto, en el sistema estadounidense (Federal Rule 23) –y en Canadá es similar– se requiere la aprobación judicial de la transacción en función de que ésta vincula a todos los miembros del grupo, no admitiéndose la transacción sin la intervención del magistrado. En estos sistemas el Juez desempeña un rol preponderante ya que es él quien determina la manera en que se hará conocer (notificar) el acuerdo a todos los componentes del grupo de modo que se garantice el conocimiento del mismo por parte de aquellos miembros del grupo o clase que deseen ser excluidos.

La doctrina<sup>47</sup> ha destacado que la intervención del tribunal es vital en la celebración de este tipo de acuerdos, correspondiendo redimensionar la figura del Juez Civil, quien debe contar con amplias facultades de control, en especial de los derechos de los ausentes, debiendo activarse medios de publicidad y notificación adecuados. En función de ello suele proponerse que hasta que se regulen los procesos colectivos, incluyéndose específicamente la instancia de la transacción, sea la prudencia judicial la encargada de construir pautas de litigación para cada caso, en el marco de la existencia de una garantía constitucional.

### D) *Eventual impugnación*

Los sistemas, cualesquiera sean, deben en todo caso prever un mecanismo de impugnación que tendrá evidente relación con las oportunidades procesales que se brinden para el ejercicio de las manifestaciones de voluntad que prevén los sistemas “opt in” y “opt out”.

GIDI<sup>48</sup>, en su propuesta de Código de Proceso Civil Colectivo (apartado 14.7.2),

<sup>45</sup> VERBIC, *Procesos Colectivos* cit., p. 352.

<sup>46</sup> Sin perjuicio de ello, la solución aportada por el sistema estadounidense en el que el Juez debe analizar la justicia, proporcionalidad y razonabilidad con el rol propio de componedor del acuerdo (“common law” – “keeper of the king’s conscience”) parecería, al menos, prima facie, de difícil adaptación a los sistemas de la mayoría de los países de Sudamérica herederos del romanismo propio del “civil law”.

<sup>47</sup> XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de Obligaciones, La Transacción y los procesos colectivos por daños a intereses individuales homogéneos, Argentina, 2011.

<sup>48</sup> GIDI, A., “Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de Derecho Civil”, *Procesos Colectivos* cit., p. 472.

sugiere que la propuesta de acuerdo sea notificada al grupo y a sus miembros, y que esa notificación contenga, entre otras cosas, la información sobre el procedimiento y un plazo razonable para la impugnación de la propuesta.

#### 6. *Propuesta resultado del relevamiento*

Como resultado del relevamiento realizado, consideramos conveniente que, en cuanto a los acuerdos colectivos, se realicen al menos una serie de previsiones legislativas<sup>49</sup>, que obviamente están condicionadas en cada uno de los países a definiciones de políticas públicas.

La primera decisión de política pública a adoptar en cada país es si se admitirán o no los acuerdos colectivos y con qué grado y alcance. En otras palabras, debe definirse cuán disponibles son los derechos en juego<sup>50</sup>. Y aquí se abren tres principales opciones:

- a) No aceptar ningún tipo de acuerdo colectivo, dada la indisponibilidad total de los derechos en juego (solución que parece la menos apropiada).
- b) Aceptar únicamente acuerdos de cumplimiento o ajuste de conducta como ocurre en Brasil, Colombia y lo prevé el Código Modelo<sup>51</sup>.
- c) Aceptar los acuerdos colectivos con amplio alcance y eficacia, lo que impone reglamentar el procedimiento para evaluar la adecuación de los acuerdos, tal como ocurre en Estados Unidos. La existencia de controles adecuados en el caso de dársele efecto vinculante a cualquier acuerdo colectivo se vuelve esencial para evitar situaciones de fraude o indefensión.

En cuanto a la forma de regular el procedimiento de aprobación de los acuerdos para el caso de que éstos se admitan, pueden a su vez señalarse dos grandes caminos:

- a) Prever una detallada regulación de todas las etapas a cumplirse y los elementos a controlar para aprobar un acuerdo, como lo propone GIDI en su Proyecto de Código Modelo<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Estas soluciones podrían incorporarse tanto en los marcos legales de procesos colectivos existentes como también, en forma más modesta, respectivamente a los Capítulos de Conciliación Previa y Modos Extraordinarios de Concluir el Proceso en los diferentes Códigos Procesales vigentes en los países relevados.

<sup>50</sup> VERBIC señala que el principal problema que se plantea es determinar si tanto la acción como el derecho resultan disponibles para aquel sujeto que asumió la representación del grupo involucrado en el conflicto. Se pregunta: "¿Puede el legitimado extraordinario transigir con el demandado sobre el objeto de la pretensión y obligar con ese acuerdo a los miembros ausentes?" Responde: "El interrogante merecería una respuesta afirmativa por razones de principio en la medida que los derechos en disputa resulten de naturaleza disponible. No obstante, tal principio general requiere adaptaciones inherentes a las características del conflicto involucrado en el caso colectivo y a la particularidad que configura el fenómeno de la representación extraordinaria" (VERBIC, *Procesos Colectivos* cit., pp. 351-352).

<sup>51</sup> Los riesgos de acuerdos colectivos con amplia eficacia y escaso contralor explican como aún en algunos de aquellos países con mayor desarrollo y especificidad en la legislación sobre procesos colectivos como es el caso de Brasil (sin perjuicio de permitirse los pactos de cumplimiento o compromisos de ajuste de conducta), se encuentra todavía vedada la posibilidad de realizar actos dispositivos con respecto a los derechos en cuestión. En cambio, en países donde el Juez tiene un rol activo en el contralor de los diversos requisitos del acuerdo, como es el caso de Estados Unidos, se habilita este tipo de acuerdos. El tema está especialmente vinculado al rol del Juez en los procesos colectivos.

<sup>52</sup> En su Código Modelo, GIDI en el art. 14 regula el "acuerdo adecuado": "El representante del grupo podrá llegar a acuerdos con la contraparte del grupo. Si los términos del acuerdo fueran adecuados para tutelar los derechos e intereses del grupo y de sus miembros, el juez los homologará a través de sentencia motivada y el acuerdo vinculará a todos (véanse artículos 18 y 20.1). 14.1. El acuerdo deberá tutelar los intereses del grupo en su conjunto y podrá incluir

- b) Prever una regulación más escueta, con derecho de exclusión (“opt out”), salvándose siempre la acción individual, otorgándose discrecionalidad reglada al Juez para instrumentar lo más adecuado a las características de cada caso.

La elección de una u otra solución depende de las características de cada país y la realidad imperante al momento de intentar la reforma.

#### **IV. La cosa juzgada en los procesos colectivos/class actions en América**

##### *1. Modelos de referencia*

La cuestión de la cosa juzgada y los efectos de la sentencia en los procesos colectivos es el elemento más importante de cualquier legislación sobre la materia. El principal tema de debate sobre los procesos colectivos que se ha presentado históricamente y se mantiene aún en nuestros días refiere al alcance subjetivo de la

aspectos ajenos al objeto del proceso. En el acuerdo se incluirá una multa diaria a la parte que no cumpla con sus términos (véase artículo 15.2). 14.2. Si el acuerdo fuese parcial, la acción colectiva continuará respecto de los aspectos restantes de la controversia colectiva (véase artículo 17). 14.3. El Ministerio Público y los intervinientes tendrán derecho a participar en todas las fases de la negociación del acuerdo colectivo. 14.4. Excepcionalmente, el acuerdo podrá establecer que el demandado indemnizará a los miembros del grupo a través de descuentos en la compra futura de piezas o productos de su fabricación. Los cupones de descuento deben, en lo posible, establecerse sin condiciones. Cualquier tipo de limitaciones deben encontrarse justificadas, ya que pueden obstaculizar el carácter adecuado de la propuesta del acuerdo. Siempre que sea posible, deberá ser concedida a los miembros del grupo la opción de recibir un valor en efectivo. A efectos del cálculo de los honorarios de los abogados, la ventaja obtenida para el grupo será calculada sobre la base de su valor en efectivo, y no en consideración a la suma del valor nominal de los cupones (véase artículo 21.4). 14.5. Las partes presentarán al juez la propuesta del acuerdo. La solicitud de aprobación de la propuesta de acuerdo deberá describirlo de forma neutra y completa, alertando al juez respecto de los aspectos positivos y negativos de la propuesta, incluyendo los eventuales perjuicios para el grupo y los motivos por los cuales el acuerdo debe ser considerado adecuado a pesar de dichas imperfecciones. La inadecuación del acuerdo o del representante podrá derivarse de omisiones sustanciales en la solicitud de aprobación. 14.6. Si el juez considera la propuesta de acuerdo satisfactoria, deberá notificar ampliamente al grupo y a sus miembros los términos y condiciones de la propuesta y promoverá una audiencia pública de aprobación, donde el juez oír a los interesados (véase artículo 5º). 14.7. La notificación de la propuesta de acuerdo deberá contener, entre otras, la siguiente información (véase artículo 5.4): 14.7.1. Una descripción neutra e imparcial de la propuesta de acuerdo, con información sobre los argumentos a favor y en contra para su aprobación; 14.7.2. El procedimiento y un plazo razonable para la impugnación de la propuesta; 14.7.3. La fecha y lugar de la audiencia pública de evaluación de la propuesta; 14.7.4. El valor líquido o la ventaja a ser recibida por cada miembro del grupo; 14.7.5. Instrucciones sobre cómo obtener más información sobre el acuerdo y el proceso; 14.7.6. Cualquier otra información relevante en el caso concreto. 14.8. Cualquier interesado podrá presentar, independientemente de contar con un abogado, sus razones a favor o en contra de la propuesta del acuerdo. El juez podrá atribuir a uno de los interesados o a una persona de su confianza la presentación de un documento único, con el resumen de todos los argumentos empleados. 14.9. Antes de promover la notificación amplia al grupo, el juez podrá promover una notificación limitada a los legitimados colectivos (véase artículo 2º) más significativos y a los intervinientes que participaron más activamente en el proceso colectivo, exhortándolos a que se manifiesten sobre la propuesta del acuerdo (véanse artículos 5.1 y 5.11). 14.10. El juez examinará cuidadosamente la propuesta de acuerdo, tomando en consideración factores como: 14.10.1. Los argumentos en favor y en contra de la propuesta de acuerdo; 14.10.2. Las cuestiones de hecho y de derecho contempladas en el litigio; 14.10.3. La probabilidad de procedencia o improcedencia de la pretensión colectiva; 14.10.4. Los riesgos presentes en el litigio; 14.10.5. La complejidad, el coste y la duración del proceso colectivo; 14.10.6. La suficiencia de las pruebas disponibles y la fundamentación jurídica de la pretensión del grupo en el momento de la realización del acuerdo y las probabilidades de que otras informaciones o pruebas puedan ser descubiertas durante el desarrollo del proceso; 14.10.7. La comparación entre una eventual sentencia estimatoria de la pretensión colectiva y la propuesta del acuerdo (GIDI, “Código de Proceso Civil Colectivo” cit., p. 471).



sentencia. No existe consenso en el mundo jurídico acerca de cuál es la mejor solución para proteger los derechos de aquellos que, si bien integran la clase o grupo de interés representado en el proceso, no han participado directamente en el litigio que da lugar a la sentencia (e incluso, muchas veces, desconocen su existencia). Están en juego valores tan esenciales como la salvaguarda de la garantía del debido proceso para los damnificados que no litigaron directamente y la necesidad de precaver el dolo, el fraude y la colusión procesal<sup>53</sup>. El tema es insoslayable porque, como señala GIDI<sup>54</sup>, una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efectos obligatorios más allá de las partes por lo cual el carácter *erga omnes* de la cosa juzgada es un elemento esencial del proceso colectivo.

En forma resumida, con relación a la cosa juzgada pueden mencionarse tres grandes modelos estructurales en América que regulan soluciones diversas en cuanto al derecho de los miembros ausentes:

- a) El sistema estadounidense de las *class actions* (Federal Rule N° 23), que está basado principalmente en una efectiva garantía de publicidad y protección a los integrantes del grupo pero ausentes en el proceso, para que manifiesten su voluntad de participar o no en el resultado del mismo. La ley aporta líneas generales librando a la jurisprudencia la concreción de la norma específica en el caso concreto.
- b) El sistema brasileño, que en los sistemas del “civil law” introdujo la tutela de los intereses difusos y colectivos, de naturaleza indivisible, y luego la categoría de los llamados “intereses individuales homogéneos”, que abrieron camino a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos (equivalentes en el sistema norteamericano a las “*class actions for damages*”).
- c) La codificación modelo para Iberoamérica elaborada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>55</sup>: primero el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988)<sup>56</sup> y luego el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004). Como se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos: “Para los intereses o derechos difusos, el régimen de la cosa juzgada es siempre la eficacia de la sentencia *erga omnes* (o *ultra partes*), en caso de procedencia o improcedencia del pedido, salvo cuando la improcedencia se diera por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que

<sup>53</sup> Como señala VERBIC, enfrentamos la dificultad de compatibilizar la necesaria extensión de los efectos de la cosa juzgada con el principio de contradicción y el debido proceso legal (VERBIC, *Procesos colectivos* cit., pp. 252 y 253).

<sup>54</sup> GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, México, 2004, pp. 98-99.

<sup>55</sup> Como se expresa en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos, éste contiene soluciones que se apartan tanto del modelo americano como del brasileño: “Evidentemente, se analizaron la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos”. Se agrega que el Código “sin despreñar las experiencias de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses transindividuales de diversos países, crea un modelo original, adherente a las reglas preexistentes en los ordenamientos iberoamericanos, que perfecciona y complementa. De ese modo, acaba perdiendo cualquier característica nacional y se constituye en un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, armonioso y completo, que podrá ser tomado como modelo por los países de nuestra comunidad, empeñados en la transformación de un proceso individualista en un proceso social”.

<sup>56</sup> Dice el art. 194 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: “(Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos). La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 53) tendrá eficacia ‘*erga omnes*’ salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado”.



la demanda puede ser repetida, con nuevas pruebas. Esta solución ya es tradicional en los países de Iberoamérica, pero el Código avanza, admitiendo nueva acción, con base en pruebas nuevas, en el plazo de 2 (dos) años contado desde el conocimiento de la prueba nueva sobreviniente al proceso colectivo (cosa juzgada *secundum probationem*, como derivación especial de la cláusula *rebus sic stantibus*). Con relación a los intereses o derechos individuales homogéneos, la opción de la legislación brasileña, mantenida en el Código, es de la cosa juzgada *secundum eventum litis*: o sea, la cosa juzgada positiva actúa *erga omnes*, beneficiando a todos los miembros del grupo; pero la cosa juzgada negativa sólo alcanza a los legitimados a las acciones colectivas, pudiendo cada individuo, perjudicado por la sentencia, oponerse a la cosa juzgada, promoviendo su acción individual, en el ámbito personal. Otras normas cuidan de la extensión, *in utilibus*, de la cosa juzgada positiva resultante de una acción en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos, en provecho de las víctimas individuales del mismo evento dañoso. Y también se regulan la conexión y la litispendencia entre acciones colectivas o entre una acción colectiva y las acciones individuales<sup>57</sup>. El Código Modelo es innovador al regular la acción colectiva pasiva (“defendant class action” del sistema norteamericano). Se señala en la Exposición de Motivos: “La cuestión principal que se planteaba, en esos casos, era la del régimen de la cosa juzgada: en obsequio al principio general de que la sentencia sólo puede favorecer a los integrantes del grupo cuando se trata de derechos o intereses individuales homogéneos, el mismo principio debía ser mantenido cuando la clase figurase en el polo pasivo de la demanda. Así, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza indivisible (intereses difusos), el régimen de la cosa juzgada es *erga omnes* simétricamente a lo que ocurre cuando el grupo litiga en el polo activo (pero sin el temperamento de la improcedencia por insuficiencia de pruebas, inadecuado cuando la clase se coloca en el polo pasivo); pero, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza divisible (intereses o derechos individuales homogéneos), la cosa juzgada positiva no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que

<sup>57</sup> Artículo 33: “En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por falta de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento si se valiere de nueva prueba. Pár. 1º. Asimismo en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento en el plazo de 2 años contados desde el conocimiento de la nueva prueba superviniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola para modificar el resultado del proceso. Pár. 2º. Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir acción de indemnización a título individual. Pár. 3º. Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas quienes podrán solicitar la liquidación y ejecución en los términos de los artículos 22 a 24. Pár. 4º. Lo dispuesto en el párrafo anterior es aplicable a la sentencia penal condenatoria. Pár. 5º. La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*”. El art. 34 dispone: “En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia”. Al preverse las acciones contra un grupo, categoría o clase, se regula en el art. 36 la cosa juzgada pasiva en relación a intereses o derechos difusos: “Cuando se trate de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase”. Por su parte, el art. 5º, Par. 4º, al regular la tutela anticipada, dispone: “Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda”.

podrán promover acciones propias o discutir la sentencia en el proceso de ejecución, para apartar la eficacia de la sentencia en su esfera jurídica individual. *Mutatis mutandis*, es el mismo tratamiento de la cosa juzgada *secundum eventum litis* para los intereses o derechos individuales homogéneos, cuando la clase litiga en el polo activo<sup>58</sup>.

Existen tres grandes soluciones para resolver el delicado equilibrio de la cosa juzgada en los procesos colectivos:

- a) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado (“pro et contra”), generalmente previéndose instrumentos de difusión y opción de exclusión (“opt out”).
- b) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia tan sólo si el grupo triunfa: preclusión unilateral (“one-way preclusion”) en la terminología del sistema norteamericano o cosa juzgada “*secundum eventum litis*” en la terminología del civil law.
- c) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas (“*secundum eventum probationem*”).

Los países de América han ido incorporando algunas de tales soluciones (en algunos casos, la influencia viene dada en exclusividad por una sola fuente y, en otros casos, por más de una).

## 2. Regulación de la cosa juzgada en los procesos colectivos/class actions en América

En lo que refiere a la cosa juzgada, se advierte diferente grado de evolución de la legislación sobre procesos colectivos/class actions en los países americanos, pudiendo en forma simplificada clasificarse en tres grandes grupos:

- A) Países con elevado grado de experiencia y regulación: Brasil y Estados Unidos de América<sup>59</sup>.
- B) Países con regulaciones generales o puntuales sobre cosa juzgada en los procesos colectivos/class actions, que presentan gran heterogeneidad y siguen, en mayor o menor medida, las soluciones de los modelos mencionados.
- C) Países sin regulación existente en la materia, sin perjuicio de que algunos presentan soluciones a nivel jurisprudencial.

<b>Cuadro 3</b> <b>Regulación legal de la cosa juzgada en los procesos colectivos/class actions en América</b>			
<b>País</b>	<b>Ausencia de regulación</b>	<b>Regulación</b>	<b>Alto grado de experiencia y regulación integral</b>
Argentina		X	

<sup>58</sup> Dice el art. 37 al regular la cosa juzgada pasiva en relación con intereses o derechos individuales homogéneos. “Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual. Parágrafo único. Cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará individualmente a todos los miembros, aun en el caso de procedencia del pedido”.

<sup>59</sup> CANADÁ podría incluirse también en este grupo en algunos de sus aspectos.

<b>Cuadro 3</b> <b>Regulación legal de la cosa juzgada en los</b> <b>procesos colectivos/class actions en América</b>			
<b>País</b>	<b>Ausencia de regulación</b>	<b>Regulación</b>	<b>Alto grado de experiencia y regulación integral</b>
Brasil			X
Bolivia	X		
Canadá		X	
Chile		X	
Colombia		X	
Ecuador	X		
EUA			X
Guatemala	X		
Paraguay	X		
Perú		X	
Uruguay		X	
Venezuela <sup>60</sup>	X		

#### A) *Brasil y Estados Unidos de América*

Brasil y Estados Unidos de América han logrado un grado de evolución que los convierte en referentes ineludibles (uno con predominancia de los principios y estructuras lógicas del civil law y el otro de claro raigambre en el common law).

##### a) *Brasil*

En materia de cosa juzgada colectiva, en el sistema brasileño, se pueden distinguir, según el relator nacional, tres aspectos:

##### a') *Alcance de la cosa juzgada en procesos sobre derechos difusos y colectivos*

La cosa juzgada que se forma en estos procesos va a extenderse a todos los integrantes del grupo o colectividad, tanto en el caso de fallo favorable o desfavorable, salvo que la sentencia sea desfavorable por ausencia de prueba. En similar solución al artículo 33 del Código Modelo de Procesos Colectivos, el artículo 103, inciso I, del Código de Defensa del Consumidor de Brasil establece que en el proceso por intereses difusos “la cosa juzgada será erga omnes, excepto si el pedido fue juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en la cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba”. Seguidamente, cuando la ley refiere a derechos colectivos, aclara que la cosa juzgada es calificada como “ultra partes, más limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas, en los términos del inciso anterior”<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> En VENEZUELA señala el relator nacional que, por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional ha fijado el carácter *erga omnes* de los fallos en la materia, beneficien o perjudiquen a la colectividad o al sector sobre el que desplegaran sus efectos.

<sup>61</sup> En consecuencia, en el primer caso la eficacia de la sentencia sería “erga omnes” y en el

b') *Alcance de la cosa juzgada en procesos sobre derechos individuales homogéneos*

Explica el relator nacional que, en este caso, la solución dada por el Derecho brasileño no sigue el principio "secundum eventum probationem" sino que se ligó el alcance de la cosa juzgada a la suerte de la pretensión en la sentencia, con independencia de si el rechazo se produce por falta de pruebas o no, adoptándose así la solución "secundum eventum litis". Así, dispone el artículo 103 num. 2º del Código de Defensa del Consumidor que la cosa juzgada es "erga omnes, sólo en el caso de procedencia del pedido, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores", y aclara el relator que naturalmente quedan exceptuados de esta solución quienes han intervenido en el proceso en el cual se declaró la improcedencia de la demanda, aplicándose a su respecto las normas generales de la cosa juzgada en los procesos individuales.

c') *Limitación territorial de la cosa juzgada colectiva*

Destaca el relator nacional la limitación operada por el artículo 16 de la Ley Nº 7345/85, según la cual la cosa juzgada en las acciones civiles públicas es "erga omnes", pero sólo opera dentro del límite de la jurisdicción territorial del juez que dictó la sentencia ("nos limites da competência territorial do órgão prolator")<sup>62</sup>.

b) *Estados Unidos de América*

Como señala GIDI<sup>63</sup>, en el sistema norteamericano nos encontramos ante una acción representativa ("representative action"). El actor representa en juicio los intereses de los demás miembros del grupo o clase que no participan del proceso. Entonces, como el representante de la acción colectiva reclama tanto a nombre propio como por los sujetos a quienes representa, existen en estos procesos dos pedidos independientes: uno individual, el pedido del representante, y otro colectivo o de clase, en beneficio del grupo. Por lo expuesto, el sistema se basa en la ficción de que todos los miembros de la clase o grupo se encuentran completamente abarcados por el representante, motivo por el cual se considera que el juicio se sigue con todos ellos y por consecuencia, la sentencia hace cosa juzgada "erga omnes", abarcando a todos. Y este resultado, a diferencia de lo que prevé el Código Modelo o el Código del Consumidor del Brasil, se aplica sea cual sea la suerte de la pretensión (haya sido acogida o rechazada por la sentencia), y en todo caso, es irrelevante el motivo por el que fuere rechazada<sup>64</sup>. Por

segundo "ultra partes". Relativizando el valor de tales diferenciaciones, el relator brasileño sigue a LIEBMAN (y a otros autores) y precisa que tanto en uno como en otro caso la inmutabilidad de la sentencia se impone a la colectividad por la falta de legitimación de sus miembros para discutir o hacer algo en contra de esa decisión. El relator nacional califica la diferenciación entre el efecto "ultra partes" y "erga omnes" como una "artificialidad sin ningún valor" (traducción libre del relator general).

<sup>62</sup> El relator brasileño critica esta solución y explica que si bien podría llegar a aplicarse en materia de intereses individuales homogéneos resulta absurda su aplicación a los casos de intereses o derechos colectivos y difusos. Asimismo informó que, a pesar de que el Supremo Tribunal Federal rechazó una demanda de inconstitucionalidad del precepto aludido, la doctrina se ha manifestado en contra del mismo por considerarlo violatorio de diversas normas y principios constitucionales corolarios de la regla del debido proceso legal. La jurisprudencia ha acatado la aplicación de la mencionada solución legal y ha manifestado en algunas oportunidades que para extender por fuera de la jurisdicción del tribunal la eficacia de la cosa juzgada debería iniciarse el proceso en la Capital del Estado o en el Distrito Federal y, en otros casos, que la dimensión regional o nacional depende de la revisión de la decisión colectiva por un tribunal con competencia regional o nacional.

<sup>63</sup> GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, San Pablo, 2007, pp. 271 y ss.

<sup>64</sup> Explica GIDI que sea la sentencia favorable o adversa a los intereses del grupo ("wether favorable or adverse"), ella estará revestida por el manto de la inmutabilidad en relación con los

consecuencia, la introducción de mecanismos para la defensa de la garantía del debido proceso es de vital importancia en el proceso estadounidense.

**Tipos de class actions.** El literal (a) de la Rule 23<sup>65</sup> regula los requisitos básicos (genéricos) de toda class action (“prerequisites”): i) la cantidad de sus miembros es tan numerosa que no resulta posible hacerlos presentes a todos en juicio; ii) existen cuestiones de hecho y/o de derecho en común para la clase; iii) las pretensiones y defensas son propias de la clase, y iv) los representantes de cada parte (actora y demandada) constituyen una garantía de protección suficiente y adecuada de los intereses de la clase.

El literal (b) de la Rule 23<sup>66</sup> estructura las diferentes categorías o tipos de class actions (lo que en los sistemas del civil law equivaldría a la descripción de los elementos básicos de las diferentes pretensiones o más específicamente, la causa petendi en cada uno de estos procesos)<sup>67</sup>:

- (b)(1): *class action* que se verifica cuando resulta imposible a los titulares del interés la deducción por separado de sus pretensiones o defensas, por verificarse dos diferentes factores de riesgo: (A) que las diferencias de tratamiento por sentencias individuales a los diversos miembros de la clase perjudique los intereses de la clase como conjunto y (B) que la disposición de derechos de algún o algunos de sus miembros, represente o pueda representar un impedimento u obstáculo para la satisfacción del derecho de los restantes. Señala GIDI<sup>68</sup> que la doctrina las ha denominado respectivamente como “incompatible standards class actions” y “prejudice class actions”.

derechos individuales y colectivos de todos los miembros ausentes del grupo. Comenta que no es un hecho nuevo, que una persona se vea vinculada jurídicamente por los hechos de su representante; lo novedoso de este sistema es que el representante puede entablar la acción sin haber conseguido antes la anuencia de sus representados y muchas veces sin siquiera el conocimiento del reclamo por parte de aquellos a quienes representa (GIDI, *A class action* cit., p. 272).

<sup>65</sup> Dispone el apartado (a) de la Rule 23: “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

<sup>66</sup> Dispone el apartado (b) de la Rule 23: “(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action”.

<sup>67</sup> GIDI explica incluso que ante la dificultad de encontrar una denominación única para cada categoría, la mayoría de los operadores jurídicos ha preferido identificarlas según se trate de la prevista en el numeral (1), (2) o (3) del literal (b) de la Rule 23. (GIDI, *A class action*, cit., pp. 140-141).

<sup>68</sup> GIDI, *A class action* cit., p. 141.

- (b)(2): la pretensión consiste en una obligación de hacer o no hacer, buscándose mediante el proceso un mandato judicial para modificar la conducta de la demandada. Por el contenido específico de este tipo de acciones se las denomina “injunctive class actions”.
- (b)(3): class actions en que las cuestiones jurídicas o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecte sólo a los miembros individuales y por eso la class action es el mecanismo o método más satisfactorio para dilucidar esa pretensión. Como expone GIDI, se trata de la acción más genérica de carácter típicamente residual que abarca a todas aquellas pretensiones no comprendidas en las dos anteriores hipótesis y en estos casos, debido a que la cohesión de los miembros del grupo no es tan fuerte como en las hipótesis anteriores, la Rule previó las garantías de notificación y “opt out”. Se trata de la estructura procesal por la que se sustancia la “class action for damages”<sup>69</sup> que en la actualidad, de los tres tipos de class actions analizados, es la de mayor aplicación en la vida forense. Por ende, este relato general se centra en la misma.

En cuanto a los efectos de la sentencia, GIDI<sup>70</sup> indica que en las class actions previstas en los núms. (1) y (2) del literal (b) de la Rule 23, el Juez de primer grado debe describir en la sentencia las características básicas de pertenencia necesarias para que un individuo pueda ser considerado miembro de la clase y en virtud de ello ser abarcado por la cosa juzgada. En el caso del num. (3) del literal (b) la sentencia debe especificar o describir los miembros del grupo a quienes la notificación prevista en el núm. (2) (B) del literal (c) de la Rule 23 fue dirigida, excluyendo específicamente a quienes hubieren ejercido la opción de “opt out”. Los miembros así especificados serían aquellos abarcados por la cosa juzgada.

**Notificación y “opt out”**<sup>71</sup>. Como uno de los mecanismos de garantía al debido proceso legal, la Rule 23 (c)(2)(B)<sup>72</sup> prescribe que en las acciones colectivas de tipo (b)(3), se debe cumplir con la notificación judicial a todos los miembros del grupo con la advertencia de que el Juez excluirá a todos quienes así lo soliciten en la forma y en el plazo estipulado por él. Aquellos miembros que dentro del término fijado por el Juez en la notificación no ejercieran su derecho de autoexclusión (“opt out”) se encontrarán abarcados por los efectos de la sentencia, haya sido la misma favorable o no a sus intereses. Señala GIDI<sup>73</sup> que el derecho de autoexclusión proporciona un balance entre los intereses de autonomía del individuo y la necesidad de dar un tratamiento colectivo

<sup>69</sup> Enseña GIDI que en general las class actions del tipo (b)(2) no son aplicables a los casos en que la pretensión principal tiene naturaleza indemnizatoria (“damages or monetary relief”) (GIDI, *A class action* cit., p. 156).

<sup>70</sup> GIDI, *A class action* cit., p. 272.

<sup>71</sup> Explica GIDI que tales garantías así como el efecto erga omnes de la cosa juzgada representaron la gran innovación de la modificación de la Rule 23 de 1938 por la versión de 1966, puesto que con anterioridad a la reforma este tipo de class actions (b)(3) eran más bien consideradas como un mero mecanismo permisivo de litisconsorcio en el que los miembros debían estar presentes en juicio para ser afectados por la sentencia (GIDI, *A class action* cit., p. 162).

<sup>72</sup> Dispone la Rule 23 (c)(2)(B): “*For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3)*”.

<sup>73</sup> GIDI, *A class action* cit., p. 299.



a la controversia. En los hechos, los miembros del grupo ejercen su derecho de autoexclusión por asesoramiento de su abogado personal que aconseja que muchas veces resulta conveniente dejar a salvo la acción propia para obtener un mejor resultado en el reclamo individual que el que obtuvo el grupo en conjunto.

*B) Países con previsiones legales específicas sobre cosa juzgada en procesos colectivos/class actions*

Además de los países de referencia (Brasil y Estados Unidos), y generalmente inspirada en ellos y/o en los Códigos Modelos, se ha desarrollado en otros países de América legislación sobre cosa juzgada en procesos colectivos.

En ARGENTINA, pueden destacarse dos sistemas diferentes: A) En materia de consumidores, señalan los relatores nacionales que se sigue la solución de los Estados Unidos de América. La norma dispone<sup>74</sup>: “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”. Indican los relatores nacionales que en cuanto a la cosa juzgada “se sigue claramente el sistema americano de las class actions, ya que alcanzará a todo el grupo, brindándosele la posibilidad a cada interesado, de ejercitar su derecho de autoexclusión (opt-out)”. B) En materia ambiental, los relatores argentinos citan la solución de la Ley General del Ambiente que contiene la solución de la cosa juzgada “secundum eventum probationem”, brindando la posibilidad de que se reitere el planteo si el rechazo se debió a defectos en materia probatoria: “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos erga omnes, a excepción que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias”<sup>75</sup>.

En CANADÁ ilustra la relatora nacional WALKER que la sentencia en materia de cuestiones comunes de un grupo o clase o subgrupo de clase<sup>76</sup> debe determinar los integrantes de la misma, la naturaleza de los reclamos y defensas esgrimidas, y especificar la solución dada por el magistrado. La sentencia afecta a cada uno de los miembros de la clase que no hayan ejercido su derecho de “opt out” en tiempo y forma, y este efecto vinculante –desde un punto de vista objetivo– alcanza exclusivamente a las cuestiones comunes de la clase. La sentencia no abarcará, ni a quien haya ejercido

<sup>74</sup> Art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 modificada por la Ley N° 26.361.

<sup>75</sup> Art. 33 de la Ley N° 25.675.

<sup>76</sup> La relatora canadiense señala que se admite la certificación o admisión de un proceso como de clase cuando se reúnan determinadas condiciones: la solicitud o anuncio de solicitud exponga un fundamento para el ejercicio de la acción; exista una clase identificable de dos o más personas que actúen representadas por intermedio de un representante de la parte actora o de la parte demandada; los reclamos o defensas de los miembros del grupo o clase tengan un interés común; el proceso colectivo sea el más adecuado para la resolución de estos asuntos comunes; exista de un representante de los demandantes o demandados que represente –de manera imparcial y adecuada– los intereses del grupo, que haya establecido un plan para el proceso que prevea un método viable a fin de llevarlo adelante en nombre de la clase, y de modo de poder notificar a los miembros de la clase del proceso; y que este representante no tenga en las cuestiones comunes a la clase, intereses contrarios a los de los demás miembros de la clase. Da cuenta WALKER de que en Canadá se fue más allá de lo previsto en la legislación estadounidense, ya que se previó que no es impedimento para certificar el reclamo como un proceso colectivo: a) que la demanda incluya un reclamo por daños que requiera un análisis individual luego de la determinación de las cuestiones comunes; b) que la demanda refiera a contratos separados que involucren a distintos miembros de la clase; c) que se soliciten distintas soluciones para diferentes miembros de la clase; d) que se desconozca la cantidad o identidad de los miembros de la clase; e) que la clase incluya una subclase cuyos miembros tengan reclamos o defensas basados en cuestiones o intereses comunes, que no sean compartidos por todos los miembros de la clase (traducción libre del relator general).



el derecho de exclusión, ni tendrá eficacia en un proceso posterior iniciado por quien haya salvado la acción individual mediante su ejercicio.

Los principales debates vinculados a la cosa juzgada en Canadá refieren a la certificación del proceso colectivo y a la competencia entre los abogados para verificar cuál es a juicio del juez el más capacitado para llevar adelante el proceso, cuestión por demás compleja y delicada. Esto lleva muchas veces a acuerdos entre los abogados para solucionar la cuestión<sup>77</sup>.

En CHILE, los relatores nacionales mencionan la Ley de Protección del Consumidor (art. 54): “la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes”, lo que implica que se ha optado por extender los efectos de la sentencia a todo el grupo de consumidores afectados, hayan o no intervenido en el proceso. Para el caso de que la sentencia definitiva rechace la pretensión contenida en la demanda, el inciso final del artículo 54 citado dispone que: “cualquier legitimado activo podrá interponer, dentro del plazo de la acción, ante el mismo tribunal y valiéndose de nuevas circunstancias una nueva acción, entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo”. La norma parece encontrar su antecedente en el sistema brasileño que sigue la regla: “secundum eventum probationem”.

En COLOMBIA se distinguen las “acciones populares” de las “acciones de grupo”. Informa el relator nacional que la cosa juzgada en las “acciones populares” adquiere efectos de cosa juzgada “erga omnes”<sup>78</sup>, aunque ello fue cuestionado por la Corte Constitucional<sup>79</sup>. La cosa juzgada en las “acciones de grupo” tiene efectos ultra partes si dentro del término de 5 días del vencimiento del traslado de la demanda ningún miembro del grupo ha manifestado su voluntad de exclusión. También pueden excluirse de esta eficacia quienes dentro de los 20 días de publicada la sentencia acreditaren que sus intereses no fueron debidamente representados (mecanismos de “opt out” como forma de protección del debido proceso, especialmente para quienes no han tenido oportunidad de participar en el juicio).

<sup>77</sup> Otro problema que se plantea es la posibilidad de acuerdos parciales que involucren sólo algunas de las partes o reclamos, cuando las causas son comunes a más de un demandado (por ejemplo, cuando existen diversos fabricantes de un producto que ha resultado defectuoso, o diversas partes involucradas en la producción y distribución del producto). El abogado de la clase podrá llegar a acuerdos con los demandados en distintos momentos, y pueden querer solicitar la aprobación de un acuerdo respecto de algunos pero no todos los demandados. Los demandados que lleguen a un acuerdo querrán un fallo que los proteja de estar involucrados en el futuro en la demanda, ya sea porque se afirme su responsabilidad por parte de los demandantes, o de los otros demandados. Las resoluciones al respecto (“bar orders”) establecen un balance entre los derechos de los demandados que hayan llegado a un acuerdo y las otras partes del proceso. Su uso y operatividad han sido debatidos, pero actualmente son aceptados en procesos colectivos en Canadá.

<sup>78</sup> La cosa juzgada en las acciones populares ha tenido norma específica desde 1931, en el denominado Código Judicial. En el artículo 476 de dicha codificación se estipulaba que los fallos proferidos en los procesos de acción popular harán tránsito a cosa juzgada *erga omnes*. La norma se incorporó en el Código de Procedimiento Civil de 1970, en el artículo 332, en los mismos términos. Finalmente la ley 472, en su artículo 35, también estableció esta modalidad de cosa juzgada, aunque utilizando la expresión: “La sentencia tendrá efecto de cosa juzgada respecto de las partes y el público en general”.

<sup>79</sup> El relator colombiano expuso que la Corte Constitucional advirtió que los efectos de la cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia no serían absolutos sino más bien relativos en caso de sucumbencia de la parte actora por falta de pruebas. Explica el relator la posición de la Corte: “No obstante, siguiendo la experiencia brasilera, y lo determinado por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, la Corte Constitucional al resolver una demanda de inconstitucionalidad del artículo 35 de la ley 472 de 1998, estableció que los efectos *erga omnes* no eran absolutos, sino relativos; advirtiendo que si las pretensiones de una acción popular no prosperan por insuficiencia de pruebas, las mismas podrían volver a ser propuestas, si otro actor popular aporta nuevas pruebas”.

En PERÚ, según expuso el relator nacional, el Código Procesal Civil en el artículo 82 regula expresamente el punto, estableciendo que la sentencia definitiva que acoge la pretensión vinculada al derecho difuso objeto de controversia resulta eficaz “erga omnes”, es decir “será obligatoria incluso para quienes no hayan participado en el proceso” admitiéndose así los efectos expansivos de la sentencia. Señala la ausencia de mención expresa en la norma acerca de las hipótesis de infundabilidad, bien por rechazarse expresamente la pretensión, bien por tratarse de un caso de insuficiencia probatoria, lo que presentaría dificultades interpretativas.

En URUGUAY, según informa el relator nacional, el artículo 220 del Código General del Proceso, muy similar al artículo 194 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, establece que la sentencia dictada en este tipo de procesos tiene eficacia general, con excepción de aquella que resultare desestimatoria de la demanda por ausencia de pruebas. Cabe señalar que la norma sólo refiere a procesos “promovidos en representación de intereses difusos” pero la jurisprudencia amplió el alcance también a los intereses colectivos. La solución constituye una expansión del alcance subjetivo de la cosa juzgada. La doctrina ha valorado favorablemente la no aplicación de la cosa juzgada “erga omnes” al caso de falta de prueba, ya que persigue evitar pactos fraudulentos entre reclamantes y demandados, que tuvieran por objeto sellar la suerte de otros damnificados en sus derechos a reclamar.

C) *Países sin previsión legal respecto a la cosa juzgada en los procesos colectivos/class actions*

Son todavía varios los países de América que carecen de regulación legislativa sobre la cosa juzgada en los procesos colectivos (BOLIVIA, ECUADOR, GUATEMALA, PARAGUAY, VENEZUELA)<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> En BOLIVIA, según transmite el relator nacional, no existe regulación respecto a la cosa juzgada en procesos colectivos. El relator nacional de ECUADOR informó que no existe previsión específica sobre la cosa juzgada en las acciones de clase y marcó como principal foco de atención la situación de todos aquellos que no pudieron participar de la formación de la sentencia, pero igualmente integran la clase o grupo involucrado en la pretensión. En GUATEMALA, el relator nacional explica que en la especial coyuntura de ese país, el proceso de amparo y el control de inconstitucionalidad de la Ley, cumplen un importante papel para la defensa de los principales “intereses colectivos” (medio ambiente, educación y salud, todas prestaciones que tendrían por principal obligado al Estado), aunque son insuficientes. Señala además que la “*res inter alios iudicata*” o principio de relatividad de la sentencia, resulta a todas luces insuficiente para la cobertura de estos derechos de índole social. En PARAGUAY, con similar carencia legislativa, el relator nacional valoró muy positivamente la incorporación de la Acción Autónoma de Nulidad al Código Procesal Civil (art. 409), por cuanto significó una importante flexibilización de los límites de la cosa juzgada tradicional en los procesos individuales, especialmente en protección de todos aquellos que no tuvieron oportunidad de participar en el proceso. VENEZUELA presenta un interesante caso. Careciendo de previsiones legales respecto de la cosa juzgada en los procesos colectivos, la regulación proviene de fuente jurisprudencial emanada de la Sala Constitucional que ha sostenido el carácter erga omnes de los fallos que resuelven cuestiones de derechos colectivos e intereses difusos, tanto beneficien como perjudiquen a la colectividad o al sector sobre el que desplieguen sus efectos. En sentencia de fecha 30 de junio de 2000, el efecto erga omnes se formula de manera genérica, más allá de cuál sea el contenido de la sentencia y sin entrar tampoco a considerar la situación de los miembros que se excluyan expresamente del proceso (en Venezuela hay imperatividad jurisprudencial debido al carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional). Agrega el relator venezolano: “En cuanto a la repetición de la demanda no se contemplan las diversas hipótesis que pueden surgir, por ejemplo, si fue desestimada por insuficiencia de pruebas, o si otros actores colectivos pueden proponer nuevas acciones sobre los mismos hechos. Es más, de acuerdo al criterio de efectividad erga omnes fijado, sea perjudicado o beneficiado, le afecta dicha decisión y no podrá interponer nueva demanda. Es decir, no se toma en cuenta el criterio de cosa juzgada secundum eventum litis”. Y comenta: “Véase en la sentencia señalada que para presentar nueva demanda es necesaria la aparición de hechos nuevos que impliquen nuevas amenazas o nuevas lesiones, ya que bajo estos

### 3) *Recursos contra la sentencia en procesos colectivos/class actions en América*

En cuanto a los recursos extraordinarios que en los países de América pueden afectar de algún modo la sentencia del proceso colectivo (tema esencialmente vinculado al de la cosa juzgada), existen escasas previsiones específicas, debiendo en casi todos los países recurrirse a los medios impugnativos generales regulados en los códigos procesales. Quizás por esa razón algunos relatos nacionales se limitan a mencionar los recursos ordinarios<sup>81</sup>.

En BRASIL informa el relator nacional que, así como acontece con la cosa juzgada individual, la cosa juzgada colectiva puede ser impugnada por medio de la acción rescisoria (arts. 485 y ss. del Código del Proceso Civil), instrumento empleado para atacar la cosa juzgada por vicios graves (como "o impedimento do juiz ou a ofensa a literal disposição de lei").

En CANADÁ informa la relatora nacional que es posible apelar tanto la negativa de certificación como la descertificación del proceso como class action. También se puede apelar la certificación, pero en Ontario esto sólo puede hacerse con autorización. Pueden ser apelados también el fallo respecto de cuestiones comunes y los daños reconocidos y su indemnización. Para el caso de que el representante no hubiere apelado, pueden los individuos de la clase solicitar autorización para ejercer la representación a efectos de apelar.

En COLOMBIA, señala el relator nacional que por aplicación de la Ley 1285 de 2009, las sentencias de segunda instancia que se pronuncien en acciones populares y de grupo tramitadas ante jueces administrativos (contra el Estado u otras personas de Derecho Público), son susceptibles de un recurso de revisión ante el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Respecto de las sentencias dictadas en las acciones de grupo en que el demandado es una persona particular, es posible la interposición del recurso de casación (cfme. Ley 472 de 1998), el que no impide en ningún caso la ejecución de la sentencia. Agrega el relator nacional que estas sentencias pueden ser además objeto del recurso extraordinario de revisión en circunstancias especiales, si se verifican sus causales.

En ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, GIDI<sup>82</sup> enseña que entre las causales de impugnación más frecuentes en los tribunales, existen dos de especial relevancia: la falta de representación adecuada o suficiente de quien actuó en el proceso por la colectividad, clase o grupo de interés y la nulidad del emplazamiento o ausencia de notificación adecuada. La class action reposa en la idea histórica y filosófica de que un pequeño grupo lucha en un proceso judicial por los derechos de una colectividad (mayoría ausente), motivo por el cual la representación adecuada es primordial. Para el caso de que se acredite que uno o algunos miembros del grupo no han sido representados adecuadamente en el proceso colectivo, los tribunales en un proceso

supuestos no existiría identidad de la causa. Es decir que da pie a pensar que se está en presencia de una extraña e insólita concepción de la cosa juzgada *secundum eventum facti*, pues los hechos deberán modificarse o sufrir modificaciones para volver a proponerse, lo que sin lugar a dudas, daría aparición de un nuevo proceso". Agrega: "Tampoco expresa con claridad lo relativo acerca de sentencias condicionales y de futuro". El relator nacional critica duramente la solución jurisprudencial, calificándola como "innegablemente deficiente" y reclama una futura modificación legal al respecto.

<sup>81</sup> El Código Modelo de Procesos Colectivos prevé en su art. 18 el recurso de apelación que, de regla, no impide la ejecución de la sentencia: "La apelación de la sentencia definitiva tendrá efecto meramente devolutivo, salvo cuando la fundamentación fuere relevante y pudiere resultar para la parte una lesión grave y de difícil reparación, caso en el cual el juez podrá atribuir al recurso efecto suspensivo". El art. 34 dispone: "En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia".

<sup>82</sup> GIDI, *A class action* cit., pp. 280 y 281.

posterior (individual o colectivo) no reconocerán el efecto vinculante de la cosa juzgada y pueden decidir nuevamente la cuestión. Esta impugnación lleva el nombre de “collateral attack”<sup>83</sup>. También en recta aplicación de la regla del debido proceso legal se puede excluir de los efectos de la cosa juzgada a aquellos miembros que siendo fácilmente identificables no fueron notificados personalmente para que puedan ejercer su derecho de autoexclusión.

En los países que no tienen regulación especial para la impugnación de la sentencia de los procesos colectivos, los relatores nacionales analizan los medios previstos para los procesos tradicionales que podrían ser aplicados a los procesos colectivos<sup>84</sup>.

## V. Liquidación y ejecución de sentencias sobre procesos colectivos/class actions en América

### 1. El “drama” de la ejecución

La liquidación<sup>85</sup> y ejecución de las sentencias constituye un aspecto medular en la protección de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos. La existencia de una regulación legal que garantice el efectivo cumplimiento de la sentencia condenatoria o del acuerdo transaccional (en caso de admitirse el mismo en la legislación) resulta de extrema importancia. En las sabias palabras de COUTURE<sup>86</sup>: “conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia, ejecución sin

<sup>83</sup> Apunta GIDI que muchas veces el principal interesado en subsanar cualquier defecto en la representación es la propia parte contraria, y que en ocasiones impugna para lograr del Juez un análisis más profundo del punto y una expresa decisión en autos que evite futuras impugnaciones (GIDI, *A class action* cit., pp. 280 y 281).

<sup>84</sup> En BOLIVIA, el Código de Procedimiento Civil postula la revisión extraordinaria de sentencias ejecutoriadas en proceso ordinario mediante el recurso extraordinario de revisión, con causales específicas fundadas principalmente en hipótesis de fraude, dolo o colusión, o aparición posterior de pruebas decisivas. Como resultado de este recurso el Tribunal Supremo debe dictar una nueva sentencia si el recurso es resuelto de manera favorable al recurrente. En ECUADOR se menciona el recurso extraordinario de casación que a juicio del relator nacional deviene claramente aplicable también en los procesos colectivos o las acciones de clase. También se permite acudir a la Corte Constitucional únicamente cuando se trata de impugnar un fallo ejecutoriado o que causó estado, en el que existan violaciones a las garantías constitucionales. En PARAGUAY se menciona la “acción autónoma de nulidad” que podría trasladarse a una futura legislación eficiente en materia de cosa juzgada de procesos colectivos. En PERÚ existen dos mecanismos para atacar la inmutabilidad de la sentencia: la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta y el amparo contra resoluciones judiciales. La primera vía regulada en el Código Procesal Civil persigue la impugnación de la sentencia por motivos como ser el fraude, la colusión, o la violación grave del debido proceso, pudiendo la demanda respectiva ser interpuesta por la parte o el tercero afectado. Por otra parte, el artículo 4º del Código Procesal Constitucional permite atacar mediante amparo una sentencia definitiva que haya sido dictada en manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. En URUGUAY, los dos recursos extraordinarios que prevé la legislación uruguaya son el de casación y el de revisión. Ambos se deciden por la Suprema Corte de Justicia. La casación refiere a la impugnación de la sentencia por haberse padecido error en la aplicación de la norma de derecho, procesal o sustancial (“in procedendo” o “in iudicando” o en las reglas que hacen a la admisión o valoración de la prueba), mientras que la revisión procede por causales estrictas como ser el dolo, la colusión, el fraude, la existencia de fallos contradictorios o la aparición de nuevas y trascendentes pruebas antes desconocidas, etc.

<sup>85</sup> La particular situación que se plantea en Argentina a la hora de liquidar una sentencia de condena es descrita por GOZAÍNI: “...la aprobación de la liquidación judicial, como pórtico de entrada a la ejecución de sentencias, tiene más sinuosidades que la puerta que se abre al laberinto. De hecho, si no hay liquidación no hay ejecución, y esto es fatal para la rápida ejecución de lo conseguido en los estrados” (GOZAÍNI, O., *Protección procesal del usuario y consumidor*, Santa Fe, 2005, p. 477).

<sup>86</sup> COUTURE, E., “Las garantías constitucionales en el proceso civil”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1948, p. 89.

conocimiento es despotismo y no justicia”. Las dificultades derivadas de la ineficacia del proceso de ejecución civil ha sido objeto de profundos debates y análisis por parte de la doctrina procesal, considerando que el proceso de ejecución integra el concepto de debido proceso, siendo fundamental encontrar soluciones adecuadas<sup>87</sup>. Como señala ORTELLS<sup>88</sup>, “es efectivo el proceso de ejecución que alcanza su finalidad de plena satisfacción del ejecutante en un plazo razonable”.

A la problemática general del proceso de ejecución cuya eficacia es cuestionada en casi todos los países del mundo, se suman los propios de los procesos colectivos, producto de las especiales características de los derechos involucrados y, fundamentalmente, la cuestión de la identificación de los beneficiarios de la condena.

En cuanto a la implementación de la ejecución de las sentencias colectivas complejas, resulta necesario acordar al Juez la posibilidad de disponer de todas las medidas legítimas necesarias para asegurar el resultado práctico buscado. Muchas veces las sentencias no condenan a dar o a indemnizar sino a hacer o no hacer, lo que implica complejas etapas<sup>89</sup>.

## 2. La liquidación y ejecución de la sentencia en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

El Código Modelo contiene una precisa regulación de los diversos aspectos de la liquidación y ejecución de la sentencia del proceso colectivo<sup>90</sup>. Como se señala en su Exposición de Motivos, al preverse los proveimientos jurisdiccionales que se pueden obtener por el ejercicio de la acción colectiva, se procura preeminentemente la efectividad del proceso colectivo, que debe conducir a una respuesta jurisdiccional realmente capaz de satisfacer los derechos transindividuales violados o amenazados. Contiene normas sobre la anticipación de tutela y sobre su posible estabilización; sobre la acción condenatoria a la reparación de los daños al bien indivisiblemente considerado y al destino de la indemnización para la recuperación del bien dañado o a finalidades conexas; sobre la condenación a una obligación de hacer o no hacer (inhibitoria), en que la indemnización es la última ratio, a la cual se prefiere el régimen de multas diarias (astreintes) o hasta incluso el de mandamientos judiciales aptos a la obtención de un resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación, sobre la condenación a una obligación de dar. Se prevé el Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad. Sus recursos serán destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la

<sup>87</sup> Al respecto señalan DE HEGEDUS y ROMERO: “La tutela judicial efectiva de los derechos declarados en las sentencias requiere de los órganos jurisdiccionales que éstas no configuren pronunciamientos sin efectividad o tardíos. Por ello la ejecución en tiempo razonable integra la noción de debido proceso y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Existe plena coincidencia en todos los ámbitos, que el acceso a la Justicia no se concreta meramente con obtener una declaración que indique que asiste razón al justiciable. De nada sirve una resolución favorable si no puede obtenerse su efectiva realización. Sin ejecución, el derecho aparece sólo en eso, en su declaración. Y por ello el proceso ha de proporcionar una tutela efectiva al litigante victorioso para lograr la plena satisfacción jurídica. El proceso de conocimiento donde se declara el derecho y el proceso de ejecución donde se satisface ese derecho deben ser vistos como dos lados de la misma moneda” (DE HEGEDUS, M. y ROMERO, A., “La Ejecución Civil”, *Derecho Procesal Contemporáneo*, con TAVOLARI, R., tomo I, Santiago de Chile, 2010, p. 518).

<sup>88</sup> ORTELLS, M., “El Proceso de Ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000 y en el Código Modelo. ¿Qué deberíamos modificar?”, *Modernización de la Justicia Civil*, con PEREIRA CAMPOS, S., Montevideo, 2011, pp. 885 y ss.

<sup>89</sup> Cf. VERBIC, *Procesos Colectivos* cit., p. 360.

<sup>90</sup> Las principales normas del Código Modelo a considerar respecto de la liquidación y la ejecución de la sentencia son los arts. 3º, 6º, 7º, 8º, 14, 18, 19 y 22 a 28.

lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado<sup>91</sup>. Se regula la legitimación para la liquidación y ejecución de condena y la ejecución definitiva y la ejecución provisional de la sentencia. Se regulan las acciones colectivas en defensa de intereses o derechos individuales homogéneos y, particularmente, sobre la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos (la *class action for damages* norteamericana), promovida por los legitimados sin necesidad de indicación de la identidad de las víctimas. Se da conocimiento del enjuiciamiento de la acción a los posibles interesados, para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes, siéndoles vedado, por eso, discutir sus pretensiones individuales en el proceso colectivo de conocimiento. Se tomó cuidado especial con las notificaciones. En caso de acogimiento del pedido, la sentencia podrá ser genérica, declarando la existencia del daño general y condenando al vencido a la obligación de indemnizar a todas las víctimas y sus sucesores (aún no identificados). Incumbirá a éstos, individualmente o por los legitimados colectivos, probar en la liquidación de la sentencia su daño personal, el nexo causal con el daño global reconocido por la sentencia, y cuantificar el perjuicio individualmente sufrido. Pero el Código también prevé la posibilidad de que el juez, en la sentencia condenatoria, fije las indemnizaciones individuales, cuando esto fuera posible. Se cuida, también, del caso de concurso de créditos y se prescribe que, transcurrido un año sin la comparecencia de interesados en número compatible con la gravedad del daño, habrá ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados, cuidando que ellos sean vertidos con destino al Fondo. Aquí el Código adopta la solución de la “fluid recovery” del sistema norteamericano.

### 3. La regulación de la liquidación y ejecución de la sentencia en los procesos colectivos/class actions en América

De conformidad con los relatos nacionales, cabe distinguir en América aquellos países que tienen una regulación especial sobre la liquidación y ejecución de sentencias en procesos colectivos de aquellos que carecen de ella, aplicando por ende las normas generales sobre liquidación y ejecución de sentencias de los procesos individuales, que suelen ser insuficientes e ineficientes.

Cuadro 4 Regulación de la liquidación y ejecución de la sentencia en procesos colectivos en América		
País	Ausencia de regulación	Regulación específica
Argentina		X
Brasil		X
Bolivia	X	
Canadá		X

<sup>91</sup> La creación de un Fondo de los Derechos del Grupo también es prevista por GIDI en su Código de Proceso Civil Colectivo (art. 24) en el cual establece que cuando recaiga una condena monetaria, en las denominadas “pretensiones indemnizatorias transindividuales del grupo”, la indemnización por el daño causado al grupo revertirá este fondo. Al igual que el Código Modelo, prevé su administración por una comisión tripartita (Ministerio Público, Jueces e integrantes de la comunidad). En cuanto a los destinos de los recursos del Fondo, se dispone que será el restablecimiento o reparación de los daños causados al grupo y en caso de que ello no sea posible, los recursos deberán ser utilizados en forma discrecional, creativa y flexible, relacionados con la naturaleza de la infracción o daño causado, inclusive a través del financiamiento y de la fiscalización de otras acciones colectivas y de proyectos científicos de investigación, informativos y educacionales.



Cuadro 4 Regulación de la liquidación y ejecución de la sentencia en procesos colectivos en América		
País	Ausencia de regulación	Regulación específica
Chile		X
Colombia		X
Ecuador	X	
EUA		X
Guatemala	X	
Paraguay	X	
Perú		X
Uruguay	X	
Venezuela	X	

A) *Países con regulación específica sobre liquidación y/o ejecución de sentencias colectivas*

En ARGENTINA, los relatores nacionales explican que si la sentencia tiene contenido patrimonial, se establecerán las pautas para la reparación económica así como el procedimiento para su determinación “teniendo siempre en miras el principio de reparación integral”. Si no fuera posible identificar a los beneficiarios, es el Juez quien indica cómo el resarcimiento debe ser instrumentado, buscando siempre el beneficio del grupo afectado. Si se trata de una pretensión de daños respecto de los cuales corresponde hacer una diferencia entre diversos usuarios o consumidores, se pueden establecer grupos o clases diferenciadas<sup>92</sup>. La vía procesal para la determinación de la indemnización y el “quantum” de cada reclamo en estos casos es, por imperio legal, la del incidente. Respecto de la ejecución colectiva en materia de derechos del consumidor, señala GOZAÍN<sup>93</sup> que cuando la sentencia alcance a terceros representados por una asociación de defensa del interés colectivo, o afecte derechos difusos de pertenencia general, la condena tiene particularidades para ejecutarla. Indica que

<sup>92</sup> Dicen los relatores argentinos: ...el art. 54 de la ley de defensa del consumidor 24.240, con su última modificación por la ley 26.361, dispone: “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”.

<sup>93</sup> GOZAÍN cita el caso de jurisprudencia “Defensor del Pueblo de la Nación c/PEN” al que califica como paradigma del pronunciamiento con alcances hacia el colectivo (ahorristas e inversores) afectados por las medidas económicas dictadas por el Estado que impidieron el retiro de fondos propios acreditados en bancos y entidades financieras. En este caso, se dispuso la concurrencia de cada uno de quienes se considere afectado para requerir en su favor la aplicación del precedente dictado, y con ello, poder ejecutar ante su banco el reintegro de las sumas de dinero concernidas (GOZAÍN, *Protección* cit., pp. 479 y 480).



los efectos de la sentencia solamente alcanzan a quienes puedan identificarse, porque cuando litiga un grupo de afectados perfectamente determinado, los resultados de la sentencia se acotan a las personas que la sentencia menciona. “Sin embargo, si la determinación individual no es posible (por ej.: cuando existe contaminación de alimentos y no se puede encontrar la nómina total de afectados por la ingesta), la sentencia –además de pronunciarse respecto a las personas concretas que se personaron en el juicio– establecerá los requisitos necesarios para que cualquier afectado pueda instar la ejecución. En estos casos donde la sentencia tiene efectos *erga omnes* y comprende a quienes no han sido partes en el proceso, deben presentarse en las actuaciones para que se les asigne legitimación procesal en la causa, y, de este modo, poder extender los dichos del pronunciamiento en su propio beneficio”.

En BRASIL explica el relator nacional que existen reglas diferentes aplicables a la tutela de derechos difusos y colectivos y a la tutela de derechos individuales homogéneos. La diferenciación tiene fundamentalmente el propósito de adecuar el procedimiento para autorizar las ejecuciones individuales de sentencias proferidas en el proceso colectivo cuando refiere a derechos individuales homogéneos, ya que en ese caso estamos delante de derechos nítidamente individuales. La prestación objeto de la condena no necesariamente tiene que implicar un “dar” sino que se admite cualquier especie de condena, según surge establecido por el artículo 83 del Código del Consumidor, y se regularon medios coercitivos especiales en el artículo 84 del mismo Código para forzar al cumplimiento de las condenas de hacer y no hacer, como ser multas coercitivas o la intervención judicial, que son calificados como más eficaces, tanto para la tutela de los derechos metaindividuales como para los derechos individuales de masas, pues implican una exención a los damnificados beneficiarios de participar individualmente en la ejecución. El relator brasileño comenta que, por la esencia de los derechos difusos y colectivos, las condenas pecuniarias no son las más eficaces, como sí puede resultar la imposición de conductas de hacer o de no hacer. En cuanto refiere a las condenas en procesos por la defensa de intereses individuales homogéneos, si bien existe una concreta protección por medio de una condena pecuniaria genérica, a la que le siguen las respectivas ejecuciones individuales, se presentan serios inconvenientes para muchos de los interesados. Por tal motivo el relator nacional se manifiesta también en estos casos proclive a las soluciones que impliquen de alguna manera la imposición de la conducta del demandado para restituir –en la medida de lo posible– las cosas al estado anterior. Sin embargo admite el relator que en cuanto refiere a los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos, la mayoría de los casos se resuelven todavía mediante sentencias de condena pecuniarias e ilustra que en su país la regulación es “bastante minuciosa” y básicamente sigue los parámetros tradicionales. La ejecución puede ser iniciada a instancia de cualquier legitimado activo para la demanda del proceso de conocimiento, y en caso de que una asociación haya sido la gananciosa, pasados los 60 días contados desde la ejecutoria, podrá el Ministerio Público o los demás legitimados pedir la ejecución<sup>94</sup>. El producido de la ejecución es destinado a un Fondo Público, que cuenta con representatividad de los interesados pero cuya gestión ha recibido muchas críticas<sup>95</sup>.

La legitimación activa para la promoción de la ejecución de la sentencia que refiere a derechos colectivos, prevista en el ordenamiento brasileño, se asemeja en parte a la solución que propone el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (art. 14) en cuanto establece que está legitimado el Ministerio Público a iniciar la ejecución del fallo cuando se trate de interés social relevante, y siempre que transcurridos 60 días del dictado de la sentencia, el demandante no lo hubiese promovido.

<sup>94</sup> Ley 7347/85, art. 15.

<sup>95</sup> Indica el relator brasileño que el funcionamiento del fondo es muy criticado, tanto por la escasez de recursos como por la falta de orientación o criterio para la aplicación del dinero, permaneciendo, en muchos casos, sin protección los derechos lesionados.

En cuanto a la ejecución de sentencias colectivas de condena pecuniarias en tutela de intereses individuales homogéneos, informa el relator nacional que el artículo 95 del Código de Defensa del Consumidor prevé que de regla la sentencia de condena es “genérica” y se limita a establecer la responsabilidad de los demandados por los daños causados. A partir de esa condena genérica se abre la posibilidad de que las víctimas (o eventualmente, sus sucesores) puedan liquidar y ejecutar de forma individual ese título. Si en el plazo de un año, no se habilitan víctimas para la ejecución en número compatible con la gravedad del daño, los legitimados para la acción colectiva podrán promover liquidación y ejecución del valor total de la indemnización debida, cuyo producto revertirá en favor del Fondo (art. 100, Código de Defensa del Consumidor). En el concurso entre créditos destinados al Fondo y aquellos referentes a las indemnizaciones individuales, éstos prefieren a aquéllos (art. 99 del Código de Defensa del Consumidor).

En CANADÁ, explica la relatora nacional que la legislación prevé que la sentencia puede establecer directamente la distribución de los montos que considera apropiados, ordenar el pago personal de la demandada a los damnificados integrantes de la clase, o también nombrar una tercera persona que tome a su cargo la tarea de distribuir el monto de la condena entre los miembros de la clase actora, con amplias facultades que pueden incluir el otorgamiento de financiación y hasta quitas de la deuda. El tribunal puede disponer el pago de la condena directamente a la Corte o a cualquier otro depositario apropiado. Al decidir cómo distribuir la condena, el tribunal debe considerar cuál es la solución más práctica y eficiente. Cuando sea oportuno, el Juez puede designar un Administrador (“Claims Administrator”) que le asista en la evaluación de los reclamos y la administración del proceso. También puede nombrar personas para mediar o arbitrar reclamos, quienes son remunerados de cargo a gastos del proceso o directamente por el demandado y se encuentran sujetos a control del tribunal. Asimismo, indica WALKER que si la condena no ha sido distribuida en el plazo determinado por el tribunal, éste puede darle otro destino, siempre que el mismo razonablemente signifique un beneficio para los miembros de la clase. Este tipo de órdenes se pueden verificar, conozca o no el tribunal la cantidad de miembros de la clase, así como el monto que corresponde a cada uno de ellos, e incluso, si el mecanismo alternativo de distribución beneficia a personas que no son miembros de la clase o que igualmente recibirían una indemnización como resultado del proceso colectivo.

En cuanto a los aspectos formales de la ejecución, el tribunal es quien se encarga del control de la misma y en ejercicio de esa competencia es que puede verificar suspensiones por los plazos que considere apropiados, establecer la forma de pago (contado o mediante financiación), y descontar del fondo los gastos del nombramiento de Administrador, si lo hubiera.

Una vez transcurrido el plazo determinado por el tribunal para la ejecución y distribución de la condena, sin que la totalidad de la misma haya sido reclamada o distribuida, el remanente será devuelto al demandado.

Finalmente, informa la relatora nacional que los tribunales canadienses han considerado las controversias y la problemática que en los Estados Unidos de América ha generado la administración y distribución de la condena y han aprendido de ello. Como ejemplo de estos problemas cita el caso de los “coupon settlements”<sup>96</sup>, que pueden fracasar como mecanismo de compensación adecuado, siendo más bien un premio para los demandados en la medida que se los anima a seguir vendiendo en el futuro en lugar de operar como una sanción<sup>97</sup>.

En COLOMBIA, según señala el relator nacional, además de distinguirse según se

<sup>96</sup> Como forma de indemnizar a los reclamantes, se le confiere descuentos por la compra de bienes y servicios que comercializa el demandado.

<sup>97</sup> Indica también que han existido debates sobre la propiedad de indemnizaciones “*cy-près*” y la identificación de beneficiarios.

trate de acciones populares o acciones de grupo, se establecen distintos procedimientos atendiendo al contenido de la sentencia a ejecutar. Así, se prevé el llamado “incidente de desacato”, cuando la sentencia recae en una acción popular que impone una obligación de hacer, que implica la aplicación de conminaciones pecuniarias convertibles en personales para el caso que se incumplan las órdenes dadas por el Juez. En cambio, cuando el contenido de la sentencia dictada en las acciones populares es indemnizatorio, no existe norma expresa, por lo que se aplica el proceso de ejecución clásico. Con respecto a la ejecución de las sentencias dictadas en las acciones de grupo, no existe en Colombia aún regulación específica. No obstante, en este tipo de procesos se establece en la sentencia una suma total de indemnización, la cual es recibida por el “Fondo para la Protección de los Intereses Colectivos”, una dependencia de la Defensoría del Pueblo, que se encarga de su distribución entre los diferentes miembros del grupo. En cuanto a la aplicación práctica de estos procedimientos el relator colombiano plantea desconocer juicios ejecutivos al respecto en la experiencia jurisdiccional colombiana.

En las acciones populares (acción colectiva para la protección de intereses colectivos), se autoriza la condena “in genere” y el posterior incidente de liquidación<sup>98</sup>. En cambio, en las acciones de grupo no es posible que la sentencia profiera una condena ilíquida, toda vez que el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, le indica al juez que debe hacer una condena global que sea el producto del ponderado de las condenas individuales. Además, le obliga a calcular una suma para cada uno de los integrantes del grupo, que potencialmente puedan presentarse dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia. Sin embargo, cuando se trata de grupos abiertos, los jueces han optado por esperar a que transcurran 20 días después de la publicación de la sentencia, ocurrido lo cual, le piden al Fondo para la Protección de los Intereses Colectivos que les envíe la lista de las personas que concurrieron al llamado, para de esa manera señalar, mediante sentencia adicional, un monto que se distribuirá a prorrata entre tales personas. El relator nacional explica que la puesta en práctica de estas soluciones ha presentado severas dificultades como que el grupo resulte superior al previsto en la sentencia, que un Juez haya olvidado establecer el monto para los miembros del grupo que pueden presentarse dentro de los 20 días siguiente a la publicación, la existencia de imprecisiones sobre la identidad de los miembros del grupo e, incluso, el desplazamiento de parte de las actuaciones del Juez hacia el Fondo<sup>99</sup>. El juez puede revisar por una sola vez la distribución de la condena, en caso de que se presentaran más personas que las estimadas. En caso de que se presentara una cantidad menor, debe restituirse el excedente. Pese a ello, en la práctica, señala el relator nacional que los jueces se han resistido a pronunciarse luego de dictada la sentencia, y en el caso de presentarse un mayor número de personas a las estimadas en el fallo, han considerado que tal cuestión corresponde al Fondo y el juez pierde competencia.

En CHILE, los relatores nacionales informan el procedimiento regulado para la ejecución de la sentencia, que parte de la publicación del fallo<sup>100</sup>. Una vez efectuadas

<sup>98</sup> Artículo 34 de la Ley 472 de 1998. Para la liquidación remite al régimen previsto por el Código de Procedimiento Civil (la concreción del monto de la condena se hace mediante un incidente, reglamentado por el artículo 307 de la misma codificación).

<sup>99</sup> El relator colombiano cita un interesante caso de jurisprudencia, en el que se condenó al Ministerio de Defensa a indemnizar a los habitantes de un municipio por el desplazamiento forzado del que habían sido objeto por acción de un grupo ilegal. La falta de identidad concreta de las personas beneficiadas por el fallo determinó que el Consejo de Estado resolviera que sería el Fondo el encargado de determinar exactamente a los integrantes de ese grupo de personas que habían sido desplazadas, trasladándose de este modo al órgano administrativo la actividad probatoria.

<sup>100</sup> Rige en Chile un sistema de publicación de la sentencia condenatoria en los diarios que el Juez actuante determine (por lo menos dos publicaciones en oportunidades diferentes, con un intervalo de entre tres y cinco días). Informan los relatores chilenos que, en caso de tratarse de pequeños grupos, el magistrado puede establecer un sistema diferente e igualmente fehacien-

las publicaciones comienza a correr un plazo de 90 días dentro del cual los interesados –por sí o representados– pueden comparecer y acreditar su condición de miembros del grupo afectado. Una vez vencido el plazo aludido se confiere un traslado por un plazo de 10 días, extensible por resolución fundada, a los efectos de que se conteste las alegaciones de quienes pretenden la calidad de miembros del grupo. Cabe la posibilidad de que se abra un proceso de conocimiento, con prueba, tomándose para ello la estructura del proceso incidental. El incidente puede ser susceptible de los recursos ordinarios y es competente, tanto para su dilucidación así como para la ejecución del fallo, el tribunal que entendió en primera instancia en la demanda colectiva<sup>101</sup>.

Como interesante norma de constricción, la solución chilena impone al demandado efectuar las reparaciones o consignar el monto íntegro de las indemnizaciones en el plazo de 30 días corridos, contados desde aquel en que se haya fallado el incidente recién aludido. Asimismo vale destacar la ponderación de la ley chilena en cuanto prevé la posibilidad de que el Juez establezca mecanismos alternativos al pago contado de las indemnizaciones cuando el mismo pueda afectar la solvencia del condenado de manera drástica<sup>102</sup>.

Si la sentencia no es cumplida por el demandado, “la ejecución se efectuará a través del procurador común en un único procedimiento, por el monto global de las indemnizaciones o reparaciones o por el saldo total insoluto, efectuándose el pago a los interesados a prorrata de sus derechos declarados en la sentencia definitiva”.

En ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, en cuanto al contenido de las sentencias que acogen la pretensión, podemos distinguir –siguiendo a GIDI<sup>103</sup>– dos tipos de class actions: aquellas de naturaleza indemnizatoria (“damages”), generalmente dentro del tipo (b)(3) y, por otra parte, las meramente declarativas (“declaratory relief”) o que imponen al demandado una prestación de hacer (“injunctive relief”).

Tanto en caso de sentencia indemnizatoria o acuerdo indemnizatorio verificado entre las partes, se procede a la formación de un fondo común (“Common Fund”) del que se reparten las sumas por los daños reconocidos en la sentencia o acordados a los miembros del grupo (que no hubieren ejercido el derecho de autoexclusión – “opt out”). GIDI<sup>104</sup> define al “Common Fund” como “un fondo de dinero, perteneciente al grupo, producido con la condena al demandado o en acuerdo realizado en una acción colectiva”. De ese fondo se pagan primero gastos judiciales de la acción, honorarios de abogados y finalmente se distribuye el resultado entre los miembros del grupo<sup>105</sup>.

te de notificación a todos los integrantes y que los requisitos del contenido del edicto respectivo también están previstos en el artículo 54 A de la Ley.

<sup>101</sup> Como una solución propia de las circunstancias de Chile ante las dificultades sísmicas, explican los relatores nacionales que por Ley 20.443 de 2010, se adaptó el proceso de las demandas colectivas a los juicios por daños y perjuicios en la calidad de las construcciones. Dada la especial naturaleza de esta pretensión, al procedimiento general previsto por la Ley 19.496, se agregan las siguientes particularidades: a) el número de afectados no puede ser inferior a 6 propietarios; b) cabe la extensión a la solicitud de daños como ser lucro cesante y daño moral c) la sentencia afecta a todos los sujetos de una misma clase “del mismo interés colectivo”.

<sup>102</sup> Señalan los relatores chilenos: “Si a juicio del tribunal el pago de estos montos globales produce en el demandado un detrimento patrimonial significativo, de modo que pueda estimarse que quedará próximo a la insolvencia, el juez podrá establecer un programa mensual de pago de indemnizaciones completas para cada demandante o bien determinar una forma de cumplimiento alternativo del pago, pudiendo exigir alguna forma de fianza u otra caución si la situación económica del demandado así lo permite”.

<sup>103</sup> GIDI, *A class action* cit., p. 362.

<sup>104</sup> GIDI, *A class action* cit., p. 468.

<sup>105</sup> Señala GIDI que para los casos de las acciones en que se pretende la condena a una prestación de hacer (“injunctions”) o declaratorias, no se prevé la generación de un fondo común en dinero del que puedan ser retirados gastos del proceso y honorarios de abogados (GIDI, *A class action* cit., p. 373).

Como lo destaca VERBIC<sup>106</sup>, resulta interesante la técnica creada por las cortes estadounidenses para implementar aquellas decisiones orientadas a imponer la modificación de la estructura u organización de entidades y organismos de distinto tipo conocidas como “structural injunctions” o “institutional decrees”. Debido a que tales proveimientos imponen al obligado el cumplimiento de prestaciones complejas, diversificadas y prolongadas, el tribunal que las dicta confía la misión de gestionar la ejecución específica de la decisión a comités colegiales o a colaboradores del tribunal designados ad hoc (“master”, “receiver” o “administrator”) que, bajo la dirección del tribunal, elaboran programas de actividades para lograr el objetivo perseguido, pudiendo controlar la actividad del obligado o incluso actuar en su lugar si es posible. También resulta de interés destacar la modalidad de liquidación y pago que presentan los “coupon settlements”: acuerdos para que el demandado indemnice total o parcialmente al grupo mediante descuentos en la venta de sus mercaderías o equipamientos de su fabricación (estos acuerdos reciben también el nombre de “in kind settlements”)<sup>107</sup>.

En PERÚ si bien no existe una regulación general referida a la ejecución de sentencias recaídas en procesos sobre derechos colectivos (aplicándose por ende las normas procesales de alcance general), sí cuentan con una disposición expresa en el ámbito de los intereses colectivos de los consumidores. Señala el relator peruano que el Código de Protección y Defensa del Consumidor prevé en el artículo 131 que consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, ésta es cobrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (Indecopi). Este organismo prorratea su monto entre los consumidores que se apersonen ante él y que acrediten ser titulares del derecho discutido en el proceso. Luego de transcurrido un año desde que este instituto cobra la indemnización, el saldo se destina a un fondo especial para financiar y difundir los derechos de los consumidores, información relevante para los mismos y al sistema de patrocinio de intereses de los consumidores.

#### B) Países que no cuentan con regulación específica sobre liquidación y ejecución de la sentencia en procesos colectivos

En este grupo pueden reunirse aquellos países de América que teniendo o no regulaciones sobre algunos aspectos de los procesos colectivos, carecen de disposiciones específicas sobre la liquidación y ejecución de sentencias dictadas en este tipo de procesos. Los relatores de BOLIVIA, ECUADOR, GUATEMALA, PARAGUAY, URUGUAY Y VENEZUELA, manifiestan que en sus países no existe normativa específica sobre liquidación y ejecución de las sentencias dictadas en procesos colectivos, por lo cual suelen aplicarse las normas comunes de liquidación y ejecución de sentencias<sup>108</sup>.

<sup>106</sup> VERBIC, *Procesos Colectivos* cit., pp. 361-262.

<sup>107</sup> GIDI, *A class action* cit., p. 470.

<sup>108</sup> En BOLIVIA son de aplicación las normas generales sobre ejecución del Código de Procedimiento Civil pese a que no conciben con la liquidación y ejecución de sentencia que postula el Código Modelo de Procesos Colectivos. En ECUADOR ocurre lo mismo. En GUATEMALA se advierte que no se ha logrado la regulación de procesos colectivos/class actions ni de manera ordinaria, ni constitucional. En PARAGUAY no existe regulación de esta clase de procedimientos y el relator nacional describe el régimen general vigente, que admite el dictado de una sentencia ilíquida en procesos individuales, que puede ser liquidada en otro proceso, y posteriormente la ejecución de la misma. En URUGUAY se aplica el régimen general. Se cuestiona el relator uruguayo si es posible determinar el responsable al pago de la indemnización, en forma genérica, por categorías de damnificados y luego establecer por vía incidental liquidatoria, el “quantum” de los daños y la calidad de damnificado beneficiado por la condena (el ordenamiento uruguayo no prevé un régimen tarifado o forfaitaire de compensación y por ende, ésta debe cuantificarse caso a caso). Si bien comparte la doctrina uruguayo que, a falta de norma expresa, propone para tal hipótesis la tramitación de un nuevo proceso ordinario, estima que pueden existir casos en que la concepción del objeto del primer litigio y de la condena, tornen viable la determinación por vía incidental de la liquidación de la condena. En VENEZUELA se

#### 4. *Principales tendencias, problemas y soluciones para la liquidación y ejecución de la sentencia en los procesos colectivos/class actions en América*

De los relatos nacionales relevados pueden extraerse tendencias sobre liquidación y ejecución de sentencias colectivas, de las que surgen los problemas que requieren de nuestra búsqueda de soluciones:

- Los problemas sobre el proceso de ejecución en la Justicia Colectiva y sus posibles soluciones guardan íntima vinculación con las posibilidades propias de la economía de cada país, así como con las pautas de la jurisprudencia en materia de montos de condenas pecuniarias, principalmente.
- La mayoría de los países de América no cuenta con regulación específica sobre el proceso de liquidación y ejecución en los procesos colectivos/class actions, debiendo recurrirse a la regulación general del proceso de liquidación y ejecución cuando el condenado no cumple voluntariamente con el fallo.
- Resulta evidente que en casi todos los países el régimen general de liquidación y ejecución no es eficiente para los procesos individuales; mucho menos lo es para los procesos colectivos, al no contemplar sus especialidades.
- Algunos países cuentan con normas que establecen un procedimiento especial de liquidación y ejecución de sentencias de los procesos colectivos/class actions, y, eventualmente, distinguen la ejecución de sentencias relativas a derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.
- Las sentencias pueden tener diversos contenidos (dar, hacer, no hacer) y, si bien desde el punto de vista teórico resultan más eficaces las condenas a hacer o no hacer, en muchos países de América la mayoría de los casos se resuelven mediante sentencias de condena pecuniarias.
- Se plantean dificultades a la hora de determinar el destino de las indemnizaciones provenientes de las condenas en los procesos colectivos, su distribución y eventual reserva para quienes se ven alcanzados por la sentencia o acuerdo.
- La creación, administración y funcionamiento de “fondos” u organismos recaudadores o administradores de las condenas se ha visto como una necesidad en nuestros países. Sin embargo, lograr su rol eficiente en el proceso de ejecución es también un problema que se presenta en varios casos. Algunos países cuentan con dichos “fondos” creados para administrar las indemnizaciones producto de procesos colectivos, pero los mismos suelen ser objeto de críticas y especulaciones<sup>109</sup>.

señala que la sentencia de mérito puede imponer órdenes de hacer, no hacer o indemnizar a la colectividad o a grupos dentro de ella, en la forma que ordene el juez, con señalamiento de cuáles instituciones sociales o públicas, o cuáles personas serán acreedores de la indemnización. Agrega que, no obstante ello, en la práctica, debido a que la Sala Constitucional resuelve los procesos colectivos o difusos, se ha impedido que asociaciones del interior o grupos de lesionados en sus derechos colectivos intenten procesos colectivos, por lo cual no existen decisiones de cómo debe liquidarse la sentencia. Destaca que la Sala Constitucional no ha establecido cuál es el órgano competente para la liquidación así como tampoco la forma de liquidar la sentencia ni en forma individual ni colectiva. Recordemos que VENEZUELA tiene la peculiaridad de que si bien no existe regulación legal detallada sobre sentencias colectivas, por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional provisionalmente ha fijado los procedimientos mediante los cuales se pueden tutelar intereses colectivos y difusos.

<sup>109</sup> En cuanto a la finalidad que persiguen estos fondos, GOZAÍNI señala que es diversa, por cuanto pueden servir para pagar la recompensa al sujeto que llevó adelante la acción colectiva, para compensar los gastos de quienes no pueden acudir a la justicia por escasez de recursos, y también para que de allí salgan las sumas necesarias para resarcir a los interesados que se presentaron acreditando ser parte del grupo beneficiado con la sentencia. La creación de los fondos en definitiva busca la obtención de una base de dinero para ir solventando la deducción



- Se destaca la necesidad de que los jueces utilicen medidas conminatorias eficaces para obtener el cumplimiento efectivo de la condena impuesta en la sentencia<sup>110</sup>.
- El problema del tiempo en la ejecución suele ser un drama en los países iberoamericanos y probablemente para evitarlo, en Estados Unidos y Canadá la mayor parte de los asuntos termina en acuerdos<sup>111</sup>.
- Suelen plantearse dificultades en la larga fase de ejecución de las sentencias en la asignación y división de las funciones y competencias del tribunal, el “fondo” y los órganos administrativos. Fundamentalmente cuando se trata de condenas de hacer o no hacer se vuelven difusos los límites entre la función jurisdiccional y la función administrativa al ejecutar los fallos<sup>112</sup>.
- Al momento de la compleja ejecución de la sentencia colectiva puede afectarse la división de poderes<sup>113</sup>.

de acciones colectivas, permitiendo el acceso de todos los damnificados al sistema, independientemente de sus recursos, así como la financiación de investigaciones y programas educacionales tendientes a evitar la reiteración de la conducta ilícita causante del daño (GOZÁINI, *Protección Procesal* cit., p. 613).

<sup>110</sup> En Argentina, DE LOS SANTOS señala que la ejecución forzada de la sentencia colectiva es uno de los temas esenciales a tener en cuenta para la adecuada regulación de este tipo de procesos. El juez debe recurrir a la medida conminatoria más adecuada para obtener el cumplimiento “in natura” de la condena, el que debe preferirse a su reemplazo por una indemnización y sin perjuicio de corresponder esta última a favor de los individualmente afectados. Obviamente no se trata de las clásicas “astreintes” sino de la facultad del tribunal de disponer medidas eficaces (que representen un mal mayor que la condena pecuniaria o que persistir en la actitud contumaz) para obtener la prestación “in natura” de la condena o la ejecución del mandato incumplido “a costa del demandado”. A esos fines los jueces deben hacer pleno uso de las potestades judiciales inherentes a la “executio” como elemento de la jurisdicción. Algunos precedentes jurisprudenciales dan cuenta de las serias dificultades que ocasiona la ejecución de las condenas en materia de recomposición del medio ambiente dañado y que evidencian la necesidad de un mayor rigor en la ejecución forzada de los mandatos judiciales. Más aún, sería conveniente prever la posibilidad de modificar en la etapa de ejecución el modo de “recomposición” del medio ambiente, para adecuar la condena a las dificultades prácticas que plantea su concreción (DE LOS SANTOS, “Algunas pautas” cit.).

<sup>111</sup> Señala LORENZETTI que es inevitable un lapso prolongado en la ejecución, porque se trata de modificar situaciones que involucran instituciones, conductas, reglas, culturas, y su concreción lleva mucho tiempo. Existen procesos de cinco años y otros de veinte con numerosos pasos intermedios (LORENZETTI, *Justicia Colectiva* cit., p. 185).

<sup>112</sup> El tiempo es un factor de extraordinaria importancia para el tribunal y puede acarrear serios problemas. A medida que pasa el tiempo, se identifica la decisión judicial con la gestión administrativa, y los límites se vuelven difusos, con perjuicio para la división de poderes y la imagen del servicio de justicia. Puede ocurrir incluso que los problemas de gestión, que son propios del Poder Ejecutivo, terminen siendo imputados al tribunal. Señala LORENZETTI: “Los jueces no están en condiciones de gestionar, porque no tienen el tiempo ni poseen la información, recursos ni medios, y esto puede derivar en decisiones equivocadas. Cuando se interviene en un conflicto suele incrementarse la expectativa social de que se lo haga en todos los demás, lo cual es imposible. Puede ser factible llevar adelante un proceso colectivo, pero luego de unos meses, cuando se suman varios, la infraestructura del tribunal se satura. El funcionamiento propio de los tribunales colegiados puede agravar la cuestión, ya que podrían cambiar los jueces que lo integran o sus ideas, y consecuentemente las mayorías, volviéndose autocontradictorio. Por estas razones es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol” (LORENZETTI, *Justicia Colectiva* cit., pp. 185-186).

<sup>113</sup> Señala LORENZETTI: “El juez debe respetar los límites constitucionales de la división de funciones entre los distintos poderes y no puede avanzar más allá de afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado. Ello significa que la sentencia puede contener una formulación que diga: ‘hay que limpiar el río’ y ordena presentar un plan; ‘hay que terminar con la emisión de gases contaminantes de los automotores’ y ordena que se dispongan medidas. No dice cuál es el contenido del plan ni cuáles son las medidas, lo que está en el campo de la reserva de la Administración. Los jueces que han pasado esta frontera lo han hecho porque



- No está aún suficientemente analizada ni evaluada en la mayor parte de nuestros países, la creación de una “microinstitucionalidad” para implementar con suficientes garantías la ejecución del fallo<sup>114</sup> ni las órdenes judiciales de organización para dicha implementación<sup>115</sup>. Ello podría ser de gran utilidad para lograr eficiencia en la ejecución.
- Tampoco existen desarrollos en casi ninguno de los países de América en cuanto a la posible división de la ejecución por etapas cuando el objeto del litigio es demasiado amplio y/o la sentencia es comprensiva de situaciones diversas. Sería conveniente preverlo, al menos en relación con las sentencias que condenan a hacer y/o a no hacer<sup>116</sup>.

estaban convencidos de que la Administración no iba a cumplir lo ordenado. Pero si el problema consiste en controlar, el tribunal puede hacerlo sin necesidad de entrometerse en los detalles, ordenando la presentación de informes periódicos. La otra razón invocada es que no hay seguridad alguna de que la Administración esté en condiciones de aplicar las medidas correctas. Tampoco existen garantías de que los jueces estén en mejores condiciones que la Administración para desempeñar estas tareas, no sólo porque –como dijimos– carecen de medios, sino porque también puede haber opiniones muy distintas dentro del ámbito de autonomía judicial” (LORENZETTI, *Justicia Colectiva* cit., p. 186).

<sup>114</sup> Para solucionar el problema de las garantías de implementación, puede diseñarse una “microinstitucionalidad”, como lo propone LORENZETTI, quien pone el ejemplo de la sentencia dictada por la Corte Suprema argentina en el caso del “Riachuelo”, donde se fijaron objetivos, se describieron etapas según las distintas fuentes de contaminación y los plazos para cumplir. Se designó a un encargado responsable de llevar adelante la ejecución del plan, que es un sector de la Administración. También se designaron encargados del control de cumplimiento que eran organizaciones no gubernamentales que participaron del proceso y un control de la transparencia financiera del plan, que es un ente público de auditoría. Señala el autor: “De este modo se creó una institución dedicada al cumplimiento del objetivo que actúa de modo autónomo, aunque bajo la supervisión lejana del tribunal. Este mecanismo permite que los diversos centros de interés interactúen de modo rápido, flexible, dinámico. Se incrementa la cantidad de información disponible al ser aportada por diversos grupos, se mejoran los procesos de toma de decisiones al existir un proceso de debate previo y se aumenta el control social sobre el ritmo de la ejecución y su sentido” (LORENZETTI, *Justicia Colectiva* cit., pp. 186-187).

<sup>115</sup> En muchos casos es necesario evaluar si el Juez puede hacer uso de facultades de superintendencia y otras medidas como la delegación de la ejecución en terceros porque una o más etapas exceden las posibilidades del tribunal, o la división de la ejecución por etapas cuando el objeto del litigio es demasiado amplio y la sentencia es comprensiva de situaciones diversas y la aplicación de sanciones al funcionario público cuando se delega en la Administración la ejecución de un determinado mandato (cf. LORENZETTI, *Justicia Colectiva* cit., pp. 187-188).

<sup>116</sup> Así, en algunos casos se ha señalado que no hay una sola sentencia sino varias, que configuran un proceso adaptativo de aproximación a la solución definitiva. LORENZETTI pone el siguiente ejemplo: se condena a la ejecución de un plan para limpiar un río, pero luego se deben dictar varias decisiones sobre aspectos concretos del plan y su implementación hasta que se logra una definición razonable (sentencia “Mendoza”, CSJN, Argentina) o se ordena terminar con la discriminación en las escuelas, pero luego es necesario dictar otras sentencias aclaratorias y ejecutorias (caso “Brown” y siguientes de la SC de Estados Unidos). La sentencia declarativa es la que refiere al conflicto inicial conforme surge de la relación jurídico-procesal, y suele provocar una “ruptura”, un “cambio de concepción” (declarar que no debe haber más discriminación en las escuelas, que se debe terminar con la contaminación del aire en Nueva Delhi o que se debe limpiar un río es un cambio respecto de una situación preexistente y consolidada). Es característico de estas sentencias una declaración de principios y una condena general, que producen un alto impacto mediático y social, dada la importancia del bien afectado (cuando no es indemnizatoria o no es sólo indemnizatoria, la sentencia puede contener exhortaciones, mandatos de innovar y/o de no innovar, mandatos dirigidos a la administración y/o al Congreso, etc.). En cambio, la ejecución normalmente importa numerosas etapas en las que se producen discusiones y precisiones. La primera sentencia da el marco general y las posteriores van ejecutando. Señala LORENZETTI que la primera produce cosa juzgada y las segundas son provisorias, porque las medidas que se dictan son, generalmente, temporales y adaptativas, y una medida posterior puede dejar sin efecto la anterior (LORENZETTI, *Justicia Colectiva* cit., p. 178).

## VI. Conclusiones<sup>117</sup>

1. El panorama legislativo sobre los procesos colectivos es heterogéneo en América: son pocos los países que han desarrollado un sistema jurídico integral sobre procesos colectivos, varios países carecen de regulación sobre acuerdos colectivos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de la sentencia y, otros, presentan legislación dispersa, asistemática e incompleta al respecto.

2. En términos generales, los procesos colectivos en los países americanos del civil law no alcanzaron aún el estado de evolución de las class actions norteamericanas. Sin embargo, se mantiene la tendencia en el sentido de que cada vez más países van creando o proyectando sistemas de procesos colectivos.

3. Los países de América que han adoptado regulaciones sobre procesos colectivos en los temas analizados en este informe suelen estar inspirados en los sistemas norteamericano, brasileño y/o en la codificación modelo para Iberoamérica.

4. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica cobra paulatinamente mayor difusión y, gradualmente, se percibe una tendencia a adoptar al menos algunas de sus soluciones en los países americanos del civil law.

5. A medida de que se profundiza en el análisis de las complejidades de los procesos colectivos, se vislumbra con mayor claridad la necesidad imperiosa de proponer regulaciones legislativas simples y sencillas en los temas objeto de este informe. La experiencia de sistemas con excesiva y complejísima regulación y diversificación de situaciones que provocan distorsiones jurisprudenciales, puede desalentar la consideración por algunos países de posibles regulaciones o, peor aún, visualizar a los procesos colectivos como laberintos de los que difícilmente el grupo o la clase que plantee pretensiones fundadas y/o el Estado, salgan razonablemente satisfechos.

6. La forma de regular los procesos colectivos presenta elevado grado de complejidad y sofisticación y en su debate suelen involucrarse intereses contrapuestos de sectores poderosos de la sociedad (grandes empresas, organizaciones ambientalistas o de consumidores, el Estado, etc.). Ello dificulta la comprensión del tema y el análisis objetivo de sus aristas por parte de los operadores jurídicos no especializados, legisladores y sociedad civil y, por tanto, suele ser mirado con cierto recelo por los políticos, diseñadores e implementadores de políticas públicas.

7. Se percibe que en América existen dificultades en varios países para adoptar un marco regulatorio general y completo sobre procesos colectivos, además de existir opiniones encontradas sobre si ello constituye la mejor solución.

8. Ante la aprobación en muchos países de marcos legales sustantivos que habilitan e impulsan procesos colectivos (en materia medioambiental, de consumidores, etc.) y/o ante el planteo de demandas colectivas que ponen a prueba el sistema judicial, se hace patente la necesidad de regulaciones procesales de la Justicia Colectiva.

9. Existe en América consenso acerca de que los institutos y criterios tradicionales acerca de los acuerdos, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de las sentencias, no son ni suficientes ni adecuados para los procesos colectivos.

10. En el diseño de las mejores soluciones para cada país sobre acuerdos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de sentencias, es fundamental considerar la realidad de cada nación y promover los instrumentos que permitan prevenir el fraude, la colusión y otras formas espurias de utilizar los mecanismos procesales.

11. Los países del civil law y del common law presentan técnicas diferenciadas e institutos propios sobre acuerdos colectivos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de

<sup>117</sup> Hemos tomado como punto de partida las conclusiones que en 2007 relevaba sobre algunos de estos temas PELLEGRINI GRINOVER, A., *Novas tendencias* cit., en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Salvador, Bahía, 2007.

la sentencia, conforme a los principios que rigen sus sistemas procesales. Sin embargo, es interesante notar como en algunos países, fundamentalmente en la regulación de la cosa juzgada, se ha verificado una influencia mixta del sistema norteamericano y del brasileño, operando así una suerte de “mestizaje” de las bases lógicas y estructurales de los sistemas del common law y del civil law, lo que puede resultar innovador y positivo para el continente.

12. La determinación del alcance de los acuerdos colectivos y los recaudos que debe controlar el juez está íntimamente ligada con definiciones de políticas públicas en materia de disponibilidad o indisponibilidad de los derechos y con las fortalezas, debilidades y rol de los jueces. Se destacan dos grandes sistemas: el que limita la posibilidad de celebrar acuerdos colectivos (sin perjuicio de “compromisos de ajuste de conducta” como sucede en Brasil o “pactos de cumplimiento” en Colombia) y el que admite ampliamente los acuerdos asignándole un rol preponderante al juez en el estricto contralor de los requisitos necesarios para su aprobación, confiriéndole a quien no desea quedar alcanzado por el mismo el derecho de autoexclusión (como sucede en Estados Unidos y Canadá).

13. En cuanto al alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos, se presenta un panorama muy variado en América. Los países que lo regulan, le confieren alcance general a la sentencia, considerando alguna de las tres principales soluciones: a) efecto obligatorio general de la sentencia, sea a favor o en contra de los actores (previéndose generalmente instancias de publicidad y “opt out”); b) efecto obligatorio general de la sentencia tan sólo si los actores triunfan (“secundum eventum litis”); y c) efecto obligatorio general de la sentencia, salvo si fuere absolutoria por ausencia de prueba (“secundum eventum probationem”). Algunos de los países que regulan la cuestión han adoptado exclusivamente uno de los referidos sistemas y otros utilizan fórmulas mixtas o diferenciadas según la materia sustantiva (derechos del consumidor, medio ambiente, etc.).

14. En materia de alcance de la cosa juzgada se valoran como positivos tanto el mecanismo del “opt out” de los sistemas norteamericano y canadiense, como el de la cosa juzgada “secundum eventum probationem” de Brasil, seguido por la codificación modelo y varios países.

15. En materia de cosa juzgada en derechos individuales homogéneos, que más excepcionalmente aparecen regulados en los países de América, se adopta la cosa juzgada “secundum eventum litis” (sólo favorece pero no perjudica las pretensiones individuales, por lo cual la sentencia colectiva desestimatoria no impedirá que los perjudicados ejerzan una acción individual reparatoria).

16. En algunos casos se prevé que la eficacia de la sentencia favorable respecto de derechos difusos y colectivos pueda ser aprovechada en el proceso individual posterior en el que se reclame una indemnización.

17. El contenido de las sentencias de los procesos colectivos/class actions puede ser meramente declarativo, condenar a dar, hacer y/o a no hacer o indemnizatorio.

18. La mayoría de los países de América no cuenta con regulación específica sobre el proceso de liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions, debiendo recurrirse a las normas generales clásicas del proceso de liquidación y/o ejecución cuando el condenado no cumple voluntariamente con el fallo, lo cual es inadecuado e ineficiente.

19. Es imprescindible profundizar en la búsqueda de instrumentos idóneos para lograr en tiempos razonables la eventual liquidación de la sentencia y, fundamentalmente, su ejecución, mediante la regulación de fondos adecuados, ordenación de intervenciones, conminaciones, rendición de cuentas al juez del avance en el cumplimiento del fallo, y en casos muy complejos hasta la creación de una “microinstitucionalidad” para implementar los diversos aspectos de la sentencia, debiendo prestarse especial atención a no vulnerar la separación de poderes.

---

20. Finalmente, si bien queda mucho por hacer y el panorama es muy diverso entre nuestros países, se percibe en América una clara evolución en materia de procesos colectivos. Algunos han aprobado leyes nuevas, otros han perfeccionado sus sistemas y en aquellos países que carecen de regulación o la misma es muy incipiente, se comienzan a oír con más fuerza las voces de doctrina y jurisprudencia acerca de la necesidad de encontrar soluciones legales adecuadas para la Justicia Colectiva. La larga lucha de nuestros maestros comenzó a dar sus primeros frutos, pero queda mucha tarea por delante aún.



## ACCIONES COLECTIVAS: LOS RECAUDOS PARA APROBAR UN ACUERDO. LA COSA JUZGADA Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA

por TERESA ARMENTA DEU\*

SUMARIO: Delimitación del tema y cuestiones previas. A) Una cuestión de método: los países analizados y los informes nacionales. La fragmentación de los temas. B) Las acciones colectivas como una necesidad de tutela concreta y motivo de cuestiones discutidas. C) Sobre la terminología utilizada. D) Una breve mención a la tutela de los intereses supraindividuales en el proceso civil europeo. E) Procesos tipos y remisión a la mediación. F) Las acciones colectivas en la Unión Europea: breve aproximación a la situación actual. Primer apartado: Reconocimiento judicial. Reconocimiento interno y reconocimiento en el extranjero del título que ponga fin a una acción colectiva. I. Reconocimiento judicial del acuerdo que ponga fin a una acción colectiva sobre derechos o intereses pluriindividuales y sobre derechos supraindividuales. Alguna precisión previa. 1. Acuerdos y transacciones sobre bienes jurídicos supraindividuales. 2. Acuerdos y transacciones sobre bienes jurídicos pluriindividuales. II. Modelos particulares: 1. Modelo holandés. A) Las facultades revisoras del juez. B) Celebración de la audiencia. C) Resolución, contenido y publicidad. 2. El modelo italiano. 3. Otros modelos con mayor, menor o ningún control judicial. 4. Países sin regulación específica o particularidad. 5. El modelo de “conciliación colectiva” en el arbitraje de consumo. III. Eficacia de la transacción aprobada. IV. Transacciones colectivas transfronterizas. V. A modo de conclusión. Circunstancias que debieran concurrir para aprobar un acuerdo en materia de procesos colectivos. Segundo apartado: La cosa juzgada. I. Algunas generalidades. En torno a la cosa juzgada. En especial los límites subjetivos. II. La cuestionada adecuación de la configuración de la cosa juzgada a las necesidades que plantean las acciones colectivas. III. Cosa juzgada e intereses individuales plurales. IV. Cosa juzgada e intereses supraindividuales: 1. Unas consideraciones previas. 2. Desarrollo. V. La notificación, modalidades y alcance: 1. El tipo de acciones y su incidencia. 2. Localización de los miembros del grupo y publicidad de la acción colectiva. 3. La incidencia de la notificación en otras cuestiones. VI. Alcance de la resolución sobre la acción colectiva. Sistema de adhesión (*opt-in*) o de exclusión (*opt-out*). VII. La incidencia de la “adecuada representatividad”. VIII. La aceptación de una acción colectiva. IX. Cosa juzgada negativa y preclusión. X. Cosa juzgada positiva y valor de lo reconocido. Tercer apartado: Ejecución de la sentencia colectiva. I. Ejecución de las acciones colectivas. A modo de introducción. 1. El tipo de acción ejercitada. 2. Ejecución de condenas colectivas en la LEC española. 2.1. Ejecución de condenas dinerarias. 2.2. Ejecución de condenas no dinerarias. 3. Otros modelos europeos. II. Eficacia transfronteriza de las sentencias sobre acciones colectivas en el ámbito de la UE: 1. Reconocimiento. 2. Impugnación de la decisión sobre reconocimiento o ejecución de resoluciones extranjeras. 3. Declaración de ejecutividad; 4. Motivos de denegación del reconocimiento y ejecución.

### Delimitación del tema y cuestiones previas

Se ha dicho que el fenómeno de las acciones colectivas supone una revolución que acarrea reelaborar gran parte de las instituciones sobre las que se asienta la teoría general del proceso (la acción, la legitimación y la cosa juzgada, entre otras). Sea o no sea así, resulta innegable que su incorporación al escenario procesal conlleva cuando menos una nueva reflexión de las tres materias que acometeré en esta ponencia<sup>1</sup>.

A tal efecto son precisas unas breves consideraciones previas.

\* Catedrática de Derecho Procesal (UdG, España). Directora del CEAPJ.

<sup>1</sup> Quiero dejar constancia de mi agradecimiento a tres personas que han colaborado en las diversas etapas de elaboración de esta ponencia: Sergi Corominas, becario adjunto al Proyecto

A) *Una cuestión de método: los informes nacionales y la fragmentación de los temas*

Desechada desde un principio una referencia expresa a todos y cada uno de los veintisiete países que hoy forman parte de la Unión Europea, así como del conjunto de los europeos, la elección de los que aquí se mencionan proviene en su mayoría de la representatividad de su regulación nacional sobre alguno de los tres aspectos de las acciones colectivas que me corresponde, ya por ser pionera, ya por su singularidad, ya por todo lo contrario, por su escasez e insuficiencia. En otros casos, trae causa directa del afán de colaboración del correspondiente ponente, quien informa sobre proyectos igualmente interesantes. A todos y cada uno mi más sincero agradecimiento<sup>2</sup>.

Conviene percibir por otra parte, que como pone claramente de relieve la mera enumeración de las diferentes sesiones en que se articula este Congreso, las acciones colectivas son una cuestión susceptible de examen desde muy diversas perspectivas, todas claramente conectadas, lo que no impide, que como sucede aquí cada una se acomete de manera individualizada en las distintas ponencias generales. Este método que no deja de ofrecer ventajas de exhaustividad debe servir también para justificar que pudieran existir eventuales reiteraciones, o involuntarias omisiones en alguna cuestión como la inescindible naturaleza de la legitimación y la cosa juzgada, pongamos por caso, el papel del juez (esencial en materia de recaudos) y del abogado, o los costes de las pequeñas reclamaciones que fundamentan las "class action" americanas e inciden rectamente en el equilibrio procesal entre cosa juzgada y ejecución. Haberlas considerado todas en cada ponencia hubiera ofrecido una visión más coherente sin duda pero menos exhaustiva y por supuesto excesivamente larga.

B) *Las acciones colectivas como una necesidad de tutela concreta y origen de cuestiones discutidas*

Las acciones colectivas son un espejo de diversas concepciones en torno a la configuración sobre el "acceso a la justicia": desde una perspectiva jurídica, económica y social, que las convierte en instrumento para responder a los desafíos de la economía de masas, singularmente, desde el punto de vista de las posiciones estructuralmente más débiles, reequilibrándose mediante la unión de individuos afectados. Casos como los de la Colza, del envenenamiento por fibra de asbestos (Amianto), o más recientemente del Crucero Costa Concordia o de la venta desinformada de "preferentes" en España y otras muchas en diferentes países son ejemplos claros, si bien conviene señalar inmediatamente que la mayoría, al menos en España, no se han tramitado como acciones colectivas en un sentido estricto del término, sino en diversas modalidades litisconsorciales o incluso por la vía penal<sup>3</sup>. Al igual que, desde otro punto de

de Investigación que señalaré seguidamente; Silvia Pereira, becaria de la UdG, y Dr. Antonio Martínez, profesor visitante de derecho procesal de la UdG. Este trabajo se ha realizado disfrutando de dos ayudas a la investigación: "Grupo de investigación consolidado: Cuestiones actuales de Derecho procesal. 2009-2013 (SGR 762)"; e -I+D: Las reformas procesales: un análisis comparado de la armonización como convergencia y remisión de los procesos civil y penal (DER2010-15919) (subprograma JUR)

<sup>2</sup> AMRANI-MEKKI, S. (ponente nacional Francia); BALARIN, J. (ponente nacional República Checa); BOHNET, F. (ponente nacional Suiza); ERVO, L. (ponente nacional Suecia); FILATOVA, M. (ponente nacional Rusia); KENGEL, M. (ponente nacional Hungría); LYNCE DE FARIA, R. (ponente nacional Portugal); MONEY-KYRLE, R. (ponente nacional Inglaterra); ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (ponente nacional Alemania); SILVESTRI, E. (ponente nacional Italia); TULIBACKA, M. (ponente nacional Polonia); TZANKOVA, I. (ponente nacional Holanda).

<sup>3</sup> Los afectados por respirar fibras de asbestos (agente cancerígeno usado durante años en distintos sectores industriales, como el amianto utilizado en la construcción naval o de edificios, iniciaron múltiples acciones civiles, penales y laborales, que han ido dando sus frutos en recientes sentencias colectivas. La última condena a la empresa Uralita a indemnizar con 1,7 millones de



vista, pero asimismo enfocando como tutela del acceso a la justicia, las acciones colectivas buscan la *prevención de ilícitos*, pese a que en el ámbito europeo éste se encomienda a los poderes públicos. Además, a las acciones colectivas se les atribuye un papel esencial en el control y prevención tanto de actos de competencia desleal, como de actos contra la libre competencia, llegando a hablar incluso de su incidencia en el derecho sustantivo pese a su naturaleza eminentemente procesal<sup>4</sup>.

“Last but no least”, la tutela colectiva aparece como una alternativa que reconoce derechos que no pertenecen a una persona en concreto y por ende encuentran difícil acomodo en un derecho procesal basado en la tutela individual de los derechos<sup>5</sup>. En esta tesitura, la cuestión es cómo adecuar la estructura de un proceso bipolar, con el objeto del proceso delimitado objetiva y subjetivamente y sobre el que se ciñe el ámbito de la cosa juzgada como garantía de seguridad jurídica, a la incorporación, no sólo de un alto número de reclamaciones pequeñas para cuya tutela el coste del acceso a la justicia puede resultar desproporcionado, sino además, a que dichas situaciones pueden obtener cumplida respuesta mediante procesos específicos, como en el caso del proceso europeo de escasa cuantía, o el creciente número de “procesos tipo”, “orden de litigación de grupo” o “procesos modelo”. Cómo justificar en definitiva las dificultades de adecuación en un tipo de tutela que choca precisamente en el ámbito máspreciado de la tutela individual: la seguridad jurídica, el principio de audiencia y el derecho de defensa. ¿Debe crearse un derecho procesal “ad hoc” o por el contrario acomodar las categorías existentes? ¿Cabe esta segunda opción en los temas que me corresponde acometer? En otros términos, ¿cómo deben atemperarse las exigencias de un “proceso debido” desde el punto de vista del acceso a la justicia, el principio de contradicción y el derecho de defensa a las singularidades que requieren las acciones colectivas en materia de cosa juzgada y ejecución? ¿Cómo se justifica la quiebra de principios tan sólidamente asentados como: “sólo debe comparecer en juicio quien resulte identificable”, “la demanda debe dirigirse frente a aquel de quien pueden predicarse los efectos del proceso” o “sólo debe demandarse a quien esté en condiciones de arrostrar las consecuencias que se deriven del proceso”?<sup>6</sup> Las respuestas en

euros a 23 empleados de una planta en Getafe (Madrid) “por no adoptar las medidas de protección necesarias para preservar la salud de los trabajadores”. Ya con anterioridad, un fallo del ámbito laboral había condenado a Uralita a pagar 3,9 millones de dólares por la intoxicación de los vecinos que vivían en las proximidades de la fábrica. La terrible naturaleza del envenenamiento por inhalación de estas microfibras, que pueden provocar cáncer de pulmón, pleura y laringe, a lo largo de 40 años, permite esperar sucesivas reclamaciones que suscitan múltiples cuestiones, como el eventual efecto perjudicial, que podría plantearse incluso entre diferentes jurisdicciones, si tenemos en cuenta que ya se han producido condenas penales (2009, condena a la Unión Naval por la muerte de 20 trabajadores y las lesiones producidas a otros 51). Un estudio epidemiológico efectuado en la Universidad Pompeu i Fabra, estima que los casos de mesotelioma (cáncer de pleura, directamente relacionado) seguirán incrementándose hasta el año 2016, pudiendo llegar a morir hasta 1.321 personas. En España, algunas autonomías como la del País Vasco, propone, como han hecho Francia y Bélgica, crear un FONDO DE COMPENSACIÓN para una indemnización más rápida y efectiva. En Italia, un tribunal de Turín condenó en febrero del presente año a la empresa ETERNIT (el equivalente italiano de Uralita) y a sus ex propietarios S. SCHMIDHEIM y L. de CARTIER a 16 años de cárcel por la muerte de 2.300 personas y la enfermedad de otras 665.

<sup>4</sup> CARBALLO PIÑEIRO, L., “Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6º del Reglamento «Roma II»”, AEDIPr, t. VII, 2007, pp. 465-495 y p. 21, respectivamente.

<sup>5</sup> CAPELLETTI, M., “Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile”, Riv. Dir. Proc., 1975, pp. 361-402.

<sup>6</sup> Principios consagrados en los diferentes ordenamientos, como en el español: “sólo quien es su titular puede alegar y defender en juicio sus derechos” (art. 10, LEC), “sólo pueden quedar vinculados por la decisión quienes tuvieron oportunidad de ser oídos y defenderse dentro del proceso” (art. 222.3), o “las sentencias sólo se pueden ejecutar en las personas que por haber sido parte, han sido oídas y han sido condenadas” (art. 518, LEC).

Europa resultan casi tantas como Estados la forman, a las que se une la específica realidad derivada de las diversas iniciativas en el orden comunitario, conformando un mosaico complejo al que esta ponencia ha intentado dar una forma cuando menos inteligible.

### C) *Sobre la terminología utilizada*

Para alcanzar la buscada clarificación quiero dedicar unas breves líneas a lo que podríamos denominar “cuestión terminológica”, o por mejor expresarlo, a exponer brevemente el uso que haré de algunos términos como “intereses supraindividuales”, “intereses colectivos”, “intereses difusos” o “intereses generales”. No tanto por un afán preciosista del uso del lenguaje, sino por la relevancia que adquiere cuando, como en este caso, comporta un significado jurídico que trasciende al uso y efecto de las diversas categorías analizadas. Más aún, porque la concepción de “acción de grupo” o “acción de clase”, frecuentemente utilizada para litigios en los que se dilucidan los citados intereses, en realidad permite visualizar claramente dos intereses opuestos: los del grupo y los del individuo, a cuya tutela prioritaria subyace frecuentemente un opción de política legislativa.

El adjetivo “colectivo” se utiliza en su acepción genérica, comprendiendo todos los supuestos en que un conflicto jurídico afecta a una pluralidad de sujetos “lato sensu”, es decir, tanto cuando un derecho o interés del que son titulares indivisibles una pluralidad o colectividad de sujetos (intereses supraindividuales), como cuando se trata de una pluralidad de derechos e intereses individuales, homogéneos y que fueron lesionados por un mismo hecho o la misma actividad antijurídica (intereses pluriindividuales).

Entre los primeros, no me atenderé exactamente a la clasificación adoptada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, conforme a la cual, se habla de “intereses colectivos”, refiriéndolos a procesos en los que pueden identificarse fácilmente las concretas personas físicas cuyos derechos o intereses individuales han sido lesionados, o que forman el colectivo que es titular indivisible del bien jurídico lesionado. En tanto se aplica la denominación de “intereses difusos” cuando no es posible o resulta difícil determinarlos (art. 11, LEC). Con todo, esta diferencia adquiere relevancia, por ejemplo, en materia de ejecución ya que, en atención precisamente a la dificultad señalada se prevé un incidente específico para que aquellos sujetos individuales (hasta entonces desconocidos o indeterminados) puedan acceder a la ejecución<sup>7</sup>, y por eso la utilizaré en esta sede. Sin perjuicio de efectuar alguna referencia puntual, como la que se acaba de señalar, seguiré la clasificación más genérica de “derechos o intereses supraindividuales” y “acciones colectivas”.

No me referiré a la *acción popular* en relación con la tutela de *intereses supraindividuales* porque no es una categoría arraigada en Europa fuera del ámbito del derecho administrativo y penal en el único caso de España<sup>8</sup>. En todo caso, la acción popular no se concibe propiamente como un supuesto de legitimación colectiva. En la acción

<sup>7</sup> En las *acciones colectivas* donde se resuelven *intereses colectivos o difusos*, cabe que el ejercicio por un grupo de tales intereses ponga fin a la controversia. Mientras que en el caso de *intereses pluriindividuales*, se busca la mayor implicación, pero sólo se resolverá una parte de la controversia. Por eso se dice que el sistema *opt-out* consigue que el sistema se corresponda en mayor medida con el ámbito de la controversia real subyacente (Fer, n.p.d. p. 8). Circunstancia favorecedora de los intereses del demandado que evitará así futuras demandas sobre los hechos en cuestión. A la errónea utilización del término “intereses colectivos y difusos” equiparándolos, se une el uso de “interés colectivo” para identificar realidades bien diversas: las que en realidad constituyen un interés general o público o un interés simple, o difuso; e incluso, derechos individuales pero plurales y conexos (pluriindividuales). Así, en los intereses supraindividuales, cabe diferenciar intereses colectivos cuando se puede identificar a los miembros interesados e intereses difusos cuando no es posible identificarlos.

<sup>8</sup> Sin que, en este último supuesto, nada tenga que ver con la tutela colectiva.

popular la situación jurídica legitimante es el mero interés en la legalidad. Para la defensa de los intereses supraindividuales es preciso alegar un interés específico. De ahí, que deba diferenciarse asimismo *intereses supraindividuales e intereses generales*. Los intereses supraindividuales son intereses de los que son titulares los miembros de un grupo, conjunto o categoría, más o menos determinada de sujetos que se encuentran concernidos de manera concurrente pero no exclusiva. El *interés general* es el que tiene el ciudadano por el mero hecho de serlo, y en su perspectiva jurídico-subjetiva no da lugar sino a un interés de mera legalidad. Del interés supraindividual emana la existencia de situaciones (protegidas y legitimantes) atribuibles a particulares. El interés general sólo legitima en aquellos supuestos de la actuación administrativa en que está expresamente reconocida la acción popular<sup>9</sup>.

#### D) *Una breve mención introductoria a la tutela de los intereses supraindividuales en el proceso civil europeo*

La legitimación plural y la atribución de legitimación a personas o entidades diferentes a los titulares de la relación jurídica ha constituido el tratamiento clásico, a través de fenómenos litisconsorciales o incluso atribuyendo legitimación activa a un órgano oficial (Ministerio Público) que actúa sometido al principio de legalidad<sup>10</sup>. Hasta la fecha Europa ha rechazado un régimen general para las cuestiones procesales que abarque las cuestiones procesales más complejas (legitimación, ámbito objetivo de aplicación, clase de tutela y alcance subjetivo de los efectos y valor de cosa juzgada), acometiendo el fenómeno de forma particularizada.

Sea como fuere, resulta claro que el ejercicio de una acción colectiva reclama una serie de acomodaciones del procedimiento tal como ha sido configurado originalmente, que afectan singularmente a dos de los apartados que analizaré: la cosa juzgada y la ejecución. En esta dirección se diferencian dos situaciones: a) ejercicio de la pretensión por un legitimado que actúa por los intereses individuales plurales, y b) ejercicio individualizado de tantas pretensiones como legitimados individualmente, que se recuerdan aquí en la medida en que ofrecen un cuadro general ilustrativo para mejor aprehender el complejo entramado europeo.

a) Cuando demande un legitimado para una tutela de pluralidad de derechos individuales conexos, deberán preverse una fase procesal donde se examine la representatividad del actor, una segunda para adherirse o excluirse los titulares individuales, y finalmente una tercera donde se declare la responsabilidad genérica (señalando o no los parámetros para individualizar a los perjudicados), que deberá seguirse de otra declarativa con dos objetivos: que la persona que reclama encaja los parámetros señalados en la resolución, de un lado, y de otro, para la cuantificación de las indemnizaciones individuales.

b) Cuando los derechos homogéneos o conexos se ejercitan por la pluralidad de titulares, cabe acudir a la acumulación de procesos o al diseño de un "proceso modelo" o "proceso tipo" cuya finalidad será suspender todos los procesos hasta que el modelo

<sup>9</sup> Ésta es cuando menos la configuración en el derecho español. Cfr. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos y difusos", Aranzadi, 1999, p. 55-58.

<sup>10</sup> Vid ORTELLS RAMOS, M., Ponencia general: "Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección", Congreso IAPL 2011, Heilderberg. Incluso cabe utilizar el recurso ante el más alto tribunal como forma de consideración hacia los intereses públicos en juego, consistentes en este caso en garantizar la igualdad en la aplicación de las normas y la seguridad jurídica, reconociendo el valor adicional de resolver las cláusulas idénticas a las anuladas por el último tribunal de la pirámide jurisdiccional. Así se consagra, señala este autor, en la Ley española de Contrato de Seguro, en virtud de la cual, declarada nula por el TS alguna cláusula de las condiciones generales de un contrato, la administración pública obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.

sea resuelto, vinculando a quienes hubieran presentado demandas, salvo desistimiento en las condiciones que se señalarán posteriormente, provocando efectos prejudiciales sobre lo resuelto con carácter relevante.

Cualquiera de estas soluciones, a las que cabría añadir la creación de una “comunidad de intereses”<sup>11</sup>, se prefieren en muchos países de la UE a las “class action” norteamericanas o brasileñas, singularmente en Alemania y Francia, aunque no exclusivamente. Resulta significativa en tal sentido la *Consulta de la Resolución del Bundesrat*, de 4 de julio de 2008, en la que dicho órgano toma posición frente al Libro Blanco de la Comisión Europea sobre acciones de daños en materia de Derecho de la competencia de la UE<sup>12</sup>, afirmando expresamente: que “no cabe admitir una acción promovida por asociaciones dirigida a reclamar daños que no excluya una acción de grupo inspirada en el sistema *opt-out*, ya que tal cosa sería difícilmente compatible con el sistema de ejercicio individual de la acción que rige predominantemente en Alemania y también en el resto de los Estados miembros de la UE, a tenor del cual, cada daño individual debe sustanciarse (alegarse) y probarse con carácter individualizado”<sup>13</sup>. Posición compartida en Francia, donde las acciones colectivas constituyen objeto de reflexión crítica, habiendo sido objeto recientemente de la “propuesta Bételle”, de 22 de diciembre de 2010<sup>14</sup>, concebida para atemperar las numerosas objeciones a principios básicos del proceso civil que deberían excepcionarse en cuestiones como la adopción de un sistema de *opt-out*, que atentaría directamente contra la “liberté d’agir en justice”, y la necesidad de recibir el consentimiento expreso de todas las partes, según pronunciamiento del Consejo Constitucional, matizado después en el sentido de poder admitirse siempre y cuando se garantice el conocimiento y posibilidad de oposición, lo que traslada la cuestión a la publicidad y sus garantías como veremos en el apartado correspondiente<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> A ellas se adhieren los damnificados individuales con el objeto de coordinar las reclamaciones. Ninguna de estas modalidades se puede parangonar con la “class action”. Cfr. “Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente”, ed. Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 225.

<sup>12</sup> Drucksache 248/08.

<sup>13</sup> Una versión matizada al respecto la ofrece FIEDLER, “Class Actions zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts. Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts”, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, ps. 297 y 298. A juicio de este autor, una acción colectiva promovida por una asociación (*Verbandsklage*) siguiendo el mecanismo de “*opt-out*” no tiene por qué resultar incompatible con los principios constitucionales si se limita a la reclamación de daños bagatelarios (*Bagatellschäden*) y, aparte de la adecuada información a los posibles interesados, se intenta obtener, aunque no se alcance en su completa extensión subjetiva y cuantitativa, una compensación directa a los perjudicados. Lo que presentaría objeciones constitucionales insuperables sería prescindir abiertamente de la tutela jurídica individual de los perjudicados, es decir, conferir a una entidad la facultad de accionar para reclamar los derechos individuales de dichos perjudicados prescindiendo completamente su voluntad e intervención y sin, al menos, intentar una compensación individualizada de los mismos. No ignora el autor que dicha admisión parcial de una acción colectiva en su versión “*opt-out*” implicaría, en cualquier caso, renunciar parcialmente al principio de que nadie puede irrogarse la tutela de derechos ajenos sin haber recibido la correspondiente habilitación por parte de su titular. Lo que sucede es que en el caso de los daños bagatelarios inferidos a un numeroso colectivo de individuos dicha tutela individual resultaría por completo ilusoria y descartable, razón por la cual aquella renuncia o afectación podría quedar justificada.

<sup>14</sup> Y otras que se citan en la ponencia nacional francesa elaborada por la Prof. Amrani-Mekki (nota pie de página N<sup>o</sup> 14) de la misma.

<sup>15</sup> Pronunciamiento de 25 de julio de 1989. En la ponencia se ponen de relieve una serie de cuestiones como la regla “nul ne plaide par procureur”; el principio de contradicción, la necesidad de individualizar los perjuicios, la dificultad de financiar el ejercicio de estas acciones entre otras razones por la prohibición de los pactos de “cuota litis” y de publicidad de sus servicios para los abogados.

También Suiza, por citar un caso extracomunitario, rechaza la necesidad de incorporar el modelo norteamericano de las “class action”. En una comunicación del “Conseil fédéral” (FF 2006 6901) se señala que los mecanismos procesales europeos para tutelar las acciones pluriindividuales son suficientes, sin olvidar –añade– las críticas que internamente recibe el propio modelo en los EE. UU. de Norteamérica, así como el uso abusivo que se ha hecho de las mismas<sup>16</sup>.

Podríamos concluir provisionalmente, que frente a la opción de las “class action”, los diferentes ordenamientos europeos se decantan por los tratamientos ya citados, entre los que cabe destacar últimamente el incremento de “procesos modelo”, “procesos tipo” y otros instrumentos de litigación colectiva como la GLO inglesa<sup>17</sup>; todos con el fin común de facilitar la administración más efectiva de las demandas con pluralidad subjetiva, preservando la economía procesal, así como evitar resoluciones contradictorias, mediante suspender todos los procesos pendientes con objeto procesal conexo hasta que se resuelva el proceso elegido como modelo, y vinculando a quienes presentaron las demandas, salvo desvinculación expresa, en su caso.

No son la única alternativa, las diversas iniciativas a las que luego me referiré brevemente aluden a la existencia de diversos mecanismos de tutela: la mediación, el título ejecutivo europeo para créditos no impugnados o el proceso de escasa cuantía, todos orientados a permitir un acceso a la justicia más simplificado, económico y de carácter transfronterizo, a los que se unen las órdenes conminatorias, la cooperación en materia de protección de consumidores y las acciones de cesación como instrumentos que facilitan el acceso a la justicia. Con todo, y como también se reconoce que muchas de tales opciones no fueron creadas para permitir un acceso efectivo a la justicia, cuando un gran número de víctimas sufre un perjuicio similar, la discusión está lejos de encontrar una respuesta unánime<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Extract of the “Message du Conseil fédéral” (FF 2006 6901): L’action de groupe (class action) n’a pas été introduite non plus. De fait, l’exercice de droits d’un grand nombre de personnes par une seule, sans leur accord et avec effet obligatoire pour elles, est étranger à la tradition juridique européenne. Les possibilités accrues de regroupement d’actions, par les instruments classiques (consortité, jonction de causes; voir le commentaire de l’art. 69) sont suffisantes. Par ailleurs, la *class action* est critiquée dans le pays même qui l’a instituée (les Etats-Unis) 119, car elle peut engendrer de gros problèmes d’organisation. La procédure dite d’homologation peut déjà être d’une extrême complexité et s’étendre en longueur. En particulier, la définition du groupe légitimé à agir peut être controversée et les problèmes posés par le partage du montant alloué ne sont pas des moindres - des procès consécutifs sont à proprement parler programmés à l’avance. De plus, la *class action* n’est pas apte à permettre le règlement définitif d’un litige, car les membres du groupe peuvent en sortir. La *class action* peut enfin être utilisée abusivement. Les sommes réclamées sont souvent énormes, ce qui oblige le défendeur à céder de peur de tomber d’un jour à l’autre dans le surendettement ou en faillite (phénomène appelé legal blackmail).

<sup>17</sup> La *global litigation order* consiste, muy resumidamente, en una regla de litigación de grupo orientada a facilitar la administración de demandas de este tipo, según prevén las Reglas de proceso civil, articuladas en un contexto de reforma civil más amplia, a partir de un gran debate sobre el acceso a la justicia y la litigación con pluralidad de partes. Cada miembro del grupo debe haberse adherido (“*opt-in*”) presentando una demanda para propiciar su entrada en el registro de grupo. Antes de presentar la demanda debe acudir al “Servicio de información de acción de pluralidad de partes” (MPAIS) con el objeto de conocer si hay otra acción de grupo. El tribunal sólo concederá la GLO si todas las demandas tienen idéntica base fáctica y no existe otro proceso que haya o pudiera llevar mejor el caso. De hecho, los demandantes están obligados a considerar si el caso podría ser conducido mejor a través de una “acción representativa”. MONEY-KYRLE, R. (ponencia nacional inglesa).

<sup>18</sup> Se trata de un debate abierto y “vivo” sobre el que existe una gran literatura. Sin ánimo exhaustivo en absoluto, y amén de la bibliografía que se irá citando al hilo de cada aspecto en particular, puede acudir a diversos autores desde distintas perspectivas nacionales: CADIET, L., “Future Prospects for Collective Redress in Europe. Toward a System of Class Actions? The State of Play in France”, en ZJP Int. 13 (2008), pp. 5 y ss.; CONSOLO, C., “Class Action fuori dagli USA?”, “Un’indagine preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale

### E) *Procesos tipo y remisión a la mediación*

Ya sea por las dificultades de acomodar las categorías procesales a las acciones colectivas en el sentido ya mencionado, ya por la tendencia creciente a acudir a la mediación en el ámbito de la UE, existe una tendencia común a remitir su tratamiento al de este método complementario, bien inicialmente, bien en el curso de una transacción<sup>19</sup>. Ejemplo singular de esta línea de actuación es el sistema de “Boards” en Finlandia, instrumento singular articulado en este país para acceder a la justicia de manera rápida y barata sin tener que acudir a juicio, que se sustenta en el hecho de que, si bien la resolución tiene un mero carácter de recomendación, suele aceptarse el resultado. Con todo, la primera regulación en materia de consumo se hizo a través de “Consumer Complaint Board”, pero tras la reforma de 2007, en aquellos casos en que la recomendación del “Consumer Complaint Board” no se sigue, el “Consumer Ombudsman” puede reclamar judicialmente a través de una acción colectiva<sup>20</sup>. Algo similar ocurre en Suecia a través del “National Board for Consumer Disputes” (ARN), organismo público no jurisdiccional cuyas resoluciones tienen asimismo valor de meras recomendaciones<sup>21</sup>. Y junto a éstas cabe citar el *Musterverfahren* alemán o las ya mencionadas GLO inglesas. Finalmente, sigue esta misma dirección, la recientemente aprobada *Resolución del Parlamento Europeo sobre “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo”*, que recomienda expresamente el establecimiento de sistemas ADR a escala europea y propone *que el juez que realice el control previo de admisibilidad de una demanda colectiva goce también de la facultad de ordenar a las partes intentar alcanzar una solución consensuada de la controversia colectiva antes de presentar una demanda colectiva*<sup>22</sup>.

### F) *Las acciones colectivas en la Unión Europea: breve aproximación a la situación actual*

Pasando de largo muchas iniciativas que han ido abriendo camino, no es hasta un dictamen del Pleno del Parlamento Europeo, de 1º de julio de 1994, cuando se invita a la Comisión a definir un procedimiento uniforme en materia de acciones colectivas y acciones conjuntas, encaminado no sólo al cese de prácticas ilícitas, sino también a la

e struttura processuale minima”, en Riv. Dir. Civ., vol. 39, 1993-I, pp. 608-661, p. 609 y ss.; TARUFFO, M., “Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos”, en R. D. Priv., n. 9, 2005, p. 23 y ss.; FAIRGRIVE, D. y HOWELLS, G., “Collective Redress Procedures-European debates”, International and Comparative Law Quarterly, vol. 58, April 2009, pp. 379 y ss.; HODGES, Christopher, “Developments in Collective Redress in the European Union and United Kingdom 2010”, <http://globalclassactions.stanford.edu/content/developments-collective-redress-european-union-and-united-kingdom-2010>; DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT A: ECONOMIC AND SCIENTIFIC POLICY, “Overview of Existing Collective Redress Schemes in EU Member States”, IP/A/IMCO/NT/2011-16 July 2011. PE464.433 EN; HODGES, Christopher, “Statement of Professor Dr Christopher Hodges, Oxford University and Erasmus University”, EP ECON Hearing on Collective Redress, September 2011; y BEESS UND CHROSTIN, Jessica (J. D. Candidate), “The Future of Collective Redress in Europe: Where We Are and How to Move Forward”, 13 Harvard Law School, April 2011.

<sup>19</sup> Así se recoge significativamente en Francia con la “Proposición de ley tendente a reforzar la protección de los consumidores creando una acción de grupo fundada en la adhesión voluntaria”, presentada por L. Béteille, 22 de diciembre de 2010 y en la que existe una sección titulada “Médiation organisée”.

<sup>20</sup> LAUKKANEN, Sakari, “Last Trends in the Finnish Civil Procedure and Judicial Administration”, en “The Recent Tendencies of Development in Civil Procedure Law. Between East and West”. International Conference to Celebrate 100<sup>th</sup> Anniversary of the Birth of Professor Jonas Zeroulis”, Vilnius 2007, pp. 72. Citado por L. Ervo en las ponencias nacionales de Suecia y Finlandia.

<sup>21</sup> LINDBLOM, Per Henrik, “Grupptalan i Sverige”, Norstedts Juridik, 2008, pp. 251, citado por L. ERVO en la ponencia sueca.

<sup>22</sup> 2011/2089 (INI), de 2 febrero de 2012.



obtención de una indemnización de daños y perjuicios, seguido entre otras de la Resolución del Parlamento (1996)<sup>23</sup>, que definía el acceso a la justicia como un derecho fundamental y una garantía para la certeza del derecho, uno de los grandes “caballos de batalla” en la UE. Tras el Libro Verde sobre el incumplimiento de normas de defensa de la competencia<sup>24</sup>, un largo debate posterior, y numerosas iniciativas consultivas y legales se concluyó citando tres argumentos que justificaban la propuesta de una acción tendente a incorporar una acción colectiva europea: 1) el incumplimiento y por ende la insuficiencia de normas sectoriales en esta materia<sup>25</sup>; 2) la necesidad de conformar un marco horizontal en lugar del tratamiento sectorial existente hasta la fecha, impidiendo así la fragmentación del derecho procesal y con ello una limitación del derecho de acceso a la justicia, y 3) la preferencia de una regulación uniforme más allá de remedios sectoriales, singularmente de protección de consumidores y usuarios.

A tal efecto, dos Directorados-Generales de la Comisión Europea investigaron las posibles opciones para incorporar las acciones colectivas en Europa, uno de ellos en relación con la aplicación de la protección del consumidor y otro en relación con la aplicación privada del derecho de la competencia. Fruto de dicha actividad son las acciones de cesación en el marco comunitario reguladas en la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores<sup>26</sup>. Acciones de cesación que han sido traspuestas a diversos países comunitarios: España<sup>27</sup> y República Checa<sup>28</sup>, entre otros.

<sup>23</sup> Doc A-0355/96 (PE 253.833).

<sup>24</sup> COM (2005) 672 final, de 19-12-2005.

<sup>25</sup> Sustancialmente de las normas comunitarias de defensa de la competencia, según consta en el Libro Verde (COM [2005] 672 final, de 19-12-2005) donde se señala expresamente: “Por razones prácticas será muy improbable, por no decir imposible, que consumidores y compradores con pequeñas reclamaciones interpongan una acción por daños y perjuicios por incumplimiento de la legislación de defensa de la competencia. Deberían, por tanto, buscarse maneras en las que estos intereses puedan ser mejor protegidos por acciones colectivas. Más allá de la protección específica de los intereses de los consumidores, las acciones colectivas pueden servir para reunir toda una serie de pequeñas indemnizaciones en una demanda, ahorrando así tiempo y dinero”.

<sup>26</sup> El objetivo de dichas acciones consiste en conseguir la cesación o prohibición de infracciones contrarias a los intereses colectivos de los consumidores en materia de crédito al consumo (Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo), vacaciones y circuitos combinados (Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo), cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores); contratos negociados a distancia (Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia) y prácticas comerciales desleales (Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento [CE], N° 2006/2004). Las entidades habilitadas para ejercer una acción de cesación son los organismos públicos independientes específicamente encargados de la protección de los intereses colectivos de los consumidores y de las organizaciones de protección de los consumidores ya que tienen un interés legítimo en hacer que se respeten los intereses colectivos de los consumidores y el buen funcionamiento del mercado interior.

<sup>27</sup> Previstas frente a conductas contrarias a la ley en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, etc., en muy diversos sectores, en España, a título de ejemplo: competencia desleal, consumidores y usuarios, actividades de radiodifusión televisiva; Condiciones Generales de la Contratación; multipropiedad; sociedad de la información y de comercio electrónico; comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; o libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

<sup>28</sup> Pgf 54 (1) del Acta N° 513/1991 Coll (adicionado el C. Com.), que entró en vigor en 1992;



En cuanto a las acciones colectivas por daños, no existe todavía en el ordenamiento jurídico comunitario normativa derivada, si bien se han empezado a dar los primeros pasos. Para la protección de los consumidores, la Estrategia de la Unión Europea en materia de consumidores 2007-2013 destacaba la necesidad de mejorar la legislación en las compras transfronteriza y la creación de un sistema de remedio y ejecución, incluyendo la consideración de mecanismo de recursos colectivos. Y en el ámbito de la competencia, la Comisión Europea publicó un Libro Verde, en diciembre de 2005, que reveló la intención de facilitar las demandas de daños privados, especialmente a través del recurso colectivo. Posteriormente, en abril de 2008, la Comisión Europea publicó un Libro Blanco sugiriendo un nuevo modelo para conseguir la compensación de consumidores y empresas que han sido víctimas de violación del derecho de la competencia, incluyendo acciones colectivas en las que las víctimas deciden expresamente combinar sus acciones individuales por los daños sufridos en una única acción<sup>29</sup>. Para completar este apresurado retrato debe señalarse, que junto a este ánimo de incluir las acciones colectivas, surgen importantes opiniones contrarias en el mundo empresarial, que teme un incremento de los litigios producidos sobre todo por la multiplicación de las acciones abusivas en campos como las instituciones financieras, el turismo, las telecomunicaciones, el transporte y el sector farmacéutico. A las que se unen los aseguradores ante el significativo incremento de su siniestralidad en los ramos de responsabilidad civil (general/profesional/medioambiental y/o D&O)<sup>30</sup>.

En aras a procurar un marco europeo coherente y respetar el interés de todas las partes, la Comisión abrió en enero de 2011 una consulta pública titulada: "Reforzar la coherencia de la concepción europea en materia de acciones colectivas" que es el antecedente de los dos instrumentos con los que finalizaré esta quizás no tan breve referencia. Empezando por el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Definición del papel y del régimen de las acciones colectivas en el ámbito del derecho comunitario del consumo"*<sup>31</sup>, destaca la reiteración en el objetivo de crear una "acción colectiva comunitaria" que permita acceder a la justicia a todos los consumidores, abaratar costos y evitar contradicciones entre la jurisprudencia de los órganos de los Estados miembros que tengan que dirimir litigios singulares<sup>32</sup>. Entre los parámetros de la acción colectiva propuesta se propugna que no sea una acción de representación, ni una "class action" como la de los EE. UU., añadiendo una larga lista de ventajas e inconvenientes de los mecanismos de *opt-in* y *opt-out*, sin definirse, empero, por uno en particular, significando, finalmente, el papel del juez y la necesi-

y pgf 25 (2) del Acta N° 634/1992, que entró en vigor en enero de 2003. A ellas se une en Chequia, la acción que transpone la Directiva 2000/35/EC para combatir el retraso en el pago de transacciones comerciales.

<sup>29</sup> Cfr. "Overview of Existing Collective Redress Schemes in EU Member States", European Parliament, Directorate General for International Policies (IP/A/IMCO/NT/2011-16) PE464.433, July 2011.

<sup>30</sup> Global Legal Group, in association with CDR, CLASS & GROUP ACTIONS 2011, "The International Comparative Legal Guide to: A Practical Cross-Border Insight Into Class and Group Actions Work", Published by Global Legal Group, in association with CDR, with contributions from: Allen & Overy LLP, Arnold & Porter (UK) LLP, August & Debouzy, Bulló-Tassi-Estebenet-Lipera-Torassa-Abogados. Clayton Utz, Cliffe Dekker Hofmeyr, CMS Cameron McKenna, De Brauw Blackstone Westbroek N. V., Dechert LLP, Hogan Lovells, Kalaidjiev & Georgiev, Kennedys, LAWIN, Lee and Li, Attorneys-at-Law, Mattos Muriel Kestener Advogados, Shook, Hardy & Bacon L. L. P., Stikeman Elliott LLP, Uría Menéndez, Uría Menéndez-Proença de Carvalho, Waselius & Wist. También, las acciones colectivas en Europa-seguroline.com ([www.seguronline.com/axa\\_las\\_acciones\\_colectivas\\_en\\_europa](http://www.seguronline.com/axa_las_acciones_colectivas_en_europa)).

<sup>31</sup> Aprobado por el Comité Económico y Social Europeo, los días 13 y 14 de febrero de 2008, por 134 votos a favor, 94 en contra y 6 abstenciones (Diario Oficial de la Unión Europea) C 162/1, de 25-6-2008.

<sup>32</sup> DOU 25.6.2008 (apartado 4.4).

dad de proveer a una efectiva reparación del daño, sobre la que volveré al acometer el subapartado de ejecución de la acción colectiva.

*El Informe presentado al Parlamento Europeo sobre el planteamiento de un recurso colectivo*<sup>33</sup> pergeña en gran medida las líneas maestras de la *Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012*, titulada: “*Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*”<sup>34</sup>, circunstancia que propicia una mención conjunta en la que, siempre priorizando la perspectiva de los temas específicos que nos corresponden, destaca en primer lugar, recoger las ideas centrales expuestas hasta la fecha, esto es: el predominio de la tutela del interés individual sobre el público en general, pese a lo cual, ante la existencia de ámbitos reconocidos en los que la tutela tradicional no es idónea o suficiente, como las indemnizaciones a consumidores o las pequeñas infracciones y/o deudas, se admite que pueda acometerse por instrumentos como los medios alternativos o los procedimientos al estilo del procedimiento europeo de escasa cuantía, siempre y cuando éstos tengan carácter complementario y no sustitutivo, de manera que cualquier configuración de la acción colectiva supere los obstáculos relativos al principio de audiencia y el derecho de defensa, rechazando, en todo caso, el modelo USA (*opt-out*)<sup>35</sup>. Con estos presupuestos se conforma una acción colectiva europea que responde a los siguientes principios: 1) Se acogerá el principio de adhesión (*opt-in*), a fin de evitar posibles abusos; 2) Se respetarán los sistemas nacionales en vigor conforme al principio de subsidiariedad, descartando un sistema de demandas colectivas en el que las víctimas no estén identificadas antes del pronunciamiento de la sentencia por ser contrario al ordenamiento jurídico de muchos Estados miembros y violar los derechos de las víctimas que pudieran participar en el proceso sin saberlo y para los que, a pesar de ello, sería obligatoria la resolución judicial; 3) Los Estados miembros designarán organizaciones legitimadas para ejercitar acciones de entre las habilitadas al efecto; 4) Las víctimas deben gozar de libertad para buscar una alternativa de reparación individual ante tribunal competente, y 5) el marco horizontal sólo debe incluir las indemnizaciones por daños reales, estando prohibidas las indemnizaciones punitivas e imperando la proporcionalidad en el reparto de la indemnización que se conceda.

### ***Primer Apartado: Reconocimiento judicial. Reconocimiento interno y reconocimiento en el extranjero del título que ponga fin a una acción colectiva***

El proceso colectivo, como proceso jurisdiccional, se resuelve mediante una resolución susceptible de constituir un título ejecutivo, y de reconocimiento. Pero, asimismo, un acuerdo entre las partes puede poner fin al proceso y derivar en los mismos efectos.

En este último supuesto, que acometeremos en primer lugar, se requiere el reconocimiento judicial, sometido a una serie de requisitos (recaudos) que deben concurrir esencialmente para surtir los efectos que referidos ya a las resoluciones judiciales se analizarán en los dos subapartados que seguirán: la cosa juzgada y la ejecución.

Dividiré la exposición en dos apartados. El primero dedicado a las transacciones en el caso de acciones pluriindividuales, el ámbito de desarrollo menos discutido. En segundo lugar una mención más breve a las transacciones de acciones que tutelan intereses supraindividuales, aspecto que si bien resulta discutido ofrece una perspectiva en la que la transacción puede operar también frente a terceros.

A título introductorio cabe señalar que la transacción homologada judicialmente se equipara a los títulos judiciales, precisando de una previa declaración de ejecutividad<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> “Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo” (2011/2089 [INI]).

<sup>34</sup> (2011/2089 [INI]).

<sup>35</sup> Exposición de Motivos.

<sup>36</sup> Art. 58, RB I.

Será en dicha homologación cuando se comprobarán diferentes aspectos que añaden al ya de por sí complejo marco de las acciones colectivas, una nueva perspectiva centrada esencialmente en el objeto de la controversia objeto de acuerdo que será revisada por el juez desde la doble perspectiva de su ámbito objetivo y subjetivo, incidiendo por ejemplo en el modelo de determinación de los sujetos afectados (*opt-in* u *opt-out*)<sup>37</sup>.

De hecho, en el caso de transacciones colectivas será determinante la naturaleza de la controversia subyacente y su disponibilidad, el objeto del proceso y el contenido del acuerdo alcanzado, que deberá coincidir en la mayor medida posible con el ámbito de la controversia, ya que la transacción resultará aceptable para el demandado cuanto mayor sea la certeza de que el acuerdo “cerrará definitivamente la cuestión”, pudiendo oponer en caso de futuros litigios el acuerdo adoptado<sup>38</sup>. Expresado en otros términos, las reglas generales que deben informar la validez de la transacción a efectos de su homologación o reconocimiento judicial, y que en tal medida constituyen el marco de actuación del juez que la otorga o deniega, será la disponibilidad de la materia, que no sea contraria a las normas imperativas y prohibitivas, que no contraríen la buena fe y que no se adopten en perjuicio de tercero.

Al acuerdo se puede llegar como fruto de una negociación directa entre los abogados de las partes enfrentadas en el proceso o tras una mediación, modalidad esta última claramente reforzada en múltiples Directivas Europeas.

Iniciaré este subapartado con una breve referencia al significado de la naturaleza de los intereses objeto del acuerdo que es objeto de reconocimiento judicial para pasar seguidamente a referirme a los modelos de acuerdo o transacción seguidos en algunos países europeos que pueden operar como modelo de actuación, finalizando con una breve reflexión general sobre las circunstancias que deberían concurrir para la aprobación de acuerdos sobre procesos colectivos.

## **I. Reconocimiento judicial del acuerdo que ponga fin a una acción colectiva sobre derechos o intereses pluriindividuales y sobre derechos supraindividuales. Alguna precisión previa**

Si los instrumentos de tutela colectiva persiguen que un solo proceso ponga fin a una controversia que por su naturaleza tiene carácter colectivo, porque una o varias conductas han lesionado intereses supraindividuales o una pluralidad de intereses o derecho individuales homogéneos, debe diferenciarse de antemano las singularidades de uno y otro tipo de intereses en juego. Si se trata de intereses supraindividuales no cabrá más que un único proceso ya que fragmentar la controversia en tantos procesos como individuos es inimaginable y en definitiva lo que debe garantizarse a través del acuerdo que se alcance es que una vez incoado ponga fin a la controversia y no pueda reproducirse a iniciativa de otro sujeto legitimado. En cambio, cuando se trata de intereses individuales plurales se buscará que el objeto del proceso se configure de manera que el proceso abarque a todos o al mayor número posible de los sujetos aparentemente perjudicados por la conducta lesiva<sup>39</sup>. ¿Afecta esta diferencia al control judicial? Veámoslo.

<sup>37</sup> En los sistemas de *opt-in* el acuerdo no resultará conflictivo pero será difícil cubrir toda la controversia. Por contra, en los de *opt-out* abarcarán todo el conflicto, pero será difícil que el acuerdo vincule a todos los sujetos implicados.

<sup>38</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., “Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas”, Cuadernos Civitas, 2010, pp. 7-8. Como señala este autor, en los sistemas de *opt-in* será muy difícil que con la transacción quede cubierta el total de la controversia; mientras que los sistemas de *opt-out* permiten abarcar el total del conflicto, en abstracto, pero a costa de plantear dificultades para que el acuerdo vincule a todos los sujetos implicados.

<sup>39</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., “Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas”, Cuadernos Civitas, 2010, pp. 28-29.

### 1. *Acuerdos y transacciones sobre bienes jurídicos supraindividuales*

Las transacciones sobre bienes jurídicos supraindividuales no comportan una disposición sobre el bien jurídico lesionado, ni sobre los derechos e intereses singulares, ya que la realización de la prestación transigida beneficiará a un bien jurídico del que son titulares de manera indivisible<sup>40</sup>. Sin embargo, puede afectar a terceros/consumidores en la medida en que la prestación o conducta transigida beneficia de modo colectivo e indivisible a todos los sujetos portadores de ese bien supraindividual, sin proyectarse sobre ningún derecho o interés del que puedan ser titular a título individual<sup>41</sup>. Y es en tal ámbito donde incide el control judicial posterior para la aprobación.

En este contexto, están facultados para transigir el demandado y los mismos sujetos que lo estarían para ejercitar los intereses supraindividuales. Ocurre, que en atención precisamente a la naturaleza de los derechos e intereses, las facultades judiciales de control se incrementarán para evitar fraudes o acuerdos cuyo contenido pueda no reparar de manera suficiente el bien jurídico lesionado. El respeto a la legalidad y sobre todo a los intereses generales y de terceros legalmente reconocidos<sup>42</sup>. A tal efecto contribuirán decisivamente la audiencia prevista en el modelo holandés por ejemplo, similar a su vez a la *fairness hearing* norteamericana; y/o el nombramiento de peritos, al que nos referiremos brevemente después.

### 2. *Acuerdos y transacciones sobre bienes jurídicos pluriindividuales*

Cuando se trata de derechos e intereses pluriindividuales la perspectiva varía ya que son concretos e individualizables, pero no es parte quien es el titular de los mismos desviándose el centro de atención hacia la legitimación para suscribir el acuerdo, y más aún si se trata de una única transacción colectiva o una pluralidad de transacciones individuales<sup>43</sup>. Dejando este último aspecto de lado, desde la perspectiva que centra nuestro interés, es decir, desde el punto de vista de los recaudos para el reconocimiento destacan dos controles: el de los propios titulares de los bienes jurídicos pluriindividuales, que podrán excluirse si el acuerdo perjudica su posición jurídica, y el del tribunal que debe efectuar el reconocimiento. Aspectos que si bien se piensan se reconducen a dos cuestiones: a) la necesidad de publicidad del acuerdo y la posibilidad de exclusión, y b) la eficacia generalizada una vez controlado judicialmente, aspecto este último que nos reconduce de nuevo a la necesidad de una audiencia y a la posibilidad de que el juez pueda recurrir a medios probatorios adecuados.

<sup>40</sup> Como se señala en el Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica, *preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo*, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplir la obligación. Piénsese por ejemplo en una acción de cesación de una determinada condición general por ser nula que beneficia de forma indistinta a quienes ya tienen contratos suscritos o las que los suscriban en el futuro, o en una acción de cesación en la emisión de una campaña publicitaria engañosa. No, naturalmente, a la acción colectiva encaminada a la reparación de los daños eventualmente sufridos por una pluralidad de consumidores.

<sup>41</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., "Tutela judicial de los consumidores..." cit., p. 159.

<sup>42</sup> Aquellos contemplados, a título de ejemplo, en los arts. 19,1 if, LEC en relación con el art. 6º, CC español.

<sup>43</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., ob. cit., p. 173, señala tres ejemplos: solicitud de condena de una entidad bancaria para que devuelva a sus clientes las cantidades indebidamente cobradas por aplicación de una cláusula abusiva; acción colectiva interpuesta por una asociación solicitando la rescisión de los contratos de préstamos y la devolución de las cuotas cobradas indebidamente por una entidad bancaria con la que una empresa de enseñanza de idiomas había organizado el cobro de sus servicios a través de préstamos al consumo vinculados a la actividad de enseñanza; indemnización solicitada por la asociación ACU por las pérdidas bancarias sufridas por productos financieros de cuyo alto riesgo no se advirtió debidamente.

## II. Modelos particulares

### A) *Modelo holandés*

En materia transaccional ofrece interés el ejemplo holandés. Singularmente a partir de 2005, cuando entró en vigor la llamada “Ley sobre transacción colectiva en materia de daños en masa” (*Wet collectieve afwikkeling massaschade*) de clara inspiración estadounidense<sup>44</sup>. A partir de una legislación general de las acciones colectivas, incorporada en Holanda en 1994, en los artículos 305a a 305c del Código Civil holandés, se estableció que para el ejercicio de determinadas acciones colectivas<sup>45</sup>, se otorgaba legitimación únicamente a entidades representativas como asociaciones y fundaciones a las que estatutariamente les estaba encomendada la protección de los derechos e intereses afectados. La peculiaridad consiste en la modalidad de tutela que puede obtenerse, que excluye expresamente una condena al pago de indemnizaciones pecuniarias como consecuencia de hechos dañosos que hayan perjudicado una pluralidad de sujetos, enfocándose por tanto hacia la obtención de condenas cesatorias e inhibitorias o de carácter constitutivo (anulación de contratos) o declaratorio. En el marco de la prohibición de una acción de condena, la modificación de 2005 reguló la celebración de una transacción colectiva sobre aquella materia que precisamente quedaba excluida de las acciones colectivas, y cuyo objetivo específico era que el acuerdo final vinculara con cosa juzgada a todos los perjudicados<sup>46</sup>.

En lo relativo a los *requisitos para la aprobación judicial* examinaremos con más detenimiento las facultades revisoras del juez, la necesidad de celebrar una audiencia, y la prescripción de una notificación individual a los miembros del grupo para que puedan *opt out*, so pena de convertir el acuerdo en vinculante (doctrina de los actos propios). Muy resumidamente:

#### a) *Las facultades revisoras del juez*

Corresponde al órgano judicial revisar el nivel de representación de la fundación o asociación, que excluye la negociación a cargo de sujetos particulares, así como la razonabilidad del acuerdo (art. 7:907-910, CC). El contenido mínimo del acuerdo alcanza la descripción del grupo o grupos que adoptan el acuerdo, un indicador del número de personas que pertenecen a dicho grupo, así como las condiciones de la compensación y el modo de obtenerla. La ausencia de seguridad sobre alguno de tales extremos puede impedir la homologación judicial<sup>47</sup>. Se requiere la notificación del acuerdo tanto a los beneficiarios identificados, cuanto a otros eventuales sujetos, mediante anuncios en medios de comunicación, quienes podrán formular por escrito alegaciones u objeciones a su contenido. Al igual que podrán hacerlo otras fundaciones o asociaciones con idéntico objeto social. Cabe incluso que el tribunal designe peritos que emitan un informe en relación con los aspectos relevantes.

#### b) *Celebración de la audiencia*

La fuerza vinculante del acuerdo alcanzado requiere la homologación judicial ante

<sup>44</sup> Informe nacional de los Países Bajos, TZANKOVA, I.

<sup>45</sup> De naturaleza tan diversa como el derecho de asilo, los subsidios a partidos políticos, descargas de archivos mp3, contagio por legionela, pérdida de valor de acciones, responsabilidad de contables y auditores en quiebras, publicidad engañosa o condiciones generales de contratación.

<sup>46</sup> Sobre el origen se derivó del “caso DES (diethylstilbestrol)”, daños causados por administración de una hormona durante el embarazo que derivó en importantes daños a los niños nacidos. GASCÓN INCHAUSTI, ob. cit. nota pie de página N° 50.

<sup>47</sup> El juez podría rechazar el acuerdo si considera que el importe de la indemnización no es razonable, que no hay garantías suficientes para el pago, que no se salvaguardan suficientemente los intereses de los beneficiarios, que la organización no es suficientemente representativa o que el número de beneficiados no es lo suficientemente elevado.

un único tribunal competente: el Tribunal de Apelación de Amsterdam, precedida de la celebración de una preceptiva audiencia en donde comparecerán quienes alcanzaron el acuerdo y describirán los hechos generadores del daño, el acuerdo alcanzado, y los nombres y direcciones de las personas conocidas beneficiarias del acuerdo adoptado<sup>48</sup>.

### c) Resolución, contenido y publicidad

La resolución judicial favorable al acuerdo otorga fuerza vinculante a éste, considerando como parte del mismo a todos los sujetos en cuyo beneficio se ha otorgado (art. 908.1, CC), debiendo darse a conocer por los mismos medios utilizados para publicar el acuerdo.

La preceptiva publicidad de la resolución judicial recogiendo los términos transaccionales indicará las indemnizaciones a las que se tiene derecho y cómo proceder para cobrarlas. Indicará también que cualquier beneficiario puede solicitar su exclusión del acuerdo (*opt-out*) durante el período que se establezca, que no será inferior a 3 meses (art. 908.2, CC). Para ello, se dirigirá la correspondiente comunicación a la persona designada en el contrato de transacción. La posibilidad de *opt-out* se extiende a quienes ignoraban su condición de perjudicados, que podrán solicitar su exclusión así conozcan de su condición de perjudicados. Finalizado el plazo concedido para las exclusiones, la transacción adquiere fuerza vinculante "ultra partes". No existe cosa juzgada "secundum eventum litis".

En una línea semejante se mueven las leyes sueca y danesa. La ley sueca exige del representante que sus intereses no estén en conflicto con los del grupo y que preste toda la información requerida por el grupo<sup>49</sup>. El tribunal debe controlar los posibles conflictos de intereses, singularmente que no se produzcan discriminaciones entre los miembros del grupo<sup>50</sup>, pauta seguida en la ley danesa<sup>51</sup>.

## B) El modelo italiano

Italia ha desarrollado la Directiva 98/27/CE, previendo un mecanismo especial que conduce a la transacción en el caso de *acciones de cesación e inhibición de consumidores* (art. 140 bis, C. Cons.). Se trata asimismo de celebrar un procedimiento de conciliación ante determinados organismos especializados como las cámaras de comercio, siendo a partir de entonces cuando se permite a los consumidores ausentes ejercer derecho de *opt-in*, negociando ante una "Cámara de Conciliación" el acuerdo alcanzado. Para su incoación se legitima a las asociaciones de consumidores al igual que al empresario demandado, mediante la interposición de una demanda conciliatoria, antes de la demanda o durante el proceso, incluso hasta en la fase de ejecución<sup>52</sup>. El acuerdo constará en un acta que debe someterse a homologación ante el tribunal, quien se limitará a un control formal del mismo, ya que la defensa sobre el fondo de lo acordado se entiende corresponde al organismo público encargado de gestionar el procedimiento de conciliación<sup>53</sup>. En el momento de su reconocimiento, empero, el

<sup>48</sup> La presentación del acuerdo interrumpe la prescripción de las acciones dirigidas a obtener los daños a que se refiere la transacción.

<sup>49</sup> ERVO, L., ponencia de Suecia.

<sup>50</sup> Secciones 26 y 49, *Lag om guppättegand*. Citado CARBALLO, L., "Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial..." cit., p. 220, n.p.d. p. 500.

<sup>51</sup> Sección 254, *Administration of Justice Act*.

<sup>52</sup> Art. 140, C. Cons.

<sup>53</sup> La profesora Silvestri, redactora del informe nacional, critica la limitación del quehacer jurisdiccional, que a su juicio debiera extenderse a la representatividad del actor y a la equidad del acuerdo. Considera, además, la eventualidad de tener en cuenta la posibilidad de múltiples acuerdos que acaben por ser mucho más provechosos para unos u otros, si bien queda claro que en el marco del acuerdo todos los miembros deben recibir la misma indemnización.



tercero ausente puede alegar si cree que el acuerdo le perjudica, que no le alcanza. La homologación judicial dota al acuerdo de fuerza ejecutiva<sup>54</sup>. Hay que tener en cuenta, no obstante, un punto muy importante: el artículo 140 bis, sección 14<sup>a</sup>, establece un plazo preclusivo para ejercitar el derecho de *opt-in*. Transcurrido ese plazo, precluirá también para todos los miembros de la clase la posibilidad de entablar un nuevo proceso colectivo (es decir, de ejercitar una nueva acción de clase) sobre los mismos hechos frente al mismo demandado. Sólo habría una excepción a esta regla: los casos en que la transacción se hubiera alcanzado antes de expirar el plazo del artículo 140 bis, sección 14<sup>a</sup>. En estos casos, el derecho de los sujetos legitimados no intervinientes a la hora de ejercitar acciones de clase para la indemnización del daño quedaría a salvo. Respecto de las pretensiones individuales de resarcimiento, quedarán también precluidas con dos excepciones: a) para los sujetos que no hubieran tenido oportunidad de hacer uso del derecho de *opt-in* (de nuevo, casos de transacciones alcanzadas antes de que expire el plazo preclusivo del art. 140 bis, sección 14<sup>a</sup>), y b) para los sujetos que, aun habiéndose adherido al proceso en tiempo, hubieran rechazado el acuerdo entre el demandante inicial que promovió la acción de clase y el demandado (parece que la opinión prevalente va en esta línea, pese a que, en principio, el art. 140 bis establece que el *opt-in* supone renunciar al derecho de ejercitar acciones a título individual con posterioridad).

### C) *Otros modelos con mayor, menor o ningún control judicial*

En Inglaterra, entre los diferentes tipos de acciones colectivas<sup>55</sup>, corresponde revisar al juez, sólo el caso de las acciones de derecho público representativas y de pluralidad de partes, cuando los sujetos no puedan determinarse, y siempre tras el acuerdo de transacción y la solicitud de la llamada *orden de consentimiento del juez*. Deberá constatar la adecuación del acuerdo con la justicia y el interés público, pero no la libre voluntad de negociación<sup>56</sup>, así como velar por que el acuerdo les resulte beneficioso, y determinando quiénes pueden verse afectados por la transacción (CPR Parte 19.7 [5]-[7]).

También en Finlandia y Suecia, el juez ejercita funciones de control pero muy limitadas. En el primer caso, por corresponder la legitimación para el ejercicio de la acción de clase al Defensor del pueblo y presumirse su adecuación a la legalidad; en tanto en Suecia, la Sección 26 de la Ley de Procesos Colectivos encomienda al juez

<sup>54</sup> Art. 140.3 y 4, C. Cons. Un análisis pormenorizado de este tipo de transacción lo efectúa GIUSSANI, A., "L'azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis, C. Cons.", en Riv. Diritto Processuale, LXIII (S. S.), n. 5, pp. 1227 y ss.

<sup>55</sup> *Acciones de derecho público representativas y de pluralidad de partes*: legalidad de las decisiones y actos públicos (CPR, Part 54.2; Senior Courts Act s 31[1]). Acumulación de procesos (CPR 3.1). *Orden de litigación de grupo* (Part 19 III). *Acciones colectivas regulatorias* (no judiciales). *Acciones de consumo por infracción del derecho de la competencia*: infracción relevante del Derecho de la Competencia Inglés o Comunitario (Competition Act 1998 [as amended] s 47A [1], [5] and [6], and s 47B [5]). *Acciones de consumo por infracción de la regulación de servicios financieros*: infracción de la regulación de servicios financieros (Financial Services and Markets Act 2000 [as amended] [FSMA] s 404).

<sup>56</sup> La llamada orden de consentimiento puede alcanzarse de dos maneras: hay dos formas alternativas de orden de consentimiento: el borrador de la orden de consentimiento y la orden *Tomlin*. El borrador de la orden de consentimiento consiste en la realización por parte de las partes de una orden de consentimiento la cual únicamente requerirá consentimiento judicial. Sin embargo, este tipo de orden no se utiliza debido a la complejidad en casos comerciales (*Community Care North East [a partnership] v Durham County Council* [2010] EWHC 959 [QB] [25]). En cuanto a la orden *Tomlin*, consiste en establecer de modo adjunto al borrador de la orden del consentimiento una provisión de libertad de aplicación. De este modo, no se requerirá autorización judicial ya que no se considerará título automáticamente ejecutable, sino que es un mero instrumento comercial al que se aplica la regulación contractual (The Competition Appeal Tribunal Rules SI 2003/1372 [‘CAT Rules’] R 43). MONEY-KYRLE, R., ponencia nacional Inglaterra.



controlar la adecuación del acuerdo a las cuestiones discutidas y no resultar discriminatorio respecto de algún miembro de la clase, ni ser manifiestamente injusto<sup>57</sup>.

## 2. Países sin regulación específica o particularidad

La mayoría de los países restantes no contienen regulación específica para la transacción en materia de acciones colectivas. Sólo en Portugal en el supuesto de acción popular pública (que no constituye en realidad una acción colectiva) se prevé que el tribunal controle la validez del acuerdo, y si han sido adecuadamente representados los intereses en juego, correspondiendo al ministerio público la última palabra, ya que si considera que no fue así podrá ejercitar judicialmente la acción<sup>58</sup>. En cuanto a la acción popular civil, que sí es una acción colectiva en el amplio sentido utilizado en esa ponencia<sup>59</sup>, a diferencia de Holanda, no contempla un control judicial preliminar al ejercicio de la acción, sin que ello impida, caso de apreciar que la acción carece de sentido, sobreseer el proceso, o someter la cuestión a mediación. Simultáneamente, el eventual acuerdo alcanzado requerirá del acuerdo judicial, previo control meramente formal y externo al que se aplican las reglas generales relativas al control judicial de acuerdos entre particulares, con la única especialidad que atiende a la posibilidad de que el Ministerio Público intervenga sustituyendo al solicitante en aquellos casos en que considere que el interés público no está representado adecuadamente<sup>60</sup>. Unido a ello, el juez ostenta la relevante facultad de restringir los efectos “erga omnes” de la cosa juzgada en atención a las particularidades del caso “ex” artículo 19 (1) LPPAP.

Tampoco Francia prevé una regulación específica respecto a las acciones de grupo, suscitándose al respecto la misma pregunta que formuló la Comisión Europea en torno a los recursos colectivos, en general, esto es, la necesidad o no de un mayor control jurisdiccional sobre la “justicia” (*fairness*) de la resolución<sup>61</sup>. Utilizando como referencia la proposición de ley tendente a reforzar la protección de los consumidores creando una acción de grupo fundada en la adhesión voluntaria<sup>62</sup>, se destaca la prescripción contenida en el texto, conforme a la cual, cualquier acuerdo negociado se someterá a la homologación judicial, que estará precedida de una verificación sobre la salvaguarda de los intereses de aquellos que no hayan tomado parte en el acuerdo<sup>63</sup>.

En cuanto a Alemania, la transacción se prohíbe expresamente en el caso del proceso modelo (*Musterverfahren*) a no ser que concurra el acuerdo de todos los participantes, incluidos los coadyuvantes<sup>64</sup>. Cabe señalar, no obstante, que el gobierno alemán ha presentado en diciembre de 2011 un proyecto de reforma de la KapMUG<sup>65</sup>, donde ya regula la transacción incluso para el “proceso modelo”, conservando la necesidad general de acuerdo de todos los partícipes. No obstante, presentada la propuesta de acuerdo (transacción), se establece una suerte de exclusión (*opt-out*)

<sup>57</sup> ERVO, L., ponencia nacional de Finlandia y Suecia.

<sup>58</sup> La acción popular protege determinados ámbitos del ordenamiento como la salud pública, el medio ambiente, la protección del consumo de bienes y servicios o el patrimonio cultural y el dominio público.

<sup>59</sup> Es decir, abarcando acciones cesatorias o de resarcimiento y para cuyo ejercicio se reconoce legitimación, tanto a cualquier afectado como a las asociaciones y fundaciones encargadas de la defensa de los intereses en cuestión o ciertos organismos públicos.

<sup>60</sup> Art. 16 (3) de la Lei de Participação Procedimental e de Acção Popular, LPPAP, n. 83/95, de 31 de agosto.

<sup>61</sup> Lo que abre una nueva línea de razonamiento en torno a la incidencia del principio de oficialidad en el marco de las relaciones privadas, matizado en este caso por la peculiar naturaleza que ostentan las acciones colectivas cuando contemplan intereses colectivos o difusos.

<sup>62</sup> Presentada por L. Béteille, 22 de diciembre de 2010.

<sup>63</sup> Art. L 412-13, “Médiation organisée dans le cadre d’une action de groupe”.

<sup>64</sup> Pfg 14 Musterentscheid (3) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., ponencia nacional de Alemania.

<sup>65</sup> *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes*.

permitiendo a los coadyuvantes un plazo para que manifiesten su disconformidad con las propuestas de transacción “modélica”<sup>66</sup>.

Gran Bretaña presenta una peculiaridad al eliminar la necesidad de homologación judicial en el caso de “Orden de litigación de grupo”, y en el de acciones de consumo por infracción del derecho de la competencia (CAT), si bien en el caso de estas últimas se prevé una sanción económica cuando una de las partes descarte una oferta de transacción, ya que sólo se puede rechazar una oferta si lo consiente el tribunal o la parte contraria<sup>67</sup>. Por contra en el caso de la “orden de consentimiento” el juez revisará antes de dictar la legalidad del acuerdo y no contrariar el orden público, e incluso en la variante conocida como “orden Tomlin” tampoco se requiere de la homologación judicial, por entenderla un mero instrumento comercial regulado por las normas contractuales y no tener carácter ejecutivo<sup>68</sup>.

### C) *El modelo de “conciliación colectiva” en el arbitraje de consumo*

El modelo responde a la tutela de intereses pluriindividuales de consumidores y usuarios cuyos legítimos derechos e intereses económicos se hayan visto afectados por un hecho. El procedimiento se incoa, bien de oficio por la Junta Arbitral de Consumo, bien a instancia de las asociaciones de consumidores representativas. Acordado el inicio, se requiere a la empresa o profesional eventualmente responsable del daño, para que manifieste si somete al arbitraje de consumo la resolución de los conflictos de los consumidores motivados por el hecho dañoso, y en su caso, para que proponga un acuerdo conciliatorio<sup>69</sup>. Si el empresario acepta la adhesión, se llama a los consumidores afectados mediante los medios de publicidad adecuados, por un período de 2 meses, durante los cuales los interesados podrán tener acceso a la propuesta conciliatoria<sup>70</sup>. Aunque la norma no lo especifica se deduce que son parte en este arbitraje de consumo: los consumidores que acuden al llamamiento, pero no las asociaciones que sólo instan el procedimiento, y quienes ya hubieren promovido un arbitraje individual por los mismos hechos, siempre que el órgano arbitral no haya comenzado a actuar. Lamentablemente la regulación legal no especifica si el laudo que se dicte se pronunciará únicamente sobre las pretensiones individuales o tendrá eficacia extensible a los consumidores que no hubieran acudido al llamamiento. Sin embargo, no parece que quepa apreciar una extensión “ultra partes”<sup>71</sup>, lo que permite concluir que no nos encontramos ante un proceso colectivo sino ante un mecanismo de acumulación en un solo procedimiento arbitral de una pluralidad de solicitudes<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> El conocido como “*Musterverfahren*” (proceso modelo) busca facilitar a los inversores perjudicados el ejercicio de 2 tipos de acciones: a) las acciones de daños causados por la difusión de informaciones públicas falsas, equívocas o engañosas relativas al mercado de capital o por la omisión de la información necesaria en los prospectos o folletos de bolsa, balances anuales, etc. Y, b) la acción para exigir el cumplimiento de lo convenido contractualmente tras una oferta de adquisición de títulos valores. En dicho proceso modelo cabe obtener de un tribunal supraordenado (*Oberlandesgericht*) que resuelva aspectos litigiosos coincidentes (orientados hacia o que pretenden lo mismo: *gleichgerichtete*), de carácter fáctico o jurídico, que constituyan el presupuesto para resolver sobre una pluralidad de procesos pendientes (a veces denominados *Parallelverfahren*) de reclamación individual, en concreto, como mínimo en número de diez. Dicha resolución (*Musterentscheid*) despliega efectos vinculantes (*Bindungswirkung*) en relación con dichos procesos. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., ob. cit.

<sup>67</sup> The Competition Appeal Tribunal Rules SI 2003/1372 (CAT Rules) R 43.

<sup>68</sup> Rebecca MONEY-KYRLE, ponencia nacional de Gran Bretaña.

<sup>69</sup> Art. 58.2 I, RDSAC.

<sup>70</sup> Art. 59.2, RDSAC.

<sup>71</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F., “Tutela judicial de los consumidores...” cit., p. 178.

<sup>72</sup> Aseveración que se confirma por el hecho de que el consumidor puede aceptar la oferta contractual que figura en la propuesta de convenio, pero también cabe que trate de negociar un contenido diferente.

### III. Eficacia de la transacción aprobada

Una vez aprobada la transacción, equiparada al caso de la sentencia que resuelve la acción colectiva, su eficacia “ultra partes” se proyecta en dos ámbitos: la preclusión y la ejecutividad, salvo para aquellos que ejercitaran su derecho de exclusión (*opt-out*).

En virtud de la preclusión se impedirán procesos colectivos o individuales respecto del mismo hecho dañoso, con la única excepción de que fuera a instancias de alguno de los que ejercitaron su derecho de exclusión o de quien justificara suficientemente no haber podido hacerlo, por causas de fuerza mayor, por ejemplo, o por no haber tenido noticia involuntariamente de la transacción. En el modelo sueco de sumisión a una entidad no jurisdiccional que resuelve a través de recomendaciones (*National Board for Consumer Disputes*) (ARN) la recomendación se extiende a todos los consumidores con demandas idénticas, basadas en las mismas causas y contra el mismo demandado.

Respecto de la ejecución, la transacción colectiva se equipara en principio a la de la resolución de homologación judicial que la contiene. La fuerza ejecutiva de la transacción colectiva puede beneficiar de forma singular a los consumidores afectados por el hecho dañoso en la medida en que así se haya pactado por las partes y aprobado por el tribunal. Resultará frecuente que se contemplen cauces extrajudiciales para que se acredite la condición de beneficiario y se obtenga satisfacción a su derecho. Así sucede, por ejemplo, en el caso español mediante un “incidente para determinar los beneficiarios” contemplado en el artículo 519 LEC, al que me referiré en el apartado III.

Conviene volver a diferenciar entre la transacción recaída sobre los intereses supraindividuales, respecto de los que la eficacia de la transacción sobre los consumidores será indirecta, de forma que su falta de legitimación activa para ejercitar la acción también les priva de facultades para solicitar la ejecución forzosa en caso de incumplimiento. Y cuando la transacción tenga carácter mixto, en cuyo caso, siempre que la transacción resulte homologada judicialmente, el acuerdo no será oponible a terceros beneficiarios que no quedarían vinculados, pudiendo ejercitar la acción correspondiente, en tanto, por otra parte, podrían hacer efectivos por sí mismos la fuerza de la transacción sobre los derechos comunes.

### IV. Transacciones colectivas transfronterizas

Cuando el proceso colectivo tenga elementos transfronterizos, como sucederá por ejemplo cuando alguno o muchos de los afectados residan en el extranjero, deberán aplicarse reglas de derecho internacional para resolver cuestiones en torno al ámbito geográfico en que se produjo el hecho dañoso, el objeto del proceso que puede extenderse a otro país, y el ámbito de eficacia de la resolución dictada. Atendiendo a que la materia relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias se analiza en el tercer subapartado de esta ponencia y que la transacción una vez homologada judicialmente resulta equivalente, me limitaré a señalar en esta sede las normas aplicables remitiéndome en cuanto al resto al citado subapartado III.

Si se trata del reconocimiento entre dos países de la Unión Europea, resultará de aplicación el Reglamento 44/2001 (RB). En defecto de este último o cuando alguno de los países implicados no pertenezca a la UE se aplicará el régimen de reciprocidad y en su defecto el régimen legal vigente en cada país, que en el caso español, por ejemplo es el establecido en los artículos 951 a 958, LECA.

El reconocimiento de la fuerza ejecutiva entre países de la UE se regirá por lo dispuesto en el artículo 58, RB conforme al cual: *las transacciones celebradas ante el tribunal durante un proceso y ejecutorias en el Estado miembro de origen serán ejecutorias en el Estado miembro requerido, en las mismas condiciones que los documentos públicos con fuerza ejecutiva.*

El reconocimiento operará en una doble dimensión: para hacer valer la eficacia preclusiva de la transacción o para reconocer su fuerza ejecutiva.

A) Para que un documento público o una transacción judicial formalizados en un Estado miembro puedan obtener la declaración de ejecutividad, se requiere la concurrencia de cuatro presupuestos: a) tratarse de una transacción judicial dotada de eficacia ejecutiva en el Estado de origen, y b) referirse a materias que entren dentro del ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I (art. 1º, RB); c) que medie instancia de parte para solicitar el “*exequatur*” (art. 57.1, RB), y d) aportar las certificaciones a que se refieren los artículos 57.4 y 58 RB, que sirven para acreditar la ejecutoriedad en el Estado de origen de la transacción judicial, así como la traducción certificada que puede requerir la autoridad o tribunal del Estado de destino (art. 55, RB)<sup>73</sup>.

El procedimiento para el otorgamiento del *exequatur* será el previsto en los artículos 38ss, RB para las resoluciones judiciales, lo que conduce a entender, que concurriendo los citados presupuestos, deberá concederse sin controlar los motivos de denegación, facultad que corresponde a un órgano superior al conocer del recurso que se interponga en su caso frente a la decisión concediendo el *exequatur* (art. 57,1, RB). En otras palabras, quien resulte obligado por la transacción sólo podrá recurrir la resolución que conceda el *exequatur*, alegando que la ejecución de la transacción resulta manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido, entendiéndose por tal menoscabar una norma jurídica considerada esencial en su ordenamiento o un derecho reconocido como fundamental, lo que reabriría la discusión sobre el derecho de defensa<sup>74</sup>.

La ejecución de las transacciones homologadas y reconocidas se ejecutarán, una vez obtenido el *exequatur* de acuerdo con la ley procesal interna de cada país. Así, en el caso español, por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil no distingue el proceso de ejecución según se ejecute un título judicial o un título homologado, existiendo sólo diferencias en cuestiones como los motivos de oposición.

B) La eficacia preclusiva puede requerirse cuando se quiera hacer valer el acuerdo alcanzado en la transacción ante una nueva demanda. En los modelos que se acojan a la exclusión (*opt-out*) el proceso colectivo precluye también las pretensiones individuales de quienes no han sido parte en el proceso, de manera que la preocupación se centra en garantizar un proceso justo a los miembros ausentes del grupo. Preocupación que se acrecienta cuando la resolución del proceso colectivo ha sido desestimada, o no satisface a alguno de los miembros del grupo, lo que constituye un tema abierto a la discusión, entre quienes critican un posible abuso mediante el “forum shopping”<sup>75</sup>, y aquellos países, que como Alemania y Holanda, afrontan reformas legislativas para intentar racionalizar supuestos de litigación múltiple. En este orden de cosas, pueden contribuir a evitar el peligro del “forum shopping” el Reglamento (CE) Nº 593/2008<sup>76</sup> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento

<sup>73</sup> MARTÍNEZ SANTOS, A., “Reconocimiento y ejecución (II). Motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución. Ejecución de transacciones y documentos públicos extranjeros”, en AA. VV. (De la Oliva y Gascón, coords.), “Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea”, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 408-411, pássim.

<sup>74</sup> Manifiesta dudas a este respecto, HESS, B., “Cross-Border Collective Litigation and the Regulation Brussels I” cit., p. 120.

<sup>75</sup> Fenómeno que en el proceso federal norteamericano intenta ser atajado por la CAFA propiciando la concentración de las *class actions* que implican a residentes de otros Estados ante jueces federales. Vid.: MORRISON, A. B., “Removing Class Actions to Federal Court: A Better Way to Handle the Problem of Overlapping Class Actions”, *Stan. L. Rev.*, vol. 53, 2005, pp. 1521-1556.

<sup>76</sup> Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008.

(CE) N° 864/2007<sup>77</sup>, en aplicación de los cuales y con independencia de donde se vaya a plantear el litigio, establece una única norma de resolución única<sup>78</sup>.

### **V. A modo de conclusión. Circunstancias que debieran concurrir para aprobar un acuerdo en materia de procesos colectivos**

Atendidas las especificidades de las acciones colectivas, singularmente su eficacia “ultra partes”, su regulación legal requiere de otras tantas cautelas encaminadas a garantizar que lo acordado resulta admisible, sin lesionar injustamente los derechos de quienes se van a ver afectados. Desde esta perspectiva, resulta no sólo justificado, sino deseable, un mayor control judicial centrado en el propio contenido del acuerdo, y articulado a través de un procedimiento orientado al mayor alcance del principio de audiencia posible.

El control sobre el contenido del acuerdo comprenderá no sólo justificar que uno solo o unos pocos dispongan de los intereses supraindividuales o pluriindividuales, sino en sentido opuesto que no se produzcan conflictos de intereses entre los abogados o las propias asociaciones. El primer objetivo exigiría que el control judicial abarcara el contenido del acuerdo, proveyendo a una audiencia en la que se justificara la admisibilidad de lo acordado y se tuviera oportunidad de oír a los afectados por el acuerdo y a los terceros que acreditaran su interés.

Abundando algo más en estas reflexiones, deberá tomarse en consideración si se trata de intereses colectivos o difusos o intereses individuales homogéneos.

En el caso de *transacción sobre intereses colectivos*, si bien cabe entender que cada miembro puede afirmarse su titular, regirán los límites a la renuncia a los derechos en perjuicio de terceros y por supuesto, si el sistema adoptado fue el de *opt-in* o el de *opt-out*, en la medida en que si se ofreció la oportunidad de excluirse, la actuación posterior de quien no lo ejercitó en su momento se entendería atentatoria de la doctrina de los actos propios. Cabe cuestionarse, por otra parte, que en la medida en que la transacción implica una renuncia, deberá tomarse en consideración si se vulnera la prohibición de actuar en perjuicio de terceros<sup>79</sup>.

A la audiencia judicial propuesta deberán poder asistir y efectuar alegaciones cualquier otra entidad legitimada para el ejercicio de la acción, tal como se prevé en el modelo holandés. En cuanto a la participación de los consumidores a título individual resulta más cuestionable, ya que si bien podrían intervenir para denunciar eventuales fraudes o conflictos de interés, también serviría que éstos se dirigieran a las entidades legitimadas para que éstas intervinieran.

En el caso de *transacción sobre derechos individuales homogéneos*, tratándose de derechos ajenos deberá buscarse la forma de constatar el consentimiento de los ausentes, y la transacción sólo será eficaz respecto de aquellos que hayan prestado su consentimiento<sup>80</sup>. Para que el resultado de la transacción se considere legítimo y por ende sea homologado, se precisará que los consumidores afectados hayan tenido la opción de desvincularse del acuerdo, y que el juez controle su contenido.

A tal efecto resulta determinante la publicación del acuerdo alcanzado antes de su

<sup>77</sup> Sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II) (DOUE, N° L 177, 4.7.2008) y (DOUE, N° L 199, 31-7-2007).

<sup>78</sup> Restaría así el problema de que la aplicación de esta norma única a una acción colectiva conduzca a más de una ley, lo que sólo es evitable si prosperaran las iniciativas europeas en materia de derecho de competencia y derecho de consumo. Cfr. CARBALLO, PIÑEIRO, L., “Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial” cit., p. 201.

<sup>79</sup> Como sucede con el art. 6.1, CC.

<sup>80</sup> CARBALLO PIÑEIRO, L., “Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial...” cit., Universidad de Compostela, cit., p. 211.

revisión judicial con un doble objetivo: activar los mecanismos previstos para obtener lo que les corresponda, en su caso, o solicitar su exclusión para que el acuerdo no les vincule. Así se prescribe en la WCAM holandesa, mediante la notificación al inicio de la transacción y al final de la misma, cuando comienza el período para *opt-out*<sup>81</sup>. Con todo, la notificación figura entre las cuestiones objeto de propuestas de reforma de la WCAM, en atención fundamentalmente al elevado costo que en casos internacionales supone la notificación personal, que es la requerida por la UE. En Suecia, también se requiere notificación del acuerdo<sup>82</sup>.

Sin atender a la diferencia entre intereses colectivos o difusos, distintos países exigen taxativamente el control judicial del acuerdo adoptado. Tal es el caso de Suecia y Finlandia, donde se requiere específicamente que la homologación judicial examine el acuerdo vigilando: que no se discrimine a ningún miembro del grupo, ni sea manifiestamente injusto, ni comprenda únicamente a algún miembro del grupo. La revisión no se extiende, empero, a que los términos del acuerdo favorezcan más a unos miembros del grupo que a otros<sup>83</sup>. El tribunal informará a los miembros de la clase del acuerdo, y si éstos no lo aceptan podrán continuar como partes o, si concurren los presupuestos para iniciar una nueva acción de clase, iniciarla<sup>84</sup>. El control judicial en Finlandia no presenta problemas generalmente debido a la legitimación reconocida al Ombudsman como representante de la clase, de quien se presume actuar conforme a la ley y a los intereses de todos los miembros del grupo. En todo caso, su intervención no excluye la necesidad de homologación judicial conforme a las reglas señaladas anteriormente<sup>85</sup>.

La complejidad de los acuerdos y la experiencia comparada conducen a recomendar la posibilidad de que el incidente en el que se procede a la homologación judicial (o a su rechazo) se prevea la posibilidad de nombrar peritos que ilustren al juez sobre el contenido del acuerdo. Se trataría de un perito de oficio, no con carácter general sino excepcional, recayendo su coste en principio sobre el demandado, sin perjuicio de poder repercutirlo en el contenido de lo acordado. Finalmente, el informe debería conocerse antes de la audiencia para facilitar la intervención informada de las partes en la misma.

## **Segundo Apartado: La cosa juzgada**

### **I. Algunas generalidades en torno a la cosa juzgada. En especial los límites subjetivos**

El fundamento próximo de la cosa juzgada es la seguridad y la paz jurídicas, lo que implica que una discusión no se prolongue indefinidamente o que vuelva a entablarse y avance un proceso acerca de asuntos ya definidos firmemente por la jurisdicción, y que se eviten resoluciones y sentencias contradictorias o que se reiteren injusta e irracionalmente sentencias con el mismo contenido respecto de los mismos sujetos<sup>86</sup>. La cosa juzgada, además de una característica de la jurisdicción y una exigencia de la tutela judicial efectiva constituye, asimismo, una exigencia de seguridad jurídica, que en el ordenamiento español se consagra en el artículo 9.3, CE. Desde esta última perspectiva, y tal como recoge el artículo 222,3, LEC la cosa juzgada se extiende a todos los que han sido parte en el proceso, con alguna extensión complementaria en supuestos específicos (herederos y causahabientes, art. 222, 3, if) o “erga omnes” (art.

<sup>81</sup> Wet collectieve afwikkeling massachade.

<sup>82</sup> Section 49 Swedish Group Proceeding Act.

<sup>83</sup> Section 26 Swedish Group Proceeding Act, y regulación general de acuerdos judiciales, que también resultan de aplicación. Laura ERVO, ponencia nacional de Suecia y Finlandia, p. 5.

<sup>84</sup> Laura ERVO, ponencia Suecia.

<sup>85</sup> Laura ERVO, ponencia nacional de Suecia y Finlandia, p. 8.

<sup>86</sup> SSTC 242/1992.



222.3, II, estado civil, filiación o socios que no hubieran litigado en los casos de impugnación de acuerdos sociales). En lo que a nuestro análisis interesa, el párrafo final del artículo 222, 3, I, LEC extiende la vinculación subjetiva de la cosa juzgada a los titulares de derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley<sup>87</sup>.

Es precisamente en relación con la extensión de la cosa juzgada donde se presentan importantes especificidades en los casos de acciones colectivas, tanto en su faceta de extensión subjetiva, como en su función negativa, encaminada a evitar un ulterior proceso a consecuencia del mismo hecho dañoso o en defensa de los mismos intereses colectivos<sup>88</sup>. Debido a tal efecto, la seguridad jurídica, el principio de audiencia y el cabal ejercicio del derecho de defensa, reclaman diversas atemperaciones, prescribiendo cómo deben determinarse los sujetos en las resoluciones que ponen fin a las controversias sobre acciones colectivas, un sistema de publicidad adecuado de la existencia del proceso y un modelo que permita incluir en el proceso o por contra excluir a los legitimados para el ejercicio de la tan repetida acción colectiva<sup>89</sup>.

En principio la protección frente a una resolución judicial es precisamente no quedar afectado por la cosa juzgada por no haber sido parte (principio de audiencia). Sin embargo, cuando se produce una extensión de la cosa juzgada surge la necesidad de ponderar la salvaguarda del derecho de defensa de los terceros y el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes que exige dicha extensión, sin obligar a los sujetos a iniciar ulteriores procesos contra dichos sujetos (los terceros) si quieren hacer efectivo su derecho, o desde el otro polo, pudiendo oponer la resolución al planteamiento de un nuevo proceso idéntico.

El resultado de la ponderación dependerá de diversos extremos. De un lado, del tipo de interés que fundamente la legitimación del tercero, que conduce a justificar la extensión en la medida en que sea necesaria para evitar la frustración de la efectiva tutela jurisdiccional<sup>90</sup>. De otro, de si la vulneración del principio de audiencia se corresponde o no a la imposibilidad de haber sido parte en el proceso, lo que conecta esta cuestión con la notificación de la pendencia del proceso y el tipo de sistema adoptado (*opt-in* u *opt-out*). Y finalmente, de una opción de política legislativa que puede llegar a tener que decantarse hacia preservar el interés individual o el colectivo.

Cuando nos encontramos ante derechos individuales plurales, a partir de la regla “res iudicata inter partes”, se articula un complejo entramado procesal, cuya perspectiva subjetiva alcanza instituciones como la sucesión y la legitimación por sustitución,

<sup>87</sup> En la redacción originaria de la LEC este apartado remitía a *lo previsto en esta Ley en el art. 10*, esto es, a los casos de legitimación ordinaria y extraordinaria (indirecta o por sustitución), refiriéndose en este último caso a las personas que actúan en nombre e interés propio aunque por un derecho o relación jurídica ajeno, los no titulares del derecho o la relación jurídica que se dilucida en el proceso, pero sí de la acción que se ejercita. Cfr. TAPIA FERNÁNDEZ, “Comentarios a la LEC”, AA. VV (Cordón, Armenta, Muerza y Tapia [coords.]), 2ª ed., Aranzadi, 2011, t. I, p. 1100 y DE LA OLIVA SANTOS, “Objeto del proceso y cosa juzgada”, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 187-188.

<sup>88</sup> Como sucede con arreglo al art. 222.3 de la LEC española, conforme al cual la cosa juzgada se extiende a los sujetos no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 11 del mismo texto, esto es, los legitimados para ejercitar acciones colectivas.

<sup>89</sup> De ahí la importancia de la legitimación en esta materia, que no cabe acometer aquí y ahora, pero que será objeto de alguna mención puntual imprescindible.

<sup>90</sup> ¿Qué sucede con los terceros? ¿Quedan vinculados por los efectos de la resolución dictada *inter alios* cuando tal decisión incide en su situación jurídica? ¿Qué sucede con el demandado que puede verse (con motivo) sometido a posteriores procesos por idéntico motivo a instancias de dichos terceros? ¿Qué sucede con los intereses colectivos y difusos en los que no hay un titular individual pero que en caso de solicitud de tutela por parte de alguno de los legitimados puede/debe extender sus efectos más allá de quienes efectivamente se constituyan como partes?



el litisconsorcio o los diversos supuestos de intervención procesal. La sucesión y la sustitución afectan a la personalidad procesal o a la legitimación indirecta en el caso de la legitimación por sustitución; el litisconsorcio y la intervención contemplan la incorporación de un sujeto, inicial o sucesiva, que extiende la cosa juzgada al nuevo litigante en la medida en que se constituye como parte<sup>91</sup>.

En este contexto, las acciones colectivas pueden abarcar un espectro plural de situaciones en las que, cuando el sistema adoptado es *opt-in*, o se trata de intereses individuales plurales, deberá recurrirse a los citados mecanismos procesales (el litisconsorcio o la intervención), bien para actuar conjuntamente, bien para incorporarse al proceso. En tanto si el modelo adoptado en la tutela del interés supraindividual es el *opt-out*, precisará un régimen de publicidad y notificación de la apertura del proceso para garantizar que todos los interesados tengan oportunidad de participar/intervenir en el mismo, de modo que el principio de audiencia quede debidamente salvaguardado.

## **II. La cuestionada adecuación de la configuración de la cosa juzgada a las necesidades que plantean las acciones colectivas**

Frente a los problemas tradicionales que ha debido solventar la delimitación objetiva de la cosa juzgada, desde su mera delimitación inicial hasta el alcance material o temporal, las acciones colectivas abren un nuevo frente, focalizado esta vez en el elemento subjetivo, aunque no exclusivamente<sup>92</sup>. Se ha hablado de la insuficiencia del principio “*audiatur et altera pars*”, entendido según los esquemas del “garantismo individualista”, o cuando menos de la necesidad de proceder a una revisión urgente de sus parámetros<sup>93</sup>.

El motivo es el conflicto percibido entre la necesidad de otorgar un tratamiento uniforme de la relación jurídica y la protección de los terceros frente a una sentencia “*inter alios*” desde el punto de vista del principio de audiencia y el derecho de defensa. Quien no ha sido parte en un proceso ni tuvo oportunidad de serlo no debe quedar afectado “*a priori*” con los efectos del proceso derivados de la cosa juzgada (*audiatur et altera pars*). Dicho principio será respetado cuando todos los interesados en condiciones de igualdad hayan tenido la posibilidad de participar a lo largo del proceso e influir en el pronunciamiento final; resultando excepcionado o contravenido cuando se extienda la cosa juzgada a terceros que no participaron, no pudieron hacerlo o incluso ignoraron la existencia de aquél, diferenciándose en tal sentido cuando se justificaría una extensión *ultra partes de la cosa juzgada* que impida la citada vulneración. Éste es en buena medida uno de los aspectos conflictivos de las acciones colectivas en el seno de la UE, en relación con la garantía del “debido proceso” contenida en el artículo 6º, CEDH.

De hecho, cabría plantear si a la vigencia del principio de seguridad jurídica y la consiguiente garantía de contradicción, cabe oponer otros intereses igualmente tutelables o que incluso puedan enervar su vigencia. Planteamiento que en definitiva visualiza un segundo conflicto, el existente entre los citados derechos de defensa de quienes han permanecido ausentes del proceso y la protección del demandado frente al riesgo (en caso de sentencia denegatoria) de poder sufrir más procesos con idéntica

<sup>91</sup> En el ámbito del derecho de la UE, la intervención voluntaria podría articularse a través del art. 65, RB I, si bien como interviniente adhesivo simple lo que supone la vinculación de la cosa juzgada refleja. Cfr. CARBALLO, L., “Las acciones colectivas...” cit., p. 128.

<sup>92</sup> El tipo de acción no es algo ajeno a la cuestión, como veremos.

<sup>93</sup> CAPPELLETTI, M., “Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi diffusi”, Giur. It, IV, 1975, cc. 49-63. CARPI, F., “L’efficacia ‘ultra partes’ della sentenza civile”, Giuffrè, Milano, 1974 y “Cenni sulla tutela degli interessi collettivi nel processo civile e la cosa giudicata”, RTDPC, 1974, pp. 957-961.

pretensión, lo que, por una parte, conduce a la eficacia de la sentencia favorable y desfavorable de todos los partícipes en la actividad colectiva<sup>94</sup>, y por otra, a plantear la conveniencia de acoger en materia de acciones colectivas la eficacia *secundum eventum litis*, o lo que es equivalente, la extensión de la cosa juzgada “ultra partes” sólo en el caso de sentencia favorable. Opción esta última, que si bien constituye una decidida protección de los intereses subyacentes a las acciones colectivas, no deja de suscitar importantes incógnitas por suponer un desplazamiento que algunos califican de excesivo en contra del demandado, originando efectos contraproducentes<sup>95</sup>.

### III. Cosa juzgada e intereses individuales plurales

La existencia de intereses individuales plurales puede ocasionar que se activen mecanismos de tutela adecuados a su conexidad, como sucede en los supuestos de pluralidad de partes (litisconsorcio), de intervención procesal, de sucesión o acumulación de procesos. En cada uno de estos institutos procesales, es precisamente la existencia de conexión entre las acciones la que justifica la ampliación del objeto del proceso y por ende que la cosa juzgada tenga un alcance diverso según la especificidad de cada caso. Así sucede por ejemplo en el caso de la *acumulación de procesos* en el derecho procesal español que requiere de la existencia de conexidad o efectos perjudiciales entre los procesos que se quieren reunir o acumular. La acumulación de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos configura una causa específica de acumulación de procesos, en virtud de la cual, a partir de lo dispuesto en los artículos 11 y concordantes (arts. 6.7<sup>º</sup>, 15 y 221,2 LEC y 7.3 LOPJ) todo consumidor o usuario puede intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de aquéllos (art. 11.2 y 3, LEC). A tal fin, los perjudicados por el hecho dañoso serán llamados al proceso si son fácilmente determinables e intervendrán en el mismo con arreglo a lo indicado para la intervención (art. 11, 2, LEC). En el caso de que los consumidores no fueran fácilmente determinables, deberá suspenderse el proceso para su localización y posterior incorporación como parte, siendo entonces factible, entre otras actuaciones, solicitar la acumulación. Pasados los dos meses de suspensión preceptiva del proceso, no se admitirá su posterior comparecencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 221 y 519, LEC. Es decir, sin perjuicio de fijar los requisitos bien para identificarlos, si es posible, bien para fijar las bases para propiciar la ejecución<sup>96</sup>.

Técnica diferente pero fin común, es decir, dar respuesta a una pluralidad de objetos procesales planteados individualmente, es tramitar un proceso modelo, como el *Musterverfahren* alemán enfocado a circunscribir, por una parte, el ámbito subjetivo de la cosa juzgada, pero también, por otra, el prejudicial, al perseguir la vinculación, no sólo al fallo de lo resuelto en la parte dispositiva, sino a los pronunciamientos sobre hechos y cuestiones jurídicas. Es más, como el relator nacional alemán destaca, el objeto del proceso modelo no es sólo dirimir una controversia entre partes, reconociendo o no a éstas derechos subjetivos, sino más bien clarificar aspectos de hecho o de derecho de los que depende el fallo de los procesos suscitados por los diversos sujetos. Claro que este “proceso modelo” se circunscribe a un marco de aplicación objetivo limitado, pero plural, como el de las acciones de daños o acciones dirigidas a exigir el cumplimiento de una oferta contractual relativas al mercado de capital.

<sup>94</sup> PROTO PISANI, “Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente supraindividuali) innanzi al giudice civile ordinario”, en AA. VV., “Le azioni a tutela di interessi collettivi”, Cedam, Padova, 1976.

<sup>95</sup> CORDÓN MORENO, F., “El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores”, EC, n. 16, 1989, pp. 123 y ss. En Italia, también rechaza esta posibilidad, VIGORITI, V., “Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire”, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 110-112. De hecho, en ninguno de los países que han presentado ponencia nacional se acoge esta modalidad.

<sup>96</sup> Cfr. ARMENTA, T., “La acumulación de autos”, en AA. VV., “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, 2ª ed., Aranzadi, 2011, t. I, pp. 625 y ss.

En todo caso, la cosa juzgada operará a tenor de las categorías tradicionales, de forma que siempre que varios sujetos activamente legitimados entablen un proceso frente al causante del daño se aplicará el brocárdico “res iudicata inter partes” por tratarse de un fenómeno típico de proceso con pluralidad de objetos. Sin que pueda hablarse en propiedad de extensión “ultra partes” propiamente dicha, ya que, bien inicialmente, bien a través de la intervención o la acumulación de procesos, se habrán constituido como partes y les será de aplicación la norma correspondiente.

Éste sería en realidad el supuesto al que se acomodarían las “class action” norteamericanas, una pluralidad de sujetos que ejercitan una acción derivada de una causa conexa u homogénea en aras a un mejor acceso a la justicia, que de otra forma, por lo escaso de la reclamación, no accedería de hecho a su tutela. Cuestión diferente es la extensión a determinados terceros, como sucede en el caso de los titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes en el caso de intereses colectivos al que nos referimos en el siguiente apartado.

#### IV. Cosa juzgada e intereses supraindividuales

##### 1. *Unas consideraciones previas*

La peculiaridad de la cosa juzgada en los supuestos de intereses supraindividuales está en la configuración legal del derecho de acción, que es colectivo (sea en defensa de intereses difusos o de intereses supraindividuales homogéneos). A partir de ahí, interesa dejar muy claro dos cuestiones:

- a) La existencia de un principio jurídico general que parece común a todas las legislaciones (ya sigan el sistema de *opt-in*, ya el de *opt-out*), y es que en la medida de lo posible sólo pueda haber, respecto de un mismo hecho dañoso y un mismo demandado, un único proceso colectivo, tenga la amplitud que tenga el número de los activamente legitimados para el ejercicio de la acción de clase. Lo cual es bastante lógico, pues se trata de evitar que el demandado tenga que someterse, simultánea o sucesivamente, a varios procesos colectivos, con los costes que ello conlleva en términos de tiempo, esfuerzo y dinero, y con los riesgos que entraña de que lleguen a recaer pronunciamientos contradictorios.
- b) Por lo tanto, la cosa juzgada de la sentencia que se pronuncie sobre la acción colectiva, si llega a haberla, excluirá siempre un proceso *colectivo* posterior. Ahora bien (y esto es clave): no tiene por qué excluir posteriores reclamaciones *individuales*. En los sistemas de *opt-in*, porque sólo quienes se hayan adherido al proceso colectivo habrán renunciado a su derecho individual. En los sistemas de *opt-out*, porque siempre existe la posibilidad de solicitar ser excluido del ámbito de la eficacia de la sentencia, reservándose el derecho de accionar por separado.

A consecuencia de lo cual se derivan otros dos importantes aspectos:

Primero, que con carácter general, la eficacia de cosa juzgada de la sentencia ganada en un proceso colectivo sólo despliega eficacia *ultra partes* cuando se trate de ejercitar una nueva acción de clase por los mismos hechos frente al mismo demandado. En los sistemas de *opt-in*, porque el vencimiento del plazo para adherirse al proceso colectivo incoado por el demandante inicial supone la preclusión de la facultad de ejercitar la acción colectiva respecto de todos los sujetos activamente legitimados para plantearla, hayan hecho uso o no de su derecho de adhesión. En los sistemas de *opt-out*, porque la autoexclusión voluntaria del proceso lo es a los solos efectos de plantear una reclamación posterior a título individual desligada de las vicisitudes del proceso colectivo, no a fin de poder ejercitar una nueva acción de clase por cuenta propia.

Segundo, y respecto de las acciones individuales de resarcimiento, habrá que distinguir según estemos en un sistema de *opt-in* (el ejercicio de la facultad de adherirse al proceso supone la renuncia a formular reclamaciones a título individual, y

por lo tanto la cosa juzgada de la sentencia podrá oponerse frente a cualquier pretensión, sea del tipo que sea, que puedan querer plantear más adelante los sujetos adheridos; pero no frente a reclamaciones individuales procedentes de sujetos que permanecieron ajenos al proceso colectivo por voluntad propia); o en un sistema de *opt-out* (aquí toda la construcción se monta sobre una ficción: que quien no se excluyó expresa y voluntariamente del ámbito de la eficacia de la sentencia en el momento en que pudo hacerlo, consintió en quedar vinculado por ésta renunciando a hacer valer sus derechos a título individual, de manera que ha de verse alcanzado por la cosa juzgada como un miembro más de la clase, y ello con independencia de si intervino efectivamente en el proceso o no; lo cual plantea dudas de orden político-constitucional, en la medida en que en la práctica puede llegar a suponer una expropiación material de la facultad del individuo de pretender del Estado la tutela de sus derechos subjetivos). Ésta es, de hecho, la preocupación que subyace a las dudas sobre la acomodación de una configuración determinada de las acciones colectivas en relación con el mandato del artículo 6º, CEDH<sup>97</sup>.

A la vista de todo lo anterior, el caso español presenta una lectura problemática debido al amplísimo alcance del artículo 222.3, LEC, que no constituye ciertamente un sistema de *opt-in* pero tampoco prevé ningún mecanismo de *opt-out*, haciendo pivotar todo el régimen sobre una distinción nada clara entre intereses colectivos e intereses difusos, sobre la base de la mayor facilidad o dificultad de determinar los posibles beneficiarios de la condena.

## 2. Desarrollo

La legitimación para entablar una acción de grupo en Europa ofrece un abanico de posibilidades generalmente unidas al tipo de acciones ejercitadas, así Suecia desde el año 2002 contempla tres tipos de acciones colectivas: “privada” que pueden plantear personas físicas y jurídicas; otra que sólo puede plantear asociaciones cuyo fin social se corresponda con la pretensión ejercitada, y otra ejercitable por las autoridades y conocida como “pública”, Finlandia otorga legitimación exclusiva para la defensa de consumidores y usuarios al Ombudsman para solicitar la indemnización, Holanda limita la dirección de proceso a las asociaciones, e Italia deja la interposición de esta última acción a las asociaciones (no necesariamente representativas).

Quien acude al proceso defendiendo un interés colectivo o difuso ni es un sustituto ni un representante, ya que si se encuentra entre los legitimados ejercita en el proceso un interés propio<sup>98</sup>. Unido a ello, la admisión de que los intereses supraindividuales pueden ser defendidos por entidades distintas de las públicas (asociaciones o grupos creados al efecto) acarrea determinar quién puede hacerlo. De ahí que el concepto de *Adequacy of representation* estadounidense, no deba utilizarse en el sentido clásico de “representación” sino que supone más bien una restricción orientada a ceñir en un marco aprehensible el ejercicio de la pretensión y con ello un control que en alguna medida pretende garantizar que no existirá afán de lucro (o al menos, no exclusivamente), un número suficiente de miembros asociados, así como, que entre los fines asociativos figure la defensa de los intereses generales de los consumidores<sup>99</sup>, o incluso un cierto control administrativo<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Vid. supra, II, segundo párrafo. Pensamiento que se manifiesta en la idea extendida en Europa de que las acciones colectivas deben ser un complemento pero nunca un sustituto de la acción individual.

<sup>98</sup> Interpretación no pacífica. DE LA OLIVA entiende que se trata de un fenómeno representativo: quien pretende la tutela jurisdiccional de un interés colectivo o difuso litiga sobre la base de un derecho ajeno, en nombre propio pero en interés también ajeno. Cfr. Derecho Procesal Civil, Ceura...

<sup>99</sup> Como sucede por ejemplo en el caso de consumidores y usuarios en España, Francia, Alemania o Portugal.

<sup>100</sup> Las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual españolas deben obtener una autorización administrativa dependiente del Ministerio de Cultura (art. 148, LPI).

El hecho de que la resolución que recaiga en el proceso colectivo pueda afectar a quienes no intervinieron en él pero son también titulares del derecho o interés supraindividual obliga a toda una serie de cautelas orientadas precisamente a encontrar una fórmula equilibrada para que la condena en ausencia no sea voluntaria o en el supuesto más extremo, se justifique por la satisfacción de otro derecho o interés que por diversas razones se prioriza. La certificación de la clase<sup>101</sup>, por ejemplo, cuestión que no podemos abordar aquí, o normas específicas como el artículo 221 de la LEC española, sobre el que volveré después, conducen a delimitar las personas sobre las que recaerán los efectos de la sentencia.

En todo caso, resulta determinante haber otorgado la posibilidad de constituirse como parte a aquel sujeto sobre el que recaerán los efectos de la resolución que se adopte. Para ello, debe examinarse siquiera brevemente la forma de notificación y la modalidad de inclusión (*opt-in*) u (*opt-out*) que se adopte, en cuanto si se trata de la adhesión, tras la necesaria publicidad del proceso deberá articularse la forma de incluirse en el mismo para poder beneficiarse del resultado, o de otro modo quedar fuera y poder (o no) ejercitar sus pretensiones individuales. Mientras, el modelo de exclusión, exigirá asimismo publicidad del proceso, y un modo de manifestar la voluntad de excluirse del proceso, so pena de quedar vinculado, y pudiendo, como en el modelo anterior, ejercitar (o no) las acciones individuales en otro proceso.

Incluso entre los sistemas procesales que adoptan el modelo de exclusión, el alcance de los efectos del proceso es diferente, desde la simple extensión “ultra partes”, hasta la cosa juzgada “secundum eventum litis”, o la admisión de un segundo proceso si en el primero la sentencia fue desestimada por falta de pruebas. En este orden de cosas podría afirmarse con carácter general que cualquier extensión, más que “ultra partes”, a determinados terceros, debería estar sometida a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el tercero vinculado por la cosa juzgada debe haber ostentado legitimación para promover el mismo juicio en el que se dictó la resolución que le afecta; b) el tercero debe haber tenido la posibilidad real y efectiva de conocer el inicio del proceso en el que se dictó la sentencia que le afecta de modo directo; c) el tercero debe tener la posibilidad de instar la revisión de la sentencia firme que le afecta<sup>102</sup>.

A tales efectos resulta esencial la forma y garantías que concurren en la materia que se aborda en los dos apartados siguientes: la notificación a los posibles afectados y el modelo en virtud del cual se establezca la forma de incluirse o excluirse de los repetidos efectos.

## V. La notificación, modalidades y alcance

La notificación se mueve entre una lectura estricta que requiere la necesidad de asegurar una cumplida defensa a quienes no inician el proceso, debiendo propiciar su incorporación y exigiendo a tal efecto una notificación individual. U otra lectura más amplia, conforme a la cual, resulta suficiente la defensa que desarrollan quienes les representan en juicio, ya sea por apreciar que la notificación es un acto procesal necesario pero no imprescindible que puede resultar compensado por el control judicial de los actos de defensa o el nombramiento de un “*amici curiæ*”<sup>103</sup>. El efecto de tal posición se cernirá de manera determinante sobre la cosa juzgada. ¿Qué situación se requiere para considerar vinculados a los ausentes? ¿La notificación personal? ¿La posibilidad de desvincularse unida a que el miembro de la clase presente efectúe la

<sup>101</sup> Ha sido adoptada en países como Dinamarca (art. 254c Administration of Justice); Finlandia (art. 4-5 Ryhmäkannelaki 444/2007 finlandesa), o los Países Bajos Dutch Act on Collective Settlements (National Report).

<sup>102</sup> RUBIO GARRIDO, T., “Cosa juzgada y tutela judicial efectiva”, en Derecho Privado y Constitución, Nº 16, 2002, pp. 259-391.

<sup>103</sup> Carballo, pp. 141 y ss.

mejor defensa posible? ¿La concurrencia de las tres circunstancias? Varias consideraciones determinan el contenido de la respuesta. Veámoslas.

### 1. *El tipo de acciones y su incidencia*

A la hora de responder debe distinguirse entre el tipo de derecho en cuestión, diferenciando entre acciones colectivas que versen sobre derechos difusos y acciones colectivas que ejerciten derechos individuales homogéneos. Es más, debe distinguirse incluso según el tipo de acción, porque resulta perfectamente razonable que tratándose de acciones de cesación –por su propia naturaleza– no se requiera la notificación individual para extender los efectos “ultra partes”, ya que el mismo resulta consustancial a la propia acción y, además, el ejercicio de la acción no requiere que se inste o defienda por más de un sujeto, aunque pueda intervenir otro titular del mismo derecho difuso para coadyuvar. Un caso paradigmático –derivado de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de trasposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias– es el del párrafo 4 del 15 de la LEC que no exige la notificación individual, ni tan siquiera la publicidad del ejercicio de la acción colectiva, cuando se trate de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios. En tanto, tratándose de un hecho dañoso que perjudica a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, se debe efectuar un llamamiento que suspenderá el curso del proceso durante dos meses, trascurridos los cuales ya no se admitirá la intervención, *sin perjuicio* –añade el precepto– *de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519*. Es decir, incorporándose al proceso de ejecución posterior.

En el supuesto de las acciones derivadas del ejercicio de derechos e intereses difusos podrá discutirse y ampliar o constreñir la necesidad de notificación individual para propiciar el ejercicio de su derecho a incluirse o excluirse, pero no más allá, como parte consustancial del ejercicio de su derecho de defensa. Mientras que tratándose de acciones pluriindividuales no puede cuestionarse la necesidad de una notificación individualizada<sup>104</sup>. Con todo, debe tenerse bien presente el alto costo que conlleva la notificación individual en procesos que se presume implicarán a un muy alto número de implicados<sup>105</sup>. La ausencia de “discovery” y la desconfianza que su uso suscita para eventuales “fishing expeditions” pone de manifiesto una nueva dificultad<sup>106</sup>.

### 2. *Localización de los miembros del grupo y publicidad de la acción colectiva*

En los modelos de tutela colectiva europeos la localización de los miembros del grupo recae sobre el demandante. Así se prevé por ejemplo en Suecia donde corresponde al demandante indicar los nombres de los miembros con la presentación de la

<sup>104</sup> Al hilo de la necesidad de notificación personal fue notorio el llamado “caso Bertelsmann” que llegó al TC alemán en julio de 2003, reiterando una nueva discusión en torno a las “punitive damages” legales en USA pero consideradas en Alemania un abuso de derecho (porque no se puede admitir una demanda en la que se solicitan indemnizaciones que exceden la cuantía de los daños sufridos). Cfr. CARBALLO, L., “Las acciones colectivas...” cit., pp. 167 y ss.

<sup>105</sup> Sobre la incidencia del costo de las notificaciones individuales existen múltiples ejemplos en la jurisprudencia y doctrina norteamericanas que han conducido irremediablemente a la renuncia a la *class action*, vid. BUSCHIKIN, I. T., “The Viability of Class Action Under Federal Securities Law: Managing Jurisdictional Conflict”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 46, 2007, pp. 1547-1577. En *Miner v. Gillette*, 87 Ill, 2d 7, 428 N. E. 2d 478 (1981) se tuvo que renunciar a la acción de clase ante la imposibilidad de asumir los gastos derivados de notificar personalmente a los posibles perjudicados por no haber percibido un regalo que se les prometió al comprar un producto Gillette, por valor de 25 dólares, pudiendo estar en cualquier zona de los EE. UU. de Norteamérica.

<sup>106</sup> CARBALLO, L. “Las acciones colectivas...” cit., p. 154.



demanda, y si no fuera posible, pero el grupo fuera determinable, corresponderá al juez determinar en la sentencia los afectados por los hechos de que se trate<sup>107</sup>.

En España la publicidad se exige taxativamente en el artículo 15, LEC y se propicia mediante la posible solicitud de una “diligencia preliminar” en el artículo 256, LEC, ambas en el caso de procesos para la protección de intereses supraindividuales de consumidores y usuarios. La diligencia se solicita del juez que adopte las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore, e incluso ante la negativa del requerido o de quien pudiera colaborar puede acarrear la adopción de medidas de intervención, incluida la entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial<sup>108</sup>. Nótese que el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española ciñe su aplicación a los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para proteger derechos e intereses de consumidores y usuarios, y respecto de los perjudicados, para que hagan valer su derecho individual<sup>109</sup>.

Un último apartado, que no cabe profundizar, es el relativo a la publicidad del planteamiento de una acción colectiva para conocer si existe otra preexistente y evitar así resoluciones eventualmente inconciliables y en todo caso antieconómicas. Así se prevé por ejemplo en el caso de la “orden de litigación de grupo” (*Group Litigation Order*) inglesa para proceder a una acumulación si existe la misma base fáctica legal y resulta más adecuado que acudir a un proceso de demandas representativas<sup>110</sup>.

### 3. La incidencia de la notificación en otras cuestiones

Desde el momento en que la notificación incide, y no poco, en el derecho de defensa, la opción sobre el sistema de notificación se proyectará posteriormente sobre aspectos relevantes como el reconocimiento y ejecución en otros país en el que quepa oponer a la falta de notificación personal la cláusula de orden público procesal. Sin olvidar que desde otro punto de vista, el del demandado, puede conducir al “forum shopping” desde el momento en que puede haber actuado conforme a una normativa que luego se ve contradicha<sup>111</sup>.

## VI. Alcance de la resolución sobre la acción colectiva.

### Sistema de adhesión (*opt-in*) o de exclusión (*opt-out*)

Como se comprobará seguidamente las divergencias existentes son notables y no casuales. No sólo entre el modelo de los Estados Unidos de América y el europeo, sino

<sup>107</sup> ERVO, L. (ponencia sueca). Más en extenso, STENGEL, U. y HAKEMAN, P., “Gruppenklage-Ein neues Institut im schwedischen Zivilverfahrensrecht”, RIW, p. 225.

<sup>108</sup> El Libro Verde relativo a la reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia propone incorporar medidas de colaboración del demandado como la entrega de documentos o el acceso a fuentes de prueba, así como poner a disposición del demandante los documentos que el demandado hubiera podido entregar a la Comisión o a las autoridades nacionales de competencia (COM [2005] 672 final). Epígrafe 2.1, Libro Verde.

<sup>109</sup> El alcance de su posición legitimante y del objeto de su intervención procesal se limita a la defensa de los derechos individuales plurales, homogéneos y conexos, pero no de los supraindividuales de los que debe considerarse titular el particular consumidor.

<sup>110</sup> Frente a la legalidad de las decisiones y actos públicos (CPR Part 54.2; Senior Courts Act s 31 [1]), Rebecca MONEY-KYRLE, Centre for Socio-Legal Studies, University of Oxford, ponencia inglesa.

<sup>111</sup> Cfr. CARBALLO, L., “Las acciones colectivas...” cit., p. 249. Como señala esta autora, puede ocurrir que a la vista del resultado, el ausente esté interesado en volver a litigar, incluso aunque haya obtenido derecho a indemnizar.



las que se perciben en el seno de los países de este último continente, visualizando claramente la manera en que se define el colectivo que quedará afectado por el desenlace del proceso y con ello otras diferencias de concepción más de fondo.

En Europa, sin ánimo exhaustivo y con carácter ejemplificativo, adoptan, o adoptarían en caso de regulación, el modelo de inclusión (*opt-in*), Italia, Gran Bretaña, Alemania, Francia, Suecia, Finlandia o Rusia<sup>112</sup>. En tanto se inclinan por otro de exclusión (*opt-out*), Holanda, Portugal o España, existiendo una tercera modalidad mixta, que es la incorporada por Noruega y Dinamarca, partiendo de una opción inicial de exclusión (*opt-out*), salvo juicio en contra del juez<sup>113</sup>. En Polonia, la nueva ley reguladora de las acciones de clase se adscribió al modelo de adhesión; sin embargo se postula el *opt-out* para pequeñas reclamaciones de acreedores dispersos incoadas por alguna entidad como el “Abogado de Consumo”<sup>114</sup>. No cabe efectuar en realidad una valoración absoluta sobre la adopción de uno u otro sistema. Como en tantas otras opciones procesales, el juicio depende de la coherencia general del modelo y de los instrumentos que equilibren las innegables ventajas e inconvenientes de uno u otro, a los que me referiré muy resumidamente a continuación. A favor del *opt-in* se señala que conforma mejor el principio de libertad para interponer recursos, ya que el demandante sólo actúa en nombre de las personas que le han otorgado su autorización, de manera que facilita notablemente evaluar el importe de las indemnizaciones objeto del litigio, lo que favorece la fase de ejecución, tanto en cuanto los sujetos estarán determinados, como la predeterminación de las cantidades correspondientes a cada indemnizado, al igual que la adopción de medidas aseguradoras e incluso suscribir algún seguro que cubra dichas cantidades<sup>115</sup>.

Las *ventajas del modelo opt-out*, por su parte, se cifran en la facilidad en la gestión y la eficacia demostrada en los países que lo han instaurado, derivada de que los integrantes del grupo no se manifiestan hasta el final del proceso, en lugar de hacerlo en sus fases iniciales, lo que conduce a un efecto verdaderamente disuasorio para la parte responsable, que se verá obligada a resarcir a todas las personas perjudicadas y a devolver, en su caso, el importe de beneficio obtenido con la misma. Permite ahorrar recursos humanos y financieros, favoreciendo la defensa profesional de quien en lugar de gestionar a la vez múltiples litigios similares, preparará su defensa ante un único tribunal.

No se oculta la existencia de desventajas, en uno y otro sistema. Se imputa al *modelo opt-in*: la complejidad procesal, en el tiempo y en el coste, cuando los perjuicios individuales hubieran propiciado un tratamiento homogéneo; el desconocimiento real de la existencia del proceso, que unido a la desproporción entre los costos y la cuantía de cada pretensión individual, conduce a que en la realidad exista una gran divergencia entre el número de personas que acuden al proceso y las que podrían hacerlo, impidiendo de hecho el efecto disuasorio. Pero es la cosa juzgada con mucho el mayor objeto de reproche a este sistema, por cuanto la resolución dictada en el procedimiento incoado mediante la acción colectiva sólo surte efecto respecto de los intervinientes en

<sup>112</sup> En opinión de la ponente francesa, ésta sería la única modalidad compatible con el ordenamiento francés. Y parecer semejante existe en Alemania, como se señaló en la introducción.

<sup>113</sup> En Dinamarca, las entidades públicas son las únicas autorizadas para iniciar una acción colectiva con el derecho de *opt-out*, dependiendo del tribunal el tipo de publicidad que se otorga. Cfr. WERLAUFF, E., “Class actions in Denmark-from 2008”, 2007, accesible en [http://globalclassactions.stanford.edu/PDF/Demark\\_Legislation.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/PDF/Demark_Legislation.pdf).pp.1-8.

<sup>114</sup> Cfr. R. KULSKI, ponencia nacional (2.3.2).

<sup>115</sup> El ponente nacional de Polonia, país que ha regulado las acciones colectivas en 2009, señala que la adopción del modelo de adhesión (*opt-in*) obedeció a preservar la libertad del individuo para acceder al proceso, rechazando que miembros de un grupo puedan quedar afectados por la resolución de un proceso debido al mero hecho de haber permanecido en silencio, ni aun mediando una resolución judicial que así lo resuelva. Cfr. R. KULSKI, ponencia nacional (2.3.1).

el proceso, de manera que quienes no se han adherido formalmente podrán ejercitar libremente sus correspondientes acciones individuales, lo que podría conducir a resoluciones contradictorias o difícilmente ejecutables.

Las desventajas del sistema de *opt-out* se centran en la inevitable vinculación de los miembros del grupo, salvo que ejerciten su facultad de exclusión, circunstancia que podría considerarse contraria a los principios consagrados en las Constituciones de algunos países y en el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (contradicción y defensa). Reproche que se traslada al mecanismo de notificación de la interposición de la demanda colectiva y a establecer mecanismos correctores como podría ser la posibilidad de exclusión aun después de haberse dictado la resolución, permitiendo que interpusieran acciones individuales.

## VII. La incidencia de la “adecuada representatividad”

En los casos de defensa de los intereses supraindividuales es frecuente otorgar legitimación, con carácter exclusivo o no, a asociaciones o grupos creados al efecto. En tal caso, a la extensión de la cosa juzgada se le une cuestionar si quien actuó en defensa de un interés que no le pertenece en exclusiva ostenta la “representación adecuada”. Desde este punto de vista, se ha defendido, mayoritariamente en USA, utilizar como parámetro para establecer la extensión de la cosa juzgada a los titulares de derechos colectivos que no participaron, haber sido representados por quien ostenta tal categoría reconocida, de manera que sólo si el defensor en juicio ha actuado “adecuadamente” y la representación es asimismo “adecuada”, la autoridad de cosa juzgada vinculará a los ausentes, o de otro modo, no será así. En Europa esta categoría tiene otra lectura referida a la “representatividad” de quien está autorizado para entablar la acción colectiva, ya que no cabe entender que se trata de un caso de sustitución procesal por no existir relación jurídica previa, ni de representación porque faltaría el consentimiento. En el fondo, se dice, el concepto sirve para limitar el uso de las acciones colectivas, evitando un uso abusivo<sup>116</sup>. Una parte de países europeos reconoce legitimación a asociaciones o incluso al Defensor del Pueblo o al Ministerio Público, en exclusiva o de forma compartida con los individuos<sup>117</sup>. La ley polaca establece la necesidad de que accione un órgano representativo, individuo del grupo o abogado municipal, con la peculiaridad de que debe garantizarse un representante del grupo en el juicio, acordado por todos los miembros del grupo y previo contrato donde se fijen los honorarios<sup>118</sup>. En Francia se pensó en apelar a la “représentation mutuelle”, basada en la “comunidad de intereses”, para justificar extender la cosa juzgada, sobreentendiendo la existencia de un consentimiento tácito; sin embargo, esta categoría no se aplica en materia de acciones colectivas, sino para los casos de comunidad de bienes matrimoniales o deudores solidarios<sup>119</sup>.

<sup>116</sup> BUJOSA VADELL, L., “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo”, Bosch, BCN, 1995, p. 196. KOCH, H., “Cross-Border Consumer Complaints and the Public Interest. The German Perspective”, en “Public Interest Litigation before European Courts” (H. W. MICKLITZ, N. REICH [ed.], Baden-Baden, 1996, pp. 427 y ss.).

<sup>117</sup> En Finlandia actúa en exclusiva en acciones públicas de consumo Sección 4 de la Ley de Acciones de Clase. Decreto del Gobierno 154/2006 (p. 20), cfr. Laura ERVO, ponencia de Finlandia. En Polonia, el Defensor del Pueblo Regional en materia de consumo (art. 4.1 y 2, LCA), R. KULSKI, ponencia de Polonia; o Portugal (art. 12, LPPAP).

<sup>118</sup> Los miembros del grupo que deseen formar parte del grupo deben efectuar una declaración escrita en tal sentido y el representante puede requerir, en un tiempo determinado, el fundamento para tal adhesión, ya que corresponde la carga de probar la afiliación al demandante (art. 16, sec. 1 Act on enforcing claims proceedings [en vigor desde el 19 de julio de 2010]).

<sup>119</sup> De hecho, la necesidad de cohesión la noción de parte y de representación es una de las cuestiones más debatidas en Francia a la hora de configurar la cosa juzgada en materia de acciones colectivas. Ponencia nacional francesa (*Prospective*).

### VIII. La aceptación de una acción colectiva

En Europa no existe “certificación de una acción de clase”; sin embargo, existen instrumentos procesales que no se alejan del objetivo buscado por la certificación, esto es, el análisis de si corresponde, conforme a las reglas que resulten de aplicación, la existencia de una acción de clase<sup>120</sup>, y su publicidad a efectos de establecer una especie de litispendencia que impida el planteamiento de otra semejante con la que pudieran obtenerse pronunciamientos incompatibles. Ahora bien, la idea de fijar un objeto procesal con efectos suspensivos sobre otros procesos con los que exista suficiente relación de conexión, si tiene acogida, por ejemplo, en la resolución de planteamiento del “proceso modelo alemán”, con el nombre de *Vorlagebeschluss*, que busca dictar una resolución que vincule al tribunal superior y paralelamente cierre la vía al planteamiento de otros procesos modelo sobre la misma cuestión y otros sobre cuestiones coincidentes ya pendientes o que se inicien posteriormente hasta que se dicte sentencia definitiva<sup>121</sup>.

### IX. Cosa juzgada negativa y preclusión

Más allá de la regla general “res iudicata inter partes”, en materia de acciones colectivas el espectro de posibilidades es amplio, adquiriendo singular relevancia en el ámbito europeo el principio conforme al cual, cualquier extensión que se admita no debe impedir el ejercicio individual del propio derecho, salvo, claro está, que se haya ejercitado el derecho de adhesión (*opt-in*). Así sucede en Holanda, donde la resolución denegatoria de la acción colectiva sólo vincula a la organización que ejercitó la acción, sin tener fuerza de cosa juzgada para los miembros individuales del grupo<sup>122</sup>. O en Polonia, donde se ha discutido recientemente la posibilidad de establecer un efecto “erga omnes” en las resoluciones de la Corte para la protección de la competencia y de los consumidores, a raíz de la trasposición de la Directiva sobre cláusulas ilegales de los contratos y el establecimiento de un “Registro de cláusulas ilegales”<sup>123</sup>. Fuera de este supuesto específico, la adscripción al sistema de adhesión (*opt-in*) salvaguarda el derecho de los sujetos individuales para ejercitar su acción<sup>124</sup>. Entre los pocos países que acoge el sistema de exclusión (*opt-out*), Portugal regula el efecto “erga omnes” de la resolución sobre los titulares de los intereses supraindividuales protegidos por la acción. Sólo se excluye dicho efecto: para quienes ejercitaran el *opt-out*, en caso de archivo de la acción por insuficiencia probatoria o cuando el juez resuelva lo contrario en atención a las particularidades del caso<sup>125</sup>.

Singular configuración de la eficacia de la resolución recaída en el proceso modelo alemán sobre los procesos individuales, diferenciando entre la cosa juzgada respecto de actor y demandado y “efecto de intervención” (*Interventionswirkung*) respecto de los coadyuvantes. Este último implica que los coadyuvantes no podrán oponer en un ulterior proceso frente a su adversario en el proceso modelo que la parte a quien coadyuvaron desarrolló una estrategia defectuosa (*exceptio mali gesti processus*) con tres excepciones (que la conducta de la parte principal impidió usar ciertos medios de ataque y defensa; que por el momento en que se incorporaron al proceso les fue

<sup>120</sup> Así en USA se trataría de analizar la concurrencia de: *numerosity, commonality, typicality* y *adequacy of representation*.

<sup>121</sup> Pgf 7 y 7 (1) KapMuG, ORMAZÁBAL, G. (ponencia nacional alemana).

<sup>122</sup> Se habla, afirma la ponente holandesa, de que un demandado puede perder una acción colectiva pero nunca ganarla.

<sup>123</sup> European Union’s Unfair Contract Terms Directiva (93/13/EEC). Incorporada por Act de 2 de marzo 2000 para la protección del derecho de los consumidores y responsabilidad por productos peligrosos. Magdalena TULIBACKA (ponencia nacional polaca).

<sup>124</sup> Art. 1.3, Ley de Acciones de Clase. Algo semejante a las ya comentadas GLO inglesas.

<sup>125</sup> Art. 19 (1), LPPAP. Rita LYNCE DE FARIA (ponencia nacional portuguesa).

imposible usar ciertas oportunidades procesales; o que ignoraban ciertos medios de ataque o defensa que podrían haber utilizado y la parte principal no los usó por negligencia grave o conscientemente)<sup>126</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento Civil española establece que cuando como presupuesto de la condena o pronunciamiento único, se declare ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente. Esta formulación que podría chocar inicialmente por cuanto la conducta que se declare ilícita lo es respecto de todos, quiere atemperarse en el caso de protección de consumidores y usuarios a lo que se determine exactamente en la sentencia<sup>127</sup>. No se trata propiamente de una extensión subjetiva “ultra partes” de la cosa juzgada, sino que opera en este caso la eficacia jurídico-material propia de las sentencias anulatorias, o lo que es igual, la modificación jurídica inherente al efecto constitutivo de ese tipo de sentencias con efectos “erga omnes”<sup>128</sup>. Sobre esta cuestión se pronuncia la ponente francesa proyectando la cuestión más allá hasta alcanzar la oponibilidad de lo resuelto en una jurisdicción respecto de otras como tema de orden público<sup>129</sup>.

La reforma de 2008 en Grecia ha introducido una acción declarativa de grupo, que sólo puede ser ejercitada por una asociación representativa de consumidores, y que sólo vincula a los miembros del grupo en caso de que se estime total o parcialmente la pretensión resarcitoria planteada en su nombre (*secundum eventum litis*), posibilidad ésta rechazada en la inmensa mayoría del resto de países europeos –todos los que han enviado ponencia nacional, al menos<sup>130</sup>– por entender que desconocer el proceso colectivo cuando perjudica a los miembros de la clase choca contra la seguridad jurídica implícita en la cosa juzgada, pudiendo provocar, además, resoluciones contradictorias, justamente uno de los efectos que se pretende evitar con las acciones colectivas<sup>131</sup>.

Una última referencia a la posibilidad de predicar de las acciones colectivas un efecto preclusivo sobre las “cuestiones comunes” en el caso de posterior ejercicio de acciones individuales, cuya línea interpretativa debe diferenciar: entre cuál fue el modelo seguido de adhesión o de exclusión y el tipo de acción ejercitada, ya que en el primer caso será determinante que los sujetos individuales hubieran podido tomar parte, y respecto del tipo de acción, la inexistencia de identidad entre una acción de cesación y otra de indemnización por los hechos derivados del acto que debe cesar, que impedirán de entrada la preclusión, pero puede adquirir relevancia desde el punto de vista de la determinación de los hechos a efectos de incluirlos en el segundo proceso<sup>132</sup>.

## X. Cosa juzgada positiva y valor de lo reconocido

Desde esta perspectiva, lo que interesa es saber si el contenido de la sentencia recaída en el proceso colectivo (declaraciones de hechos probados, calificación jurídi-

<sup>126</sup> “Der Musterentscheid nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz”, ZZP 119 (2006) pp. 131 y ss. Citado en la ponencia nacional alemana.

<sup>127</sup> DE LA OLIVA, A., Comentario al art. 221 en AA. VV., “Comentarios a la LEC”, ed. Civitas, p. 392.

<sup>128</sup> TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Comentarios al artículo 221, LEC”, en AA. VV., “Comentarios a la LEC”, 2ª ed., t. I, Aranzadi, 2011, p. 1094.

<sup>129</sup> AMRANI-MEKKI, ponencia nacional francesa.

<sup>130</sup> Holanda, Portugal, Italia, Alemania, Francia, Gran Bretaña, Finlandia, Suecia, Chequia, Suiza, Hungría, España y Polonia.

<sup>131</sup> CARBALLO, L., “Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial...” cit., p. 233.

<sup>132</sup> Conocido como “*stoppe!*” significa que el hecho fijado en una resolución por juez competente, no debe ser objeto de prueba en el segundo, considerándose “a matter of judicial record”. R. MONEY-KYRLE, ponencia de Gran Bretaña.

ca de esos hechos, pronunciamientos contenidos en el fallo) se podrá hacer valer de forma vinculante en otro proceso cuyo objeto sea conexo con el del anterior, pero en el que no haya identidad de partes (porque si hay identidad de partes y objeto conexo, no cabe duda de que la eficacia prejudicial de la sentencia opera plenamente, con arreglo a las reglas generales que rigen en la materia). Es decir y por poner un ejemplo: ¿Podrá tener la sentencia del proceso colectivo un valor vinculante, más allá del de mero “hecho jurídico”, en el proceso que entable a título individual uno de los perjudicados para la indemnización del daño causado?

La respuesta vuelve a ser diversa: Así por ejemplo, en Italia, en materia de acciones de clase por daños, la cosa juzgada alcanza a las partes iniciales del procedimiento y también a todos aquellos sujetos que hubieran hecho uso de la facultad de *opt-in*. Respecto del resto de sujetos legitimados no intervinientes no se produce una extensión de la eficacia de la cosa juzgada, pero sí un efecto preclusivo o “consuntivo” de manera que quedará excluida la posibilidad de ejercitar nuevamente una *class action* sobre la base de los mismos hechos y frente al mismo demandado. Si desean la indemnización del daño, a estos sujetos no les quedará otro remedio que ejercitar acciones a título individual<sup>133</sup>. En materia de tutela cautelar colectiva, al quedar reservada la legitimación a las asociaciones legalmente constituidas, no hay en principio extensión de efectos procesales a los consumidores individualmente considerados, distinguiendo la existencia de “efectos procesales”, de los que pueda tener la orden adoptada por el juez en el plano puramente material, pues si se ordena el cese de una actividad ilícita, como es lógico ese cese beneficia materialmente a todos, y no sólo a la asociación o entidad actora. No obstante, la autora de la ponencia nacional se muestra favorable a que la extensión de efectos se produzca *secundum eventum litis*, de manera que si la resolución del procedimiento de tutela cautelar declara la responsabilidad del causante del daño, pueda hacerse valer su eficacia prejudicial por los consumidores en las reclamaciones individuales que promuevan para la indemnización de los daños. De todos modos, parece que este último es un aspecto debatido sobre el que no hay solución legal ni doctrinal definitiva.

En España, este punto está contemplado en el artículo 221.1.2º, LEC, con arreglo al cual, se impone al juez la obligación de determinar, cuando declare ilícita una determinada conducta o actividad, si esa declaración de ilicitud ha de surtir efectos procesales más allá de quienes hubieran sido parte en el proceso correspondiente. Por lo tanto, parece que únicamente se podrá hacer valer de manera vinculante la declaración de ilicitud de la conducta dañosa en un proceso posterior si la sentencia del proceso colectivo así lo determina expresamente. De lo contrario, su valor se reduciría al de mero hecho jurídico, que el juez del segundo proceso sería libre de valorar con arreglo a su particular criterio.

En Holanda, una sentencia declarativa puede ser utilizada no sólo por la organización (vinculada por el efecto preclusivo) sino también por cada miembro del grupo que no tiene por qué pertenecer a la organización. De hecho, la parte declarativa de la sentencia podrá ser usada como precedente (prueba) en los eventuales procesos individuales posteriores. Si la sentencia fue favorable, cabe que el demandado tenga que demostrar que no ha actuado injustamente contra quien reclama<sup>134</sup>. Ejemplo claro del primero fue el caso DES en Holanda, causa directa de la reforma de la regulación sobre acciones colectivas en aquel país.

<sup>133</sup> Elisabetta SILVESTRI se refiere a qué valor tendrá la sentencia obtenida en el proceso colectivo en los procesos entablados a título individual, apuntando que aplicando las reglas generales, la sentencia colectiva no tendría ninguna eficacia en posteriores procesos individuales; pero señalando al mismo tiempo que hay autores que se muestran partidarios de extender la cosa juzgada *secundum eventum litis* (como sucede en el art. 1306 del Código Civil italiano para las obligaciones solidarias).

<sup>134</sup> Ianika TZANKOVA, ponente nacional holandesa, cita algunos autores que defienden que en tal caso procedería la reversión (notas XVI y XVII).

En cuanto a las acciones individuales, la interacción con lo resuelto en el proceso colectivo está claramente relacionado con el sistema que se haya adoptado. Cuando el ordenamiento acoge la inclusión, y el sujeto ejercita su derecho de *opt-in*, ni podrá plantear otro simultáneamente con idéntico objeto, ni hacerlo posteriormente. Tratándose del *opt-out*, y habiéndose ejercitado tal derecho, ni el proceso en marcha, ni su resolución repercuten en la acción individual. En este último caso, habrá que dilucidar el efecto de lo resuelto en el proceso colectivo en relación con el incoado individualmente.

### ***Tercer Apartado: Ejecución de la sentencia colectiva***

#### **I. Ejecución de las acciones colectivas. A modo de introducción**

La tutela de los derechos e intereses colectivos o difusos, de cualquier derecho e interés, en realidad, no se limita al reconocimiento o concesión que se lleva a cabo en el proceso de declaración. A excepción de las sentencias meramente declarativas y constitutivas, las sentencias de condena precisan de una actividad complementaria encaminada a obtener la realización forzosa de los concretos derechos, obligaciones o situaciones jurídicas declaradas en la sentencia.

La especialidad de la tutela de los intereses supraindividuales requiere también en sede de ejecución, si no un régimen independiente, importantes adecuaciones. Se tratará no sólo de proteger los intereses del ejecutante sino los de los demás interesados, atendiendo a extremos como la necesidad de cumplimentar un título ejecutivo casi siempre complejo; la distinta naturaleza de los pronunciamientos condenatorios, susceptibles de ejecución forzosa, que la sentencia puede contener; la apreciación individualizada de los daños y la garantía de cobro para los interesados futuros o de manera más genérica, los diferentes supuestos que se comprenden en la genérica denominación "acciones colectivas".

##### **1. El tipo de acción ejercitada**

Resulta evidente que poco tendrá que ver la ejecución de la sentencia de condena fruto del ejercicio de una acción de indemnización de daños y la que resulte de una acción de cesación, pues en uno y otro caso se requerirán unos presupuestos y una tramitación procesal diversos. Respecto de los pronunciamientos meramente declarativos y de los constitutivos, con carácter general no habrá posibilidad de instar el despacho de la ejecución forzosa; sino que, en su caso, podrán llevarse a cabo actuaciones que sólo en sentido impropio pueden calificarse de "ejecutivas".

Centrándonos en las sentencias de condena, debe diferenciarse entre las condenas al pago de cantidad dineraria y aquellas otras que condenan a hacer o dejar de hacer alguna cosa. Y es precisamente en el ámbito de las acciones de cesación donde se mueve un número importante de países europeos, lo que explica, aunque no suficientemente, la ausencia de regulación específica en la mayoría. En efecto, en gran parte de los países europeos no se contemplan acciones colectivas indemnizatorias, sino que la mayoría se refieren a acciones de cesación, para las que no se precisan medidas ejecutivas singularizadas, más allá de la conminativas o de apercibimiento de sanción (*astreintes*)<sup>135</sup>. Sin perjuicio, claro está, de que si la conducta ha provocado perjuicios individualizados, cada uno de los perjudicados pueda instar la correspondiente acción individual<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Así se prevé en la propuesta legal.

<sup>136</sup> Así se hace constar en la ponencia de la prof. FILATOVA, M. (Rusia). En el mismo sentido se expresa la ponente francesa (AMRANI-MEKKI, S.), quien recalca que la falta de regulación conjunta de un proceso colectivo, unido a que las acciones de clase se promueven tan sólo para acciones sin responsabilidad, conduce a que sólo existan propuestas, como la "propuesta Bételle", para la que en tema de ejecución se prevé que cuando la resolución sea firme el fallo constituye



Es más, cuando se trate de la ejecución de una condena de no hacer, deberá tenerse presente que la tendencia –perfectamente plausible en casos ajenos a la tutela de los intereses supraindividuales– a procurar el cumplimiento de la sentencia en sus propios términos, adoptando apremios personales o multas pecuniarias, podrá conducir o no en último término a indemnizaciones pecuniarias, dependiendo del tipo de interés en juego: cuando se trate de que el demandado se abstenga de llevar a cabo una conducta lesiva de un interés difuso, está claro que no habrá deber de indemnizar daños en caso de quebrantamiento de la condena, ya que el “daño” se habrá causado a la sociedad, más que a sujetos concretos que se hayan visto perjudicados. Pero tratándose de intereses colectivos, no resulta tan claro que deba excluirse la posibilidad de imponer al demandado una obligación de indemnizar daños en sede de ejecución forzosa en caso de que, quebrantando la condena, provoque algún perjuicio susceptible de ser indemnizado.

En el caso de condena dineraria a la indemnización derivada de una conducta o incluso de la que sustituye a la no dineraria que no fue posible ejecutar en sus propios términos, influirá y no poco el sistema de adhesión o exclusión adoptado. Los países que han acogido el sistema de adhesión (*opt-in*) precisarán de una sentencia líquida y donde se establezca con la precisión que requiere un título ejecutivo la cantidad específica que deban percibir los interesados, para que cada uno de ellos disponga del correspondiente título ejecutivo. Las dificultades en este supuesto se producirán a la hora de delimitar en la propia resolución el alcance individualizado de la cantidad que corresponde a cada uno de los sujetos afectados inicialmente o por adhesión posterior. Se tratará en definitiva de exigencias derivadas de la liquidez de la sentencia y de la individualización subjetiva del título ejecutivo.

En tanto aquellos que acogen el régimen de *opt-out* deberán articular un mecanismo procesal suficiente para prever en la resolución y después en el propio proceso de ejecución la fórmula para que aquellos que resultan indefectiblemente vinculados por la resolución alcanzada puedan en su caso acceder a la ejecución.

Como se ha señalado, la gran mayoría de los países europeos, ya sea porque no tienen regulación legal específica para las acciones colectivas, ya porque éstas se ciñen a las acciones de cesación, ya porque se acogen al régimen de *opt-out*, dedican poca atención –si así sucede– a la ejecución de las acciones colectivas. De ahí que se haya recurrido a la regulación legal de la Ley de Enjuiciamiento Civil como hilo conductor, no como modelo por ser claramente mejorable, de las especificidades en esta materia.

## 2. Ejecución de condenas colectivas en la LEC española

Hay que advertir de antemano que aunque la norma se ha establecido circunscrita al ámbito de consumidores y usuarios, sería perfectamente trasladable a otros ámbitos de acciones colectivas en el amplio sentido en que se utiliza esta denominación<sup>137</sup>.

En el caso español, no existe apenas una normativa específica para la ejecución de las acciones de clase, pero sí diferentes normas distribuidas a lo largo del articulado de la Ley procesal civil, referidas esencialmente a los supuestos de intereses supraindividuales, por entender sin duda que en otro caso las categorías anudadas a la cosa juzgada, el título ejecutivo y la legitimación para instar la ejecución no ofrecen singula-

título ejecutivo para las indemnizaciones individuales que no hayan sido objeto de oposición (art. L.412-7). Se atribuye legitimación para instar la ejecución a los miembros del grupo constituido, valiendo asimismo la representación de las asociaciones a dicho efecto, salvo oposición de algún miembro” (art. L. 412-8).

<sup>137</sup> Así lo entiende respecto de la legitimación para instar la tutela judicial civil del medio ambiente, por ejemplo, MONTERO AROCA, J., “Acciones judiciales en materia de medio ambiente en el marco de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Acciones para la preservación del medio ambiente. VI Conferencias sobre el medio ambiente*, Consejo Económico y Social de la Comunidad Valenciana, Valencia, 2004, pp. 91 a 104.



ridades (pues en efecto, cuando se trata de ejecutar una sentencia condenatoria relativa a intereses individuales plurales, son aplicables las categorías ordinarias que señala el ordenamiento español en el art. 222.3, LEC cuando se refiere a “las partes” en el proceso, tal como sucede en Francia, Suecia, Finlandia, Chequia o Rusia, pudiendo instar la ejecución quienes figuren en el título y también los sujetos a quienes la ley procesal reconozca legitimación al efecto, tales como los sucesores *inter vivos* o *mortis causa* de aquéllos, etc.).

La Ley de Enjuiciamiento Civil española dispensa diferente tratamiento, a efectos de ejecución forzosa, a las condenas a entregar cantidades de dinero, por un lado, y a las condenas que imponen prestaciones de naturaleza no dineraria, por otro. De ahí que convenga distinguir ambos supuestos al abordar el estudio de la materia.

### 2.1. Ejecución de condenas dinerarias

Las posibles cuestiones tratándose de la ejecución de pronunciamientos de condena a entregar cantidades de dinero, se circunscriben principalmente a la necesaria liquidez de la sentencia (esto es, la determinación en la sentencia que constituirá el título ejecutivo del monto correspondiente a cada uno de los posibles beneficiarios de la condena), así como a la legitimación para instar el despacho de la ejecución (pues en este último punto, las sentencias que se limitan a fijar unas bases con arreglo las que poder determinar la identidad de los beneficiarios de la condena reciben un tratamiento especial, como se verá después)<sup>138</sup>.

Cabe imaginar dos tipos de situaciones posibles: que la sentencia del proceso colectivo hubiera determinado con exactitud la identidad de los beneficiarios de la condena y la prestación que se debe a cada uno, caso en el que podrían abrirse tantas ejecuciones singulares como beneficiarios hubiere<sup>139</sup>, o que, por el contrario, la determinación exacta bien de los beneficiarios, bien de la cuantía de la prestación debida no hubieran sido posibles, limitándose la sentencia a fijar unas bases para cuantificar la prestación indemnizatoria o para determinar la identidad de los potenciales beneficiarios de la misma, caso en el que cada interesado estaría facultado para entablar un incidente declarativo en el que discutir sobre estos extremos con audiencia del demandado (art. 519, LEC). La “condena genérica” está en principio excluida, pues así se desprende del contenido del artículo 219 en relación con el 221, LEC. A partir de ahí, una vez más la naturaleza de los intereses en juego modifican el régimen aplicable. Si bien en ambos supuestos podrá instar la ejecución el particular que no fue parte pero que ha sufrido el daño que dio lugar al derecho de indemnización reconocido en la sentencia, según el título de condena que constituye el título de ejecución, la determinación o no en el título ejecutivo del beneficiario abre una disyuntiva.

De esta forma, se englobarían en el primero de los casos apuntados:

- a) Los supuestos en los que el propio consumidor afectado ha actuado defendiendo su derecho subjetivo. Aquí no será precisa especialidad alguna: según el régimen general, el juez resolverá las pretensiones de las partes personadas (art. 221.3, LEC). La posibilidad de solicitar el despacho de la ejecución será automática con la mera presentación de la sentencia condenatoria. Y lo mismo sucederá cuando hubieran sido las asociaciones quienes actuaran en defensa de sus propios intereses<sup>140</sup>.

<sup>138</sup> Cfr. Los arts. 222.1,1º, II y 519 if, LEC.

<sup>139</sup> Así prevé que puede suceder en Italia en aplicación del art. 140 bis, C. Cons. (E. SILVESTRI, ponencia italiana). Con más detalle, vid. GIUSSANI, A., “L’azione collettiva risarcitoria nell’art. 140 bis C. Cons.”, Riv. D. Proc., Anno LXIII (S. Serie), n. 5 (2008), pp. 1227 y ss., y del mismo autor, “Controversie seriale e azione collettiva risarcitoria”, en Rev. D. Proc., Anno LXIII (S. Serie), n. 2 (2008), pp. 465 y ss.

<sup>140</sup> Tales asociaciones están legitimadas para la defensa de los derechos a la reparación del daño causado a otros (art. 11, LEC).

- b) La ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos en los que fueron demandantes los grupos constituidos por la mayoría de afectados por el hecho dañoso, cuya legitimación deriva del artículo 11, LEC. Aquí tampoco habría especialidad: no cabe aplicar el artículo 519, LEC, ya que los consumidores estarán identificados, de manera que será exigible que la sentencia recoja individualmente los beneficiados por la condena y la cuantía de la indemnización.
- c) Los supuestos en los que hubiera litigado una asociación de consumidores en defensa de intereses colectivos, determinando individualmente la sentencia los concretos consumidores y usuarios que hubieran de entenderse beneficiados por la condena, pese a que no hubieran sido parte en el proceso. En este caso tampoco sería necesario acudir a ninguna norma especial en la materia, pues basta seguir el régimen general de la ejecución forzosa: el juez ejecutor sólo debe comprobar que el afectado ha sido tenido en cuenta en la sentencia, quedando los terceros fuera del proceso de ejecución, por no haber hecho uso de la posibilidad de intervención reconocida en el artículo 15.2, LEC.

Cuestión muy distinta será la segunda de las situaciones a las que se hacía referencia antes, cuando en aplicación del artículo 221, 1, 1ª, LEC no se identifique al consumidor en la sentencia, bien por haber resultado imposible o porque la asociación legitimada actúa en representación de los intereses difusos. Los artículos clave a tal efecto son el artículo 519 y el 221, 1, 1ª, LEC, significativamente intitolado *Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados*.

Tratándose de la defensa de intereses colectivos, se deberá haber hecho uso, en principio, de los mecanismos de publicidad para averiguar el número de perjudicados (art. 15, LEC) o de la diligencia preliminar correspondiente (art. 256, 6º, LEC)<sup>141</sup>, habiendo podido intervenir en el proceso (art. 13, LEC), y afectándoles la cosa juzgada (ex art. 222.3 LEC).

En los casos en que no hubiera sido posible determinar con exactitud en la sentencia la identidad de los posibles afectados por la resolución (supuestos que la LEC califica de “defensa de intereses difusos”), se hará necesario llevar a cabo una interpretación coordinada de los distintos preceptos legales en juego, ya que no habrá sido posible cumplir el citado presupuesto procesal de identificación, como sucede por ejemplo en casos como el del amianto o en envenenamientos alimenticios. En estos casos el artículo 221, 1ª, II exige que la sentencia indique los datos, características y requisitos necesarios para que un determinado sujeto pueda beneficiarse de la condena<sup>142</sup>. Estas “bases” servirán a su vez como criterio para resolver el incidente que, según el artículo 519, LEC, pueden promover una vez iniciada la ejecución forzosa quienes se consideren acreedores de la prestación impuesta en la sentencia.

Debe destacarse un aspecto muy importante de la regulación española, y es que la LEC no legitima en estos casos a los perjudicados individuales para instar el despacho de la ejecución: sólo les legitima para plantear el incidente en el que se les reconozca su condición de posibles beneficiarios de la condena, y ello en el seno de la ejecución ya despachada a instancias bien de la asociación o grupo litigante, bien del Ministerio Fiscal (art. 221.1.1ª, II en relación con el art. 519, ambos de la LEC).

<sup>141</sup> A tenor de la cual, podrá prepararse el juicio, a petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados, cuando no estando determinados sean determinables.

<sup>142</sup> Más detalladamente, ARIZA COLMENAREJO, M. J., “Incidente de determinación de los legitimados para instar la ejecución en procesos sobre consumidores y usuarios”, en Riedp.com, n. 3. (2008), pp. 1 y ss.

En efecto, el artículo 519, LEC crea un sistema que permite que la condena ganada por una asociación aproveche a quien no litigó, pudiendo solicitar ser reconocido como beneficiario de la prestación impuesta al demandado, a través de un sencillo trámite procedimental. Dicho trámite debe promoverse a instancia de uno o varios interesados, y previa audiencia del condenado, deberá resolverse si los solicitantes han de ser reconocidos como beneficiarios, según los datos y características establecidos en la sentencia ex artículo 221, 1, 1<sup>a</sup>, II, LEC. Como el título ejecutivo carece de mención expresa de tales sujetos, hasta entonces indeterminados<sup>143</sup>, se hace necesario completar la legitimación activa, para lo que se articula una comparecencia ante el juez de la ejecución (el mismo que resolvió) quien previa celebración de una audiencia completará el título por medio de resolución que revestirá la forma de auto. En cuanto al régimen procedimental de esta actuación, el artículo 519, LEC sólo señala que debe efectuarse a instancia de algún interesado, darse audiencia al condenado y dictar auto en el que se resolverá si conforme a los datos establecidos en la sentencia se reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena<sup>144</sup>. A este respecto la doctrina critica no haber previsto la práctica de prueba, sugiriendo para subsanarlo acudir a la regulación general en materia de incidentes, acreditando la legitimación que se afirma tener mediante comprobación de los datos del solicitante y los daños sufridos. Tal es la ventaja de configurar este trámite procedimental como un incidente –cuestión que no se especifica expresamente en la LEC–: que permite proponer y practicar prueba para acreditar o desvirtuar la condición de dañados por la conducta y beneficiarias de la sentencia ganada por la asociación.

La determinación de cada concreto sujeto beneficiario de la condena al término del incidente del artículo 519, LEC irá acompañada de la liquidación específica de la cantidad que le corresponde. Lo que abre una nueva interrogante en torno a si dicha cantidad variará atendiendo a las específicas circunstancias de cada sujeto o se prorrateará a partir de la cantidad máxima global que corresponda por el daño originado<sup>145</sup>. El riesgo en tal hipótesis es que la cantidad establecida no alcance para los sucesivos beneficiarios que pudieran ir apareciendo. Frente al mismo, el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios de 2007 recomienda acudir a seguros, obligatorios o voluntarios, y a la creación de un fondo de garantía.

Por último, ¿qué sucede si quien instó el proceso declarativo fue un “grupo de afectados”? ¿Qué plazo se tiene para solicitar la ejecución? Como es sabido, el

<sup>143</sup> Ya que de otra forma, habiendo actuado inicialmente o por intervención posterior alguno de los afectados, ya figuraran en el título, salvo que hubiera ejercitado su facultad de exclusión (*opt-out*).

<sup>144</sup> Un ejemplo ilustrativo puede ser el siguiente caso: Los días 27 y 28 de febrero de 2004 se produjeron importantes retenciones en la Autopista A-1 (Burgos-Armiñón) en el tramo entre Miranda y Pancorbo (PK 68 a 74) en ambos sentidos de circulación que motivaron que cientos de vehículos quedaran bloqueados durante varias horas en la autopista. La asociación de usuarios de servicio bancario (AUSBANC Consumo) interpuso demanda ejercitando acción en defensa de intereses y derechos de consumidores y usuarios, derivada de incumplimiento en la prestación de un servicio público, de enriquecimiento sin causa y de cobro de lo indebido contra Europistas Concesionaria Española S. A. Tras perder en primera instancia, la AP estimó parcialmente la demanda acordando una indemnización por daño moral en la suma de 150 euros “a los posibles afectados que tuvieran la condición de consumidores y a que se les indemnice en el importe del peaje”. La sentencia, recurrida en casación fue resuelta confirmando la responsabilidad de Autopistas y el derecho al cobro de las cantidades impuestas en la sentencia de la AP. A tal efecto la Audiencia consideró que los posibles afectados debían acreditar que se encontraban en el citado tramo de autopista entre las 16 horas y el cierre oficial de la autopista, mediante la pertinente documentación (*como por ejemplo los billetes de autobús para los viajeros en este medio de transporte u otros justificantes válidos y eficaces a tal fin o [...] por vehículo que acredite su presencia en la citada autopista en ese mismo espacio de tiempo mediante correspondiente tarjeta de peaje o justificante de pago: bancarios, manuales, automáticos u otros pertinentes y suficientes*).

<sup>145</sup> GONZÁLEZ CANO, I., “La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil”, Valencia, 2002, p. 290.

acreedor con título ejecutivo debe esperar 20 días y dispone como máximo de 5 años, cuando caduca la acción ejecutiva (570, LEC).

Atendiendo a las peculiaridades de la ejecución en estos casos específicos de intereses difusos la cuestión es cuál es el “dies a quo” de dicho plazo. Si se entiende que el título ejecutivo es la propia condena, sin más, el plazo se inicia al día siguiente a que la resolución adquiera firmeza. Si, por el contrario, se defiende que el título ejecutivo precisa de la integración del auto que pone fin al incidente de reconocimiento, se amplía a la adquisición de firmeza de este último, favoreciendo claramente a los titulares del interés difuso<sup>146</sup>. En tal sentido, la doctrina mayoritaria entiende, empero, que el plazo se inicia con la firmeza de la sentencia de condena, pues de lo contrario los interesados determinados serían de peor condición que los indeterminados, generándose, además, inseguridad jurídica para el demandado.

Por su parte, quienes no intervinieron en su momento verán caducado su derecho con arreglo al artículo 518, LEC si transcurre el plazo de ejercicio de la acción (cinco años). De ahí la importancia de la publicidad del artículo 15, LEC<sup>147</sup>. Y a quien denieguen la condición de beneficiarios no podrá iniciar nuevos procesos (art. 222.3, LEC). Por contra, resulta discutido si no se extienden los efectos, y por ende, claro, no podrán instar la ejecución: quienes no conocieron la pendencia del proceso (ex art. 15, LEC); quienes se excluyeron (*opt-out*) (ex art. 15, LEC), y quienes habiendo sufrido el mismo daño no están en el grupo representado por la asociación<sup>148</sup>.

## 2.2. Ejecución de condenas no dinerarias

Es perfectamente posible que la sentencia que pone fin a un proceso colectivo contenga pronunciamientos en los que se condene al demandado a llevar a cabo prestaciones de dar cosa distinta de dinero (sea específica o genérica), hacer o no hacer alguna cosa. En estos casos, se sigue el régimen general previsto en los artículos 699 y siguientes de la LEC para la ejecución de condenas no dinerarias, aunque hay algunas especialidades reseñables para la ejecución de condenas de no hacer, derivadas de la estimación de una acción de cesación.

La LEC prevé una serie de actuaciones comunes a toda ejecución no dineraria (ya consista la condena en entregar cosa distinta de dinero, hacer o no hacer alguna cosa). Así, en primer lugar se requerirá al ejecutado para que cumpla lo dispuesto en el título, apercibiéndole con el empleo de apremios personales y multas coercitivas; entendiéndose por “apremio personal” el mandato dirigido al ejecutado para que cumpla la obligación contenida en el título ejecutivo, pudiendo actuarse sobre su persona, y por “multa coercitiva” una cantidad que variará en función del precio o la contraprestación del hacer o del deshacer lo mal hecho, del coste que en el mercado se atribuya a tales conductas, etcétera<sup>149</sup>. E incluso convendrá con frecuencia, si así lo solicita el ejecutante, adoptar medidas de aseguramiento de la efectividad de la condena o incluso de las posibles indemnizaciones sustitutorias que en su caso procedan.

<sup>146</sup> ARROMS, R., “Comentario al artículo 519, LEC”, en AA. VV. (Cordón, Armenta, Muerza y Tapias [coord.]), “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”, 2ª ed., Civitas-Thomson, 2011, t. II, p. 73.

<sup>147</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, E., “Sentencia de 15 de julio de 2010: el concepto de interés difuso. La legitimación colectiva por interés difuso. Ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos. El incidente de liquidación del artículo 519, LEC”, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2010 (86): 1035-1058.

<sup>148</sup> Sostiene esta última tesis: ARIZA COLMENAREJO, M. J., “Incidente de determinación de los legitimados para instar la ejecución en procesos sobre consumidores y usuarios”, en Riedp.com, n. 3 (2008), pp. 1 y ss.

<sup>149</sup> Así sucede a partir de los arts. 699 y siguientes LEC; y más concretamente, para las sentencias que estimen acciones de cesación, a partir del art. 711.2, LEC.

A partir de ahí, la regulación difiere en función de la naturaleza de la prestación impuesta en la sentencia de condena. Como se ha dicho antes, en materia de acciones colectivas, existen normas especiales respecto de la ejecución de condenas derivadas del ejercicio de acciones de cesación (esto es, pronunciamientos que condenan a un sujeto a cesar en una determinada actividad o conducta y a abstenerse de reiterarla en lo sucesivo).

Evidentemente, en estos casos la ejecución forzosa sólo tendrá sentido si el demandado quebranta el mandato contenido en la sentencia. En este punto hay que tener en cuenta, fundamentalmente, dos previsiones: por un lado, el artículo 710, LEC, que dispone que, en caso de quebrantamiento, se comine al ejecutado a deshacer lo mal hecho si fuere posible y a abstenerse de reiterar la conducta prohibida (con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial en caso contrario), imponiéndosele una indemnización por los daños y perjuicios causados; y por otro lado, el artículo 711.2, LEC, que obliga a que ya la propia sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos prevea la imposición de una multa por cada día de retraso en el cumplimiento de lo en ella ordenado. El importe de esa multa, que deberá ser ingresado en el Tesoro Público, puede oscilar entre los seiscientos y los sesenta mil euros, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Aunque en realidad se trata de un apremio dirigido a incentivar el cumplimiento voluntario de la sentencia, parece claro, con arreglo al principio dispositivo que rige con carácter general para la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales civiles, que la exacción de la multa, en caso de que proceda, habrá de llevarse a cabo a instancia de parte y en el marco de la ejecución forzosa.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la previsión del artículo 221.2, LEC. En efecto, este artículo establece que en la sentencia estimatoria de una acción de cesación se pueda ordenar la publicación total o parcial de la resolución con cargo al demandado; y también, para los casos en los que los efectos de la conducta dañosa pudieran mantenerse a lo largo del tiempo, que se pueda imponer al demandado la obligación de emitir una “declaración rectificadora”. Se trata, en ambos casos, de pronunciamientos condenatorios de naturaleza no pecuniaria, que llegado el caso, y en defecto de un régimen legal específico, habrían de ejecutarse conforme a las previsiones generales de la LEC para las condenas de hacer (en el primer supuesto estaríamos ante un hacer fungible; mientras que en el segundo estaríamos ante un hacer personalísimo o infungible, con las consecuencias legales que lleva aparejadas esta distinción en los arts. 706 a 709, LEC).

### 3. *Otros modelos europeos*

El artículo 140 bis del Código de Consumidores italiano, como los de la inmensa mayoría de ordenamientos europeos, no contienen normas específicas sobre la ejecución en la materia que nos ocupa, de manera que en materia de acciones de clase por daños se aplicaría el régimen general de la ejecución dineraria. O lo que es igual, si la sentencia colectiva determina con exactitud la identidad de los beneficiarios de la condena y la prestación que se debe a cada uno, parece que habría que entablar tantas ejecuciones individuales como beneficiarios hubiera. Si por el contrario la determinación exacta no fuera posible, y la sentencia fuera de “condena genérica” (es decir, ilíquida), o se limitara a fijar unas bases para la cuantificación de la prestación indemnizatoria, cada potencial beneficiario estaría facultado, con arreglo a las reglas generales, para entablar por separado un proceso declarativo ordinario en el que liquidar la prestación; lo cual es problemático, obviamente. Por lo demás, cabe destacar que los sujetos que no hubieran ejercitado la facultad de *opt-in* carecen de la posibilidad de beneficiarse de la condena. Por lo que respecta a tutela cautelar colectiva, no habrá ejecución dineraria, sino las órdenes y/o apercibimientos previstos en la Ley para

obtener de un sujeto el cumplimiento de órdenes judiciales de llevar a cabo prestaciones de hacer, o de abstenerse de efectuar determinados comportamientos<sup>150</sup>.

En otros ordenamientos, ya sea porque no se contemplen condenas de carácter monetario, ya por otro motivo, no existe una regulación específica. Entre los primeros, la República Checa, Rusia o Hungría, sólo prevén acciones colectivas para el caso de pretensiones no pecuniarias, acudiendo al régimen general de ejecución en este tipo de condenas, de manera que en caso de incumplimiento se acordarán las medidas conminatorias procedentes (*astreintes*, multas). Tampoco en el ordenamiento holandés ni en el portugués existe previsión específica para la ejecución ni por ende, para determinar la cantidad exacta que debe percibirse, requiriéndose que la sentencia condenatoria prevea una cantidad global y posteriormente tenga lugar una transacción o un proceso individual para las reclamaciones individualizadas. Siempre y cuando la organización legitimada haya instado la ejecución<sup>151</sup>. La más moderna regulación polaca establece que cuando la sentencia señala el monto general que debe pagarse a los miembros de la clase, éste constituirá título para instar la ejecución individualizada<sup>152</sup>. Ahora bien, en el caso de órdenes de cesación u obligaciones de hacer, a efectos de evitar la multiplicidad de acreedores en la ejecución, se atribuye legitimación para instar la ejecución a la entidad representativa de la colectividad en nombre del grupo, y sólo cuando no lo haga en el transcurso de seis meses cabrá hacerlo individualmente cada uno de los miembros del grupo (art. 23.1)<sup>153</sup>.

## II. Eficacia transfronteriza de las sentencias sobre acciones colectivas en el ámbito de la UE

A partir de la idea general conforme a la cual, el territorio de la UE es un espacio judicial único en el cual las resoluciones judiciales circulan con libertad, junto a otros aspectos como las personas, mercancías, servicios y capital<sup>154</sup>, las resoluciones judiciales, como las transacciones homologadas judicialmente y los instrumentos públicos dictados u otorgados en un Estado miembro de la UE, como regla, serán reconocidos de manera automática en los demás Estados miembros<sup>155</sup>. Circunstancia que no impide que a dicho reconocimiento quepa oponer las causas de denegación de los artículos 34 y 35, RB. Cuestión distinta es la ejecutividad. Reconocida la resolución extranjera gozará de la eficacia de cosa juzgada, excluyendo la posibilidad de un segundo proceso o una segunda decisión sobre la misma cuestión ya resuelta en otro Estado miembro (STJCE, de 16 de marzo de 2006, asunto C-234/04 *Kapferer/Schlank und Schick*). Si bien en aplicación de la teoría de la extensión de los efectos, los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada se definen con arreglo a las normas del Estado donde se dictó la resolución objeto de reconocimiento<sup>156</sup>.

<sup>150</sup> E. SILVESTRI, ponencia nacional italiana. Sobre las dificultades de la determinación del "quantum" en la legislación italiana, vid. GIUSSANI, A., "Azione collettiva risarcitoria e determinazione del *quantum*", en Rev. D. Proc., Anno LXIV (S. Serie), n. 2 (marzo-abril, 2009), pp. 339 y ss.

<sup>151</sup> Ianika TZANKOVA, ponencia holandesa. Esta falta de previsión explica, según la ponente portuguesa (R. LYNCE DE FARIA) el poco éxito de las acciones colectivas en su país.

<sup>152</sup> Art. 22 Class Action Law (17 septiembre 2010), cit. Magdalena TULIBACKA.

<sup>153</sup> Magdalena TULIBACKA, ponencia nacional polaca. Situación similar a la de la República Checa, cfr. Jan BALARIN, ponencia nacional de Rep. Checa.

<sup>154</sup> STJCE, de 16 de febrero de 2006, asunto C-3/05, *Verdoliva/Van der Hoeven*.

<sup>155</sup> El art. 32, RB define "resolución" como cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro, con independencia de la denominación que recibiere (auto, sentencia, providencia, mandamiento) incluyendo el acto por el que el secretario liquide las costas del proceso. Cfr. HESS, B., "Cross-Border Collective Litigation and the Regulation Brussels I.", IPRax 2010, Heft. 2, pp. 116 y ss.; DANOV, Mihail, "The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments", Journal of Private International Law, vol. 6, Nº 2.

<sup>156</sup> BACHMAIER WINTER, L., "Reconocimiento y ejecución (I), Cuestiones generales. Procedimiento para la obtención del reconocimiento y el *exequatur*", en AA. VV. (DE LA OLIVA y



El proceso seguido en torno a la acción colectiva derivará en la obtención de un título susceptible de reconocimiento y ejecución, que puede ser una sentencia judicial o un acuerdo entre partes. En un ámbito territorial internacional, el régimen de reconocimiento variará en función del Estado de procedencia y la modalidad de reconocimiento en atención a la eficacia que pretenda desplegar. Situándonos en el marco de la UE, se aplicará el RB I, diferenciándose entre si se trata de una sentencia constitutiva o declarativa, que podría acarrear su reconocimiento inmediato, o una sentencia de condena, que precisará de la declaración de su ejecutividad. Cuando la decisión proviene de un Estado no perteneciente a la UE, el régimen depende del sistema de reconocimiento que contemplen los Estados afectados. En el caso español, por ejemplo, en defecto de régimen convencional se aplicará el “régimen legal”, esto es, el establecido en la LECA (arts. 951 a 958, LEC)<sup>157</sup>.

Nos referiremos fundamentalmente a las resoluciones judiciales, en la medida en que sólo de éstas se predica la cosa juzgada, sin perjuicio de puntuales referencias a las transacciones, que si son homologadas judicialmente, también serían susceptibles de dicho efecto.

Dejando de lado el arbitraje, los títulos ejecutivos judiciales son susceptibles de reconocimiento en un Estado en el que quiera hacerse valer, según el régimen existente entre el Estado de procedencia y de la eficacia que se persiga. Con arreglo al principio de monopolio estatal de la jurisdicción, sólo las resoluciones dictadas por órganos que ostenten la potestad jurisdiccional de cada Estado soberano tienen eficacia directa en el territorio del mismo; y paralelamente corresponde también a cada Estado fijar la forma de reconocimiento de las resoluciones jurisdiccionales extranjeras.

En el caso español a título de ejemplo vendría determinado en atención al artículo 523, LEC: “para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional. En todo caso, la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos extranjeros se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la presente Ley, salvo que se dispusiere otra cosa en los Tratados internacionales vigentes en España”.

Debe distinguirse, así, el reconocimiento y la ejecución, diferenciándose dos regímenes: a) *el régimen convencional*, y b) *el régimen legal interno*, que actúan subsidiariamente.

*El reconocimiento de una resolución extranjera* abarca los presupuestos para que se reconozca la sentencia o resolución de que se trate. Éste puede ser el primer paso o constituir el único fin perseguido, porque sólo se pretenda que opere la cosa juzgada en cualquiera de sus funciones o porque tratándose de una sentencia meramente declarativa o constitutiva no precise de posteriores actividades ejecutivas propiamente dichas. La ejecución de la resolución extranjera —que precisa del previo reconocimiento en todo caso— no presenta particularidad respecto de la de cualquier título ejecutivo español. Las particularidades se incluyen de hecho en la fase del previo reconocimiento. La ejecución puede ser general (*erga omnes*) o incidental, a los meros efectos de una particular situación dentro de un proceso.

A partir de ahí debe diferenciarse según la decisión proceda de un país de la UE, en cuyo caso se aplicará el RB R.44/2000 *Reglamento para el reconocimiento y*

GASCÓN [coords.], “Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea”, Aranzadi Thomson Reuters, t. II, p. 348. Se exceptiona de este efecto el llamado “reconocimiento incidental”, aquel que se realiza como cuestión previa o incidental (art. 33.3, RB).

<sup>157</sup> Se contempla un doble régimen legal: de reciprocidad (arts. 952 y 953, LEC) y de condiciones de control interno independiente, que operan con carácter subsidiario. Vid. ARMEN- TA DEU, T., “Lecciones de Derecho procesal. Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales”, 5ª edición, Marcial Pons, 2010, pp. 357 y ss.



*ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil*, o si la decisión no procede de un país comunitario, en cuyo supuesto se deberá recurrir al correspondiente régimen legal de cada país en función de su régimen legal y acuerdos bilaterales<sup>158</sup>.

El régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras del Reglamento (CE) 44/2001, de general aplicación a la UE establece el siguiente régimen, diferenciando entre el reconocimiento y la ejecución.

### 1. Reconocimiento

El régimen de reconocimiento regulado en el RB 44/2000 se contempla en los artículos 33-37 y a muy grandes rasgos se divide en una fase de reconocimiento que busca esencialmente la declaración de ejecutividad presupuesta para el derecho a la ejecución. Dicha declaración de ejecutividad, reduce significativamente aunque no elimina el *exequatur*, dividiéndose en dos fases: una de carácter formal y otra contra-

<sup>158</sup> En defecto de convenio internacional se recurre al régimen legal de cada país (interno). En España se recoge todavía en la LECA en virtud de la Disposición Derogatoria única 13.ª LEC. Los arts. 951 a 958 contemplan un doble régimen legal: a) de reciprocidad, y b) de condiciones o control interno independiente, que operan con carácter subsidiario. Su ámbito objetivo de aplicación se reduce a resoluciones definitivas firmes, dictadas en procesos contenciosos, lo que excluye tanto los procesos de jurisdicción voluntaria cuanto las medidas cautelares. A diferencia del régimen convencional no se distingue entre el reconocimiento y la ejecución, lo que obliga a utilizar idéntico procedimiento para ambos supuestos:

a) *Reconocimiento*: a') Régimen de reciprocidad. Como el propio nombre da a entender, el sistema legal de reciprocidad señala, positiva y negativamente, que se reconocerá o no ejecutividad a las resoluciones de un determinado país, según lo que en él se reconozca respecto de las resoluciones de los tribunales españoles (arts. 952 y 953, LEC). b') Régimen de control interno independiente. En defecto de reciprocidad, entra en juego el sistema de control interno independiente. La LECA lo recoge en el art. 954 y recoge una serie de criterios muy similares a los que figuran en el Reglamento estudiado. Las ejecutorias tendrán fuerza en España, señala: 1) Si la resolución fue dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal; 2) Si el proceso no se siguió en rebeldía; 3) Si la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido es lícita en España. 4) Y, si la carta ejecutoria reúne los requisitos necesarios en la Nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España. La sala 1.ª del TS ha ido completando tales exigencias con otras: 5) Que la sentencia extranjera se dictara en materia sobre la que los tribunales españoles no tengan competencia exclusiva; 6) Que la sentencia extranjera se haya dictado en un proceso en el que el demandado haya tenido oportunidad de defenderse; 7) Que la sentencia no sea contraria al orden público español; 8) Que la sentencia extranjera sea auténtica en los términos de los arts. 323 y 144, LEC, y 9) Que no resulte contradictoria con una sentencia anterior dictada o reconocida en España o que no haya proceso conexo pendiente en el que pueda llegar a dictarse sentencia contradictoria.

b) *Ejecución*. Cualquiera que haya sido el régimen seguido para el reconocimiento, si no se prevé procedimiento específico al respecto, corresponde desarrollar el procedimiento de ejecución de la resolución de que se trate. La LECA le dedica los arts. 954 a 958 configurando una tramitación extremadamente sencilla en la que cabe destacar: Salvo que un convenio o tratado señale otra cosa, la competencia se atribuye al Juez de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas, y subsidiariamente vendrá determinada por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir efectos (art. 955, LECA): La solicitud en forma de demanda, cumpliendo los requisitos de la personalidad con arreglo a la ley nacional del solicitante, la preceptiva intervención de abogado y procurador y la adjunción de los documentos que acrediten la autenticidad de la sentencia; El emplazamiento de la parte frente a la que se dirija el exequátur para que comparezca en treinta días, sin que la incomparecencia paralice el procedimiento (art. 957, LECA) y la audiencia a dicha parte, así como al Ministerio Fiscal, para alegaciones en el plazo de nueve días (art. 956, LECA). Y, finalmente, la resolución en forma de auto, contra el que no cabe recurso alguno (art. 956.2). Si se otorga el exequátur se comunica a la AP para que ordene al Juez de Primera Instancia correspondiente la ejecución (art. 958.2). Si deniega el exequátur se devolverá la ejecutoria al que la haya presentado (art. 958.1, LECA).

dictoria, a través de los recursos (art. 43-44, RB). El objeto del *exequatur* es la obtención de un título ejecutivo en el Estado de ejecución basada en una resolución dictada en otro Estado. Los presupuestos abarcan la necesaria instancia de parte, que la resolución sea ejecutoria en el Estado de origen, y la concreción del título ejecutivo (determinación del legitimado como ejecutante y frente a quien se despacha, así como concreción de la condena). El proceso para la declaración de ejecutividad no tiene carácter contradictorio (art. 41, RB), se inicia por petición formal ante el órgano competente a la que se acompañará copia de la resolución auténtica y certificación emitida por el tribunal que dictó la resolución (arts. 40.3 y 53, RB). Concedida la declaración de ejecutividad en el Estado requerido, la ejecución sigue los trámites ordinarios que regulan la ejecución<sup>159</sup>.

En lo relativo a las acciones colectivas, el control recaerá en las condiciones de reconocimiento de la decisión, centrándose sobre todo en posibles vulneraciones del derecho de defensa de los miembros de la clase ausente. En tanto, afectará a los motivos de denegación del reconocimiento las relativas a la protección del demandado.

## 2. *Impugnación de la decisión sobre reconocimiento o ejecución de resoluciones extranjeras*

Aunque el RB no autoriza discutir sobre el fondo, sí cabe impugnar formalmente la decisión judicial de reconocimiento cuando alguna de las partes entienda que no se han cumplido los requisitos exigidos<sup>160</sup>. El medio procesal es el recurso y su finalidad la revocación de la decisión y su sustitución por otra más favorable al recurrente. Importa señalar que la legitimación para recurrir se circunscribe a las partes, excluyendo a los terceros interesados<sup>161</sup>.

Los motivos que pueden fundamentar el recurso se limitan a los previstos en los artículos 34 y 35, RB, todos de índole estrictamente procesal se circunscriben a tres: a) contravención manifiesta del orden público del Estado en el que se pretende el reconocimiento o la ejecución; b) vulneración de derechos de defensa del demandado ausente, y c) imposibilidad de conciliar la resolución cuyo reconocimiento se pretende con otra recaída en un proceso seguido entre las mismas partes<sup>162</sup>.

Si atendemos a las especialidades de la tutela colectiva, el examen de los motivos de denegación del reconocimiento se centra fundamentalmente en el derecho de defensa del miembro de la clase ausente, lo que extendería el examen a la suficiencia de la notificación<sup>163</sup>. A lo que cabría añadir—entre otras cuestiones que atañen al orden público procesal— las cuestiones relativas a prueba, siempre complejas en la materia que nos ocupa, en materias como la prueba necesaria para probar la cantidad exacta de la responsabilidad del demandado. Esta cuestión, como si existe o no conflicto de

<sup>159</sup> En España, los arts. 517 y ss., LEC.

<sup>160</sup> Vid. BANACLOCHE PALAO, J., "Reconocimiento y ejecución (I). Cuestiones generales. Procedimiento para la obtención del reconocimiento y el *exequatur*", en AA. VV. (DE LA OLIVA y GASCÓN [coord.]), "Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea", Aranzadi Thomson Reuters, t. II, pp. 371 y ss., *passim*.

<sup>161</sup> STJCE de 2 de julio de 1985 (Asunto 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank c. Brasserie du Pêcheur*).

<sup>162</sup> Vid. MARTÍNEZ SANTOS, A., "Reconocimiento y ejecución (II). Motivos de denegación", en AA. VV. (DE LA OLIVA y GASCÓN [coords.]), "Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea", Aranzadi Thomson Reuters, t. II, pp. 387 y ss., *passim*.

<sup>163</sup> DREYFUSS, R. H., "Class Action Judgment Enforcement in Italy: Procedural 'Due Process' Requirements", *Tulane J. Of Int'l & Comp. Law*, vol. 10, 2002, pp. 5-36, citado por CARBALLO, L., ob. cit., n. 558. El problema de la extensión de la cosa juzgada a miembros de la clase ausente es el óbito más relevante para el reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre acciones colectivas en Italia. Y añadido yo, en la gran mayoría de países europeos.

intereses debe ser tutelada, como vimos en el primer apartado de esta ponencia, al control del órgano judicial; ahora bien, ¿cabe denunciarla a la hora de reconocer la resolución (judicial o transaccional homologada)?<sup>164</sup> La respuesta debe ponderar la existencia de “fuertes indicios” de que los terceros han sido preteridos maliciosamente, examinando los mecanismos de notificación, el posterior control judicial y la articulación procesal de su denuncia por parte de los terceros en caso de connivencia del representante o conflicto de intereses.

Desde la perspectiva ahora de la eventual inconciliabilidad de decisiones ésta puede producirse por la posibilidad de que se interponga una acción individual y otra de cesación en distintos países. En este caso dependerá del régimen aplicable y cómo juega la inconciliabilidad y los efectos prejudiciales, aspectos que dependen y mucho de cómo se cohoneste el régimen interno e internacional. En el sistema español, si el régimen aplicable, como el de la LEC de 1881 aplica la incompatibilidad de procesos, la decisión no debe reconocerse ya que lo decidido se halla pendiente de resolución en los tribunales del foro; mientras que si el régimen aplicable sólo juega con la inconciliabilidad de decisiones, se reconocerá la decisión extranjera, jugando la eficacia prejudicial y no la preclusiva, debiendo resolver el proceso del foro, donde se solicita la indemnización, conforme a lo prescrito en el proceso extranjero en el proceso sobre el interés colectivo<sup>165</sup>.

### 3. Declaración de ejecutividad

El RB no elimina el *exequatur* aunque simplifique extraordinariamente el procedimiento para la declaración de ejecutividad. Los artículos 38 a 52, RB no prevén que las resoluciones dictadas en otros Estados miembros tengan automáticamente fuerza ejecutiva en el resto de miembros de la UE. La declaración de ejecutividad del artículo 41, RB excluye cualquier control o revisión de la resolución dictada en el Estado de origen, ésta como los motivos de oposición deberán ser debatidos en la eventual impugnación, pero no en el proceso de primera instancia. La declaración de ejecutividad no modifica el contenido del título ejecutivo, lo que es la materia que nos ocupa.

La declaración de ejecutividad sigue en proceso en el que se distinguen dos fases, una formal que no debe necesariamente ser competencia de un órgano judicial (arts. 38-41, RB) y otra contradictoria a través de los recursos previstos en los artículos 43 y 44, RB, donde podrán alegarse los posibles motivos de denegación del reconocimiento y ejecución. Es importante señalar que las normas de ejecución del país requerido son de aplicación subsidiaria, lo que puede ser relevante en materia regulada con tanta diversidad como las acciones colectivas.

Muy brevemente los presupuestos de la declaración de ejecutividad son: la necesaria instancia de parte, el carácter ejecutivo de la resolución en el país de origen, y la concreción del título ejecutivo, aspecto este último que, si bien no consta expresamente en el RB parece que habría de sobreentenderse (p. 537)<sup>166</sup>.

<sup>164</sup> GOTTWALD, P., “Class Action auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem im deutschen Zivilprozess”, ZZP, 1978, p. 15, y “On the Extension of Collective Legal Protection in Germany”, Civ. Just. Q., vol. 26, 2007.

<sup>165</sup> CARBALLO, L., “Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial...” cit., p. 252.

<sup>166</sup> Puede consultarse con carácter general BACHMAIER WINTER, L., “Reconocimiento y ejecución (I), Cuestiones generales. Procedimiento para la obtención del reconocimiento y el *exequatur*”, en AA. VV. (DE LA OLIVA y GASCÓN [coord.]), “Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea”, Aranzadi Thomson Reuters, t. II, pp. 343-384, *passim*. Para un desarrollo pormenorizado, con especial referencia al caso español, vid. MARTÍNEZ SANTOS, A., “El régimen procesal del reconocimiento y el *exequatur* en el Reglamento 44/2001: problemas prácticos de su aplicación en España”, en AA. VV. (CALDERÓN, M.<sup>3</sup> P. [dir.]), *La armonización del Derecho Procesal en Europa después del Tratado de Lisboa*, Pamplona, Aranzadi-Thomson (en prensa).

#### 4. *Motivos de denegación del reconocimiento y ejecución*

Junto a la concurrencia de los presupuestos del reconocimiento a los que se acaba de hacer referencia, el régimen del repetido RB 44/2001 exige que no se den ninguno de los motivos de denegación recogidos en el art. 34 y 35, RB, que reproducen en lo que a nuestro análisis interesa los ya analizados para el reconocimiento, centrándose en la denegación en lo relativo al derecho de defensa del demandado.

#### **Bibliografía citada**

- ARIZA COLMENAREJO, M. J., "Incidente de determinación de los legitimados para instar la ejecución en procesos sobre consumidores y usuarios", en Riedp.com, n.3, 2008.
- ARMENTA DEU, T., "Lecciones de Derecho procesal. Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales", 5ª edición, Marcial Pons, 2010.
- "Acumulación de autos", en AA. VV., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", 2ª ed., Aranzadi, 2011.
- ARROMS, R., "Comentario al artículo 519, LEC", en AA. VV. (Cordón, Armenta, Muerza y Tapias [coord.]), "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", 2ª edición, Civitas-Thomson, 2011.
- BACHMAIER WINTER, L., "Reconocimiento y ejecución (I). Cuestiones generales. Procedimiento para la obtención del reconocimiento y el *exequatur*", en AA. VV. (DE LA OLIVA y GASCÓN [coords.]), "Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea", Aranzadi Thomson Reuters, t. II, 2011.
- BANACLOCHE PALAO, J., "Reconocimiento y ejecución (I). Cuestiones generales. Procedimiento para la obtención del reconocimiento y el *exequatur*", en AA. VV. (DE LA OLIVA y GASCÓN [coords.]), "Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea", Aranzadi Thomson Reuters, t. II, 2011.
- BEESS UND CHROSTIN, Jessica (J. D. candidate), "The Future of Collective Redress in Europe: Where We Are and How to Move Forward", 13 Harvard Law School, April 2011.
- BUJOSA VADELL, L., "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo", Bosch, BCN, 1995.
- BUSCHIKIN, I. T., "The Viability of Class Action Under Federal Securities Law: Managing Jurisdictional Conflict", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 46, 2007.
- CADIET, L., "Future Prospects for Collective Redress in Europe-Toward a System of Class Actions? The State of Play in France", en ZZP Int. 13, 2008.
- CAPELLETTI, M., "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", Riv. Dir. Proc., 1975.
- "Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi diffusi", Giur. It., IV, 1975.
- CARBALLO PIÑEIRO, L., "Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6º del Reglamento «Roma II»", AEDIPr, t. VII, 2007.
- "Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial (Problemas de recepción y trasplante de las *class actions* en Europa)", Universidad de Santiago de Compostela, 2009.
- CARPI, F., "L'efficacia 'ultra partes' della sentenza civile", Giuffrè, Milano, 1974.
- "Cenni sulla tutela degli interessi collettivi nel processo civile e la cosa giudicata", RTDPC, 1974.
- CONSOLO, C., "Class Action fuori dagli USA?", "Un indagini preliminare sul versante della tutela dei crediti di massa: funzione sostanziale e struttura processuale minima", en Riv. Dir. Civ., vol. 39, 1993.
- CORDÓN MORENO, F., "El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores", EC, n.16, 1989.
- DANOV, Mihail, "The Brussels I Regulation: Cross-Border Collective Redress Proceedings and Judgments", Journal of Private International Law, vol. 6, Nº 2, 2010.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., Comentario al art. 221, en AA. VV., "Comentarios a la LEC", Civitas, 2001.
- "Objeto del proceso y cosa juzgada", Thomson-Aranzadi, 2005.

- DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT A: ECONOMIC AND SCIENTIFIC POLICY, "Overview of Existing Collective Redress Schemes in EU Member States", IP/A/IMCO/NT/2011-16 July 2011.
- DREYFUSS, R. H., "Class Action Judgment Enforcement in Italy: Procedural 'Due Process' Requirements", *Tulane J. Of Int'l & Comp. Law*, vol. 10, 2002.
- FAIRGRIVE, D. y HOWELLS, G., "Collective Redress Procedures-European debates", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 58, April 2009.
- FIEDLER, L., "*Class Actions* zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts. Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts", Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., "Tutela judicial de los consumidores y transacciones colectivas", *Cuadernos Civitas*, 2010.
- GIUSSANI, A., "L'Azione collettiva risarcitoria nell'art. 140 bis C. Cons.", en *Riv. Diritto Processuale*, Anno LXIII (S. Serie), n. 5, 2008.
- Global Legal Group, in association with CDR, CLASS & GROUP ACTIONS 2011, "The International Comparative Legal Guide to: A Practical Cross-Border Insight Into Class and Group Actions Work", Published by Global Legal Group, in association with CDR, with contributions from: Allen & Overy LLP, Arnold & Porter (UK) LLP, August & Debouzy, Bulló-Tassi-Estebenet-Lipera-Torrassa-Abogados. Clayton Utz, Cliffe Dekker Hofmeyr, CMS Cameron McKenna, De Brauw Blackstone Westbroek N. V., Dechert LLP, Hogan Lovells, Kalaidjiev & Georgiev, Kennedys, LAWIN, Lee and Li, Attorneys-at-Law, Mattos Muriel Kestener Advogados, Shook, Hardy & Bacon LLP, Stikeman Elliott LLP, Uría Menéndez, Uría Menéndez-Proença de Carvalho, Waselius & Wist.
- GONZÁLEZ CANO, I., "La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil", Valencia, 2002.
- GOTTWALD, P., "Class Action auf Leistung von Schadensersatz nach amerikanischem im deutschen Zivilprozess", *ZZP*, 1978.
- "On the Extension of Collective Legal Protection in Germany", *Civ. Just. Q.*, vol. 26, 2007.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales colectivos y difusos", Aranzadi, 1999.
- HESS, B., "Cross-Border Collective Litigation and the Regulation Brussels I.", *IPRax* 2010, Heft. 2, pp. 116 ss.;
- HODGES, Christopher, "Developments in Collective Redress in the European Union and United Kingdom 2010", <http://globalclassactions.stanford.edu/content/developments-collective-redress-european-union-and-united-kingdom-2010>.
- "Statement of Professor Dr Christopher Hodges, Oxford University and Erasmus University", EP ECON Hearing on Collective Redress September, 2011.
- KOCH, H., "Cross-Border Consumer Complaints and the Public Interest. The German Perspective", en "Public Interest Litigation before European Courts (H. W. MICKLITZ, N. REICH [eds.]), Baden-Baden, 1996.
- LAUKKANEN, Sakari, "Last Trends in the Finnish Civil Procedure and Judicial Administration", en "The Recent Tendencies of Development in Civil Procedure Law. Between East and West". International Conference to Celebrate 100<sup>th</sup> Anniversary of the Birth of Professor Jonas Zéruolis??, Vilnius, 2007, p. 72.
- LINDBLOM, Per Henrik, "Grupptalan i Sverige", *Norstedts Juridik*, 2008
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Sentencia de 15 de julio de 2010: el concepto de interés difuso. La legitimación colectiva por interés difuso. Ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos. El incidente de liquidación del artículo 519, LEC", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2010.
- MARTÍNEZ SANTOS, A., "Reconocimiento y ejecución (II). Motivos de denegación del reconocimiento y la ejecución. Ejecución de transacciones y documentos públicos extranjeros", en AA. VV. (DE LA OLIVA y GASCÓN [coords.]), "Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea", Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

- MARTÍNEZ GARCÍA, E., "Sentencia de 15 de julio de 2010: el concepto de interés difuso. La legitimación colectiva por interés difuso. Ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos. El incidente de liquidación del art. 519, LEC", en "Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil", 2010 (86): 1035-1058.
- MORRISON, A. B., "Removing Class Actions to Federal Court: A Better Way to Handle the Problem of Overlapping Class Actions", *Stan. L. Rev.*, vol. 53, 2005.
- ORTELLS, M., Ponencia general: "Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección", Congreso IAPL 2011, Heilderberg.
- PROTO PISANI, A., "Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piu esattamente supraindividuali) innanzi al giudice civile ordinario", en AA. VV., "Le azioni a tutela di interessi collettivi", Cedam, Padova, 1976.
- RUBIO GARRIDO, T., "Cosa juzgada y tutela judicial efectiva", en *Derecho Privado y Constitución*, N° 16, 2002.
- STENGEL, U. y HAKEMAN, P., "Gruppenklage. Ein neues Institut im schwedischen Zivilverfahrensrecht", RIW, 2004.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Comentarios a la LEC", AA. VV. (Cordón, Armenta, Muerza y Tapia [coord.]), 2ª ed., Aranzadi, 2011.
- TARUFFO, M., "Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos", en *R. D. Priv.*, n. 9, 2005.
- VIGORITI, V., "Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire", Giuffrè, Milano, 1979.
- WERLAUFF, E., "Class actions in Denmark-from 2008", 2007, accesible en [http://globalclassactions.stanford.edu/PDF/Demark\\_Legislation.pdf](http://globalclassactions.stanford.edu/PDF/Demark_Legislation.pdf).pp.1-8.

**EL PROBLEMA DE LOS COSTOS. HONORARIOS  
ADECUADOS EN LAS ACCIONES DE GRUPO**





## THE COSTS PROBLEM: ADEQUATE ATTORNEYS' FEES IN THE CONTEXT OF CLASS ACTIONS

por YUKIKO HASEBE

### I. Introduction

A class action can be a useful device for enforcing claims which are otherwise unenforceable for various reasons. This is particularly true in an opt-out type class action. Under this regime, members of a class who have not opted-out in a certain period of time are bound by the judgment or settlement obtained by the class representatives.<sup>1</sup> Unlike an opt-in type, no active consent is required to become a class member.<sup>2</sup> Named (representative) plaintiffs commence and conduct the litigation not only for themselves but on behalf of all the class members. If the plaintiffs win, absent (represented) class members will enjoy the fruits of the litigation, which may be injunctive, declaratory or monetary relief. Thus, small people may see their claims be enforced if they themselves cannot or will not bring a legal action because of lack of financial resources, knowledge or information on legal matters, or determination to assert their own rights in court.

This is an intended consequence of introduction of an opt-out class action.<sup>3</sup> In order to ensure this desirable outcome and prevent abusive use of opt-out class actions, a number of issues are to be addressed. One of those issues is costs in class actions,

<sup>1</sup> A class representative may be not only a plaintiff but also a defendant in the United States. Federal Rules of Civil Procedure Rule 23 (a) states as follows:

"One or more members of a class *may sue or be sued as representative parties* on behalf of all members" (*italic added*).

Even so, a typical class action is that on the plaintiff's side on behalf of a numerous number of claimants. This paper envisages such an action as a "class action".

<sup>2</sup> Under an opt-in regime, by contrast, class members have affirmatively consented to be included in the class. They are informed that an action is pending or to be pending and who are the representative parties, and then, have entered in the action voluntarily. Therefore, if the judgment obtained is unfavorable to them, it can be justified that they are bound by the *res judicata* because they are aware of the risk and nevertheless have opted-in. The same justification will probably apply to another unpleasant matter for them, sharing litigation costs among members.

Class members in an opt-out type are included in the class without their consent. They could be even unaware of a class action being conducted on their behalf. It is rather difficult to apply the justification above to these class members.

For a comprehensive comparison between an opt-out and an opt-in, see, Rachael Mulheron, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, 29-38 (Hart Publishing, 2004).

<sup>3</sup> According to a reporter to the Advisory Committee on Civil Rules that in 1966 redrafted United States Federal Rules of Civil Procedure, one of the aims of the opt-out class action then introduced was to provide means of vindicating the rights of small people. See Benjamin Kaplan, *A Prefatory Note*, 10 B.C. Indus. & Com. L. Rev. 497 (1968). See also Benjamin Kaplan, *Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the Federal Rules of Civil Procedure (I)*, 81 Harv. L. Rev. 356, 398 (1967).

including such questions as how class actions should be funded, subsidized by a public fund or exclusively privately; whether regulation of costs is necessary, if so, how it should be.<sup>4</sup>

In a conventional lawsuit, attorneys' fees form a significant part in litigation costs. In a class action, although costs of notice to class members could be enormous in certain cases,<sup>5</sup> attorneys' fees are still important and have drawn much attention in terms of practical concern and academic interest as well. Where adequate fees are not assured for class attorneys, it is difficult to retain lawyers to bring a class action. But what is "adequate fees"? How should it be calculated? Who should pay for it? Who will monitor the level of attorneys' fees? These issues are addressed in this paper.

In Part II of this paper, I will examine issues on attorneys' fees in general and in the class action context, those are, methods of calculation and who should pay fees. In Part III, for exploring a theory to justify sharing costs among class members, I will review how the common fund doctrine was created, and in Part IV, theoretical issues on the common fund doctrine which are suggested by a fascinating academic discussion in the US will be considered.

## II. Questions on Attorneys Fees in Class Actions

In class actions as well as in conventional lawsuits, important questions to be considered are the following two: 1. On what basis attorneys' fees are charged?; 2. Who should pay the fees?

### A. *The Basis on Which Fees Are Charged*

On the first question, there can be the following methods of calculating fees:

- time-based fees which are calculated on the amount of time attorneys expend on litigation and certain hourly rate;
- task-based fees which are aggregation of fixed amounts for subtasks, such as commencement of litigation, preparing and attending pre-trial hearings, examination of witnesses in trial; and
- value-based fees which are charged on the value of attorneys' achievement for their clients, for example, recovery of property as a result of winning the case.<sup>6</sup>

Time-based fees are traditionally charged in common law jurisdictions. In Europe, for example, Germany, France and the Netherlands, time-based fees are charged to some extent.<sup>7</sup> Task-based fees are seen in a statutory-based legal fee system in Germany.<sup>8</sup> The idea of value-based fees lies in contingency fees, which are calculated a percentage of damages recovered through judgment or settlement and no fees payable when no damages are recovered. Some fee systems can be understood as a variation of any of the three. For example, "conditional fees" in England and Wales are time-based fees added on the "no win, no fee" element. That is, under conditional fee

<sup>4</sup> Issues other than costs are, for example, adequate representation (who should be representative plaintiffs), notice requirement (whether notice is an essential requirement to justify *res judicata* against class members) and regulation of settlement (how fairness in class action settlements is secured). Some of them are to be discussed in other sessions in this Conference.

<sup>5</sup> Significance of costs of notice was illustrated in *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974), a large scale anti-trust class action case.

<sup>6</sup> The terms "time-based fees", "task-based fees", and "value-based fees" are borrowed from the following article: Herbert M. Krizter, *Lawyer Fees and Lawyer Behavior in Litigation: What Does the Empirical Literature Really Say?*, 80 Tex. L. Rev. 1943, 1944 (2002).

<sup>7</sup> For charging hourly rate fees in these countries, see Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report, vol. 2, at 562, 570, 579 (2009).

<sup>8</sup> In Germany, attorneys' fees are prescribed by the German Lawyers' Fees Act (*Rechtswaltsvergütungsgesetz vom 5. Mai 2004*).

agreements, if you lose, no fees are payable but if you win, in addition to normal fees calculated on an hourly rate basis, success fees up to 100% of normal fees are paid to your attorneys.<sup>9</sup>

While both time-based and task-based fees see the value of legal services exclusively from the supply-side, value-based fees focus on the client's willingness or ability to pay. That is why contingency fees are said to ensure access to justice for indigent people. The "access to justice" element of value-based fees is important in the context of class actions although it might be also claimed that contingency fees promote frivolous litigation.<sup>10</sup>

### B. *Who Should Pay Attorneys' Fees?*

In class actions, representative plaintiffs retain attorneys. They pay attorneys' fees pursuant to the contract. If contingency fees are stipulated in the contract, the plaintiffs pay attorneys' fees only when they win and recover damages.

The question is whether someone else should pay attorneys' fees. There are the following possibilities:

- where a fee-shifting rule applies, if the plaintiffs win, the losing defendant should pay the class attorneys' fees;
- if the plaintiffs are eligible for legal aid, the public fund pays the fees; and
- if the plaintiffs are insured for legal expenses, the insurer pays the fees.

In any of these cases, the plaintiffs are not necessarily relieved of the burden of paying fees. For example, if there is a fee-shifting rule, the amount of fees recoverable from the opposing party is fixed by the court or statute. Actual fees may exceed the recoverable fees. That will also happen when the public fund or the insurer pays the fees for the plaintiffs. Therefore, even in these three cases, representative plaintiffs may still have to pay any of the attorneys' fees. Where no fee-shifting rule applies and neither legal aid nor legal expenses insurance is available –generally or in particular for class actions–, they have to pay all the fees they agree to pay.

In this case, if the plaintiffs can afford to pay from their own purse, there seems no problem. However, they are representatives of the class and sue not exclusively for their own interests but for all the class members' interests. They may wonder "why don't class members make contributions towards the costs in attorneys' fees?" Some may claim "it should be fair to ask them to share the burden of paying fees with us". However, if this claim is a legally valid one, there remains a question: how can they manage to receive contributions from the class members? It is impractical to pursue each member for his/her contribution for the following reasons:

- Class members are numerous and dispersed throughout the country, or even all around the world in some cases. It is usually difficult to identify and address them all; and
- If class members are to be identified, they may not recognize that the representative plaintiffs conduct the litigation on their behalf. Some class members may regard the plaintiffs as little more than meddlers. It is not easy to persuade all the members

<sup>9</sup> In England and Wales, conditional fee agreements were introduced by section 58 of the Courts and Legal Services Act 1990. They were first implemented in 1995.

<sup>10</sup> According to some empirical studies, however, there is no clear evidence to show that contingency fees give rise to significantly more frivolous claims. See, e.g., Herbert M. Kritzer, *Risks, Reputations, and Rewards: Contingency Fee Legal Practice in the United States* (Stanford University Press, 2004). See also R. Moorhead & P. Hurst, *Contingency Fees. A Study of their operation in the United States of America*, Civil Justice Council Report (2008) available at <http://www.judiciary.gov.uk/NR/rdonlyres/B90C5C7E-34A8-40A8-8C9A-B4DA35C816AF/0/CivilJusticeCouncilContingencyFeesReport.pdf>.

to make contributions. If the court orders class members to make contributions, it is costly and time-consuming to enforce the order against each member.

Another possibility is demanding payment of attorneys' fees from damages recovered as a result of the litigation. This is a convenient method for collecting contributions in a class action for. For legal reasoning of this method, the representative plaintiffs may claim that attorneys' fees are expenses necessary to conduct the litigation and recover damages for all the members; and that such expenses should be paid from the damages recovered; otherwise class members would be allowed to free ride on the successful result they acquire.

This claim can be justified by the common fund doctrine, which was first created by the United States Supreme Court more than a century ago. Under this doctrine, "a litigant or a lawyer who recovers a common fund for the benefit of persons other than himself or his client is entitled to a reasonable attorney's fee from the fund as a whole."<sup>11</sup> Its underlying principles were enunciated as follows:

[The common fund doctrine] stands as a well-recognized exception to the general principle that requires every litigant to bear his own attorney's fees. The doctrine rests on the perception that persons who obtain the benefit of a lawsuit without contributing to its cost are unjustly enriched at the successful litigant's expense. Jurisdiction over the fund involved in the litigation allows a court to prevent this inequity by assessing attorney's fees against the entire fund, thus spreading fees proportionately among those benefited by the suit.<sup>12</sup>

The common fund doctrine is incorporated into the class action regime in Australia. Section 33 ZJ (2) of Federal Court of Australia Act 1976 states as follows:

If, on an application under this section, the Court is satisfied that the costs reasonably incurred in relation to the representative proceeding by the person making the application are likely to exceed the costs recoverable by the person from the respondent, the Court may order that an amount equal to the whole or a part of the excess be paid to that person out of the damages awarded.<sup>13</sup>

How was this doctrine created? By creating this doctrine, what did the Court then intend to achieve? These issues are considered in the next Part.

### III. Origins of the Common Fund Doctrine

The common fund doctrine was created by two decisions by the United States Supreme Court in the 19<sup>th</sup> century. The first is *Trustees v. Greenough*<sup>14</sup> (hereinafter "*Greenough*") and the second is *Central Railroad & Banking Co. v. Pettus*<sup>15</sup> (hereinafter "*Pettus*").<sup>16</sup>

#### A. "*Greenough*"

In *Greenough* the principal lawsuit was triggered by misapplication by trustees of a

<sup>11</sup> *Boeing Co. v. Van Gemert*, 444 U.S. 472, 478 (1980).

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> For intention of the legislator on s. 33ZJ and its interpretation by the Federal Court of Australia, see Vince Morabito, *Group Litigation in Australia. "Desperately Seeking" Effective Class Action Regimes*, National Report for Australia Prepared for the Globalisation of Class Actions Conference, Oxford University, December 2007, at 54, available at [http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events\\_media/Australia\\_National\\_Report.pdf](http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/Australia_National_Report.pdf).

<sup>14</sup> 105 U.S. 527 (1881).

<sup>15</sup> 113 U.S. 116 (1885).

<sup>16</sup> For a detailed analysis of these cases, see John P. Dawson, *Lawyers and Involuntary Clients: Attorney Fees from Funds*, 87 Harv. L. Rev. 1597, 1601-1612 (1974) [hereinafter Dawson, *Fees from Funds*].

fund. The fund consisted of more than ten million acres of lands. These lands were conveyed to the trustees to secure payment of the interest and principal on bonds issued by the Florida Railway Company. The trustees, however, sold the lands at nominal prices by the hundred thousand acres and failed to provide for the payment of interest and principal on the bonds. Vose, a large holder of the Company's bonds, commenced a suit on behalf of himself and the other bondholders to set aside the sales as fraudulent, enjoin the trustees from selling more lands, and for appointment of a receiver to take care of the fund. The litigation was carried on with great vigor and at much expense. Finally Vose succeeded in recovering a large amount of assets. The management of the fund was taken out of the trustees and agents were appointed by the court to make sales of the land. A considerable amount of money was realized and dividends were made amongst the bondholders. Thus, the bondholders took the benefit of the litigation. Vose bore the burden of the litigation and advanced expenses which were necessary for this successful result.

Vose then presented a claim for payment out of the fund for his expenses and services. The Circuit Court directed that Vose be paid his costs and expenses, including an allowance for his personal expenses and services, out of the fund under the control of the court.

On appeal, the Supreme Court decided on a question whether Vose, the complainant, who is not a trustee but only a creditor, is entitled to costs and expenses beyond taxed costs as between party and party. The Court decided in favor of Vose by stating as follows:

[I]f the complainant is not a trustee, he has at least acted the part of a trustee in relation to the common interest. He may be said to have saved the fund for the *cestuis que trust* [=beneficiaries], and to have secured its proper application to their use. There is no doubt, from the evidence, that, besides the bestowment of his time for years almost exclusively to the pursuit of this object, he has expended a large amount of money for which no allowance has been made, nor can properly be made. It would be very hard on him to turn him away without any allowance except the paltry sum which could be taxed under the fee-bill. It would not only be unjust to him, but it would give to the other parties entitled to participate in the benefits of the fund an unfair advantage. He has worked for them as well as for himself; and if he cannot be reimbursed out of the fund itself, they ought to contribute their due proportion of the expenses which he has fairly incurred. To make them a charge upon the fund is the most equitable way of securing such contribution.<sup>17</sup>

The Supreme Court affirmed the decision of the Circuit Court and concluded as follows:

[U]nder the circumstances of this case, the Circuit Court had the power, in its discretion, to allow to the complainant, Vose, his reasonable costs, counsel fees, charges and expenses incurred in the fair prosecution of the suit, and in reclaiming and rescuing the trust fund and causing it to be subjected to the purposes of the trust.<sup>18</sup>

However, the Court disagreed with the Circuit Court just over one class of allowances, that is, an allowance for the personal services and private expenses of Vose. As stated above, the Circuit Court made an allowance to Vose for his personal expenses and services. The Supreme Court, on the other hand, declared that such an allowance was illegally made by stating:

It would present too great a temptation to parties to intermeddle in the management of valuable property or funds in which they have only the interest of creditors [...] if they could calculate upon the allowance of a salary for their time and of having all their private expenses paid.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> 105 U. S. at 532.

<sup>18</sup> *Id.*, at 537.

<sup>19</sup> *Id.*, at 538.

In sum, the rules in *Greenough* are summarized as follows:

1. If a litigant conducted litigation at his own expense and saved a common fund for all the beneficiaries, he should be reimbursed for his costs and expenses fairly incurred. Otherwise the beneficiaries would be given an unfair advantage at the expense of the litigant.
2. The costs and expenses fairly incurred should be paid to the litigant out of the fund under the control of the court.
3. The costs and expenses which should be paid out of the fund include reasonable attorneys' fees but no allowance for the litigant's personal expenses and services.<sup>20</sup>

#### B. "*Pettus*"

The second case, *Pettus*, is similar to *Greenough* in some respects but there are unmistakable differences between the two.

First, *Pettus* also involved an insolvent railroad company (Company A).<sup>21</sup> This time another railroad company purchased all property of Company A and assumed its all outstanding debts and obligations. After that, the property was further purchased by other railroad corporations, who were the defendants and appellants of the case.

Second, the principal suit was also commenced by bondholders of Company A. This time the suit was a creditors' bill brought as a class action and class members were unsecured creditors of the Company A. In this suit the representative plaintiffs succeeded in establishing a lien upon the property formerly owned by Company A and now owned by the defendant corporations. The property was brought under the control of the court for the benefit of all the class members.

Third, in *Pettus*, fees for the services of attorneys employed by the representative plaintiffs were claimed as costs to be paid out of the common fund, the property subject to the lien. This should be acceptable under the rules of *Greenough*. This time, however, those who claimed the attorneys' fees were not the plaintiffs, but the attorneys themselves. They claimed directly, not through their clients as in *Greenough*, reasonable compensation for services they had provided on behalf of the class members.

The attorneys in the *Pettus* case sued against the defendant corporations for their fees. This suit was removed from the state court to the Circuit Court of the United States. Since the Circuit Court decided in favor of the attorneys, the defendant corporations appealed to the Supreme Court. The appellants presented to the Supreme Court the following argument.

The court may charge on the property such reasonable expenses the representative plaintiffs themselves incurred and became personally responsible to meet. In this case the plaintiffs have paid to the attorneys all the fees they agreed to pay. The agreed and paid fees are incurred by the plaintiffs themselves. However, compensation claimed in respect of absent class members do not constitute a part of the expenses incurred by the plaintiffs. The Supreme Court acknowledged this was a question not presented in *Greenough*.<sup>22</sup>

In *Pettus*, therefore, two novel issues were to be addressed by the Supreme Court. One is whether the attorneys are entitled to be paid their reasonable fees out of the common fund directly, without any application by their clients. The other is whether the attorneys are entitled to be paid extra fees out of the common fund in addition to the fees they have already received from their clients. In other words, provided that they have already received fees agreed with their clients, whether the compensation for their

<sup>20</sup> Dawson pointed out that the Court in *Greenough* drew a sharp distinction between services by lawyers and those by clients. Dawson, *Fees from Funds*, *supra* note 16, at 1602.

<sup>21</sup> Railroad receiverships were then a new specialty of federal courts. See John Leubsdorf, *Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery*, 47 *Law & Contemp. Probs.* 9, 25 (1984).

<sup>22</sup> 113 U.S. 125.



services in respect of class members is “reasonable fees”. How it can be justified that the extra fees should be paid out of the common fund.

On the first question, the Supreme Court answered just briefly. “[W]hen an allowance to the complainant is proper on account of solicitors’ fees, it may be made directly to the solicitors themselves, without any application by their immediate client.”<sup>23</sup> It seems reasonable to pay fees directly to the attorneys on their application. It is convenient for both the attorneys and their client. For the attorneys in particular, direct payment is the most convenient way to secure payment of their fees. Assuming that the client is insolvent and unable to pay the attorneys’ fees, how can the attorneys secure their fees? If the client has not yet applied for fees out of the fund, the attorneys will apply for, on his behalf, their fees out of the fund. When the fund is large enough to pay all the debts and liabilities, direct payment to the attorneys is one of the safest ways to secure their fees.<sup>24</sup>

In the *Pettus* case, however, the clients have already paid to the attorneys all the fees they agreed to pay. The attorneys should not need direct payment out of the fund to secure payment of fees agreed with the clients. By claiming direct payment out of the fund, they rather sought to secure payment of compensation for services provided on behalf of the class members. Is it justifiable to assert direct payment for this purpose? In this respect, it should be noted that the Supreme Court justified direct payment to the attorneys on condition that “an allowance to the complainant is *proper* on account of solicitors’ fees”. Therefore, the question to be answered here is whether the additional fees, compensation for services provided on behalf of absent class members, are allowed to the representative plaintiffs as “reasonable fees”. This is the same as the second question.

The answer of the Supreme Court was “yes”, the fees are reasonable. “We are of opinion that the appellees [=the attorneys] are entitled to reasonable compensation for their professional services in establishing a lien, in behalf of the unsecured creditors of [Company A].”<sup>25</sup> However, as the appellants asserted, the representative plaintiffs have not incurred any personal responsibility for the attorneys’ fees beyond those stipulated by the contract with the attorneys. Further, there was no express contract to pay the attorneys such additional compensation as the court might allow. On these points, the Court said, “when the [attorneys] engaged their professional services to [the representative plaintiffs], it was understood by the latter that [the attorneys] entered upon the preparation of the suit in the belief that they had the right to demand, and would demand, such additional compensation as was reasonable, in respect of unsecured creditors [=class members] who accepted the fruits of their labors”, “but for this understanding [the attorneys] would have stipulated for larger compensation than was agreed to be paid by their particular clients”, “in this belief and upon that understanding, they conducted the suit.”<sup>26</sup>

As to the position of class members, the Court said that they benefitted from the litigation, and “that result was due to the skill and vigilance of [the attorneys]”. They had notice that the litigation was conducted “not exclusively for the benefit of [the representative plaintiffs], but equally for [class members]”. Class members “should come in and contribute to the expenses of the litigation. Those expenses necessarily included reasonable counsel fees, which, upon every ground of justice, should be estimated with reference as well to the claims of [the representative plaintiffs], as of the claims of those who accepted the fruits of the labors of [the representative plaintiffs] and their [attorneys].”<sup>27</sup>

<sup>23</sup> 113 U.S. 124-125.

<sup>24</sup> In Japan, section 423 of Civil Code, which has its origin in French subrogation, is available for securing attorneys’ fees. Under this section, when a client is insolvent, he/she has a monetary claim against a third party, and has not yet paid fees due to his/her attorney, the attorney (creditor) is entitled to subrogate the client (debtor) in order to secure his/her fees. That is, the attorney is entitled to direct payment from the third party to him/her of the money due to the client.

<sup>25</sup> 113 U.S. 127.

<sup>26</sup> 113 U.S. 125.

<sup>27</sup> 113 U.S. 126-127.

The points of the *Pettus* decision can be summarized as follows:

(1) The representative plaintiffs paid their attorneys all the fees they agreed to pay and there was no express contract to pay additional fees. However, it was agreed implicitly that larger fees would be paid to the attorneys in the event of success. At least the attorneys took the case on this understanding.

(2) Class members accepted the benefit of the litigation knowing that it was conducted on their behalf. The benefit was due to the labors of the attorneys. Therefore they should pay the expenses of the litigation including reasonable attorneys' fees.

The attorneys must have been happy with the Supreme Court decision. They were declared to be entitled to additional fees from the fund. Furthermore, they were declared to have liens on the fund to secure the additional fees.<sup>28</sup> The *Pettus* decision must have been also good news for legal profession in general. However, apart from the practical consequences, from a theoretical point of view, there remained one question. Is the logic of *Pettus* persuasive enough to justify the attorneys' right to extra fees from class members?

It was one century later that this question was taken seriously.

#### IV. Grounds for Compensation from Absent Class Members

##### A. "*Pettus*" Reconsidered

In the *Pettus* case, the Supreme Court allowed the attorneys to be paid compensation for services on behalf of class members. Although they had already been fully paid by their clients what they had agreed to receive as fees, they were permitted to apply for the additional fees out of the common fund. This decision was later criticized by John P. Dawson, a leading scholar of the law of restitution, in his articles published in 1970s. He condemned the attorneys' claim for extra fees from class members, strangers to the attorneys, as "farfetched."<sup>29</sup> He argued the only explanation why such a claim was accepted by the Supreme Court is that "the Court was bemused by the thought that the lawyers were the single-handed and primary benefactors."<sup>30</sup> As to the preferential treatment of lawyers given by the *Pettus* decision, he said "It seems unlikely that anyone other than a lawyer would have the temerity to suggest that, having received or being assured of the return he agreed to accept, he should secure from a stranger an extra reward."<sup>31</sup>

In contrast to his strong opposition to *Pettus*, Dawson took a favorable position toward *Greenough*.<sup>32</sup> He argued that in *Greenough* the loss to Vose, the successful litigant, was clear. Vose advanced expenses including attorneys' fees. Denying compensation to him would bring his co-beneficiaries unjust enrichment through his loss. In *Pettus*, on the other hand, the attorneys had already been paid fees from their clients and sought extra fees from strangers for performing their duty to their clients. If the compensation from the fund were denied, the attorneys would suffer no loss.<sup>33</sup>

<sup>28</sup> *Id.* The lien was declared by the Circuit Court. The Supreme Court just affirmed this decision.

<sup>29</sup> Dawson, *Fees from Funds*, *supra* note 16, at 1604; Dawson, *Lawyers and Involuntary Clients in Public Interest Litigation*, 88 Harv. L. Rev. 849, 851 (1975) [hereinafter Dawson, *Public Interest Litigation*].

<sup>30</sup> Dawson, *Fees from Funds*, *supra* note 16, at 1604.

<sup>31</sup> Dawson, *The Self-Serving Intermeddler*, 87 Harv. L. Rev. 1409, 1458 (1974).

<sup>32</sup> He said "the reasons justifying the *Greenough* solution—contribution to the successful litigant's costs in counsel fees—were and are compelling but that none of them applies to the independent and paramount lien of the lawyer that originated in the *Pettus* case." Dawson, *Fees from Funds*, *supra* note 16, at 1652.

<sup>33</sup> Dawson, *Fees from Funds*, *supra* note 16, at 1603-04; Dawson, *Public Interest Litigation*, *supra* note 29, at 850-51.

To Dawson's argument—representative plaintiffs' attorneys have no right to additional compensation from absent class members—Charles Silver responded in his article published in 1991.<sup>34</sup> He argued, in opposition to Dawson, absent class members benefit from the services that attorneys provide to win class actions. Therefore, it is generally consistent with the law of restitution that absent class members pay reasonable compensation to attorneys who win class actions.<sup>35</sup> From Silver's point of view, it is difficult to distinguish attorneys in *Pettus* from Vose in *Greenough* in their right to compensation from a common fund because "[i]t seems a matter of indifference whether lawyers receive compensation directly from common funds or indirectly by requiring money to pass through named plaintiffs' hands."<sup>36</sup> The reason why Dawson denounced *Pettus* was, Silver analyzed, Dawson viewed attorneys as "agents who are contractually obligated to serve the clients they represent (i.e., named plaintiffs)." For that reason, he continued, "[Dawson] firmly believed that lawyers who help create common funds are entitled to only the amount of compensation their clients agree to pay." "Because lawyers are contractually obligated to represent their signed clients, including named plaintiffs, Dawson believed lawyers have no right to additional compensation from nonclients, including absent plaintiffs, who benefit when lawsuits create common funds."<sup>37</sup>

Dawson relied on section 106 of the *Restatement of Restitution*<sup>38</sup> [hereinafter the *Restatement*] when he denied compensation from absent class members to the attorneys in *Pettus*.<sup>39</sup> It declares:

A person who, incidentally to the performance of his own duty or to the protection or improvement of his own things, has conferred a benefit upon another, is not thereby entitled to contribution.

Dawson seems to have thought that the attorneys, "incidentally to the performance of [their] own duty [have] conferred a benefit upon another." Silver refuted Dawson's idea by exemplifying your neighbor's gardener. He said "[t]he gardener who tends my neighbor's yard has no right to compensation from me, even though I enjoy gazing at my neighbor's beautiful lawn. My neighbor has to pay because he hired the gardener, but I do not." According to Silver "[b]ecause I benefit incidentally from the gardener's performance of a contractual obligation, the law of restitution denies the gardener the option of collecting from me."<sup>40</sup> This is an example of a person whose action has conferred a benefit upon another "incidentally." By contrast "[a]bsent plaintiffs are not incidental beneficiaries; they are intended beneficiaries." This is because, he said, the law of class actions makes absent plaintiffs' welfare the central focus of concern.<sup>41</sup> "Because absent plaintiffs are the intended and legally designated beneficiaries of attorneys' efforts, it seems inappropriate to apply section 106 of the *Restatement* to the relationship between an attorney and a class."<sup>42</sup> This is his conclusion on the "section 106 of the *Restatement*" issue.

Silver also rebutted Dawson's another claim that the attorneys in *Pettus* were fully compensated from their clients. He developed his argument as follows:

Dawson believed that the attorneys were fully compensated when they received the contract price from their clients, because that was what they agreed to accept when they

<sup>34</sup> Silver, *A Restitutionary Theory of Attorneys' Fees in Class Actions*, 76 Cornell L. Rev. 656 (1991).

<sup>35</sup> *Id.*, at 693.

<sup>36</sup> *Id.*, at 694-95.

<sup>37</sup> *Id.*, at 695.

<sup>38</sup> The Restatement of Restitution (1937).

<sup>39</sup> Dawson, *supra* note 31, at 1410.

<sup>40</sup> Silver, *supra* note 34, at 695.

<sup>41</sup> *Id.*, at 699.

<sup>42</sup> *Id.*, at 699-700.

took the case. The attorneys therefore suffered no loss, according to Dawson, and could not plausibly claim that the absent class members benefitted at their expense.

However, there is a question: did the contract price reflect the reasonable value of the attorneys' time?<sup>43</sup>

On this question, Dawson answered "yes" but Silver's answer was "no". According to Silver, the *Pettus* court realized that the attorneys intentionally charged the named plaintiffs a subnormal rate in hopes of winning the case and securing additional payments from the absent plaintiffs.<sup>44</sup> Not in the era of *Pettus* but in 1990s, he said, contracts used in class actions typically do not reflect the reasonable value of attorneys' time.<sup>45</sup> Silver's argument goes as follows: if fees are ultimately drawn from common funds, it seems better for attorneys to hold named plaintiffs liable for nominal amounts, so as to satisfy the requirement of having clients; and in the *Pettus* case, the attorneys saw the wisdom of this strategy.<sup>46</sup> His conclusion in this respect was "Dawson thus misunderstood the nature of bargaining in class actions."<sup>47</sup>

#### B. "Reasonable Fees" in Class Actions

As stated above, disagreement between Dawson and Silver lies on whether the contract price in *Pettus* was equal to the value of the services the attorneys provided for the class. As Silver suggested, the former was significantly less than the latter, the attorneys were undercompensated until they were paid extra fees from the common fund. Dawson believed the contract price reflected the reasonable value of the attorneys' services because they agreed to accept the price when they took the case. However, as Silver argued, it is plausible that the attorneys reduce the fees from their immediate clients, representative plaintiffs, to secure class representatives and commence class actions. This strategy may be permitted unless the discount of fees is regarded as illegal solicitation.

If the value of the attorneys' services for the class is more than the price they receive from their clients, the class is enriched at the expense of the attorneys. In this case, the balance should be paid to the attorneys from the common fund—damages recovered for the class. On this point, Dawson and Silver will agree. The question is how the value of the attorneys' services for the class—reasonable attorneys' fees to be paid from the class—should be assessed.

The amount to be paid to the attorneys is determined by those of reasonable fees for the services provided on behalf of the class and the fees already paid to the attorneys. The latter, how much fees the attorneys have received, is a matter of fact. It will be proven in the same manner as other facts, such as the amount of money a vendor received from a purchaser as a price of goods. The former, the amount of reasonable fees for the attorneys' services, is not simply a matter of fact but needs valuation or assessment of the services provided. Unless the method of assessment is settled, disputes will happen on the amount of fees to be paid from the damages.

Dawson and Silver agree on the point that the value of the attorneys' services or reasonable fees should be determined by a court.<sup>48</sup> However, on how it should be calculated, they took sharply contrasted views again.

Dawson strongly opposed to calculation of fees on a percentage of damages basis. He contended, as other critics of contingency fees in the US, it should be unethical for

<sup>43</sup> *Id.*, at 696.

<sup>44</sup> *Id.*, at 696-97.

<sup>45</sup> *Id.*, at 697.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*, at 698.

<sup>48</sup> Dawson, *Public Interest Litigation*, *supra* note 29, at 852; Silver, *supra* note 34, at 656-663.

a lawyer to have an interest in others' proceeds.<sup>49</sup> By contrast, Silver endorsed percentage fees. As advantages of percentage fees, he points out predictability, ease of administration, and beneficial alignment of incentives.<sup>50</sup> He concludes on the fee issue that "Dawson would probably not alter his position on the permissibility of percentage fees. Nevertheless, restitutionary principles do not entirely foreclose the option of basing fee awards on percentages. The percentage option is appropriate where it comes closest to securing lawyers' hypothetical consent."<sup>51</sup>

### C. Attorneys' Fees in Class Actions: From a Comparative Perspective

From the Dawson-Silver debate, two issues emerged to be considered.

One is: on what legal basis attorneys of the class are rewarded from the damages recovered for the class. The other is: how the amount of reward is to be determined, in particular, through what process. In the rest of this paper, I will discuss these issues with a comparative approach.

#### 1. Legal Bases of Fees from the Damages

As stated earlier, the common fund doctrine rests on the notion of "unjust enrichment". That is, "persons who obtain the benefit of a lawsuit without contributing to its cost are unjustly enriched at the successful litigant's expense."<sup>52</sup> The aim of the doctrine is to rectify this inequitable situation. Both Dawson and Silver rely on the law of restitution as a legal basis of this doctrine. From their point of view, both loss to the successful litigant or his/her attorneys and benefit to the class are essential to allow payment of fees from damages recovered for the class. If the attorneys suffer no loss, they are not entitled to receive fees from the damages.

From a comparative perspective, a different explanation will be given for fees to be paid from the damages. In civil law countries, a person who manages an affair for another (the principal) voluntarily is entitled to recover expenses from the principal.<sup>53</sup> This doctrine is derived from *negotiorum gestio* (management of others' affairs) in Roman law.<sup>54</sup> Under this doctrine, the volunteer is entitled to expenses if his/her management is beneficial to the principal. Loss to the volunteer as a result of the management is not necessarily required for his/her right to expenses. Although there is no contractual relationship between the volunteer and the principal, the volunteer is paid from the principal.

One can wonder how the volunteer is distinguished from the neighbor's gardener that Silver raised as an example of no entitlement of fees. The volunteer is different from the gardener in that he/she manages the principal's affair with intention to do it for the principal and owes duties as a manager to the principal. The principal is an intended beneficiary of the volunteer's actions; and the volunteer owes the same duties as an agent of the principal.

The relationship between a volunteer and a principal is similar to that of a representative plaintiff and absent class members in a class action. A representative plaintiff is a volunteer who commences and conducts litigation for the benefit of all the class

<sup>49</sup> According to Dawson, by contracting with his/her client for a contingency fee, a class lawyer has bought a share in the winnings of class members. Dawson, *Public Interest Litigation*, *supra* note 29, at 852-53.

<sup>50</sup> Silver, *supra* note 34, at 703 n. 228.

<sup>51</sup> *Id.*, at 705.

<sup>52</sup> *Boeing Co. v. Van Gemert*, *supra* note 11, at 478.

<sup>53</sup> See, e.g., German Civil Code art. 677-687 (Geschäftsführung ohne Auftrag); French Civil Code art. 1372-1375 (gestion d'affaires); Japanese Civil Code art. 697-702 (jimu-kanri).

<sup>54</sup> For *negotiorum gestio* and its derivatives in German, Switzerland and Italy, see Dawson, *Negotiorum Gestio: The Altruistic Intermeddler*, 74 Harv. L. Rev. 817, 1073 (1961).

members. Absent class members are intended beneficiaries to whom the representative plaintiff owes duties to represent their interests fairly and adequately. For this legal relationship, absent class members have to pay to the representative plaintiff expenses necessary to win the case. Therefore, fees of the representative plaintiff's attorney are paid from the damages recovered for the class.

The same explanation may apply to the relationship between an attorney of the representative plaintiff and absent class members because, according to Silver, an attorney of the representative plaintiff owes duties not only to his/her client but also to absent class members.<sup>55</sup> Absent class members have no contractual relationship with the attorney. Despite that, because they benefit from the attorney's winning the case and the attorney owes duty to protect them, they have a legal obligation to pay the attorney's fee.

## 2. Process of Fee Award Determination

Under the "management of others' affairs" doctrine, the volunteer is only entitled to expenses necessary for management beneficial to the principal. When a representative plaintiff—or possibly his/her attorneys—claims, as a volunteer, attorneys' fees from the damages, he/she has to prove that the fees are such expenses. This will be almost the same as proving what he/she claims is "reasonable fees". The question is: how "reasonable fees" are determined.

It should be noted that fee awarding process is not assured to be adversarial. The successful litigant or attorneys will assert that tremendous amount of time, labor and skill has been expended to win the case; they are all necessary to win and recover damages for the class. Against their claim, who can raise an objection appropriately? Inactive class members will hardly stand on the opposite side and argue against the figures the claimant shows. Who else can do it?

The answer is: a court should play an interventionist role to protect class members' interests in fee award. For example, if there is any serious doubt on the amount of time the claimant shows, and interests of the class might be substantially harmed, the court may appoint an expert as examiner to monitor. A court is expected to intervene appropriately in determining the amount of fees to be paid from the damages.

Jurisdiction of a court covers not only legal disputes but also non-contentious matters, such as appointment of *guardian ad litem* (children's guardian). In this field, a court is expected to exercise its discretionary power to take care of persons who cannot raise their voice. Similar situations are to be found in the context of opt-out class actions.

## V. Conclusion

In the history of civil justice, an opt-out class action regime is a newcomer. It has brought novel issues, including how to deal with a class representative—an altruistic intermeddler called by Dawson<sup>56</sup>—and how to protect interests of absent class members—intended beneficiaries of an opt-out class action.

In this paper, I tried to explore these issues within the context of attorneys' fees from damages recovered for the class. Although there is a division on a very practical issue of calculation methods—which is more appropriate, percentage-of-damages formula or time-and-hourly-rate formula—, on the importance of interventionist role of a judge in awarding fees, I hope to see an academic consensus.

<sup>55</sup> Silver, *supra* note 34, at 699.

<sup>56</sup> Dawson, *supra* note 54, at 817.



## **EL PROBLEMA DE LOS COSTOS. HONORARIOS ADECUADOS EN LAS ACCIONES COLECTIVAS**

por RAMIRO BEJARANO GUZMÁN\*

### **Introducción**

Cumplo el encargo de presentar un informe sobre el espinoso tema de los costos y honorarios en las acciones colectivas, en el marco de las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y Coloquio de Buenos Aires de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, con la idea de que quien aborde la lectura de este documento se forme una idea del estado actual del problema en varios países de Iberoamérica y en los Estados Unidos.

Estas líneas no hubieran podido elaborarse sin la colaboración de los doctores y profesores Rafael Biurrun Bernerón, del Uruguay; José María Salgado, de la Argentina; Jordi Nieva-Fenol, de España, quienes facilitaron oportunos y contundentes informes nacionales, que se compendian resumidos en este ensayo. Gracias a ellos por su colaboración desinteresada, competente y oportuna. Lamentablemente, lo espinoso del tema no permitió contar con otras relatorías de los diferentes países, lo cual resulta explicable.

Al final de este trabajo, se presentará a manera de conclusión un bosquejo de lo que prevé al respecto el Código Modelo de Procesos Colectivos elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

### **1. Planteamiento del problema**

El tema de los costos y honorarios de los abogados en los procesos de acción de grupo, no es uniforme, porque una es la costumbre y las regulaciones que suelen adoptarse en Inglaterra, Europa continental, América Latina y en el resto del mundo, y otra en los Estados Unidos<sup>1</sup>.

Mientras que en Iberoamérica el asunto parece no ofrecer discusiones mayores, porque el sistema de fijación de costos y honorarios a los abogados obedece al criterio general de que corren a cargo de quien resulte vencido en el litigio, en los Estados Unidos se ha diseñado un complejo mecanismo para su determinación, que suscita muchas inquietudes y no pocas críticas.

El Código Modelo de Procesos Colectivos preparado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en su artículo 15 ha propuesto una regulación de honorarios y costos que se ofrece equilibrada y razonada, la cual intenta solucionar problemas que suelen presentarse en este tema.

\* Colombia. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Gidi, Antonio, A CLASS ACTION. Como instrumento de tutela coletiva dos direitos. Editora Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2007, p. 361.



## 2. La regla general de la regulación de los honorarios y costos en Iberoamérica

Consciente de que no todos los países de Iberoamérica han adoptado legislaciones autónomas para regular las acciones colectivas, se han seleccionado para esta presentación las de Colombia, España, Uruguay, Argentina, Brasil, dado que en estas naciones ya se registra una importante y significativa experiencia sobre la materia.

### 2.1. Colombia

En Colombia, país donde rige la ley 472 de 1998, estatuto regulador de la materia, es preciso advertir que la terminología y clasificación de las acciones colectivas, por razones históricas y legislativas es del todo diferente, empezando por que son denominadas acciones populares y de grupo.

Las acciones populares corresponden a las que permiten la protección de los intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base. En cambio, las acciones de grupo son aquellas que permiten la defensa de los intereses y derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

En relación con las acciones populares, el criterio orientador en materia de costas es el de que el demandado vencido ha de sufragarlas en favor del actor popular; empero, cuando el vencido sea el demandante, éste solamente estará obligado a pagar las costas generadas en el curso del proceso a su contraparte, sólo si hubiese obrado con temeridad o mala fe, declarada por el juez en la respectiva sentencia.

Inicialmente la ley preveía la posibilidad de que el juez atendiendo unos criterios de liquidación objetivos, reconociese una recompensa al actor popular que obtuviese sentencia favorable, a manera de premio por su actuación y los resultados obtenidos. El apetito por obtener esta recompensa, en especial cuando se trataba de demandar contratos estatales siempre cuantiosos, hizo que se multiplicara peligrosa y abusivamente la litigiosidad de estas acciones, de manera que las mismas pasaron de ser ocasionales a numerosas, casi siempre infundadas. Recientemente este incentivo fue derogado por la ley 1425 de 2010, de manera que en la actualidad el actor popular que obtiene sentencia favorable solamente tendrá derecho a la fijación de las costas que en su favor y a cargo del demandado vencido fije el juez, dentro de las cuales se incluyen las agencias en derecho.

En lo que tiene que ver con la fijación de las costas y honorarios en las acciones de grupo, el artículo 64 de la ley 472 de 1998 al definir el contenido de las sentencias, prevé que estarán **“a cargo de la parte vencida”**, mientras que en lo relacionado con los honorarios de abogado coordinador, dispone que **“corresponderá al diez por ciento (10%) de la indemnización que obtengan cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente”**.

En el concepto de costas a cargo de la parte vencida, ha de incluirse la cantidad que a título de agencias en derecho ha de pagarle al vencedor. Se trata de un rubro que no es exactamente el que corresponde a los honorarios que ha de recibir directamente el abogado, sino a una suma que los jueces reconocen a quien ganó el pleito, que ha de pagarle quien perdió, a manera de contribución a la parte que obtuvo decisión favorable para que sufrague el costo que haya representado la contratación de su abogado.

Ahora bien, la fijación de un porcentaje del 10% de lo recibido por cada uno de los actores que no hayan sido representados judicialmente, a título de honorarios para el abogado coordinador, tal y como está concebida la ley, resulta inaplicable en la

práctica, porque *“las acciones de grupo deben promoverse por conducto de abogado titulado, según está previsto en el artículo 49 de la ley, por lo que no puede darse el caso de que algún miembro del grupo no haya estado representado judicialmente”*<sup>2</sup>. En efecto, si ningún miembro del grupo puede actuar directamente porque siempre habrá de hacerlo asistido por un abogado, hay que concluir que este aparte de la disposición rige pero no se cumple.

En ese orden de ideas, en el derecho colombiano en materia de costas y honorarios en acciones de grupo, el juez impondrá a la parte vencida la carga de cancelar a su contraparte las expensas que hubiere asumido, como también la suma fijada a título de agencias en derecho. Esta regla se advierte tanto si el grupo ha obtenido sentencia favorable, como cuando la decisión le ha sido adversa.

## 2.2. España

En España no existe ninguna normatividad específica en materia de honorarios, pues son los colegios de abogados de cada localidad los que determinan los criterios orientadores sobre la materia. Los honorarios de los abogados son de libre determinación por parte de los profesionales del derecho de cada proceso, pues las previsiones de los colegios de abogados, son simplemente criterios orientadores.

A criterio del relator español la ausencia de regulación normativa en materia de costos y honorarios en procesos en los cuales se ejerzan acciones colectivas, dificulta el acceso de los afectados a los procesos colectivos, y por ello aboga por la necesidad de que se fijen unos límites *“para garantizar que las ambiciones económicas de un letrado no impidan que se alcancen transacciones”*.

En resumen, en España los costos del proceso los asume la parte perdedora, siguiendo las reglas generales previstas en el artículo 394 de la ley de enjuiciamiento civil española, que es lo que gobierna también los procesos individuales. No obstante, también en el sistema español el juez puede matizar la condena, si decide no imponerla por haber apreciado serias dudas de hecho o de derecho, en cuyo caso cada quien abona sus propias costas.

En el ordenamiento español ante la incapacidad económica de alguna de las partes, existe la posibilidad de solicitar la justicia gratuita en caso de que existan sujetos procesales cuyos ingresos sean inferiores al doble del salario mínimo interprofesional. Tal justicia gratuita no se solicita propiamente de los órganos jurisdiccionales, sino de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, que es quien finalmente concede ese beneficio, asumiendo los costos. Así mismo, para favorecer la celeridad en la tramitación, la solicitud de justicia gratuita puede realizarse ante los colegios de abogados, que la conceden de manera provisional.

A pesar de la posibilidad de rogar justicia gratuita en España, tal regulación tiene escasísima incidencia en lo que tiene que ver con demandas colectivas, en virtud de que el tema no es materia de preocupación ni debate, en atención al protagonismo que asumen la asociación de consumidores o el grupo de afectados, para quienes no está prevista la dispensa de la justicia gratuita.

En España no existe reglamentación alguna que otorgue al abogado personería para actuar *per se* en una acción colectiva o de clase.

## 2.3. Uruguay

En el Uruguay no existe un tratamiento sistemático de los procesos colectivos, tampoco la colegiatura obligatoria y en cuanto al Colegio de Abogados, consiste en una asociación gremial que agrupa un 35% del total de los abogados y más del 65%

<sup>2</sup> Bejarano Guzmán, Ramiro, PROCESOS DECLARATIVOS, EJECUTIVOS y ARBITRALES. 5ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2011, p. 241.

de quienes suelen ejercer la profesión. Hasta finales de 2011 existía un arancel del Colegio de Abogados del Uruguay, el cual constituía una pauta no vinculante para la regulación judicial de los honorarios. Tal arancel fue sustituido por las Escalas de Honorarios Profesionales, en las que tampoco existe mención alguna de las acciones de clase y la defensa de los intereses difusos. No obstante, en estas Escalas, también la fijación del monto de los honorarios está atada a la regla de si el cliente ganó o no el pleito.

La ausencia de una regulación normativa sobre el tema de las acciones colectivas y de grupo, no ha incidido en el acceso a la justicia, porque en Uruguay la mayoría de acciones de esta naturaleza se han promovido mayormente por el Ministerio Público, y además porque es posible obtener asistencia letrada gratuita, siempre que se satisfagan algunas condiciones.

En materia de las acciones colectivas en Uruguay hay una regulación mínima y por ello se aplican las disposiciones generales del Código General del Proceso en cuanto a la asunción de costos del proceso a cargo de la parte vencida, existiendo por parte del juez una especie de discrecionalidad, pues puede atribuir en la sentencia responsabilidad en el pago de las costas y costos; es decir, el régimen general es de responsabilidad subjetiva, que toma en cuenta el comportamiento de las partes, salvo que exista una norma que disponga una condena expresa.

Las acciones colectivas suelen promoverse por ONG o grupos de personas que pueden solventar los gastos del proceso, pues a falta de una regulación normativa, no pueden imputarse los mismos a todos los miembros del grupo.

Por disposición constitucional en Uruguay, cuando una parte es declarada pobre “*la justicia será gratuita*”, con lo cual queda exonerada de pagar tributos y goza de algunas exenciones.

La fijación de los honorarios en el Uruguay obedece al criterio de la liberalidad, según lo acuerden cliente y abogado antes de asumirse la defensa, permitiéndose que en el caso de que no haya mediado acuerdo, en todo caso puedan ser regulados judicialmente.

En Uruguay cada parte paga su abogado, pero en el caso del ejercicio de una acción para la protección de los intereses difusos cancela el sujeto que esté legitimado sustancial o procesalmente, pero a ello no contribuyen los demás miembros del grupo que no hayan formulado la demanda.

Así mismo, es de destacar que el abogado no tiene poder alguno para actuar *per se*, salvo cuando sea directo interesado o personalmente haga parte del grupo.

#### 2.4. Argentina

En la Argentina no existe una regulación que se ocupe de definir pautas de los honorarios en los procesos colectivos, por lo que en esta materia se recurre a los lineamientos generales consagrados en las denominadas leyes arancelarias.

No obstante lo anterior, a partir de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2009, en el sonado caso “*Halabi*”, el alto tribunal dispuso que la ausencia de una regulación no era motivo suficiente para desestimar las acciones colectivas que se interpusieran, pues es un deber de los jueces hacer efectiva la tutela consagrada desde 1994 en la Constitución Argentina.

En todo caso, esta ausencia de regulación normativa se considera perjudicial, en particular con las dificultades que se presentan al ponderar estipendios cuando la base para fijarlos está relacionada con un valor nominal que no es el que efectivamente reciben los integrantes de la clase, como por ejemplo, los acuerdos no fijados en dinero, sino en bonos de descuento.

Se considera que la variable costos/honorarios-acceso a la justicia, tienen un

vínculo directo, pues la ausencia de una regulación legal concreta, determina que un solo abogado o grupo de profesionales del derecho se apropien de la dirección del litigio, o el peor escenario, que en el caso de acciones que no resulten rentables, se ve comprometido ese acceso a la justicia.

No existe tampoco regulación respecto de los acuerdos de transacción y de conciliación, por lo cual, en cada caso, el juez ha de realizar un juicio respecto de la conveniencia de lo transigido o conciliado y en especial, si es favorable o no para los miembros del grupo.

Ante la ausencia de regulación legal expresa sobre quién ha de asumir los costos del proceso colectivo, se aplica en forma supletoria la regla vigente en los ordenamientos procesales residuales, de imponer las costas a la parte vencida en el juicio. En tal evento, es el juez quien determina la condena en costas y además establece el monto de los honorarios.

Tampoco hay normatividad que defina quién asume los costos de la tramitación del proceso, por lo que es dable suponer que en ciertos casos los asumen quienes promuevan las acciones colectivas, bien sean las asociaciones, el defensor del pueblo o los abogados mismos si se trata de un particular que enfrente una demanda cuantiosa en nombre de un grupo. En todo caso, se destaca que en un proceso promovido por una asociación de consumidores, se imputó al Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, los costos de la notificación de la demanda a los diferentes miembros de la clase.

El principio objetivo de la derrota es el que prevalece a la hora de definir quién ha de asumir los costos realizados en el curso de un proceso, porque la regla general es la de que quien pierde paga, aun excepcionalmente los jueces pueden distribuirlas de otra manera, si hubiere motivo para ello.

En materia de procesos colectivos no existe disposición alguna que obligue a una entidad del Estado a asumir los costos de un proceso, cuando el actor carezca de recursos, a menos que el demandante sea el mismo Defensor del Pueblo, quien deberá asumir tal carga, pero por su condición de demandante. En todo caso, en los procesos colectivos podrían los demandantes beneficiarse de la asistencia legal gratuita que dispensa el Ministerio Público.

La fijación de los honorarios de los abogados en los procesos colectivos tampoco cuenta con una regulación especial, pero aunque no existe conciencia en la Argentina del papel del juez al respecto, es él quien establece el monto de los mismos siguiendo las pautas arancelarias generales.

Los abogados suelen pactar con sus clientes los honorarios por la gestión, utilizando distintas variables, como una suma fija, cuota litis. Aunque el mismo criterio ha de tenerse en cuenta en las acciones colectivas, al menos la opinión personal del relator nacional argentino, es la de que cuando el grupo o la clase resulten condenados al pago de las costas, los que estuvieron ausentes del litigio no deben verse afectados. Es decir, la condena en estos casos debe comprometer a los promotores del proceso colectivo y no a los miembros de la clase.

La ausencia de una reglamentación especial para los honorarios de los abogados en los procesos colectivos, implica que tampoco se ha delineado obligación alguna a cargo del representante del grupo o de los miembros ausentes representados. En el marco actual, los costos por honorarios podrán ser desplazados a los miembros del grupo, sólo si expresa o tácitamente aceptan la gestión. De no ser así, han de ser asumidos por el representante de la clase.

## 2.5. *Brasil*

La ley brasilera que gobierna el tema de la fijación de los honorarios y recompensas en las acciones colectivas, en sus artículos 15, 17 y 21, define un sistema

de remuneración que aunque admite la posibilidad de los pactos de cuota litis, en términos generales está sustentado en el reconocimiento de la labor exitosa del abogado.

En efecto, como incentivo para la presentación de las acciones colectivas y el control activo de los procesos colectivos, el juez podrá atribuir una gratificación financiera al representante y al interviniente cuya actuación resulte relevante en la tutela de los derechos, intereses y garantías del grupo y de sus miembros. Ese valor puede ser calculado teniendo como base la indemnización que sea reconocida o pagada independientemente por el demandado. En su evaluación, el juez tendrá en consideración la participación del legitimado en el descubrimiento de las conductas ilícitas y en la resolución del conflicto, su actuación adecuada, entre otros factores que demuestren la utilidad de su participación y su conducta ejemplar.

Tal criterio orientador de definición de los honorarios del abogado fundado en que su actuación haya sido trascendente para la conducción y éxito de la acción colectiva, ha de advertirse si el legitimado para recibir el incentivo es una persona natural, sindicato o asociación.

En el cálculo de los honorarios, el juez tomará en consideración el beneficio del grupo, la categoría de la clase, la cantidad y calidad del trabajo realizado por el abogado y la complejidad de la causa.

De otro lado, si el legitimado para recibir el incentivo es una persona natural, una entidad sindical, o de fiscalización del ejercicio profesional, asociación civil o fundación de derecho privado, el juez, sin perjuicio de la cuota litis, podrá fijar una gratificación financiera a cargo del fondo de derechos difusos o colectivos, cuando su actuación haya sido relevante en la conducción y éxito de la demanda colectiva, observando los criterios de razonabilidad y moderación.

Sin duda se trata de un sistema inspirado en el derecho americano, que por ser definido por el juez con base en criterios que en ocasiones pueden parecer muy subjetivos, está expuesto a críticas y desajustes en la práctica.

### **3. La regla en materia de honorarios y gastos en los Estados Unidos**

Las reglas previstas en el derecho americano difieren del todo del sistema iberoamericano, pues en éste además de que el abogado *per se* puede convertirse en promotor autónomo de una acción de clase (*class action*), cada parte ha de asumir sus propios gastos de índole procesal, sin que exista la posibilidad de la condena en costas para quien pierde el pleito.

Dentro de ese sistema, rige también la regla de que los honorarios se establecen previo acuerdo privado entre el cliente y su propio abogado.

No obstante lo anterior, existe el sistema denominado "*Contingency fee*", que es una especie de acuerdo, en el que el abogado asume la responsabilidad de costear todos los gastos necesarios durante el trámite del proceso, pero en contraprestación sus honorarios dependen del resultado exitoso de su gestión ("*no win, no pay*").

La regla general del acuerdo privado sobre honorarios definida entre cliente y abogado, no es absoluta en lo que tiene que ver con las acciones colectivas, pues, por lo general este tema debe ser dirimido y fijado por el propio juez que conduce el proceso, atendiendo a la naturaleza de la acción colectiva que se tramite.

Así las cosas, la jurisprudencia estadounidense ha establecido diferentes criterios viables para el reconocimiento y fijación de los honorarios en las acciones colectivas, tales como el del método del *Porcentaje* y el método *Lodestar* para la acción colectiva de naturaleza indemnizatoria, con la formación de un fondo común de dinero.

Bajo el método del Porcentaje, se ordena por el juez que del Fondo común se

extraiga un porcentaje que tenga como destino asumir las costas procesales y los honorarios del abogado que tuvo la responsabilidad de representar al grupo. Ese Fondo, como se sabe, se conforma con la contribución de todos los miembros del grupo que resultaron favorecidos con la sentencia que acogió sus pretensiones, quienes deberán aportar para el mismo en forma proporcional al beneficio individualmente reportado. Los únicos miembros del grupo que quedan a salvo de contribuir a ese Fondo común, son aquellos que se hubieren hecho partes del proceso a través de un abogado contratado personalmente para intervenir en el trámite de la acción colectiva.

La metodología del Porcentaje es sin duda, una modalidad de “*Contingency fee*”, en atención a que el Fondo común para el pago de los honorarios sólo podrá constituirse si el grupo obtuvo sentencia favorable. Por esa razón, esta metodología puede generar acuerdos muy favorables para el abogado y hartos perjudiciales para los miembros del grupo, por lo cual el papel del juez en la aprobación de éstos, es definitivo y trascendente para evitar abusos.

El Método *Lodestar* surgió como reacción a los abusos del Método del *Porcentaje*, y consiste en calcular los honorarios según el trabajo realizado por el abogado y el número de horas que haya trabajado (**Caso Lindy Bros Builders, Inc of Philadelphia vs. American Radiator**). Bajo esta metodología, el abogado tiene que soportar la carga de rendir cuentas precisas de las horas trabajadas en el proceso, por lo que es frecuente que los jueces se empeñen en exigir rendiciones periódicas o implementar otros controles que aseguren una justa y proporcionada remuneración de los servicios del profesional del derecho y que eviten la tentación de que se realicen labores innecesarias para acumular horas de trabajo o que terminen remuneradas estrategias claramente dilatorias diseñadas por el propio abogado.

Los honorarios derivados de las horas trabajadas por el abogado pueden ser incrementados por el juez, si desde el inicio del proceso define factores que de una u otra manera pertenecen a la modalidad de “*Contingency Fee*”. En efecto, el juez puede aumentar los honorarios, si considera que el abogado obtuvo un resultado muy satisfactorio para los intereses del grupo (*fee enhancer*), o si estima que el abogado aceptó vincularse a un asunto que otros profesionales del derecho no habrían asumido (*quality premium*), o también si concluye que el abogado asumió un riesgo alto de no recibir remuneración alguna (*contingency bonus*).

Por otra parte, en las acciones colectivas que se adelantan sin la conformación de un fondo común, para los casos de litigios de interés público sin carácter pecuniario, se prevé una especie de recompensa o retribución especial para los abogados, en virtud de que en forma altruista y despojada de intereses pecuniarios interponen estas acciones. En casos como éstos, de manera excepcional a la “*American Rule*” los honorarios corren a cargo de la parte demandada y vencida en juicio. La “*American Rule*” opera sólo en favor del demandante, no del demandado, pues este único evento en el que tiene derecho a exigir que el demandante pague los honorarios de su abogado, se suscita cuando la contraparte haya obrado con temeridad o mala fe.

Es probable que el demandado concluya un acuerdo con el grupo a partir de reconocer la pretensión, el cual puede llegar a comprometer los honorarios del abogado del demandante, cuando éstos dependían de que el demandado vencido debía pagarlos.

En definitiva, a partir de una reforma decretada en 2003, la Regla 23 no establece un método preferencial para calcular los honorarios, pero le permite al juez designar otros jueces que los definan. Así mismo, la Regla 23 permite al juez seleccionar los abogados del grupo y ordenarles a los candidatos que presenten previamente una propuesta de honorarios, e inclusive puede convocar una audiencia en la que fije los honorarios, teniendo en cuenta algunos factores probatorios.



#### 4. La regulación de costos y honorarios en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

El Código Modelo de Procesos Colectivos (CMPC) preparado por el Instituto Iberoamericano, a nuestro juicio, consagra fórmulas justas y razonables de fijación de los honorarios y costos del proceso, que por lo mismo resultan atractivas tanto para los países que no han regulado las acciones colectivas, como para aquellos que ya lo han hecho y registran importante experiencia en estos litigios.

En efecto, el citado artículo 15 del CMPC, dispone lo siguiente:

*Costas y honorarios. En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia condenará al demandado, si fuere vencido, en las costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, así como en los honorarios de los abogados de la parte actora.*

*Parágrafo 1. Para el cálculo de los honorarios, el juez tendrá en consideración la ventaja para el grupo, categoría o clase, la cantidad y calidad del trabajo desempeñado por el abogado de la parte actora y la complejidad de la causa.*

*Parágrafo 2. Si el legitimado fuere persona física, sindicato o asociación, el juez podrá fijar una gratificación financiera cuando su actuación hubiera sido relevante en la conducción y éxito del proceso colectivo.*

*Parágrafo 3. Los actores en los procesos colectivos no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales.*

*Parágrafo 4. El litigante de mala fe y los responsables de los respectivos actos serán solidariamente condenados al pago de los gastos del proceso, de los honorarios de los abogados de la parte contraria y al décuplo de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios.*

Como bien lo anota Alberto Benítez<sup>3</sup>, el artículo antes transcrito consagra “un trato diferenciado entre el actor y el demandado, respecto de la condena a costas entre uno y otro” que a juicio del autor citado “no es desmedido, ni provoca una afectación innecesaria a la parte demandada”.

El sistema propuesto en el CMPC es equilibrado, moderno y práctico, porque atribuye al demandado vencido la carga de pagar las costas y honorarios, por regla general, lo cual es sano. Y lo es, porque no propicia criterios subjetivos, que siempre generan inseguridad y controversias.

Este sistema del CMPC además contempla un criterio adecuado de cálculo de los honorarios, a partir de que el juez considere elementos objetivos tales como la ventaja para el grupo derivado de la gestión del abogado, la cantidad y calidad de la gestión desplegada por el profesional del derecho y la complejidad del asunto.

También se recogen en este sistema criterios propios de la *contingency fee*, en cuanto se prevé remuneración consistente en una gratificación financiera en favor de la persona física, sindicato o asociación, siempre que su intervención hubiese sido determinante en la conducción y buen suceso del proceso colectivo.

A su turno, el sistema del CMPC protege al actor o demandante en procesos colectivos, en cuanto prevé que solamente cuando haya actuado de mala fe, será condenado al pago de honorarios de abogados, costas y gastos procesales. Ello contribuye a que los interesados en promover acciones colectivas, no tengan temor de proponer sus demandas ante el riesgo de ser condenados de resultar vencidos.

Así mismo, el sistema del CMPC no prohíbe al abogado convertirse *per se* en

<sup>3</sup> Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo Iberoamericano. Comentarios artículo por artículo. Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac Gregor, coordinadores. Editorial Porrúa, Universidad Nacional de México, 2008, págs. 212 y 216.



---

promotor de juicios colectivos, pero entraña un seguro control para evitar los eventuales abusos que se generan en estos casos.

A no dudarlo, la normativa del CMPC es un avance significativo en la solución del complejo tema de quién paga los honorarios y costos generados en un proceso de acción colectiva.

El sistema ideal no existe, ni está inventado, por lo que, en todo caso, el que haya de adoptarse ha de mirar en primer término que no cercene el acceso a la justicia, y, en segundo lugar, que resulte proporcionado. Ésas, precisamente, son las características que sí se avizoran en el CMPC.



**LOS PROCESOS COLECTIVOS EN ARGENTINA.  
NOVEDADES. PROYECTOS DE REFORMA**



## NOVEDADES LEGISLATIVAS Y PROYECTOS DE LEY SOBRE PROCESOS COLECTIVOS EN ARGENTINA

por ANDREA A. MEROI\*

### I. Presentación

La reforma de 1994 a la Constitución de la Nación Argentina introdujo el denominado “amparo colectivo” en el párrafo 2º de su artículo 43: “...Podrán interponer esta acción [de amparo] contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protejan al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Luego de tantos años transcurridos, puede afirmarse que todavía esperamos una completa regulación de los mecanismos especiales y específicos para la tutela de esos “derechos de incidencia colectiva”.

Para mayor complejidad en la reglamentación de esta cláusula constitucional, la distinción entre competencias legislativas “nacional” y “provinciales” que impone nuestra organización federal no siempre es clara, particularmente en lo que refiere a la materia procesal<sup>1</sup>. Salvo algunas honrosas excepciones que lamentablemente no podemos reseñar aquí<sup>2</sup>, tampoco las provincias han acometido una reforma sistemática y completa de esta materia.

Sin perjuicio de ello, hubo una serie de hechos destacables en el ámbito nacional: a) a nivel jurisprudencial, la sucesión de fallos en la causa “Mendoza”<sup>3</sup> y el fallo “Halabi”<sup>4</sup>, que han marcado hitos en los aspectos procesales de la tutela de intereses supraindividuales e individuales homogéneos, respectivamente; b) la sanción de la ley 25.675 (Ley General del Ambiente) y de la ley 26.361 (reforma de la Ley de Defensa del Consumidor), que introdujeron normas procesales para la sustanciación de proce-

\* Profesora Titular Ordinaria de Derecho Procesal I. Universidad Nacional de Rosario.

<sup>1</sup> En principio reservada a las provincias (art. 75, inc. 12, Const. Nac.), aunque con muchísimas excepciones (Ley de Concursos y Quiebras, Ley General del Ambiente, Ley de Defensa del Consumidor, etc.).

<sup>2</sup> De manera harto incompleta y a solo título ejemplificativo, citamos el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires (Ley 13.133) y la Ley de Amparo de la misma provincia (Ley 13.928, que prevé el amparo colectivo), el Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de San Juan (Ley 7714) y la Ley de Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Derechos Colectivos de la misma provincia (Ley 6006), el Código Ambiental de la Provincia de Chubut (Ley 5439), la Ley de Amparo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 2145, que incluye el “amparo colectivo”), el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Río Negro (arts. 688 bis, ter, quáter y quinquies), etcétera.

<sup>3</sup> CSJN, 20.06.2006, “Mendoza, Beatriz y otros c. Estado Nacional y otros”, Expte. Nº M.1569.XL y las sucesivas resoluciones dictadas en la causa; todas ellas pueden consultarse en [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar).

<sup>4</sup> CSJN, 24.02.2009, “Halabi, Ernesto c/PEN”, LL 2009-B, 157.

sos colectivos; c) la presentación de varios proyectos de reforma que persiguen regular el “amparo colectivo” o bien la “acción de clase”.

Nos corresponde relevar esas novedades legislativas y proyectos de reforma que, para un mayor desarrollo, limitaremos exclusivamente al nivel nacional.

## II. Novedades legislativas

### 1. Ley General del Ambiente

#### A) Regulación legal

Ya cerca de cumplir una década desde su sanción, la Ley 25.675<sup>5</sup> está lejos de constituir una novedad pero se justifica su mención por tratarse de una norma general de notable impacto en uno de los ámbitos (el derecho ambiental) de mayor necesidad de las “acciones colectivas”<sup>6</sup>. La Ley General del Ambiente regula aspectos propios de un proceso colectivo, bien que lo hace de manera hartamente insuficiente.

Así, se ocupa de determinar la competencia judicial para estas pretensiones<sup>7</sup> y asegura que el “acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie” (art. 32).

La ley regula la legitimación en materia ambiental distinguiendo según el tipo de pretensión (art. 30):

a) *Daño al ambiente en sí mismo.*

a’) Pretensión de recomposición o indemnización.

La legitimación corresponde al afectado, al defensor del pueblo, a las asociaciones, al Estado Nacional, provincial o municipal.

a’’) Pretensión de cese del daño.

La legitimación corresponde a “toda persona” (acción popular).

b) *Daño a las personas o a las cosas derivados del daño ambiental.*

La legitimación corresponde a la “persona directamente afectada”. No existe previsión legislativa para la hipótesis de múltiples afectados (*i.e.* en número significativo, que habilite a considerar la existencia de una “clase” o de “intereses plurales homogéneos”)<sup>8</sup>.

En materia de prueba, la ley habilita al juez a “disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general” (art. 32) y reconoce la misma fuerza probatoria de los dictámenes periciales a “los dictámenes emitidos por organismos del Estado sobre daño ambiental, agregados al proceso”, sin perjuicio del derecho de impugnación de las partes (art. 33)<sup>9</sup>.

Respecto de las “medidas de urgencia”, las facultades del juez son amplísimas: las puede disponer “en cualquier estado del proceso”, “aun con carácter de medida

<sup>5</sup> B. O. 28-11-2002.

<sup>6</sup> Cfr. LORENZETTI, R., *Teoría del Derecho Ambiental*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 28 y ss.; *Teoría de la decisión judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 425 y ss.; ROSATTI, H., *Derecho Ambiental Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, pp. 49 y ss.; etcétera.

<sup>7</sup> “...la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia” (art. 32), “por el territorio, la materia o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal” (art. 7).

<sup>8</sup> Entendemos que el fallo “Halabi” ha venido a despejar positivamente este interrogante, si se reúnen los requisitos allí previstos para la existencia de una “clase”.

<sup>9</sup> Particularmente, agregamos, cuando la pretensión se dirige contra el ente estatal del que emana el informe o vinculado de alguna manera con éste.

precautoria”, “aun sin audiencia de la parte contraria, prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse” y “asimismo, disponerlas sin petición de parte” (art. 32).

Finalmente, en la sentencia “de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes” (art. 32, sentencia “extra petita”) y “hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes* a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias” (art. 33).

## B) *Funcionamiento de la norma*

La aplicación de la ley a los casos concretos ha mostrado ciertas lagunas y debilidades, particularmente en causas de impactantes dimensiones<sup>10</sup>.

### a) *Trámite*

El amparo se exhibió notoriamente insuficiente como forma procesal apta para sustanciar pretensiones de esta índole. Ya sea por el número de sujetos involucrados, de pretensiones cruzadas o verdaderos “conflictos multipolares”<sup>11</sup> o “policéntricos”<sup>12</sup>, por la necesidad de complejos debates o de profusa prueba, lo cierto es que no fueron pocos los tribunales que recondujeron el trámite del amparo al del juicio ordinario<sup>13</sup>.

Párrafo aparte merece la discusión en torno a si la ley creó una nueva especie de “amparo”: el “amparo ambiental” (art. 30, último párr.). Por la afirmativa responden Sagüés<sup>14</sup>, Prieri Belmonte<sup>15</sup> y Basterra<sup>16</sup>; por la negativa, López Alfonsín<sup>17</sup>.

En cuanto al “acceso a la jurisdicción sin restricciones” que consagra el art. 32, se ha “señalado que conlleva no sólo la posibilidad de iniciar el litigio, sino que es una garantía que asiste a las partes durante todo el trámite del proceso, circunstancia que resulta a priori razonable por la naturaleza difusa de la pretensión que encierra esta

<sup>10</sup> Ciertamente, “Mendoza” (contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo), pero también “Asociación Superficiares de la Patagonia c. YPF y otros”, “Salas c. Provincia de Salta y Estado Nacional” y un largo etcétera. En general, respecto de los requerimientos específicos del proceso ambiental, puede v. con provecho SBDAR, C. y MORELLO, M., *Acción popular y procesos colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente*, Buenos Aires, Lajouane, 2007.

<sup>11</sup> Cfr. ENTELMAN, R., *Teoría de conflictos*, Barcelona, Gedisa, 2002, para quien “[n]o se trata por cierto de casos en que uno distingue claramente dos bandos constituidos por sendos grupos integrados por individuos o subgrupos con intereses claramente coincidentes. Por ejemplo, se trata de diferenciar un actor contaminante de un grupo de vecinos que cuestionan su actividad, de un conjunto de trabajadores que prestan servicios en la planta que genera polución, de un Municipio que reivindica el cobro de impuestos a la actividad cuestionada por otros actores, pero que representa también a los vecinos y a los propios trabajadores, como habitantes de su jurisdicción” (p. 86).

<sup>12</sup> Cfr. MAURINO, G. y SIGAL, M., “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, en *Lexis* N° 0003/014394 o 0003/014396, SJA 22.04.2009; LORENZETTI, R., *Justicia colectiva*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pp. 166 y ss.

<sup>13</sup> Paradigmáticamente, CSJN, 13.05.2008, “Pla, Hugo c. Provincia de Chubut y otros”, LL 2008-D, 526.

<sup>14</sup> SAGÜÉS, N., “El amparo ambiental (ley 25.675)”, en LL (La Ley) 2004-D, 1194. El autor critica la inclusión de una nueva subespecie de amparo, pero considera que efectivamente fue introducida por la ley.

<sup>15</sup> PRIERI BELMONTE, D., “El amparo ambiental”, en *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, N° 22, Febrero de 2003; “Los efectos erga omnes de la sentencia en la acción de amparo ambiental”, en JA (Jurisprudencia Argentina), 2003-III-1284.

<sup>16</sup> BASTERRA, M., “El amparo ambiental, ¿acción popular o acción colectiva? El caso Cirignoli”, en LL (La Ley) 2006-D, 320.

<sup>17</sup> LÓPEZ ALFONCÍN, M., “Las Acciones Ambientales”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Manili, P. (coordinador), Buenos Aires, Universidad, 2005, pp. 224-225.



clase de reclamos que benefician a la comunidad toda”<sup>18</sup>, con lo que se eximió al recurrente de abonar el depósito previo a la interposición de un recurso de inaplicabilidad de ley provincial.

#### b) *Demanda y contestación de demanda*

La falta de una adecuada regulación desnuda frecuentes conflictos entre las previsiones comunes de la ley procesal, por un lado, y los principios generales del derecho ambiental, por el otro. En primacía de estos últimos, a menudo se admiten demandas que son, técnicamente, “denuncias”<sup>19</sup>. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por caso, admitió un planteo de “defecto legal en el modo de proponer la demanda”<sup>20</sup> que recibió tanto comentarios laudatorios<sup>21</sup> cuanto críticos<sup>22</sup>.

La contestación de demanda, por ejemplo, en un pleito iniciado por diecisiete actores (por sí y, en algunos casos, por sus hijos), contra tres estados (Nacional, Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y cuarenta y cuatro empresas<sup>23</sup> –a qué dudarlo– requiere de un procedimiento especial. La Corte hubo de crear uno *ad hoc*, que describió prolijamente en una resolución<sup>24</sup>. Así, dispuso un plazo excepcional y de carácter común para la contestación de demanda de todos los demandados, advirtió de la imposibilidad de oponer excepciones previas a fin de evitar dilaciones indebidas y ordenó que –además del formato papel– la contestación se acompañara de versión digitalizada y fuera sintetizada en un informe verbal a brindarse en audiencia pública.

#### c) *Intervención de terceros*

El art. 30 de la ley 25.675 establece que “deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros”. Elementalmente, la literalidad de la norma trae problemas si todos (¿los 10 millones de vecinos afectados por la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo?) pretenden intervenir como tercero. Llegó un momento en que la propia Corte denegó nuevos pedidos de intervención en

<sup>18</sup> SCBA, 02.11.2005, “Granda, Aníbal y otros c. Edalap SA”, Lexis N° 14/108445 o 14/108444.

<sup>19</sup> *I.e.*, participaciones de conocimiento sobre ciertos hechos, *prima facie* ilegítimos o dañosos, para que alguien investigue, y no la deducción de una concreta pretensión dirigida contra uno o varios sujetos identificados y fundada en un hecho con relevancia jurídica para obtener sentencia favorable (cfr. BRISEÑO SIERRA, H., *Derecho Procesal*, México D. F., Cárdenas Editor, 1969, t. II, pp. 173 y ss.; ALVARADO VELLOSO, A., *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, t. 1, pp. 40 y ss.).

<sup>20</sup> CSJN, 29.08.2006, “Asociación Superficialarios de la Patagonia c. YPF y otros”, A.1274.XXXIX.

<sup>21</sup> ZAMBRANO, P., “El derecho de defensa en juicios ambientales”, en *LL (La Ley)* 2006-F, 625.

<sup>22</sup> PEYRANO, J., “Peculiaridades de la excepción de defecto legal en un proceso colectivo ambiental”, en *LL (La Ley)* 2006-F, 416; TORRES TRABA, J., “Defecto legal en la demanda en los procesos ambientales”, en *LL (La Ley)* 2009-A, 289.

<sup>23</sup> Tal el caso “Mendoza”.

<sup>24</sup> CSJN, 22.08.2007, “Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional y otros”. Allí la Corte sostuvo que “las características típicas de todo proceso colectivo, la excepcional naturaleza de una causa cuyo objeto procesal es la tutela del bien colectivo –en el caso, por contaminación del río Matanza-Riachuelo– y la necesidad de encauzar su trámite mediante un procedimiento útil y eficiente que no frustre ni distorsione los ingentes intereses comprometidos ni el adecuado y oportuno ejercicio por el Tribunal de su jurisdicción constitucional, justifica que todo lo concerniente a dicha substanciación, a la citación de los emplazados y a las contestaciones de la demanda de acuerdo a los arts. 338, 339 y 356 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, se supedite a reglas que deberán ser observadas para la concreción de los actos comprendidos en las etapas indicadas”. Al respecto, v. Sbdar, C., “Proceso colectivo ambiental”, *LL (La Ley)*, 2009-A, 922.

la causa "Mendoza" pues, afirmó, a ese momento se encontraba "suficientemente representada la condición de afectados y/o interesados en cuanto al daño colectivo"<sup>25</sup>.

#### d) *Acumulación de pretensiones y de procesos*

En este tópicó, se advierte alguna disfuncionalidad por la tensión entre la necesidad de la acumulación, por un lado, y la preservación de ciertas competencias, por el otro.

El caso se dio singularmente en las causas originadas en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en los tribunales superiores de Provincia, que tienen competencias originarias y exclusivas de excepción<sup>26</sup>. La necesidad de acumular todas las pretensiones con causa en el mismo hecho dañoso del ambiente (y de erradicar el riesgo de dictado de sentencias contradictorias) compite con la de preservar esa atribución extraordinaria de funciones. La Corte privilegió la excepcionalidad de su competencia y ordenó la escisión del proceso, reteniendo sólo la pretensión de cese y reparación del daño ambiental y derivando las pretensiones de daños individuales por la lesión al ambiente al juez competente<sup>27</sup>.

Quizá debiera regularse una "acumulación impropia", al estilo de la prejudicialidad<sup>28</sup>, de modo de salvar los dos valores en juego.

#### e) *Prueba*

Los problemas más frecuentes tienen que ver con la dificultad probatoria del hecho lesivo al ambiente, de los daños, de la conducta del agente, de la relación de causalidad, entre muchísimos otros necesitados de prueba<sup>29</sup>. Para conjurar esta dificultad están los *principios ambientales* (entre ellos, no es menor el "precautorio") y una suerte de "inversión de carga de la prueba" (fundado en el art. 4 de la ley 25.675) que "no debe entenderse... en su sentido literal o estricto, pues, ello supone que el interlocutor del riesgo deba eliminar cualquier duda acerca de la peligrosidad del producto o actividad en cuestión y probar un riesgo cero, sino que se trata de promover un rol más activo del introductor del riesgo para determinar su grado de probabilidad y magnitud facultando a las autoridades públicas a exigirle que aporte sus propias conclusiones científicas en base a las cuales estima que tales productos o actividades no traen aparejados riesgos desproporcionados al público o al medio ambiente"<sup>30</sup>.

Otro problema que también suele plantearse es el de los costes de muchas de estas pruebas –frecuentemente inasequibles para un vecino o una pequeña asocia-

<sup>25</sup> CSJN, 20.03.2007, "Verga, Ángela y otros c. Estado Nacional y otros", causa V.625.XLII. La actora había solicitado la acumulación de esta causa con "Mendoza"; la Corte rechazó el pedido, consideró a los actores como terceros intervinientes en "Mendoza" y realizó el anuncio transcripto en el texto.

<sup>26</sup> Vgr., CSJN, 13.05.2008, "Pla, Hugo c. Provincia de Chubut y otros", LL 2008-D, 526; "Mendoza", 20.06.2006.

<sup>27</sup> "Se prioriza la regla de competencia originaria de la Corte por sobre la posibilidad de que, al tramitar en diferentes sedes, las cuestiones planteadas por los actores (aquí, litisconsortes activos) tengan diversa suerte" (CAMPS, C., "Aspectos destacables de la causa 'Mendoza': más pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para el trámite de procesos colectivos", en JA [Jurisprudencia Argentina], 2008-IV-1167).

<sup>28</sup> Sobre "acumulación impropia" o "prejudicialidad" puede v. ALVARADO VELLOSO, A., *Sistema procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, t. II, pp. 145-149.

<sup>29</sup> Cfr. CAFFERATTA, N., "La prueba del daño ambiental", en JA (Jurisprudencia Argentina), 2005-IV-1410; CAFFERATTA, N. y MORELLO, A., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004; CAMPS, C., "Derecho procesal ambiental: nuevas pautas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis, tomo 7.

<sup>30</sup> CSJN, 29.12.2008, "Salas c. Provincia de Salta y Estado Nacional", causa S.1144.XLVIII; 14.10.2008, "Werneke c. Ministerio Asuntos Agrarios Prov. Bs. As." (voto en disidencia de Maqueda y Zaffaroni).

ción que inicie este tipo de pretensiones—, los adelantos de honorarios para pericias gravosas, etcétera.

#### f) *Sentencia*

Quizá sea éste el tema más urgido de soluciones legales imaginativas y eficaces: y es que en estos casos, a menudo de “litigio estructural”<sup>31</sup>, la “hora del proceso” vuelve a ser la de la ejecución de la sentencia.

Como lo expresó la Corte Suprema en el caso “Mendoza”, “la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces”<sup>32</sup>. Se trata, por lo demás, de causas que avanzan por sobre competencias tradicionalmente libradas a la discrecionalidad de los poderes políticos, con lo que la Corte se ha cuidado de otorgar “...los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de la discrecionalidad de la Administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo”<sup>33</sup>.

El análisis de la implementación del fallo “Mendoza” excede notoriamente el propósito de este trabajo, pero permítasenos destacar algunas de sus múltiples peculiaridades<sup>34</sup>: la precisión de un verdadero “programa”, equiparable a la *specific equitable relief* estadounidense<sup>35</sup>; la creación de un procedimiento de ejecución, con determinación del obligado al cumplimiento (Autoridad de Cuenca), multas por incumplimiento, control judicial de la ejecución (Juez Federal de Quilmes), control patrimonial (Auditoría General de la Nación) y control popular (Defensor del Pueblo y cuerpo colegiado de ONGs); la litispendencia sobre futuros procesos aun en ausencia de conexidad con la *causa petendi*; la competencia funcional *per saltum* de la Corte Suprema de Justicia, etcétera.

A varios años del principio de ejecución del fallo “Mendoza”, las demoras y los múltiples incumplimientos dan acabada cuenta de las resistencias y dificultades que plantea la ejecución de este tipo de sentencias<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> La literatura es vastísima; sólo a título de ejemplo, FISS, O., *The Law as it could be*, New York & London, New York University Press, 2003, en especial Capítulos 6 y 7; “Foreword: The forms of Justice”, *93 Harvard Law Review*, 1 (1979); RENDLEMAN, D., *Complex Litigation: Injunctions, Structural Remedies and Contempt*, Foundation Press, 2010; etcétera.

<sup>32</sup> Sentencia del 08.07.2008.

<sup>33</sup> Sentencia del 08.07.2008.

<sup>34</sup> Con enorme provecho, puede v. CAMPS, C., “Aspectos...”, op. y loc. cit.; VERBIC, F., “El caso ‘Mendoza’ y la implementación de la sentencia colectiva”, en *JA* (Jurisprudencia Argentina), 2008-IV-336; DRUCAROFF AGUIAR, A., “Imperatividad de las sentencias y responsabilidad personal de los funcionarios públicos”, en *LL* (La Ley) 2009-F, 411; etcétera.

<sup>35</sup> O a las “preventive, reparatory and structural injunctions” (cfr. FISS, O., “The Civil Right Injunction”, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978, p. 7, cit. por VERBIC, F., “El caso...”, op. y loc. cit.). Mayores desarrollos de estos temas, pueden v. en FISS, O., *The Law as it could be*, New York & London, New York University Press, 2003, en especial Capítulos 6 y 7; “Foreword: The forms of Justice”, *93 Harvard Law Review*, 1 (1979). Como también aclara Taruffo, este tipo de sentencias no fijan analíticamente y por anticipado todas y cada una de las actividades que deben llevarse a cabo, sino que indican los *resultados* que la ejecución debe producir y, a todo evento, los *criterios generales* que deben respetarse al efecto (cfr. “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, pp. 142 y ss., también citado por Verbic).

<sup>36</sup> Cfr. la propia página de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar), para la “saga” de fallos en la causa, así como [www.farn.org.ar](http://www.farn.org.ar), asociación ambientalista que releva el cumplimiento del fallo.

## 2. Ley de Defensa del Consumidor

### A) Regulación legal

La ley 26.361<sup>37</sup> introdujo numerosas reformas a la ley 24.240, entre las que se destacan las normas procesales. La nueva regulación trata la “defensa de los intereses de incidencia colectiva” en varias disposiciones que entendemos conveniente transcribir:

Artículo 52 – *Acciones judiciales*. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

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

Art. 53 – *Normas del proceso*. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

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.

Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

Art. 54 – *Acciones de incidencia colectiva*. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.

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

<sup>37</sup> B. O. 07.04.2008.

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.

Art. 55 – *Legitimación*. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.

## B) *Funcionamiento de la norma*<sup>38</sup>

La lectura de los artículos antes transcriptos exhibe la falta de una regulación integral, sistemática y coherente de los conflictos que involucran a un número significativo de consumidores.

Nada mejor que la confesión del senador Fernández, para quien “lo lógico y lo ideal hubiera sido una redacción pormenorizada que permita el abordaje limitativo de las acciones de incidencia colectiva o de las acciones de clase. Sin duda, este asunto lo deberíamos tener en mente para plantearlo en un proyecto de ley específico y dar así un tratamiento complejo y completo al tema de la incidencia colectiva. En este sentido, si dejáramos la redacción original tal como venía, generábamos un complejo universo en el cual iban a multiplicarse las demandas y los juicios frente a una misma situación de conflicto. Entonces, se ha encontrado una redacción que sé que no es absolutamente abarcativa de la problemática de la acción de incidencia colectiva; no obstante hemos asumido el compromiso de elaborar al respecto un proyecto que está en tratamiento en el Senado, a fin de que contemple este asunto en forma general y completa...”<sup>39</sup>

Veamos algunos aspectos problemáticos:

### a) *Caracterización de los “derechos de incidencia colectiva”*

La solución de compromiso consagrada en el artículo 43 de la Constitución Nacional delegó al debate doctrinario y jurisprudencial –y, eventualmente, a una opción legislativa– la definición misma de qué es un “derecho de incidencia colectiva en general”, previsto como cláusula de cierre para una serie de objetos de tutela colectiva.

Las discusiones giran en torno a si la expresión “derechos de incidencia colectiva” alude sólo a los denominados “intereses supraindividuales”<sup>40</sup> o si, por el contrario, incluye también a los “intereses plurales homogéneos”<sup>41</sup> y, en su caso, si a todos ellos o a algunos rodeados de ciertas características.

<sup>38</sup> En este tema seguimos en mucho la parte pertinente de nuestro trabajo “Desequilibrios en la recepción de modelos de procesos colectivos (Una lectura a partir de la ley 26.361 y del fallo ‘Halabi’)”, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2011-2, pp. 149-192.

<sup>39</sup> “Antecedentes parlamentarios de la ley 26.361”, *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*, Suplemento Especial La Ley, abril de 2008, p. 198.

<sup>40</sup> Citando un propio fallo de la CSJN (26.06.2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c. E. N.-P. E. N. – Decretos 1570/01 y 1606/01 s/Amparo ley 16.986”), “estos derechos supraindividuales o colectivos pueden caracterizarse como aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal. Éstos se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión a la entera comunidad” (Considerando 10, con cita del procesalista brasileño Barbosa Moreira).

<sup>41</sup> Los “intereses plurales homogéneos” son definidos por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en

Antes del dictado del fallo “Halabi”, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mantenía que “derechos de incidencia colectiva” son “aquellos que, teniendo por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general de uso o goce de un bien jurídico insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante, desde que tienen ante todo un carácter impersonal”<sup>42</sup>.

Mientras tanto, algunos tribunales inferiores insistían en que excluir los “intereses plurales homogéneos” de la categoría “derechos de incidencia colectiva”, “a todas luces implica desnaturalizar el sistema de protección establecido expresamente en la Constitución Nacional a partir de su reforma en el año 1994, el cual no gira en derredor de una estricta noción de indivisibilidad, en el sentido de que sólo deben considerarse comprendidas bajo su órbita aquellas pretensiones cuyo objeto sea materialmente indivisible”<sup>43</sup>.

Por su parte, la doctrina mostraba diversas posturas respecto de los “derechos de incidencia colectiva”: a) identificación con los denominados “intereses supraindividuales”<sup>44</sup>; b) inclusión de los llamados “intereses plurales homogéneos”, y c) inclusión de los llamados “intereses plurales homogéneos” pero sólo aquellos para los que se restrinjan “las posibilidades de acceso a la justicia (existencia de condiciones y circunstancias que impidan u obstaculicen el efectivo acceso a la justicia de los integrantes del grupo afectado, más allá de los incentivos y ocasiones que alguien pueda tener para accionar individualmente), en términos estructurales y generales (no meramente individuales)”<sup>45</sup>. Concretamente, para esta última tesis, son “derechos de incidencia colectiva” aquellos intereses plurales homogéneos que, individualmente, no tendrían acceso a la respuesta jurisdiccional.

La reforma a la ley 24.240 ha incluido implícitamente a los “intereses plurales homogéneos” dentro de la categoría “derechos de incidencia colectiva”. Su regulación, no obstante, dista de ser completa y abre un abanico formidable de interrogantes, particularmente en lo que se refiere al procedimiento<sup>46</sup>.

Bien se ha dicho que “[r]ecogiendo las posiciones mayoritarias de la jurisprudencia y la doctrina, la nueva ley no deja dudas acerca del contenido patrimonial que envuelve a los derechos de incidencia colectiva al establecer, dentro de su regulación, que el magistrado ‘si la cuestión tuviere contenido patrimonial establecerá las pautas para la

Caracas el 28 de octubre de 2004) como “el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase” (art. 1, II).

<sup>42</sup> Considerando 10), CSJN, 26.06.2007, “Defensor del Pueblo de la Nación c. E. N. – P. E. N. – Decretos 1570/01 y 1606/01 s/Amparo ley 16.986”. Hemos hecho un estudio cronológico de otros antecedentes de la Corte en el mismo sentido en nuestro trabajo “¿Derechos de incidencia colectiva = intereses supraindividuales? (Comentario al fallo de la CSJN, 26.06.2007, ‘Defensor del Pueblo c. Estado Nacional’)”, en *eIDial* del 10.07.2007, DCBB8.

<sup>43</sup> CNCom., sala C, 04.10.2005, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. sumarísimo”, LL 2005-F, 192; ambas instancias hicieron lugar al reclamo de la actora, condenando a la entidad bancaria a reintegrar a sus clientes que no hubieran adherido y aceptado expresamente el servicio, las sumas de dinero –con más sus respectivos intereses– debidas en concepto de “seguro por extracción forzada en cajero automático y/o extravío de tarjetas de débito”. Antes, el *leading case* de los “intereses plurales homogéneos” había sido “Defensoría del Pueblo de la Ciudad c. Edesur” (CFCiv.Com., Bs. As., Sala 1ª, 16.03.2000, LL 2000-C, 399 y JA, 2000-II-223, comúnmente conocido como el caso del “apagón”).

<sup>44</sup> Típicamente, RIVERA, J. C. y RIVERA (h), J. C., “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43, segundo párrafo de la Constitución Nacional”, en LL (La Ley) 2005-B-1053.

<sup>45</sup> MAURINO, G.; NINO, E. y SIGAL, M., *Las acciones colectivas*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 193.

<sup>46</sup> V. *infra*, punto e).



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 esta manera no sólo quedan incorporados aquellos asuntos que contuvieran un requerimiento de reparación de daños y perjuicios, sino que incluso se distingue dicho supuesto de los casos en los que la demanda versa sobre la mera restitución de sumas indebidamente cobradas, aunque pudieran darse casos en los que ambas pretensiones se acumulen<sup>47</sup>.

Algo que no surge de la regulación y sobre lo cual abundaremos inmediatamente es si existe algún tipo de condicionamiento para la tutela colectiva de los intereses plurales homogéneos. Indudablemente, la ley no lo estipula, pero la creencia según la cual los derechos vinculados con las relaciones de consumo siempre (o casi siempre) son cuestiones individualmente insignificantes o "pequeñas" subyace en la opinión generalizada<sup>48</sup>.

No obstante, sabemos que esto no es necesariamente así: aunque no haya sido planteado de esa manera, el caso del "corralito"<sup>49</sup> fue un típico supuesto de relación de consumo en el que las sumas individualmente reclamadas tenían una entidad tal que justificaba la promoción de una demanda y que, evidentemente, tuvo acceso pleno a la jurisdicción.

En estos casos existen dos miradas: desde la persona que acciona y desde la jurisdicción (o, si se quiere, desde la organización del Poder Judicial o del "servicio de justicia"). Mientras para la persona no hay demérito en su derecho (pues goza plenamente del acceso a la jurisdicción), desde el órgano jurisdiccional hay una evidente situación de colapso o, al menos, de ineficiencia en la asignación de recursos. Todavía habría otra mirada: desde la parte demandada, a quien la (amenaza de) pretensión colectiva le crea una serie de incentivos para adecuar su conducta a la regulación legal.

Insistimos en que, desde la letra de la ley, no existe esta separación de situaciones. Una vez más, la respuesta no es sencilla pues exige el previo debate acerca de una serie de cuestiones muy sensibles para la comunidad jurídica: la distribución de las competencias en un país federal, la definición de los criterios de prioridad de unos procesos sobre otros, la opción por el tipo de ejercicio profesional de la abogacía que implicaría la habilitación de "mega-demandas" de esta índole, la forma y límites de la retribución de ese trabajo, y un largo etcétera.

En líneas generales, la jurisprudencia admitió pretensiones colectivas planteadas por asociaciones, afectados y el defensor del pueblo en tutela de "intereses plurales homogéneos"<sup>50</sup>. Sin embargo, y en combinación con el requisito sentado en "Halabi" de "homogeneidad" de las situaciones, algunos tribunales comenzaron a no admitir ciertas demandas. Así, por ejemplo, se resolvió que "si bien las asociaciones de consumidores o los organismos de defensa del consumidor están legitimados para obrar incluso en resguardo de intereses patrimoniales individuales, ello es así

<sup>47</sup> WAJNTRAUB, J., "Las acciones colectivas tras la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", en *Lexis* N° 0003/013849, SJA, 28.05.2008.

<sup>48</sup> Cfr. GOZAÍNI, O., "La competencia en las acciones colectivas de defensa del consumidor", en *LL (La Ley)*, 2010-04-08, comentando el artículo 54 por el que "...la sentencia alcanza a todos aquellos que se encuentran en la *tipicidad* de los derechos o intereses individuales homogéneos (muchas personas afectadas cada una por *pequeñas* sumas)" (bastardillas agregadas).

<sup>49</sup> Pretensión de devolución de depósitos bancarios en dólares estadounidenses y a su vencimiento.

<sup>50</sup> Vgr., CNCom., sala C, 11.03.2011, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Provincia de Buenos Aires", RCyS 2011-VII, 203; CFCiv.Com., sala 2ª, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Móviles Argentina S. A.", 19.10.2010, AR/JUR/74527/2010; etc.



siempre sobre la base de un denominador común homogéneo que justifique razonablemente esa alegada representatividad”<sup>51</sup>.

b) *Legitimación activa*

De la lectura de las normas antes transcritas, queda claro que las asociaciones de usuarios y consumidores autorizadas, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal están legitimados para iniciar pretensiones de incidencia colectiva.

En cambio, la defectuosa redacción plantea algunas dudas respecto de la legitimación “colectiva” del consumidor o usuario. En efecto, en el artículo 52 se habilita al consumidor o usuario para iniciar “acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados” y, seguidamente, se aclara que esas acciones lo son “por su propio derecho”.

Así parece entenderlo Gozaíni, para quien “la reforma de la ley 24.240 trajo el claro propósito en el art. 54, segundo párrafo –conforme la nueva redacción– de extender los límites del fallo hacia todo aquel que pueda encontrarse en las condiciones contempladas en la resolución, con lo cual recoge reiterada postura de la doctrina especializada sobre los alcances de la cosa juzgada en las sentencias que hagan lugar a reclamos de índole patrimonial de los consumidores, cuando se reclama en el marco de una acción colectiva (esto es, en nuestro país, sólo viable mediante la participación de una asociación, Defensor del Pueblo y/o Ministerio Público Fiscal –artículo 52, ley 24.240–)”<sup>52</sup>.

A nuestro entender y no obstante su razonabilidad, esta interpretación choca con dos dificultades. Por un lado, la que plantea el segundo párrafo del artículo 52 al establecer que “[e]n las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo...” Así, puede argumentarse que entre “cualquiera de los demás legitimados” se encuentran los consumidores o usuarios individualmente considerados.

Por otro lado, y más importante, no debe olvidarse el “piso” o “mínimo” constitucional<sup>53</sup> impuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, que legitima al afectado para la defensa de los derechos de incidencia colectiva en general<sup>54</sup>.

Ya hemos afirmado que no obstante las dificultades que plantea la legitimación al individuo aislado –por lo que numerosos países (entre ellos, nada menos que el Brasil) le han negado legitimación, tanto para la tutela de los intereses supraindividuales cuanto para la de los plurales homogéneos– no parece verosímil (ni jurídicamente posible, a menos que medie una reforma constitucional improbable) el cuadro de un Derecho argentino que vuelva sobre sus pasos en este aspecto<sup>55</sup>.

Ahora bien, mientras los “derechos de incidencia colectiva en general” se limitaron a los “supraindividuales”, indivisibles, carentes de contenido patrimonial, resultaba más

<sup>51</sup> CNCom., sala E, 17.02.2010, “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Lehman Brothers”, AR/JUR/5288/2010; CFed. de B. Blanca, sala 2ª, 10.08.2009, “Oficina Municipal de Información al Consumidor (OMIC) c. E. N. y otro”, LLBA 2010 (febrero), 68.

<sup>52</sup> GOZAÍNI, O., “La competencia...”, op. y loc. cit.

<sup>53</sup> V., por ejemplo, GOZAÍNI, O., *Protección procesal del usuario y del consumidor*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 374.

<sup>54</sup> En este sentido, v. VERBIC, F., “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361”, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2009-1, p. 150.

<sup>55</sup> Cfr. MEROI, A., *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 292.

afín a nuestra cultura jurídica la legitimación del “afectado” (por ej.: en la defensa del ambiente o en una pretensión de cese de publicidad engañosa en las relaciones de consumo).

Hoy, cuando la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor ha incorporado el vasto universo de los derechos plurales homogéneos –individuales, divisibles, con posible contenido patrimonial– resurgen las preguntas y dudas: ¿con qué organización tribunalicia?, ¿con qué competencia en un país federal?, ¿con qué régimen de notificaciones y garantías para la defensa de los ausentes?, ¿con qué organización abogadil?, ¿con qué reaseguros contra la siempre temida “industria del juicio”?, ¿y qué de pretensiones de daños que resulten en montos millonarios acumulados?, ¿habilitaríamos la pretensión colectiva iniciada por un consumidor particular en el caso del “corralito”?, ¿bajo qué base y cómo se cobrarán los honorarios profesionales?<sup>56</sup>

Como se ve, el impacto en el servicio de justicia y en el ejercicio de la profesión de abogados es inmenso.

La reforma se despreocupa de todas estas cuestiones, limitándose a sumar a los legitimados previstos en el artículo 43 de la Constitución Nacional al “Ministerio Público Fiscal”.

Desde otra perspectiva, es sabido que en las pretensiones colectivas los conflictos escasamente se limitan a hipótesis de dos partes enfrentadas. Antes bien, se trata frecuentemente de conflictos multipolares o policéntricos<sup>57</sup>, a los que confluyen diversos “polos” o “centros” de interés.

En rigor, en muchos casos se trata de interesados que bien podrían colocarse en el bando actor, ora coadyuvando con quien ejerció la pretensión, ora postulando su propia pretensión, no necesariamente idéntica a la ya deducida.

La nueva redacción del artículo 52 prevé la intervención “como litisconsortes” de las asociaciones de consumidores y usuarios y, en sentido inverso (aunque de manera incompleta y un tanto críptica), el artículo 54 permite la “exclusión” del consumidor o usuario de la solución (autocompositiva o heterocompositiva) dada al caso<sup>58</sup>.

### c) *Legitimación pasiva*

Nada se prescribe en la nueva redacción de la ley 24.240 acerca de la eventual participación de los múltiples legitimados pasivos que la propia regulación consagra (productor, fabricante, importador, distribuidor, proveedor, vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa con motivo o con ocasión del servicio)<sup>59</sup>.

El problema es añejo en derecho procesal y las posiciones, una vez más, divididas<sup>60</sup>. Con variantes, una de las tesis sostiene que “el actor es libre (y responsable) de elegir a quien quiere demandar”, impidiendo la participación de otros colegitimados que

<sup>56</sup> En rigor, todas estas preguntas son trasladables a los otros legitimados, sólo que resultan mucho más impactantes respecto del “afectado”.

<sup>57</sup> Según ya vimos *supra*, notas al pie # 11 y 12.

<sup>58</sup> La solución recuerda el “opt out” de la regulación de las acciones de clase estadounidenses. Al respecto, entre la bibliografía argentina, puede v. BIANCHI, A., *Las acciones de clase*, Buenos Aires, Ábaco, 2001; CUETO RÚA, J. C., “La acción por clase de personas (‘class actions’)”, en *LL (La Ley)* 1988-C-952; FLAH, L. y SMAYEVSKY, M., “La regulación procesal en el Derecho ambiental americano (acción popular y acción de clase)”, en *LL (La Ley)* 1993-E-935; LORENZETTI, R., *Justicia...*, pp. 135 y ss., entre muchísimos otros. También nuestra obra *Procesos colectivos...*, cit., pp. 94 y ss.

<sup>59</sup> Art. 40, Ley de Defensa del Consumidor.

<sup>60</sup> Para mayores detalles de estas disputas, v. ALVARADO VELLOSO, A., *Introducción al estudio del derecho procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998, t. 2, pp. 136 y ss. Asimismo, su “Apéndice” al tomo 3 de *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, pp. 453 y ss., en coautoría con Lino Enrique Palacio.

vendrían a entorpecer la marcha de su proceso. Desde otra perspectiva, se alega que la continencia procesal de las pretensiones conexas impone su tratamiento conjunto o, al menos, la posibilidad de resguardo de los intereses de quien eventualmente pueda iniciar una acción de regreso. En el primer caso, se veda la “intervención de terceros”; en el segundo caso, se la habilita. Más aún, conforme a la actual redacción del art. 96 del CPCCN, es altamente probable que a partir de esa intervención como tercero se le extienda la condena<sup>61</sup>.

Las soluciones jurisprudenciales suelen negar la intervención de terceros so pretexto de que indirectamente vulnera la garantía de un proceso rápido y expedito. Sin embargo, y como ampliaremos más adelante, las pretensiones colectivas plantean el desafío del diseño de procedimientos idóneos para permitir la audiencia de todos los afectados en el proceso en el que se debaten sus propios intereses.

#### d) *Competencia judicial*

La ley 26.361 no hizo referencia alguna a la competencia del juez para la sustanciación de las “acciones de incidencia colectiva” ni a la solución de los frecuentes conflictos positivos de competencia. Apenas en el artículo 54, atinente a las normas del proceso (en general), se hace referencia a la “jurisdicción del tribunal ordinario competente”.

No obstante, los problemas se multiplican: ¿Es competente la justicia ordinaria, aunque las partes del proceso invoquen distinta vecindad?, ¿deben aplicarse los criterios habituales del “juez que previno” o, por el contrario, puede pensarse en otras pautas?, ¿tiene alguna primacía el proceso iniciado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital del país?

Comentando un fallo, Gozaíni se formula múltiples preguntas: “a) ¿Es competente la justicia federal cuando la demanda pretende que la sentencia tenga efectos de cosa juzgada *erga omnes* siguiendo el precedente “Halabi”?; b) ¿La ley 24.240 provoca la intervención de la jurisdicción federal cuando el conflicto se suscita entre vecinos de diferente localidad?; c) La intervención de una asociación de usuarios con representación adecuada, ¿puede determinar que actúe la justicia federal?”<sup>62</sup> El autor responde negativamente, concluyendo que “la competencia procesal no se altera porque el resultado pueda ser extensivo a un grupo indeterminado o determinable de personas”<sup>63</sup>.

#### e) *Procedimiento*

Por lo pronto y en la misma línea de lo que llevamos diciendo, aplaudimos la habilitación de la opción –a pedido de parte y por resolución fundada del juez– por “un trámite de conocimiento más adecuado” (artículo 54).

La imposición en cualquier caso de “las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente” conspira con las exigencias postulatorias y probatorias que suelen acompañar a muchos procesos colectivos.

Pero además y por sólo mencionar aquellos aspectos previstos por la propia ley<sup>64</sup>, si impiéramos invariablemente el procedimiento sumarísimo, ¿cómo canalizar ade-

<sup>61</sup> Art. 96, CPCCN. *Recursos. Alcance de la sentencia...* 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.

<sup>62</sup> GOZAÍN, O., “La competencia...” cit.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> V., en especial, artículo 54.

cuadramente la presencia de asociaciones litisconsortes?, ¿cómo notificar la existencia del proceso a los potenciales afectados a fin de que “manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia”?, ¿cómo discutir las “pautas para la reparación económica”?, ¿cómo establecer grupos o clases de consumidores?

De cualquier modo, cabe reiterar que la regulación del procedimiento para las “acciones de incidencia colectiva” resulta asaz insuficiente y, por momentos, desconcertante: el artículo 54 comienza el tratamiento de la cuestión derechamente por el “acuerdo conciliatorio o transacción” a que eventualmente se arribe.

Más allá de la cuestionable técnica legislativa, entendemos que esta disposición trasluce una preferencia por la solución autocompositiva de este tipo de pretensiones<sup>65</sup>.

Hasta donde sabemos, la posibilidad de excluirse de los alcances de la sentencia favorable que se dicte –“aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga” (art. 54, 2º párr.)– es todavía una incógnita en su funcionamiento. ¿Cómo se hará esa notificación?, ¿a cargo de quién estará? Según Lorenzetti, para que esto sea posible “es un recaudo elemental que [los consumidores] sean individualizados nominativamente”<sup>66</sup>, aunque –para él mismo– el sistema de inclusión (*opt-in*) “preserva el derecho individual pero deteriora seriamente la noción de acción de clase... en la práctica, cada sujeto debe dar un consentimiento y no se diferencia demasiado de la acción individual”<sup>67</sup>.

Por lo demás, esta regulación va en contra de las respuestas (y de las razones que las justifican) que los distintos ordenamientos vienen dando a esta cuestión. En efecto, son muchos los autores que insisten en la interrelación que debe mediar entre estos ejes: legitimación/representatividad adecuada, régimen de notificaciones, posibilidad de exclusión del grupo y efectos de la sentencia. Por ejemplo: las soluciones que no imponen especialmente el control de la representatividad adecuada del peticionante, son más afines a la extensión de los efectos *secundum eventum litis*, i.e., sólo para el supuesto de sentencia favorable al grupo<sup>68</sup>.

Como bien recuerdan Maurino y Sigal, “la necesidad de mayor publicidad y garantía de representación adecuada se justifica en la medida en que la sentencia haga cosa juzgada para todos los integrantes del grupo. Si esto último no ocurriera, se matizaría la necesidad de garantizar las posibilidades de participación de todos los representados. Así, las exigencias de publicidad pueden ser menores cuando no sea posible que la sentencia «dañe» a quien no se presenta en el caso. Y, recíprocamente, en sistemas procesales donde no es posible asegurar intensas y equitativas posibilidades de notificación y participación a los afectados, resulta muy problemático en términos constitucionales imponer la cosa juzgada en contra de sujetos que no participaron del proceso”<sup>69</sup>.

Es en este sentido que carece de razonabilidad la solución de permitir la exclusión y extender los efectos de la sentencia sólo en caso de que sea favorable.

<sup>65</sup> Quizá derivada de la fuerte incidencia del modelo estadounidense, en el que prácticamente la totalidad de los casos se transigen (cfr. HENSLER, D. *et al.*, *Class Actions Dilemmas: Pursuing public goals for private gain*, Rand Institute for Civil Justice, 2000, Cap. 15).

<sup>66</sup> *Justicia...* cit., p. 136.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Así, VERBIC: “...no creo posible implementar racionalmente una cosa juzgada *secundum eventum litis* (como en el derecho brasileño), o *pro et contra* (como en el derecho federal norteamericano), en la medida que la opción por uno u otro sistema no venga acompañada de otras escogencias relativas a distintos aspectos del trámite (entre ellos, notificaciones, publicidad de la acción, litispendencia, intervención de terceros, modificación de demanda, participación individual de los miembros del grupo, control de representatividad adecuada, etc.)” (“La tutela...” cit., p. 187).

<sup>69</sup> “Halabi...”, op. y loc. citis.

### III. Proyectos de ley

#### 1. Introducción

A estar por la información que brindan los sitios electrónicos oficiales del H. Senado de la Nación<sup>70</sup> y de la H. Cámara de Diputados de la Nación<sup>71</sup>, en el orden nacional existen catorce proyectos de ley que abordan algún tipo de mecanismo de tutela colectiva: “acción de clase”(9), “amparo colectivo”(3), “amparo ambiental”(1), “acción colectiva de responsabilidad”(1).

#### 2. Proyectos de ley sobre “acciones de clase”

Las presentaciones de proyectos de ley se precipitaron luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sellara la suerte de las “acciones de clase” (así las denominó) en el fallo “Halabi”<sup>72</sup>. Según sus propias palabras, la Corte suplió la omisión legislativa para “garantizar el pleno ejercicio de los derechos de incidencia colectiva”: “allí donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”<sup>73</sup>, frase con la que en 1957 catapultó la creación pretoriana del “amparo” y que repite en “Halabi” para justificar la de las “acciones de clase”. Con ello, el Poder Legislativo perdió la posibilidad de “escoger y delinear libremente el sistema para el tratamiento de los conflictos colectivos, quedando condicionado por las creaciones jurisprudenciales”<sup>74</sup>.

Y si bien no corresponde al alcance de este trabajo el análisis del precedente “Halabi”, lo cierto es que prácticamente todos los proyectos de ley (particularmente los de “acción de clase”) siguen el esquema esbozado por la Corte Suprema de Justicia, que no es otro que el de las “class actions” estadounidenses.

En otra oportunidad<sup>75</sup> decíamos que resulta sorprendente esta referencia primera y principal al derecho norteamericano, habida cuenta de la extensa doctrina procesal nacional que reconoce las muchas e importantes dificultades que plantea el trasplante de las “class actions” a países de derecho continental. Ciertamente, resultaba tanto más afín a nuestra tradición jurídica la referencia al derecho brasileño o, con clara inspiración en éste, al Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>76</sup>.

En “Halabi”, una mayoría frágil<sup>77</sup> de la Corte ha condicionado la constitucionalidad

<sup>70</sup> [www.senado.gov.ar](http://www.senado.gov.ar).

<sup>71</sup> [www.diputados.gov.ar](http://www.diputados.gov.ar).

<sup>72</sup> CSJN, 24.02.2009, “Halabi, Ernesto c. PEN”, H.270.XLII. Con anterioridad a “Halabi”, había habido algunos proyectos que perdieron estado parlamentario; vgr., el de los diputados Caamaño y Urtubey (2005), luego presentado sólo por Urtubey (2007) y que hoy retoman Vilariño, Salum y Diez (2009).

<sup>73</sup> CSJN, 27.12.57, “Siri, Ángel”, Fallos 239:382.

<sup>74</sup> SALGADO, J. M., “Certificación, notificaciones y opción de salida en el proceso colectivo”, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2011-2, p. 193. El autor entiende que “de la misma manera que medio siglo antes [la Corte Suprema] dio vida al juicio de amparo, ahora fundó la tutela colectiva. Sin embargo no lo hizo de cualquier manera. Optó, y he aquí la oportunidad perdida por los legisladores, por la pretensión representativa como el mecanismo idóneo para hacerlo. Ésta es una decisión estructural a la hora de escoger por las vías adjetivas y parece ser un camino sobre el que ya no podrá volverse” (p. 194).

<sup>75</sup> “Desequilibrios...” cit., p. 161.

<sup>76</sup> V. ROSALES CUELLO, R. y GUIRIDLIAN LAROSA, J., “Nuevas consideraciones sobre el caso «Halabi»”, en *LL (La Ley)* 2009-D, 424.

<sup>77</sup> Cuatro ministros (Lorenzetti, Zaffaroni, Maqueda y Highton de Nolasco) sobre tres (Argibay, Petracchi y Fayt), sumado a la críptica salvedad de Highton de Nolasco (“respecto a la legitimación del defensor del pueblo de la Nación para la defensa de los intereses individuales homogéneos puramente patrimoniales”) y a la inestabilidad del número de integrantes del alto tribunal (–su número definitivo será de cinco, ley 26.183–).

de una eventual ley al cumplimiento de una serie de requisitos prototípicos de las “class actions”. Además, esa mayoría afirmó que los “intereses individuales homogéneos” están incluidos en los “derechos de incidencia colectiva”, con lo cual limita la construcción estratégica del sistema de acciones colectivas que mejor se acomode a la propia tradición jurídica argentina (ciertamente más próxima al “derecho continental”).

Decíamos también que hubo algunas opiniones que cuestionaron esta inclusión, quizá en contra del clima de “aceptación entusiasta” reinante para la época del fallo<sup>78</sup>. Así, bien podía extraerse la tutela procesal de los “intereses plurales homogéneos” del “derecho a la tutela judicial efectiva, que campea e ilumina a todo nuestro sistema de garantías constitucionales. Ello, claro está, limitado estrictamente a aquellos supuestos en los cuales y dadas sus singulares características, generalmente vinculadas con la escasa cuantía económica de la pretensión que se reclama o la trascendencia social del valor en juego, de no darse curso a través de un cauce protectorio de tipo grupal se podría llegar a menoscabar el derecho a la tutela jurisdiccional”<sup>79</sup>.

Dicho en otros términos, “no es lo mismo que el Congreso saque una regulación de las acciones de clase como una decisión de política legislativa en el marco de las distintas opciones que el diseño de las garantías judiciales previstas en la Constitución le da, que lo haga como una derivación de una obligación constitucional expresa –postura de Halabi–”<sup>80</sup>.

Para nosotros –además de los fundamentos jurídicos que abonan estas opiniones– existen razones estratégicas para adherir a esta última interpretación: si la gestión colectiva de los conflictos que involucran intereses plurales homogéneos se hace derivar del “derecho a la tutela judicial efectiva”, el legislador y el intérprete tienen mucho mayor margen para construir respuestas jurídicas que compatibilicen mejor esta nueva herramienta con los condicionamientos propios de nuestra jurisdicción y de nuestra cultura.

Entre otras cosas, esa interpretación nos habría permitido el debate acerca de: a) si la legitimación del “afectado” (al estilo de la “class action” norteamericana) es una buena opción para nuestro ordenamiento; b) si el amparo es la vía adecuada para la discusión de estas pretensiones<sup>81</sup>; c) si son todos los intereses plurales homogéneos o sólo algunos; d) si esos “algunos” son los que refieren a materias tales como ambiente, consumo, competencia, discriminación o, por caso, a pretensiones que –de no gestionarse colectivamente– no tendrían acceso a la jurisdicción, etcétera. Siempre, claro está, con la tranquilidad de que al derivar de otra cláusula constitucional (cual lo postulan Rosales Cuello y Guiridlian Larosa) el legislador debe ofrecer una respuesta jurídica, al menos para los casos en que el acceso a la jurisdicción no se garantiza.

El trasplante del sistema estadounidense, en cambio, nos emparenta con un catálogo de cuestiones ajenas a nuestros usos que –para colmo de males– no figuran ni tan siquiera en la consideración de la propia Corte ni en la de los proyectos de ley que se analizarán: nos referimos al difícil equilibrio entre fines públicos y fines privados de las “class actions”, el debate acerca de los incentivos que genera, la organización judicial necesaria, la organización empresarial del abogado en este tipo de causas, la distribución de costas, y un largo etcétera<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> V. SAGÜÉS, N., “La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional”, en *Lexis* N° 0003/014385, 0003/014393 o 0003/014387; ROSALES CUELLO, R. y GUIRIDLIAN LAROSA, J., op. y loc. cit.

<sup>79</sup> ROSALES CUELLO, R. y GUIRIDLIAN LAROSA, J., op. y loc. cit.

<sup>80</sup> THURY CORNEJO, V., “Acciones de clase: trasplante y compatibilidad (I)”, en *Todo sobre la Corte*, 26 septiembre 2011, <http://todosobrelacorte.com/2011/09/26/acciones-de-clase-trasplante-y-compatibilidad-i>, consultado el 29.02.2012.

<sup>81</sup> Ya está visto que esto se ha desechado incluso jurisprudencialmente en numerosos casos y por parte de la propia CSJN.

<sup>82</sup> Cfr. nuestro *Procesos colectivos...* en especial, pp. 94-115.



En este sentido, no podemos sino coincidir con Thury Cornejo cuando se queja de que ninguno de los proyectos de ley –que saltan de Halabi a la normativa estadounidense de la Rule 23 sin muchas etapas intermedias– parece tener en cuenta el sistema de incentivos propios del sistema de las “class actions”. Con crudeza se pregunta: “¿No estaremos comprando el último modelo Mac cuando nosotros usamos sólo PCs? Nadie parece sentir la necesidad de hacerse estas preguntas, ni la Corte ni los proyectos legislativos. Las acciones de clase parecen haberse transformado, vía Halabi, en un lugar común y el Congreso en un simple reglamentador pasivo de lo que la Corte ha dispuesto”<sup>83</sup>.

Nos recuerda también el autor que “la adopción de esta figura tiene consecuencias en el ámbito de la división de poderes y ése es uno de los motivos por el que se las está discutiendo en EE. UU. En efecto, en el sistema de las acciones de clase los jueces asumen un papel principalísimo: por un lado, adquieren una discrecionalidad enorme para definir la existencia de la clase y así transformar el agua del reclamo individual en el vino de la representación de una clase... y por otro, se terminan transformando en ‘managers’ del conflicto antes que en ‘decisores’ puntuales del mismo. El ‘juez’ se transforma así en un ‘super-juez’ y ello es tolerado entre los (muchos) defensores del sistema, porque es un precio a pagar para los loables fines de regulación social que la figura tiene. Ahora bien, si esos fines se opacan y la acción de clase pasa a ser un mero mecanismo de ordenamiento del actuar judicial, ¿estaría igual de justificado el corrimiento de esos límites y la función cuasi-legislativa que termina asumiendo el juez?”<sup>84</sup>

La plena coincidencia con estas ideas nos habilitan a repetir, también, que “esta dimensión del problema no puede estar ausente de una política legislativa seria sobre el tema, como tampoco pueden estarlo los objetivos de la institución ni la arquitectura general del sistema. Estas definiciones son las que decidirán muchas de las cuestiones que se plantean, por ejemplo, la de los legitimados para interponer las acciones de clase. En el sistema americano, éstas son ejercidas sólo por los particulares (o asociaciones que los nucleen o representen) porque la acción de clase es vista como un sistema subsidiario de la acción regulatoria del Estado... Si ponemos al Defensor del Pueblo en el medio, ¿sigue siendo el mismo sistema? Si no lo es, entonces, requerirá otra reglamentación y no la misma que en EE. UU. Si hacemos que el interés público se sume al privado, ¿cómo quedan el incentivo y el riesgo de la acción? Porque no nos olvidemos de que uno de los objetivos más fuertes que van a tener los que presenten acciones de clase de contenido dinerario van a ser los montos multiplicados, que van a ser el objeto del proceso. Pensemos lo siguiente: la Corte está decidiendo si le da curso a la acción del Defensor del Pueblo en resguardo de la actualización de las jubilaciones. ¿Le habría dado a Badaro ese mismo trato, como representante de la clase? Si lo hubiera hecho, ¿el abogado de Badaro cobraría honorario sobre el monto de todas esas actualizaciones? En EE. UU., sí, y en Argentina, de acuerdo con los proyectos actuales, también”<sup>85</sup>.

El “entorno” de las “class actions” es también el “discovery”, los pactos de cuota litis, la organización empresarial del estudio jurídico, los daños punitivos y tanto más. ¿Habremos de injertar también esas características del modelo?, ¿cuánto inciden en su éxito?

En suma, de prosperar alguno de los proyectos de “acciones de clase” que seguidamente se reseñarán, no sólo habremos optado por la solución más lejana a nuestra cultura (lo que en sí mismo no es malo) sino que, más importante, numerosos

<sup>83</sup> THURY CORNEJO, V., “Acciones de clase: trasplante y compatibilidad (II)”, en *Todo sobre la Corte*, 6 octubre 2011, <http://todosobrelacorte.com/2011/10/06/acciones-de-clase-trasplante-y-compatibilidad-ii>, consultado el 29.02.2012.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*.



puntos quedarán pendientes de elucidación y respuesta jurídica. Para decirlo de otro modo: podemos llegar a la conclusión de que, con todo, las “class actions” son el mejor modelo de procesos colectivos para nuestro país; lo que no debemos dejar de hacer es plantearnos y resolver los muy variados problemas de asimilación legal que –según pudimos ver someramente– ello plantea.

Ahora sí, los proyectos:

#### A) *Proyecto Diputados Vilariño, Salum, Diez*<sup>86</sup>

Se trata del anterior proyecto del diputado Urtubey, que persigue la creación de un “sistema de acción de clases”, no regulado normativamente “aunque ya ha sido incorporado jurisprudencialmente”<sup>87</sup>.

Según surge de sus propios fundamentos, la fuente de este proyecto es la *Federal Rule 23* de los EE. UU. Sin perjuicio de invocar la reforma constitucional de 1994 y la “multitud de demandas consecuencia de las restricciones en los depósitos bancarios” como disparadores de esta respuesta legislativa, las referencias posteriores lo son a la legislación y la práctica estadounidenses.

Así, se define la admisibilidad de la “acción de clase” –tanto activa como pasiva– con los conocidos requisitos de impracticabilidad del litisconsorcio y de la solución individual, existencia de cuestiones de hecho y de derecho comunes a los integrantes de la clase, tipicidad de las pretensiones y representación adecuada (arts. 1 y 2).

Bien que con dudosa técnica, existe un intento de vincular la “acción de clase” con los “derechos de incidencia colectiva” en el art. 3: “Conjuntamente con las situaciones mencionadas anteriormente, podrán someterse al trámite de esta ley las acciones que se promuevan en defensa de derechos de incidencia colectiva contra actos que fueran contrarios a los derechos a un ambiente sano, a la defensa de la competencia o a los derechos de los usuarios de los servicios públicos. Quedarán excluidas de este procedimiento las acciones referidas a situaciones jurídicas individuales que no tuvieran incidencia colectiva”.

El procedimiento será el del juicio ordinario, a menos que “se trate de acciones que debieran tramitar por vía de amparo”, en cuyo caso los jueces “arbitrarán los medios de esta ley a la naturaleza sumaria de los trámites procesales” (art. 4). Estas acciones están excluidas de la mediación prejudicial obligatoria (art. 5) y la conciliación requiere “aprobación del tribunal” (art. 6).

Llama la atención que la “admisibilidad de la acción de clase” lo sea “luego de la iniciación de la demanda y de ser corrido el traslado correspondiente a la demandada” (art. 7). El proyecto prevé fórmulas de notificación de la acción de clase, que incluye la comunicación del derecho a excluirse de la clase y la advertencia sobre la extensión de los efectos de la sentencia en caso de no ejercer la opción (art. 8), los efectos de la admisibilidad<sup>88</sup> de la acción (art. 9), la existencia de un “registro de acciones de clase” (art. 11), la previsión de la competencia federal para las clases con integrantes de diversas jurisdicciones (art. 12), la proscripción de la absolución de posiciones (art. 13), la excepcionalidad del dictado de medidas cautelares (art. 14) y los requisitos y efectos de la sentencia (art. 15).

Con relación a la “representación de las acciones de clase”, destacamos que “en el momento de designar al letrado o letrados que tengan la representación definitiva de la clase el juez interviniente deberá asegurar que los letrados patrocinantes tengan los medios adecuados para cumplir con las funciones que deberán realizar en representación de la clase” (art. 10), aspecto que vuelve a emparentar este proyecto con su

<sup>86</sup> Expediente N° 2199-D-2009, presentado el 07.05.2009.

<sup>87</sup> “Fundamentos”.

<sup>88</sup> Quizá debió decirse “admisión”

antecedente estadounidense, si por “medios adecuados” se piensa en los medios económicos que la preparación de las “class actions” demanda en ese país.

Contrariamente, nada se regula especialmente respecto de temas fundamentales en las “acciones de clase”: ejecución de la sentencia, costas, honorarios, entre muchos otros de importante interés.

#### B) *Proyecto Diputado Piumato*<sup>89</sup>

Este proyecto dice tener como fuente principal otro del entonces Senador Bauzá del año 2000. En sus fundamentos abundan referencias mezcladas a la situación anterior a 1994, a la reforma constitucional, al fallo “Halabi” y (de manera harto incompleta y aun inexacta) a la legislación extranjera.

Resulta difícil reseñar una propuesta que, a todas luces, es de muy mala calidad legislativa<sup>90</sup>, en algunos aspectos redundante<sup>91</sup>, en otros contradictoria<sup>92</sup>, y ciertamente incompleta: no existen previsiones respecto de medidas cautelares, prueba, sentencia (así como normas claras sobre su alcance), ejecución de la sentencia, costas, honorarios.

Se prevé una etapa inicial de admisibilidad (arts. 1, 2 y 5) que culmina en el “auto de certificación” (art. 6), se excluye la mediación prejudicial obligatoria (art. 7), se ordena una “audiencia preliminar” (art. 8) en la que se designará un representante provisional de la clase (art. 12) y en la que se ordenará la “citación a los integrantes de la clase... para que se presenten a integrarse a la actora o a manifestar su voluntad de no ser incluidos en la clase...” (art. 14). Más adelante un artículo hace referencia a “sentencia”, pero se trata de una resolución de “admisión o rechazo expreso y en forma individual, de cada una de las peticiones de la pretensión de clase” y de “convocatoria a todos aquellos que hubieran sido admitidos, a una audiencia en la que se realizará la Junta de Clase... a los fines de la elección del representante judicial definitivo de la clase” (art. 17). La regulación termina casi abruptamente con la reiteración de la vía sumarísima y la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 22).

#### C) *Proyecto Diputados Yarade, Torfe*<sup>93</sup>

En los fundamentos de su presentación los legisladores afirman que “se ha procurado incorporar todos los valiosos lineamientos brindados por la CSJN” en “Halabi” y, a su vez, “el objetivo fue crear una acción de clase que esté perfectamente amoldada al sistema jurídico argentino”.

El proyecto se divide en capítulos. En el primero (“Primera etapa. Certificación de la clase”) se define la “clase” como el “grupo de personas que se encuentran en una misma situación fáctica y jurídica, cuyos derechos individuales resultan afectados por uno o varios hechos susceptibles de ser controvertidos en una misma acción conforme lo establecido en la presente ley” (art. 1) y se establece la legitimación activa (a cargo de uno o varios miembros de la clase; el defensor y las asociaciones sólo pueden ser litisconsortes, art. 2).

<sup>89</sup> Expediente N° 6010-D-2009, presentado el 04.12.2009.

<sup>90</sup> Para muestra, permítasenos sólo la transcripción de un artículo: “Se considera ‘clase’ en los términos de esta ley, a la semejanza o similitud en personas por su interés, condición de damnificado, domicilio, relación contractual o legal u otras circunstancias que a criterio del juez podrá obtener el calificativo de clase. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. No se trata solamente de la existencia pluralidad de sujetos sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva” (art. 2).

<sup>91</sup> Vgr., arts. 4 y 22 sobre aplicación del procedimiento sumarísimo.

<sup>92</sup> Vgr., arts. 2 y 3 en la conceptualización de la clase y procedencia de esta acción.

<sup>93</sup> Expediente N° 5696-D-2010, presentado el 18.08.2010.

La competencia judicial corresponde al juez del domicilio del demandado y, en caso de varios procesos iniciados, la acumulación se ordena al que primero comunicó al Registro de Acciones de Clase (art. 3).

Contrariamente a la solución prevaleciente, se dispone que la mediación prejudicial obligatoria es aplicable a las acciones de clase y, coherentemente, se definen las condiciones de homologación judicial de un acuerdo celebrado en esa sede (art. 4).

En cuanto a los requisitos de admisibilidad (art. 7), la propuesta sigue los lineamientos de "Halabi" (y, por tanto, de la "class action" estadounidense: impracticabilidad del litisconsorcio, hecho común, tipicidad, representatividad adecuada) al tiempo que incorpora otras: "que el interés de cada integrante de la clase, considerado en forma aislada, no justifique o permita la iniciación de procesos individuales. La acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud, o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o débilmente protegidos" (inc. 4).

Se excluye la posibilidad de demandar daño moral por esta vía (art. 8), se establecen los requisitos para la legitimación de las asociaciones (art. 9) y se regula prolijamente la "representatividad adecuada" (art. 10).

El Capítulo se cierra con la sustanciación de la "certificación": traslado al demandado, nuevo traslado al actor, eventual prueba, resolución judicial y eventuales recursos (arts. 11 a 13).

El Capítulo II ("Segunda etapa. Traslado de la demanda y trámite de la acción de clase") se inicia con la comunicación de la certificación de la clase, a los miembros que puedan "ser identificados a través de un esfuerzo razonable" o a través de una publicación a cargo de la parte actora; se consagra el régimen de exclusión ("opt out") (art. 14).

La acción de clase tramita por el procedimiento ordinario (art. 15) y se prevén normas especiales para la prueba (art. 16), de entre las que destacamos que las partes podrán coordinar la producción de prueba fuera del juzgado (inc. 4) y que cada una se hará cargo de los gastos necesarios para la prueba que ofreció, incluyendo adelanto de gastos de peritos (inc. 5), que los miembros de la clase no pueden declarar como testigos (inc. 6) y que los representantes adecuados deben absolver posiciones (inc. 7).

La conciliación se admite una vez certificada la clase y vencido el plazo para la exclusión de miembros (art. 17). La sentencia tiene requisitos especiales y se extiende a todos los miembros de la clase que no se hayan excluido expresamente (art. 18). Hay previsión expresa del cumplimiento de la sentencia a través de incidentes dirigidos a constatar la calidad de miembro de la clase, existencia, causalidad y monto de los daños; todo dentro de 6 meses de la última publicación y bajo apercibimiento de caducidad (art. 19).

El Capítulo se cierra con normas especiales sobre litispendencia y cosa juzgada (art. 20), costas (al vencido, salvo excepción fundada) y honorarios (con definición de pautas y habilitación de apartamiento del monto del proceso y de las leyes arancelarias; art. 21).

Por último, el Capítulo III ("disposiciones finales") aborda la creación de un Registro de Acciones de Clase (art. 22) e invita a las provincias a adherirse y a coordinar esfuerzos para un mejor intercambio de información entre magistrados (art. 23).

D) *Proyecto Diputados Gil Lavedra, Alfonsín, Favario, Bullrich, Tunessi, Alonso, Ferrari, Bertol, Albrieu*<sup>94</sup>

Como ya resulta habitual, los fundamentos del proyecto remiten a la decisión de la

<sup>94</sup> Expediente N° 4033-D-2011.

Corte Suprema en la causa “Halabi” y a la necesidad y ventajas de regular estas acciones. Además, se hacen referencias al derecho comparado, a la ley de defensa del consumidor, a la ley general del ambiente y a opiniones doctrinarias a favor de esta regulación.

El proyecto se organiza en capítulos destinados a “disposiciones generales”, “disposiciones orgánicas”, “disposiciones procedimentales” y “disposiciones finales y transitorias”.

La propia fundamentación da buena cuenta de los aspectos más relevantes de la propuesta:

Así, en cuanto las “disposiciones generales”, el proyecto define la constitución de la clase cuando existe una pluralidad relevante de derechos individuales lesionados por un hecho único o complejo que permite a sus titulares interponer una sola acción (art. 2) y establece condiciones para su admisibilidad en los tribunales (art. 3).

Entre esas condiciones se encuentra la impracticabilidad del litisconsorcio, la no justificación de la promoción de una demanda, la definición objetiva de la clase, la representación adecuada, el hecho común, la tipicidad.

Respecto a la legitimación activa, se reconoce a toda persona física o jurídica afectada en sus derechos individuales homogéneos que sea miembro de la clase; al defensor del pueblo y a las asociaciones inscriptas conforme a la ley aplicable según su radicación, cuyos fines propendan en forma expresa a la protección de los derechos de incidencia colectiva objeto de la acción de clase (art. 4).

En relación con la competencia, más allá de las normas generales para los procedimientos ordinarios, se establece que cuando se hubieren presentado acciones de clase anteriores que alcancen en forma total o parcial al mismo grupo y que tengan el mismo objeto o que, sin tenerlo, puedan dar lugar a sentencias contradictorias, las actuaciones deben ser remitidas al juzgado que previno (art. 5).

En cuanto a las “disposiciones orgánicas” se destaca la creación del Registro Público de Acciones de Clase (art. 6).

Al tratar las “disposiciones procedimentales”, el proyecto comienza con la regulación de las medidas cautelares, para lo cual remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, habilita expresamente el “anticipo de tutela judicial” y contiene previsión expresa respecto de contracautela (art. 7).

En el art. 8 se regula el régimen de coexistencia de “acciones de clase” y “acciones individuales”, así como el derecho de exclusión.

El proyecto dispone que las acciones de clase se rijan por el procedimiento ordinario (art. 9), al que se excluye de la mediación prejudicial obligatoria. En cambio, se admite el acuerdo “en cualquier etapa del proceso”, con homologación judicial y previo dictamen del Ministerio Público (art. 10).

La propuesta continúa con previsiones especiales para demanda (art. 11, en el que destaca la identificación precisa de la clase), la obligación de registro (art. 12, a los fines de verificar la existencia de “acciones” anteriores), la publicidad (art. 13) y contestación de demanda (art. 14). Recién entonces el juez se pronuncia sobre la admisibilidad de la acción y la representación adecuada (art. 15).

La prueba se rige por las previsiones del art. 17, que excluye la confesional y habilita la asistencia técnica de organismos públicos y/o privados.

Si corresponde y resulta posible, la sentencia debe incluir la cuantificación y distribución de la indemnización para los integrantes de la clase. Caso contrario, debe disponer las bases para la liquidación en los respectivos incidentes (art. 18).

La sentencia firme hace cosa juzgada con relación a los sujetos integrantes de la clase, con excepción de aquellos que hubieren hecho uso del derecho de exclusión. Alcanza a toda la clase afectada en la jurisdicción territorial del juez de primera

instancia interviniente y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción (art. 20).

Para terminar y en cuanto a las “disposiciones finales”, se brindan pautas especiales para la regulación de honorarios cuando actúa más de un abogado en representación de la clase, o cuando el incidente de determinación del monto es iniciado por un abogado distinto a aquel que promovió e impulsó la acción de clase (art. 22), se imponen las costas al vencido salvo decisión fundada del juez y se declara la improcedencia del beneficio de litigar sin gastos (art. 23).

#### E) *Proyecto Diputada Camaño*<sup>95</sup>

Al igual que el analizado supra, # A) (diputado Vilariño “et al.”), este proyecto reproduce en todos sus términos el antiguo del entonces diputado Urtubey. Nos remitimos a las consideraciones allí vertidas.

#### F) *Proyecto Senadora Bortolozz*<sup>96</sup>

En los fundamentos se leen extensas transcripciones de “Halabi”. El proyecto, sin embargo, luce insuficiente en sus apenas siete artículos. En el primero de ellos se habilita la acción de clase a “un grupo mayor a treinta (30) personas físicas o jurídicas” para demandar “la reparación del daño común o hacer cesar la amenaza sobre sus derechos”. Casi inmediatamente se aclara que “en particular, la acción de clase será procedente para la protección de los derechos colectivos al medio ambiente, jubilaciones y pensiones, a la competencia, a la salud y los derechos de usuarios y consumidores en su relación de consumo”.

Los requisitos de admisibilidad son: “descripción del hecho generador del daño común, la descripción de la clase afectada, su representante, la publicidad de la acción y la pretensión resarcitoria de daño” (art. 2), circunstancia que el juez examina y resuelve fundadamente antes de ordenar el traslado de la demanda (art. 3).

Se crea un Registro de Acciones de Clase (art. 4), se exceptúa el caso de la mediación prejudicial obligatoria (art. 5) y, finalmente, se imprime el procedimiento del juicio sumarísimo y se concede legalmente el beneficio de litigar sin gastos (art. 6).

#### G) *Proyecto Senador Lores*<sup>97</sup>

En los fundamentos de este proyecto se transcriben profusamente los considerandos de “Halabi” y los términos de la *Rule 23* estadounidense, de la cual “extraemos los conceptos básicos para adecuarlo a nuestro derecho”.

Ya respecto de la propia propuesta, se distinguen unos “requisitos previos” (art. 3, los clásicos impracticabilidad del litisconsorcio, existencia de hechos comunes a la clase, tipicidad y representación adecuada) de otros “requisitos de procedencia” que pueden asociarse a las “clases” de “class actions” previstas en el derecho estadounidense.

En palabras del presentante, “el tribunal deberá proceder a examinar si la acción de clase intentada reúne alguno de los requisitos –o grupo de requisitos– de procedencia previstos en el art. 4. La existencia de estos requisitos da lugar, a diferentes categorías o tipos de acciones de clase”.

Nos permitimos su transcripción, advirtiendo sobre los potenciales conflictos inter-

<sup>95</sup> Expediente N° 4055-D-2011, presentado el 12.08.2011.

<sup>96</sup> Expediente N° S-3396/10, presentado el 30.09.2010.

<sup>97</sup> Expediente S-0018/11, presentado el 02.03.11.

pretativos que puede tener esta norma y las dificultades a la hora de que los presentantes deban subsumir su caso en alguna de estas hipótesis<sup>98</sup>:

Artículo 4º. Una acción puede ser entablada como acción de clase si se cumplen con los requisitos previos, y si, además:

1. La iniciación de acciones independientes por parte de o en contra de miembros individuales de la clase crearían un riesgo de que: A) se dicten sentencias contradictorias o diferentes con respecto a los miembros individuales de la clase; o B) sentencias con respecto a los miembros individuales de la clase que, en la práctica, decidieran sobre los intereses de los otros miembros que no fueran parte a los efectos de la sentencia o vulneraran o impidieran su capacidad de proteger sus intereses.
2. La contraparte de la clase ha actuado o se ha negado a actuar en base a los fundamentos generalmente aplicables a la clase, haciendo así aplicables órdenes o prohibiciones adecuadas o medidas declarativas correspondientes a la clase en su integridad.
3. El tribunal determina que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cuestiones que afectan solamente a miembros individuales, y que una acción de clase resulta más idónea que otras vías procesales para la justa y eficiente resolución de la controversia. Las materias pertinentes a dicha determinación incluyen: A) el interés de los miembros individuales de la clase por controlar individualmente el curso de la acción o la defensa de acciones individuales; B) la extensión y naturaleza de cualquier litigio relativo a la controversia ya iniciada por o en contra de los miembros de la clase; C) la controversia o inconveniencia de concentrar la tramitación de las acciones en un fuero especial; D) las dificultades que probablemente se hallen en la tramitación de una acción de clase.

El juez resuelve sobre la admisibilidad (art. 5) y fija una audiencia (art. 6) que debe ser notificada de manera flexible a los potenciales integrantes de la clase (art. 7), a los fines de la elección definitiva del representante, lo que no impide la actuación del Defensor del Pueblo, Ministerio Público o asociaciones (art. 8), aunque no se aclara en qué carácter. Aquí aparece una suerte de superposición de notificaciones pues, luego de esta audiencia, el juez debe citar a los integrantes de la clase para expresar su voluntad de integrar o no la clase (art. 9).

La sentencia debe incluir y describir a los miembros de la clase y “el juez procurará que los contenidos dispositivos de la sentencia faciliten su ejecución teniendo en cuenta en particular, en su caso, los beneficios de las prestaciones que deban cumplirse y su eventual indeterminación” (art. 11).

Se prevé la división de la clase en “subclases” (art. 12) y se otorgan facultades ordenatorias a los jueces relacionadas con el buen curso del procedimiento, notificaciones, instrucciones a los representantes (art. 13).

#### H) *Proyecto Senadora Escudero*<sup>99</sup>

El proyecto reproduce uno anteriormente presentado por la misma Senadora (Expte. N° S-1496/09) y, al igual que el analizado supra, # B) (diputado Piumato), toma como base el proyecto del entonces Senador Bauzá. Nos remitimos a las consideraciones allí vertidas.

#### I) *Proyecto Senadora Negre de Alonso*<sup>100</sup>

También este proyecto se funda largamente en los considerandos de “Halabi”, recordando doctrina nacional y la regulación estadounidense.

<sup>98</sup> V., en particular, el inciso 2. Es la preocupación de ARBALLO, G., “La acción de clase: los proyectos del Senado”, en *Saber leyes no es saber derecho*, 30.08.2011, <http://www.saberderecho.com/2011/08/la-accion-de-clase-los-proyectos-del.html>, consultado el 29.02.2012.

<sup>99</sup> Expediente N° S-204/11, presentado el 04.03.2011.

<sup>100</sup> Expediente N° S-1045/11, presentado el 11.05.2011.



Luego de definir la “acción de clase” (art. 1), se estipulan sus requisitos de admisibilidad: impracticabilidad del litisconsorcio, concentración en los efectos comunes, homogeneidad fáctica y normativa, riesgo de sentencias contradictorias (art. 2).

Previo requerir informe al Registro de Acciones de Clase (art. 3) el juez corre traslado al demandado y certifica o no la clase (art. 6). La certificación debe incluir la composición de la clase, la publicación de edictos, la citación de miembros identificados, la designación de un representante provisorio y la fijación de audiencia para la designación de uno definitivo (art. 7), así como notificarse por cédula a los miembros individualizados o razonablemente individualizables (art. 8). Asimismo, se comunica al Ministerio Público (9).

El juez debe elegir como representante definitivo al abogado o grupo de abogados que acredite ser mandatario del mayor número de integrantes de la clase (art. 14).

El procedimiento continúa con la fijación de la audiencia prevista en el art. 360 del CPCCN y la aplicación de las demás disposiciones procesales (art. 16).

La sentencia definitiva debe identificar a los integrantes de la clase y brindar las pautas para la reparación económica (art. 17). Su alcance se extiende a todos los integrantes de la clase; si rechaza la pretensión, el juez debe explicitar las razones (un nuevo proceso puede iniciarse invocando nuevos hechos); si rechaza la pretensión por falta de prueba, la sentencia sólo alcanza a las partes que se presentaron a juicio (art. 18). En el art. 19 se regula la exclusión de la clase y en el art. 20 se crea el Registro de Acciones de Clase.

### 3. *Proyectos de ley sobre “amparos colectivos”*

Solapándose en algunos casos con los proyectos de “acción de clase” o corriendo el riesgo de franca contradicción (sobre todo, cuando se habilita como objeto de “amparo colectivo” la tutela de intereses plurales homogéneos), existen tres proyectos de ley de “amparo colectivo”: uno que lo incorpora a la regulación actual del amparo y otros dos que lo incluyen dentro de una nueva ley general de amparo.

#### A) *Proyecto Diputados Bertol, Bullrich, Pinedo, Ferrari, Obligio*<sup>101</sup>

Este proyecto persigue incorporar normas regulatorias del “amparo colectivo” a las normas existentes sobre “amparo individual” a nivel nacional (*i.e.*, la ley 16.986 y el CPCCN). En los fundamentos, se hace puntual referencia a la pérdida de estado parlamentario de varios proyectos y se insiste en la necesidad de, al menos, actualizar las normas vigentes. No se persigue regular las denominadas “acciones de clase”, para lo cual existen otros proyectos.

La propuesta de reforma al art. 231 del CPCCN, inc. 2, prevé la acción de amparo para la protección de derechos de incidencia colectiva.

Como inc. 7) del art. 498 del CPCCN se incorpora la obligación de identificar al grupo afectado, indicando la relación o situación jurídica que los une, al momento de interponer la demanda.

Inmediatamente se proyecta la inserción de los siguientes artículos: art. 498 bis, por el que se enumeran los legitimados para interponer el amparo colectivo: el afectado, el defensor del pueblo, el Ministerio Público (al que también se le reconoce participación necesaria) y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley. En la misma norma proyectada se establece que la acción colectiva no genera litispendencia respecto de las acciones individuales. Los efectos de la cosa juzgada colectiva no benefician a los actores de los amparos individuales si éstos no requieren la suspensión del proceso individual en el plazo de diez días desde el conocimiento efectivo del proceso colectivo. El demandado tiene la carga de informar en el amparo

<sup>101</sup> Expediente N° 0006-D-2011, presentado el 01.03.2011.



individual, la existencia del amparo colectivo, bajo riesgo de que el amparista individual se beneficie con los efectos de la cosa juzgada colectiva, aun cuando su pretensión fuera rechazada.

En cuanto a las normas de publicidad, en el art. 498 ter se establece la obligación de dar a conocer el amparo colectivo por tres días como mínimo, tanto por edictos en el Boletín Oficial como en radio, televisión y cualquier otro medio gratuito que el juez estime conveniente. El juez debe oficiar al Registro de Amparos Colectivos (que se crea) para que informe sobre la existencia de otro amparo colectivo con el mismo objeto, en cuyo caso se acumularán los procesos sobre el expediente más antiguo.

La publicidad alcanza también y por los mismos medios al contenido de la sentencia y del acuerdo conciliatorio, en su caso. La publicidad que se emita en radio y televisión debe realizarse en los términos del artículo 76 de la ley 26.522 (mensaje de interés público).

Los efectos de la sentencia están previstos en el art. 498 quáter: a) la sentencia alcanza a todo el grupo afectado en la jurisdicción territorial del juez de primera instancia interviniente, y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción; b) en caso de rechazo de la acción, cualquier legitimado que no haya intervenido en el proceso, puede intentar otra acción con idéntico objeto, si se valiere de nueva prueba; c) la sentencia recaída en el amparo colectivo no obsta a la presentación de acciones de amparo individuales sobre el mismo objeto, por los legitimados que no intervinieron personalmente en el proceso colectivo, dentro del plazo establecido en el artículo 498 bis; d) cualquier miembro del grupo afectado alcanzado por la sentencia puede requerir su ejecución.

Finalmente, y con normas sustancialmente análogas, se propone la reforma a la ley 16.986 para los casos en que el acto u omisión lesiva provenga de autoridad pública.

**B) *Proyecto Diputados Gil Lavedra, Tunessi, Ferrari, Bullrich, Alfonsín, Carranza, Bertol, Camaño, Favario, Martínez*<sup>102</sup>**

A diferencia del proyecto anterior, se trata de una propuesta de reforma integral de la ley de amparo que deroga la ley 16.986 y el inc. 2 del art. 321 del CPCCN (art. 34).

Los fundamentos del proyecto apuntan a la mora legislativa en adecuar la legislación infraconstitucional del amparo a la nueva regulación constitucional incorporada en el art. 43.

Limitándonos al “amparo colectivo”, obviamente se incluyen los “derechos de incidencia colectiva” (art. 2, inc. b) y se amplía la base de legitimación (art. 5, que reproduce el art. 43 de la Const. Nac. y agrega al Ministerio Público).

En cuanto a la sentencia, “alcanza a todo el grupo afectado en la jurisdicción territorial del juez de primera instancia interviniente y será oponible al vencido, en beneficio de quienes, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio, compartan la situación jurídica o de hecho con quien interpuso la acción” (art. 18). Quienes no intervinieron personalmente en el amparo colectivo y puedan ofrecer nuevas pruebas pueden iniciar acciones individuales de amparo.

Por otro lado, se dispone la creación del “Registro Público de Amparos Colectivos” (arts. 24 a 26) y la incorporación de medios de publicidad de las decisiones judiciales (art. 27).

Además, se define la relación entre las acciones colectivas y las individuales. El amparo colectivo no genera litispendencia respecto de las pretensiones individuales. Los efectos de la cosa juzgada colectiva no benefician a los actores de los amparos

<sup>102</sup> Expediente N° 2540-D-2011, presentado el 11.05.2011.

individuales si éstos no requieren la suspensión del proceso individual en el plazo de 10 días desde el conocimiento efectivo del proceso colectivo (art. 23).

Se garantiza que los efectos de la sentencia beneficien a todos los afectados, hayan o no intervenido en el proceso (art. 28).

Finalmente, se establece expresamente que cualquier miembro del grupo afectado puede pedir la ejecución de la sentencia (art. 29).

### C) *Proyecto Diputada Rodríguez*<sup>103</sup>

Al igual que en el caso anterior, este proyecto persigue la sustitución de todo el régimen legal vigente de amparo y la incorporación del “amparo colectivo”. En su extensa fundamentación se hace particular hincapié en esta especie de tutela.

Ya desde el art. 1 quedan incluidos los “derechos de incidencia colectiva” como objeto de tutela por la vía del amparo. Se replican los legitimados del art. 43 de la Const. Nac. y se agrega al Ministerio Público y a las entidades públicas de control (art. 12).

Es requisito de admisibilidad de la demanda de amparo colectivo la identificación del derecho de incidencia colectiva y el grupo afectado (art. 13). Lo propio debe hacer la resolución de admisibilidad (art. 16). Existen previsiones especiales para la contestación de la demanda (arts. 18 y 19), para la prueba (art. 21) y para la sentencia (art. 23).

Todo un título se destina a “disposiciones especiales para el amparo colectivo”, empezando por la detallada definición de criterios y ejemplificación de casos para identificar derechos o intereses de incidencia colectiva (art. 31).

En el art. 32 se prescribe que “las acciones de amparo en que se invoquen derechos o intereses de incidencia colectiva sobre bienes jurídicos de carácter indivisible deben tramitar por las normas del amparo colectivo. En caso de que se presente una acción de amparo individual que corresponda tramitar por las normas del amparo colectivo, dentro del plazo de tres (3) días, el juez debe notificar al accionante esta circunstancia. Si el juez no lo hiciera, el demandado puede oponerse a la tramitación de la acción como amparo individual y requerir su adecuación a las normas del amparo colectivo. La resolución que dispone la sujeción del proceso al trámite del amparo colectivo es recurrible. En los casos en que se invoquen derechos o intereses de incidencia colectiva sobre bienes jurídicos de carácter divisible, el actor puede optar por un procedimiento u otro”.

Numerosas normas involucran directa o indirectamente la publicidad a cargo del Registro de Amparos Colectivos (que se crea, arts. 46 a 48) y para diversos fines: evitar repetición de demandas y litispendencia (art. 33), publicidad, para lo que se agregan otros medios (art. 35).

El grupo afectado debe ser delimitado (art. 34) y sus integrantes, en caso de tratarse de intereses individuales homogéneos, tienen la opción de excluirse y evitar la afectación por la sentencia (art. 34). Se regula la intervención de terceros (art. 37), la participación del defensor del pueblo (art. 38) y de “amicus curiae” (art. 39).

La sentencia dictada en un amparo colectivo alcanzará a todo el grupo afectado y será oponible al vencido en beneficio de quienes compartan la situación jurídica o de hecho con los que interpusieron la acción, a pesar de no haber intervenido personalmente en el juicio. Cualquier legitimado que no haya intervenido en el proceso o que se haya excluido de éste puede intentar otra acción con idéntico objeto, si se valiere de nueva prueba o de nuevos argumentos jurídicos (art. 40). Se regula, asimismo, la relación entre la acción colectiva y las acciones individuales (art. 41) y la ejecución (art. 42).

<sup>103</sup> Expediente N° 3094-D-2011, presentado el 06.06.2011.

Habida cuenta del interés colectivo, el desistimiento del proceso está sujeto a normas especiales (art. 43) y están prohibidos el desistimiento del derecho (art. 44) y la transacción (art. 45).

En cuanto a las costas, se imponen al vencido salvo disposición fundada del juez (art. 49). Las actuaciones están exentas de pago de sellados, salvo temeridad (art. 50).

#### 4. Otros proyectos de ley

##### A) Proyecto de “amparo ambiental”

Este proyecto fue presentado por los diputados Cuccovillo, Fein, Barrios y Alcuaz<sup>104</sup> y apunta a introducir modificaciones a la ley 25.675, “Ley General del Ambiente”.

Así, se propone incorporar como art. 30 bis una norma que distribuye las costas en el orden causado si el demandado se allana “en forma total y completa a las pretensiones del amparista” y “siempre que comience a cumplir y continúe cumpliendo en tiempo y forma la sentencia”. Si es el accionante del amparo ambiental el vencido, está exento de costas salvo “propósito manifiestamente malicioso o temerario”. Si el accionante vence en su pretensión, el demandado carga con las costas.

En el proyectado art. 30 ter se consagra la total gratuidad del amparo ambiental para el accionante, salvo malicia o temeridad. El beneficio se extiende a las pruebas periciales que ofreciere el amparista “siempre que las mismas guardaren la debida razonabilidad con la protección que se pretende ejercer”.

Finalmente, se modifica el segundo párrafo del art. 30 en sentido de que los legitimados que no hayan iniciado demanda de daño ambiental colectivo podrán, sin embargo, “intervenir como terceros autónomos”.

##### B) Proyecto de “acción colectiva de responsabilidad”

El proyecto fue presentado por los diputados Baldata y Peralta<sup>105</sup> y consta de un solo artículo en el que se propone la incorporación como art. 322 bis del CPCCN la denominada “acción colectiva de responsabilidad”:

Artículo 322 bis: *Acción colectiva*. Las asociaciones, fundaciones, mutuales, cooperativas y todas las personas jurídicas o de existencia ideal que tengan como objeto la consecución del bien común, legalmente constituidas, podrán iniciar una demanda colectiva de responsabilidad contractual o extra-contractual cuando se afecten en forma masiva y generalizada derechos individuales homogéneos de sus representados.

La acción colectiva resultará procedente cuando existan cuestiones de hecho o de derecho comunes que permitan una decisión uniforme sobre la responsabilidad demandada, o cuando se demanden indemnizaciones por daños y perjuicios ocasionados por prácticas comerciales desleales o contrarias al régimen de libre competencia.

En la demanda se deberá identificar con claridad el universo de personas afectadas.

La sentencia se limitará a declarar la existencia o no de responsabilidad y, en su caso, establecerá las bases sobre las que haya de hacerse la liquidación de la condena.

La condena sólo podrá ser ejecutada en forma individual mediante un procedimiento sumarísimo en el que cada una de las personas afectadas deberá acreditar el importe de su crédito o perjuicio en los términos establecidos en la sentencia.

He aquí la regulación de una típica demanda de daños masivos que, de sancionarse junto con las proyectadas “acciones de clase”, entraría en solapamiento y contradicción.

<sup>104</sup> Expediente N° 2446-D-2011, presentado el 09.05. 2011.

<sup>105</sup> Expediente N° 4776-D-2009, presentado el 01.10.2009.

#### IV. Palabras finales

El análisis a nivel nacional de las leyes y de los proyectos de ley que se ocupan con mayor o menor extensión de los denominados “procesos colectivos” expone los muy variados desequilibrios, debilidades y omisiones en la regulación de este tema.

Desde nuestra perspectiva, no existe una idea clara de qué fines debe perseguir esta tutela (¿resarcitorios?, ¿organizacionales?, ¿disuasorios?, ¿todos ellos?), con lo que la ausencia de ese norte –sumada a la desconsideración por las condiciones que cada uno de esos fines presupone y los efectos que genera– da los resultados disvaliosos analizados.

Una vez más: podemos coincidir en que el modelo estadounidense es el mejor, el más desarrollado, el que nos ofrece mayor experiencia probada de aplicación, el más garantista de la tutela colectiva, etcétera. Lo que no podemos hacer para el bien de la recepción jurídica<sup>106</sup> del modelo es omitir todas las preguntas necesarias para la adecuada asimilación del derecho extranjero en el medio local y, al cabo, prescindir de las respuestas jurídicas ineludibles para su debida “aclimatación”<sup>107</sup>.

Decidida una opción, todavía será menester armonizar la legislación existente, reconociendo “la regla de buena técnica legislativa que impone simplificar, en la medida de las posibilidades, los instrumentos de tutela, cuando no existen razones de peso que justifiquen un trato dispar entre controversias que comparten cualidades análogas, como en gran medida ocurre con los procesos colectivos”<sup>108</sup>.

Salvo muy honrosas excepciones –generalmente provenientes del ámbito del derecho procesal<sup>109</sup>–, no advertimos en las opciones legislativas y jurisprudenciales ni en los fundamentos de los proyectos la consideración de estos problemas. En tales condiciones, difícilmente lleguemos a la concreción de un “trasplante responsable”<sup>110</sup>. Y ya se sabe que –como afirma Ciuro Caldani– “en medios como el argentino hay una especial inclinación, sobre todo gubernamental, a elaborar muchas normas, alejadas de la realidad y receptoras de modelos extraños, sin la pertinente atención a las posibilidades y a la legitimidad. En muchos casos se trata de improvisación”<sup>111</sup>.

Urge reconocer que las particularidades y los condicionamientos sociológicos, normológicos y axiológicos de un ordenamiento cuentan y que, por tanto, cualquier trasplante responsable (insistimos con la expresión) debe hacerse cargo de ellos.

<sup>106</sup> Sobre “recepción jurídica” puede v. WATSON, A., *Legal transplants (an approach to comparative law)*, 2ª ed., Georgia, The University of Georgia Press, 1993; CIURO CALDANI, M. A., “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en *Revista de Direito Civil*, N° 8, pp. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1987, N° 9, pp. 33 y ss. Asimismo, nuestro *Procesos colectivos...* cit., pp. 243-268.

<sup>107</sup> Cfr. PAPACHRISTOS, A. C., *La réception des Droits Privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1975, pp. 79 y ss.

<sup>108</sup> GIANNINI, L., “La transacción en los procesos colectivos”, en *Revista de Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, N° 2011-2, pp. 284-285.

<sup>109</sup> Coincidimos con GIANNINI, para quien “el estudio de los procesos colectivos ha arribado en nuestro país a un grado de madurez que se distingue claramente respecto del estado de avance parcial que, en paralelo, evidencian las concreciones legislativas en la materia” (“La transacción...” cit., p. 284).

<sup>110</sup> Cfr. la feliz expresión de GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de Derecho Civil)*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 16.

<sup>111</sup> CIURO CALDANI, M. A., “La teoría y la práctica de la elaboración de normas jurídicas en la universidad”, en *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 31, 2008, p. 13. También puede consultarse en [www.centrodefilosofia.org.ar](http://www.centrodefilosofia.org.ar).

## LAS ACCIONES COLECTIVAS EN EL DERECHO ARGENTINO

por CLAUDIA SBDAR

SUMARIO: 1. La garantía constitucional de los procesos colectivos. 2. Derechos de incidencia colectiva. 3. Legitimación colectiva. 3.1. El afectado. 3.2. El Defensor del Pueblo. 3.3. Las asociaciones. 3.4. Acción popular. 4. Sentencia colectiva: Efecto erga omnes. 4.1. Eficacia. 5. La declaración de inconstitucionalidad en los procesos colectivos. 5.1. Sentencias exhortativas. Conclusión.

### 1. La garantía constitucional de los procesos colectivos

La reforma constitucional de 1994 incorporó al Texto Fundamental los derechos de incidencia colectiva. El primer paso en la tutela de este tipo de derechos ha sido dado con el reconocimiento constitucional de los mismos. Los artículos 41 y 42 contemplan los derechos de incidencia colectiva a un ambiente sano, el del usuario, consumidor y a la defensa de la competencia. Por su parte, la norma del artículo 43 prevé la tutela del amparo colectivo para los referidos derechos, para el derecho a la no discriminación y para todos los derechos de incidencia colectiva en general. Queda abierta la posibilidad de que se reconozcan en el futuro otros derechos de la misma categoría, a modo de ejemplo, el derecho a la ética pública o a la conducta política adecuada.

Ante el reconocimiento constitucional de un derecho, su titularidad es inmediata. Sin embargo, se necesita de las garantías que le proporcionan seguridad, las que a veces están en la propia Constitución o en leyes procesales, e incluso puede ocurrir que no estén normativamente previstas, sin que tal circunstancia sea capaz de enervar su vigencia, toda vez que la previsión constitucional de un derecho lo torna directamente operativo. Así ocurrió con el amparo, cuando la Corte Suprema de Justicia señaló en el sonado caso "Siri"<sup>1</sup> que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación, como dice el artículo 18 de la Constitución, a propósito de una de ellas.

Inspirado en la doctrina española y con gran acierto, señala Bidart Campos que toda la Constitución es jurídica, es norma jurídica, es derecho y, por ende, vincula a los poderes públicos y a los particulares, obliga, debe ser aplicada y es aplicable, tiene que funcionar, ha de encarnarse en la realidad sociológica de las conductas humanas<sup>2</sup>. Sin embargo, el afianzamiento de la vigencia de los derechos constitucionales exige de verdaderas garantías. Precisa Böckenförde que la protección de la libertad individual y social frente a las amenazas del ejercicio del poder de los órganos del Estado se aseguran principalmente de forma institucional y procedimental a través de las garantías fundamentales de la Constitución del Estado de Derecho y de la legislación que

<sup>1</sup> CSJN, "Siri Ángel s/Interponer recurso de hábeas corpus", sentencia del 27/12/57, *Fallos*, 239:461.

<sup>2</sup> Bidart Campos, G., "La fuerza normativa de la Constitución", *El amparo constitucional. Perspectivas y modalidades (art. 43 de la Constitución Nacional)*, coord. por Toricelli, M., Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 2.

concreta esas garantías<sup>3</sup>. Y, cabe reparar en que la cuestión de la eficacia de los derechos constitucionalmente reconocidos abarca las distintas clases de derechos, los de primera, segunda o tercera generación, según que hubieren surgido con el constitucionalismo liberal, social o el posterior a la segunda guerra mundial<sup>4</sup>.

Cuando se encuentra lesionado o amenazado de lesión un derecho de incidencia colectiva, su protección demanda de un modelo de proceso diferente al individual que facilite el acceso a justicia de quienes pretenden la tutela. Su implementación no es fácil. El perfil del proceso individual, marcado por el significado de la legitimación y la extensión de la cosa juzgada, consecuencia de una filosofía esencialmente individualista, típica de nuestro sistema de derecho del civil law, se encuentra profundamente enraizado en la visión que sobre el mismo hemos desarrollado desde una perspectiva cultural; asimismo el proceso colectivo presenta sustanciales modificaciones respecto del individual, antes de su iniciación (amplitud en materia de legitimación), durante su tramitación (el número de personas que forman parte del grupo puede ser abierto) y después de dictada la sentencia de fondo (alcance subjetivo de la res iudicata)<sup>5</sup>.

Para la protección de los derechos de incidencia colectiva, el artículo 43 de la Constitución incorporó el amparo colectivo. Sus particularidades, originadas en el objeto de la tutela: derechos colectivos sobre bienes colectivos y derechos colectivos referente a intereses individuales homogéneos, sustancialmente conciernen a la ampliación de los legitimados para promover el proceso y, consecuentemente, a los alcances subjetivos de la cosa juzgada de la sentencia. Consecuentemente los presupuestos que la CN establece para la procedencia del amparo individual –arbitrariedad o ilegalidad manifiesta del acto lesivo, actualidad o inminencia de la lesión y certeza del derecho comprometido– deben verificarse en el amparo colectivo, pero su observancia habrá de juzgarse desde una perspectiva compatible con la peculiar naturaleza de la tutela colectiva, la que se origina en la expansión propia del daño<sup>6</sup>.

Contamos con un mecanismo de tutela de los derechos de incidencia colectiva, previsto en el mismo Texto Constitucional, que será operativo cuando el caso reúna los presupuestos establecidos en el primer párrafo del artículo 43 de la CN y tramitará, en el orden jurisdiccional federal o provincial, por el procedimiento reglamentado por una ley nacional o leyes o códigos de provincias. Un carril distinto al del amparo fue admitido por el Máximo Tribunal en los autos “Asociación de Superficiaarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales SA y otros”, sentencia del

<sup>3</sup> Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, traduc. de Requejo Pagés J., Villaverde Menéndez, I., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 84.

<sup>4</sup> Sagüés, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 19. Los primeros se asignan por lo común sólo a individuos contra el Estado, importan el afianzamiento de los valores libertad, igualdad y propiedad, propios de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Los segundos son derechos concedidos principalmente a los trabajadores y a los gremios, se plantean no sólo contra el Estado, sino también contra otros sujetos como los empleadores. Surgen en el siglo XX y los valores esenciales son la igualdad y la solidaridad. Los terceros están en cabeza de personas, grupos, la sociedad misma, es decir no está muy delimitado el sujeto titular, el valor predominante es la dignidad humana con nuevas variables de aplicación, como la tutela del medio ambiente, al consumidor, etcétera.

<sup>5</sup> Morello, A., Cafferatta, N., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 134.

<sup>6</sup> Morello, A., Sbdar, C., *Acción Popular y Procesos Colectivos. Hacia una tutela eficiente del ambiente*, Lajouane, Buenos Aires, 2007, p. 31. No es posible siempre exigir al actor de este proceso, como al de un amparo individual, un pormenorizado relato de los hechos y una precisa descripción de los daños toda vez que, en algunos casos, puede no manejar suficientemente la información técnica del caso. Respecto de la admisión de las pruebas, el temperamento ha de ser amplio y, también, en cuanto a la valoración de los hechos y las pruebas por la complejidad que, muchas veces, ofrece la acreditación, sobre todo cuando los elementos de prueba se encuentran en poder de la parte demandada.



13/7/2004<sup>7</sup>. El voto mayoritario (considerando 3º) sostuvo “que el trámite que ha de imprimirse a esta causa no puede ser el del amparo, pues las medidas probatorias necesarias para la dilucidación de los eventuales daños ocasionados por la actividad de las demandadas exigen un marco procesal más extenso. De la sola consideración del ofrecimiento de pruebas de la interesada (ver fs. 67 y ss.) se impone tal temperamento, de modo que resulta adecuada la adopción del régimen ordinario (Fallos: 270:69; 312:2103, entre muchos otros)”.

Los procesos colectivos son una garantía constitucional en la República Argentina<sup>8</sup>. La doctrina nacional viene trabajando incesantemente sobre su implementación y la cuestión es objeto de análisis de los últimos encuentros de derecho procesal, como las Primeras Jornadas de profesores de la Asociación Argentina de Derecho Procesal celebradas en Córdoba en noviembre de 2004 y también integró el temario de los últimos Congresos de Derecho Procesal, realizados en la ciudad de Mendoza en Septiembre de 2005, Mar del Plata en 2007, Buenos Aires en 2009 y Santa Fe en 2011. A ello, cabe añadir la trascendente jurisprudencia sobre la materia del Máximo Tribunal del país toda vez que ha logrado diseñar la silueta de un proceso colectivo en “Mendoza Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, sentencia del 08/7/08<sup>9</sup> y “Halabi, Ernesto c. P. E. N. –ley 25.873– dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986”, sentencia del 24/02/09<sup>10</sup> para la tutela de derechos colectivos sobre bienes colectivos y sobre individuales homogéneos, respectivamente. Asimismo corresponde recordar el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en Caracas en el año 2004. El referido instrumento fue concebido no sólo como la enunciación de principios sino como modelo concreto para inspirar las reformas, de modo de tornar más homogénea la defensa de los intereses y derechos transindividuales en países de cultura jurídica común y, en lo pertinente, en su artículo 4 admite todas las acciones que fueren aptas para propiciar la adecuada y efectiva defensa de los derechos e intereses protegidos por ese Código.

## 2. Derechos de incidencia colectiva

Los derechos colectivos en sentido amplio han sido clasificados en difusos, colectivos e individuales homogéneos por la primera ley brasileña de 1990 sobre acción colectiva, el Código del Consumidor de Brasil en su artículo 81. También el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica adopta el referido criterio de clasificación y distingue en su artículo 1º: I. Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo o categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base; II. Intereses o derechos individuales, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase.

Los difusos para Pellegrini Grinover, se tratan de derechos metaindividuales e indivisibles y son los que no reconocen vínculo jurídico entre las personas pertenecientes al grupo que defienden esos mentados intereses que se identifican entre sí por circunstancias de hecho contingentes y variables, como las de pertenecer a la misma región o al mismo barrio, participar en ciertos emprendimientos y/o consumir determi-

<sup>7</sup> *La Ley*, 13/10/2004, p. 8.

<sup>8</sup> Oteiza, E., Verbic, F., “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos, ¿cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo Halabi?”, *LexisNexis*, Nº 0003/014882.

<sup>9</sup> *La Ley*, E, 425.

<sup>10</sup> *Fallos*, 332:128.



nados productos<sup>11</sup>. Robert Alexy los denomina no distributivos<sup>12</sup>. En los derechos colectivos, los miembros del grupo están ligados entre sí o con la contra parte, por una relación jurídica previa. Por ejemplo, las personas clientas de un banco que cobra gastos administrativos ilegales. En los dos tipos, la satisfacción de la pretensión de unos implica idéntico resultado para todos; lo mismo que la lesión de uno se extiende de hecho a la totalidad de la comunidad, por lo que son indivisibles.

Los derechos individuales homogéneos, en cambio, son derechos individuales subjetivos con la particularidad de que derivan de un origen común, sea de hecho o de derecho y dan lugar a una acción colectiva por daños individuales. Se trata de un daño sufrido por muchos que repercute de distinta manera en cada uno de los damnificados, aquel que en Estados Unidos ha sido denominado *Masive Tort litigation*. La violación de un derecho de incidencia colectiva sobre bienes colectivos puede derivar además en la violación de derechos individuales de todos o de algunos de los miembros del grupo. Se trata de derechos individuales aunque accidentalmente colectivos. Una publicidad engañosa, la emisión de gases tóxicos a la atmósfera o la alteración contractual ilegítima (cargos indebidos), la contaminación de acuíferos, la lesión al patrimonio cultural o artístico, suponen violaciones de derechos colectivos que pueden acarrear daños a la esfera individual que por su origen común pueden ser considerados homogéneos. La amplitud del concepto cobija a los denominados conflictos repetitivos, que dan lugar a procesos seriados, una de cuyas características distintivas es la gran dispersión de los actores. Por caso, demandas de contribuyentes por la inconstitucionalidad de normas fiscales, de jubilados, beneficiarios de obras sociales, etcétera<sup>13</sup>.

De acuerdo al criterio establecido por la CSJN en la causa "Halabi", podemos distinguir tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. La sentencia de la referida causa ha delineado los requisitos de la acción de clase hasta su pronunciamiento, ajena al derecho argentino, constituyendo un gran aporte del Máximo Tribunal al diseño institucional del país.

Los derechos individuales son ejercidos por su titular y ello no cambia por la circunstancia de que estén numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural. En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable. A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la CN en el que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

Los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (artículo 43, CN) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos que resultan prevalentes. La petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, es indivisible y no admite exclusión alguna. Estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas ya que ello implicaría que si se determina el sujeto en el

<sup>11</sup> Pellegrini Grinover, A., "Acción de amparo colectiva (Mandado de segurança)", *Revista de Derecho Procesal*, N° 4, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 205.

<sup>12</sup> Alexy, R., *Laudatio con motivo del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad Nacional de Tucumán*, Tucumán, 11 de octubre de 2008.

<sup>13</sup> Berizonce, R., "Sobrecarga, misión institucional y desahogo del sistema judicial", *El papel de los Tribunales Superiores*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 445-446.

proceso, éste sería el titular, lo cual no es admisible, y tampoco hay una comunidad en sentido técnico, puesto que la misma importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen por cotitularidad. No pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno. Además, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera. De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos son admitidos en el segundo párrafo del artículo 43. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por la tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Este dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en el se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Para el Máximo Tribunal la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección (entendido como el de la sociedad en su conjunto), sea por su trascendencia social (como el ambiente, el consumo o la salud) o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (tradicionalmente postergados o débilmente protegidos). Sostuvo que 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 (cfr. Consid. 19 de la sentencia "Halabi").

Como síntesis, en el derecho argentino existe un sistema de acciones colectivas que tiene pluralidad de fuentes y que puede ser presentado, señala Lorenzetti, de la siguiente manera: 1. Acciones colectivas referidas a bienes colectivos: son admisibles con base en la Constitución Nacional y la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia en las causas "Mendoza" y "Halabi". 2. Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos no patrimoniales: son admisibles con base en la Constitución Nacional y la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia en la causa "Halabi". 3. Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales en las relaciones de consumo: son admisibles conforme al régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (artículo 54, ley 26.361). 4. Acciones colectivas referidas a intereses individuales homogéneos patrimoniales: no es admisible cuando no se trata de una relación de consumo, aunque ésta es un área que puede desarrollarse<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Lorenzetti, R., *Justicia Colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 23.

### 3. Legitimación colectiva

La legitimación es la aptitud de un sujeto o de una pluralidad de sujetos para obtener una sentencia de fondo o de mérito. El legitimado es aquel que tiene derecho a exigir que se resuelva sobre la o las pretensiones expuestas en la demanda, sea la resolución favorable o desfavorable<sup>15</sup>. Si además de existir la legitimación activa y pasiva, el derecho o la relación sustancial existe, la sentencia será favorable. En general, la aptitud para demandar coincide con la titularidad activa de la relación jurídica sustantiva controvertida en el proceso y la aptitud para ser demandado con la titularidad pasiva de esa misma relación jurídica sustancial. Tal coincidencia es propia de la legitimación normal. Ella cede y se denomina anormal en los casos en que la controversia se refiere a derechos públicos subjetivos, intereses difusos o también en determinadas circunstancias, derechos subjetivos privados<sup>16</sup>, supuestos en los que una pluralidad de sujetos pueden ser los titulares de la relación jurídica sustancial y otro sujeto, el legitimado. Es oportuno recordar que en el contexto de la doctrina italiana las situaciones subjetivas desde una perspectiva activa y sustancialmente en el plano del derecho administrativo, han sido clasificadas en derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple<sup>17</sup>, como también que desde los años noventa han aparecido nuevos derechos o intereses denominados colectivos, difusos e individuales homogéneos.

Se afirma fundadamente, que es el nudo gordiano o el verdadero talón de Aquiles de la tutela procesal, más aún en temas tan complejos como por ejemplo los procesos colectivos<sup>18</sup>. Asistimos a la Era de las legitimaciones<sup>19</sup>. Cada día, decía Bidart Campos, más nos convencemos de que toda la doctrina y la praxis de la tutela judicial efectiva se desvanecen en su esfuerzo cuando procesalmente se estrangula la legitimación<sup>20</sup>.

Son legitimados, según el segundo párrafo del artículo 43 de la CN para promover el proceso de amparo para la protección de los derechos de incidencia colectiva el afectado, el Defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley. El artículo 43 de la CN fija un piso en el nivel de protección, que podrá ser ampliado y nunca restringido, por una ley reglamentaria. En esa línea, la ley podrá extender la legitimación en los procesos colectivos a otros sujetos no contemplados en el Texto Fundamental; lo que ocurre con la tutela del medio ambiente, derecho constitucionalmente contemplado en el artículo 41 de la CN, respecto del que la Ley General del Ambiente (LGA), ley de presupuestos mínimos, reconoce una legitimación más amplia que la del segundo párrafo del artículo 43 del Texto Fundamental.

Un gran paso ha dado el Texto constitucional de 1994 cuando reconoció los derechos de incidencia colectiva, sin embargo ello no habría alcanzado sin la correspondiente ampliación de la legitimación para promover su tutela. En la ruta de acceso a la justicia y durante todo el proceso colectivo, la tutela judicial efectiva puede frustrarse si la legitimación se pondera de manera acotada o restringida, ya que

<sup>15</sup> Echandía, D., *Teoría General del Proceso*, Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 255. Sostiene Devís Echandía que la legitimación en causa es condición para que pueda proferirse sentencia de fondo o de mérito. En idéntico sentido Peyrano, J., "Legitimaciones atípicas", *La Legitimación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 83, sostiene que es la aptitud de un sujeto o de una pluralidad de sujetos para postular proveimientos en determinado proceso, procedimiento, tramos o aspectos de los mismos.

<sup>16</sup> Así lo apuntan Morello, Cafferatta, *Visión procesal de cuestiones ambientales...* cit., p. 150.

<sup>17</sup> Confr. art. 24, inc. A) de la ley 19.549 y art. 3º y 74 del Reglamento de Procedimientos Administrativo aprobado por dec. 1883/91 (Adla, XXXIX-C, 2339).

<sup>18</sup> Morello, Cafferatta, *Visión procesal de cuestiones ambientales...* cit., p. 150 y v. nota 52.

<sup>19</sup> Morello, Cafferatta, *Visión procesal de cuestiones ambientales...* cit., p. 154.

<sup>20</sup> Bidart Campos, G., "Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia, el proceso, y la legitimación", Estudio constitucional introductorio en Gozaíni, Osvaldo A., *La Legitimación en el proceso civil*, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 15.

distintas manifestaciones del derecho a la jurisdicción –como el derecho al debido proceso legal y a obtener una sentencia oportuna y justa– para que tengan lugar, demandan del previo reconocimiento de legitimación colectiva. Sostiene Guidi que las reglas de legitimación y de la cosa juzgada en las acciones colectivas representan las dos caras de la misma moneda. Atrás de cada una existe la necesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes<sup>21</sup>.

Cuando se trata de derechos sobre bienes jurídicos colectivos, al ambiente sano, a la libre competencia, del usuario y consumidor y a la no discriminación, el bien es de toda la comunidad y es indivisible. Además, la pretensión está enfocada en el aspecto colectivo y consecuentemente admite una legitimación extraordinaria prevista en el artículo 43, segundo párrafo de la CN, la del afectado, del Defensor del pueblo, las asociaciones que propenden a la tutela de los derechos de incidencia colectiva y el Ministerio Público, según artículo 120 del mismo Texto Fundamental. Si la legitimación se confiere al Defensor del Pueblo o al Estado la misma es pública; cuando se trata de asociaciones el interés es de un grupo de personas al que representan y si se trata del afectado el interés es difuso.

En relación con los derechos individuales homogéneos, derechos individuales, enteramente divisibles, también resultan aprehendidos en el marco del artículo 43 de la Constitución que confiere legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones para promover una acción colectiva –acción de clase– cuando en el caso se verifica una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Hay supuestos en los que la causa la constituye una ley que afecta a un grupo indeterminado de sujetos y generalmente refieren a casos en los que hay que analizar su constitucionalidad siempre que se acredite la afectación de derechos subjetivos de una pluralidad de individuos y no el simple interés de cualquier ciudadano. También quedan aprehendidos aquellos casos en los que, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados. La legitimación extraordinaria respecto de este tipo de derechos, como se anticipó, ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema en “Halabi”.

### 3.1. *El afectado*

Existen tres posiciones. Una restrictiva, otra amplia y una intermedia.

El primer párrafo del artículo 43 dispone que “toda persona puede interponer acción de amparo”, frase que en una primera aproximación podría referirse a “cualquier persona”, una especie de acción popular<sup>22</sup>, hipótesis de difícil aceptación, ni bien se advierte que la norma exige como presupuesto del amparo, una lesión, restricción, alteración o amenaza de alguna de ellas, de un derecho reconocido en la Constitución, Tratado o ley, lo que opera como una clara delimitación del sujeto legitimado. El segundo párrafo, respecto del amparo de derechos de incidencia colectiva, confiere legitimación para promoverlo al afectado, el Defensor del pueblo y las asociaciones que propenden a esos fines. La pregunta que cabe formular entonces es, ¿quién es el

<sup>21</sup> Gidi, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, traduc. de Cabrera Acevedo, L., Universidad Autónoma de México, México, 2004, p. 71.

<sup>22</sup> En esa línea Jiménez, E., “Evaluación de algunos matices conflictivos respecto de la legitimación para obrar en el amparo en procura de la defensa de los derechos humanos de la tercera generación”, *El Derecho*, 170, p. 1157, sostiene: “La posición que asumimos, no propugna una apertura indiscriminada de la legitimación, sino más bien adecuar el concepto de legitimación, a la modalidad del interés social abriendo la compuerta de la acción popular, solamente cuando se actúa en defensa de la legalidad, en el marco de los derechos humanos de la tercera generación”.

afectado? ¿Es la misma persona del primer párrafo, es decir, aquel que individualmente sufre un perjuicio concreto en un derecho que titulariza? ¿o, se trata de cualquiera persona, es decir, de una acción popular?

No puede admitirse el estrangulamiento de la legitimación en materia de derechos de incidencia colectiva –posición restrictiva–, toda vez que ceñirla al sujeto titular de un derecho subjetivo, singularmente lesionado, desnaturaliza la esencia misma de los derechos difusos y colectivos, objeto de tutela del amparo del segundo párrafo del artículo 43. Efectivamente, cuando el interés es de pertenencia colectiva o difusa, no existe un dueño exclusivo del derecho que sufre la lesión de manera directa y diferenciada, sino un grupo de personas, que, en caso de daño o amenaza, resultan cada una de ellas co-afectadas y, por tanto, legitimadas para promover el amparo. También es afectado quien juntamente con muchos otros padece un perjuicio compartido, como cotitular de un interés común<sup>23</sup>. No sería lógico sostener que lo que es de todos o de muchos no es de nadie<sup>24</sup>. La difusividad es la tierra de nadie que es de todos, no el res nullius que a nadie pertenece, sino lo que pertenece a todos pero a nadie con exclusividad<sup>25</sup>.

Tampoco, como se adelantó, puede asignarse al término afectado un significado tan amplio que implique el reconocimiento de una acción popular, que el constituyente no ha querido; ello, sin perjuicio de que el legislador decida reglamentarla, toda vez que el Texto del artículo 43, como dijo Bidart Campos, no la reconoce pero tampoco la prohíbe<sup>26</sup>.

### 3.2. *El Defensor del Pueblo*

Ha sido incorporado al Texto Constitucional por la reforma de 1994. La Segunda Parte de la Constitución, dedicada a las Autoridades de la Nación, Título I: Gobierno federal, Sección I: Del Poder Legislativo, Capítulo VII (artículo 86) se ocupa del Defensor del Pueblo. Establece que ha sido instituido en el ámbito del Congreso de la Nación y, concordantemente, que es designado y removido por el mismo con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras y goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores<sup>27</sup> y dura en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La norma lo define como un órgano independiente que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Es independiente de los poderes constituidos, fundamentalmente de los poderes políticos, de modo que integra el andamiaje administrativo del Congreso pero no depende jerárquicamente del Congreso<sup>28</sup>. Pese a la

<sup>23</sup> Jeanneret de Pérez Cortés, M., “La legitimación del afectado, del defensor del pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia”, *La Ley*, p. 1339.

<sup>24</sup> Bidart Campos, G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 788.

<sup>25</sup> Quiroga Lavié, H., *El amparo colectivo*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, p. 92.

<sup>26</sup> Bidart Campos, G., “La Legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución”, *El Derecho*, 166, p. 861. Sostuvo nuestro querido Germán que nunca alcanzamos el nivel de la acción popular, no porque la desestimemos, ni porque renunciemos a proponerla, pero para ello es menester la habilitación normativa que la prevea, así sea solamente en el nivel de la legislación (porque no creemos que la constitución –que ni la acoge ni la prohíbe– impida al legislador articularla, al modo como para algunos supuestos la hallamos en el constitucionalismo provincial, sin ninguna contradicción con la constitución federal, que guarda silencio sobre la acción popular).

<sup>27</sup> Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 579. Sostiene la autora que al otorgársele las inmunidades y privilegios que corresponden a los legisladores, se quiso con ello fortalecer la institución para el más eficaz ejercicio de sus funciones de control.

<sup>28</sup> Spota, A., “El Defensor del Pueblo”, *El Derecho*, 170, p. 988. Sostiene el autor que lo que se quiere o lo que debe entenderse que se quiere decir en el artículo 86, es que el Defensor del

ubicación de la norma constitucional que lo prevé, el Defensor del Pueblo no forma parte del Poder Legislativo ni depende del mismo; tampoco integra los otros dos poderes del Estado; se trata de un órgano extrapoder independiente. No tiene relación de jerarquía con el Poder Legislativo, desde que no recibe instrucciones del mismo. Sólo lo designa y remueve.

Su misión es, por una parte, la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración, y, por otra, el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas, por lo que caen bajo su control no sólo las funciones administrativas del Estado sino también de los entes de servicios públicos privatizados. El modelo de esta figura adoptado en América Latina es, en líneas generales, la del Ombudsman español, porque además de ocuparse de las disfunciones de la Administración Pública, la Constitución de 1978 le asignó la misión de defender los derechos fundamentales<sup>29</sup>.

El mencionado artículo 86 de la Constitución reconoce legitimación procesal al Defensor del Pueblo y establece que la organización y el funcionamiento serán regulados por una ley especial. En concreta relación a los derechos de incidencia colectiva, el artículo 43, segundo párrafo, le confiere legitimación para promover un proceso de amparo. Claro que, no cabe interpretar que ésta es la única legitimación del Defensor del Pueblo, de ese modo se habría ignorado la existencia del referido artículo 86, echando por tierra, dice el voto de los doctores Petracchi, Zaffaroni y Lorenzetti, el principio según el cual las normas deben ser entendidas evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, procurando adoptar como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor<sup>30</sup>. No obstante, no se debe perder de vista que el Máximo Tribunal (voto mayoritario) sostuvo que el Defensor del Pueblo carece de legitimación para promover una acción de amparo que tiene por objeto la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2º, inc. a), del decreto 1570/2001 –abarcando toda norma de igual o inferior jerarquía que lo complemente– y de los artículos 1º, 2º y 3º del decreto 1316/2002 –restricciones a los depósitos bancarios– toda vez que no ha sido promovida en defensa de derechos de incidencia colectiva en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, sino del derecho que cada depositante tiene sobre sus depósitos bancarios<sup>31</sup>.

Estamos frente a una legitimación anómala o extraordinaria toda vez que el Defensor del Pueblo no es el titular del derecho invocado como fundamento de sus pretensiones, por lo que su legitimación es de representación de la persona, grupo o sector afectado y en cuyo nombre pretende<sup>32</sup>. Actúa en nombre propio ante el juez o

Pueblo no tiene dependencia jerárquica, ni funcional en forma alguna, ni obligación de respetar las indicaciones del Congreso de la Nación.

<sup>29</sup> Maiorano, J., “La UNESCO y el Defensor del Pueblo”, *La Ley*, 1996, Sec. Doctrina, p. 175. El autor describe tres etapas por las que transitó la Institución. “La primera nos remite a Suecia en 1809, lugar y fecha formal de nacimiento de la figura. La segunda nos remonta a los años de posguerra y a la generalización de la institución, siempre en derredor del concepto de mala administración y de órgano destinado a proteger al ciudadano de las disfuncionalidades administrativas. Nada se decía entonces sobre el compromiso de la figura en protección, defensa y promoción de los derechos humanos. La tercera etapa, a mi juicio, se inicia con la ya citada Constitución española de 1978 que le asignó la misión de defender los derechos fundamentales”.

<sup>30</sup> CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Poder Ejecutivo Nacional y otro”, sentencia del 24/5/2005, *La Ley*, 2005, F, 349.

<sup>31</sup> CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional”, sentencia del 26/06/2007, *La Ley*, 2007, E, 145.

<sup>32</sup> Sostiene Quiroga Lavié, *El amparo colectivo* cit., p. 252, que en nuestro país, la legitimación que se otorga al defensor del pueblo es representativa y basada en la importancia de los valores y derechos que defiende; tiene legitimación procesal, dice la Constitución Nacional. Así no se



Administración con la finalidad de obtener la protección de derechos de otros o la defensa de intereses que afectan al orden público o social, lo que acontece cuando el Estado lo coloca junto a la parte que actúa en nombre propio, o en lugar de ella, para que formule una pretensión o se oponga a la misma<sup>33</sup>. Es pertinente tener presente el criterio adoptado por la CSJN en la causa "Defensor del Pueblo de la Nación, inc. dto. 1316/02 c. E. N. P. E. N., dtos. 1570/01 y 1606/01 s/amparo, ley 16.986", en la que resolvió que el Defensor del Pueblo carece de legitimación para la protección de los derechos que son de carácter patrimonial puramente individuales cuyo ejercicio y tutela corresponde exclusivamente a cada uno de los potenciales afectados<sup>34</sup>.

### 3.3. *Las asociaciones*

El segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución también confiere legitimación para promover amparo contra cualquier tipo de discriminación, para tutelar el ambiente, la competencia, el usuario y el consumidor y cualquier otro derecho de incidencia colectiva, a las asociaciones que propenden a esos fines.

La norma exige que las asociaciones se encuentren registradas conforme a la ley. La discusión que se planteó en torno a la exigencia constitucional de registración pasó por saber si es que la misma alude a una ley especial que llevará un control de las asociaciones habilitadas para interponer una acción de amparo con la finalidad de proteger un derecho de incidencia colectiva, o si, en cambio, para obtener legitimación procesal, basta que esa finalidad esté contemplada en sus estatutos.

Si bien el Texto Constitucional añade que la referida ley determinará los requisitos y formas de su organización, lo que razonablemente autoriza a interpretar que se trata de una reglamentación especial de una determinada modalidad de registración de las asociaciones que propenden a la tutela de derechos de incidencia colectiva, y que una vez efectuada las legitimaría para promover el respectivo amparo colectivo, en tanto el Poder Legislativo no sancione el pertinente texto legal se habría neutralizado los efectos de la fuerza protectoria de derechos difusos y colectivos, consagrada en el segundo párrafo del artículo 43 de la CN. Por ello, una interpretación respetuosa de la finalidad misma de la garantía del amparo y de la fuerza normativa de la Constitución, lleva a admitir la legitimación de todas aquellas asociaciones que, en defensa del grupo o sector que representan, promueven un amparo colectivo, aun cuando no estuvieren registradas por no existir aún la correspondiente reglamentación, siempre y cuando acrediten que su objeto constitutivo y actividad desarrollada es la tutela de los derechos de incidencia colectiva que motivan el amparo. De otro modo, como dice Quiroga Lavié, quedaría frustrada completamente –caso de inconstitucionalidad por omisión y, por ende, materia también del amparo– la decisión del Constituyente de brindar efectiva

analiza ni es necesario demostrar vínculo obligacional alguno a los fines de iniciar un reclamo judicial. Virtualmente es el titular de la acción popular en representación del pueblo.

<sup>33</sup> En esa línea interpretativa fue admitida la legitimación del defensor del Pueblo para promover acción de amparo contra el Estado Nacional a fin de que se declare la inconstitucionalidad de las normas que dispusieron la restricción, reprogramación y pesificación de los depósitos bancarios (decreto 1570/01 y normas reglamentarias y modificatorias). Sostuvo la sentencia del JNFed. Contenciosoadministrativo N° 9 que "dado el carácter y la misión que el art. 86 de la Constitución Nacional confiere a aquél: Defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes y lo previsto por el párrafo 2 del art. 43, en donde, además del afectado la ley fundamental legitima en razón de la especial naturaleza del derecho, al aquí actor; por lo que cabe tener al Defensor del Pueblo por legitimado. Ello así pues, en el caso actúa para la defensa de un derecho de incidencia colectiva, con prescindencia de los derechos subjetivos individuales y de los perjuicios diferenciados" ("Defensor del Pueblo de la Nación c. P. E. N.", sentencia del 08/7/2002, *La Ley*, 2002, F, 207).

<sup>34</sup> Sentencia del 26/06/2007, *La Ley*, 2007, E, 145.



protección a dichos derechos<sup>35</sup>. En esa línea vinieron pronunciándose la Corte Suprema de Justicia<sup>36</sup> y también los tribunales inferiores<sup>37</sup>.

Excepto los casos de regímenes especiales (como, por ejemplo, las mutuales y organizaciones profesionales), las ONG suelen recurrir a las formas jurídicas de las “Asociaciones civiles”, previstas en el Código Civil, o las “Fundaciones”, reguladas en la ley 19.836. A su vez, el artículo 56 de la ley 24.240 prescribe que las asociaciones de consumidores y usuarios que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor deberán requerir autorización a la autoridad nacional de

<sup>35</sup> Quiroga Lavié, *El amparo colectivo* cit., p. 213.

<sup>36</sup> En “Consumidores Libres Coop. Ltda. c. Estado nacional”, sentencia del 7/5/98, *La Ley*, 10/6/98, la CSJN dejó efectuada la aclaración de que si “se configuraran concretamente tales actos lesivos de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, puedan los sujetos legitimados promover las actuaciones pertinentes”: Del mismo modo la CSJN en “Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina c. Provincia de Buenos Aires”, sentencia del 22/4/97, *La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, junio de 1997, p. 23, dijo que el artículo 43 de la Constitución Nacional (texto según la reforma de 1994) faculta para interponer acción de amparo “contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general” a –entre otros– “las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Que la demandante se encuentra entre esas asociaciones, pues ha sido creada por el decreto 1192/92 con la finalidad de proveer a la defensa de los intereses de sus asociados, que son precisamente los “grandes usuarios” de electricidad (conf. Art. 3º del estatuto aprobado por el art. 5º del mencionado decreto). En la causa “Asociación Benghalensis y otras c. Estado nacional”, sentencia del 01/6/2000, el Máximo Tribunal hace suyo el dictamen del Procurador General, quien interpretó que las asociaciones actoras, según sus estatutos tienen por objeto la lucha contra el Sida y, por tanto, están legitimadas para interponer acción de amparo contra las omisiones del Estado, por presunto incumplimiento de la ley 23.798 y su decreto reglamentario. Establece la sentencia que “fundan su legitimación para accionar, no sólo en el interés difuso en que se cumplan la Constitución y las leyes, sino en su carácter de titulares de un derecho de incidencia colectiva a la protección de la salud, cuyo contenido es la prevención, asistencia y rehabilitación de los enfermos que padecen el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y sus patologías derivadas, además del derecho que les asiste para accionar para el cumplimiento de una de las finalidades de su creación que, en el caso, es la de luchar contra el SIDA”. Reafirma y fortalece el criterio expresado en orden al margen de acción de las asociaciones, el reconocimiento por parte del Máximo Tribunal de la titularidad de un derecho de incidencia colectiva –en el caso citado a la salud– en las asociaciones demandantes y, consecuentemente, de su legitimación para promover un amparo colectivo, previa constatación de que su finalidad es la protección de ese derecho.

<sup>37</sup> “Resulta suficientemente legitimada para deducir amparo contra la modificación de las tarifas de aeropuertos la asociación civil que se encuentra inscripta en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores y que tiene, según su estatuto, el objeto de difundir y defender los derechos de los usuarios y consumidores que resultan del art. 42, CN, promoviendo la protección de la salud, seguridad e intereses económicos de ellos...”, C.Nac.Cont. Adm. Fed., sala 4, “Asociación Vecinal Belgrano c. y otros Const. Act. Inc. Med. v Estado Nacional s/amp. Proc. Sumarísimo (art. 321, inc. 2, CPCCN)”, sentencia del 24/9/2002, *La Ley*, 2003, C, p. 99. “Cabe considerar legitimadas a los fines de la promoción del amparo colectivo consagrado por el art. 43 de la Ley Fundamental, a las entidades regularmente constituidas y registradas según la normativa vigente que propendan a la protección de derechos de incidencia colectiva, toda vez que no ha sido sancionada aún la ley que prevé la norma constitucional citada, CN.Civ. (sala H), “Fundación Mujeres en Igualdad c. Freddo”, sentencia del 15/09/2000, *La Ley*, 2001, B, 798. “Podrán interponer esta acción... así como a los derechos de incidencia colectiva en general... las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Va de suyo que no queda limitada a la “asociación civil” con el alcance que pretende darle la demandada, desde que, en dicho supuesto, constituiría un sin sentido la previsión amplia del texto constitucional, que no acota la modalidad organizativa”, C.Nac.Cont. Adm., Fed., sala 1ª, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. de Serv. Acc. Com. c. Estado Nacional/Sec. Com. e Inv. Nota SICM 403/97 s/amparo ley 16.986”, sentencia del 17/07/1997, *LexisNexis*, N° 60000427.

aplicación de la ley para funcionar como tales y estar inscriptas en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores y Usuarios<sup>38</sup>.

En materia de legitimación de las asociaciones, es oportuno recordar lo expresado por el Máximo Tribunal en la causa “Mujeres por la vida –Asociación Civil sin fines de lucro– filial Córdoba c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, promovida para que el Poder Judicial decida sobre una política sanitaria implementada por el Estado. La mayoría sostuvo que la actora es una asociación entre cuyos fines se encuentra –como surge de su estatuto organizativo– promover y defender el establecimiento de condiciones sociales que posibiliten y favorezcan la efectiva prestación del derecho a la vida de la persona desde el momento de la concepción y el goce del respeto de su divinidad intrínseca a lo largo de la vida. En voto minoritario, el Juez Lorenzetti dijo que la legitimación de la actora encuentra un límite insoslayable en la Constitución Nacional que, como se dijo, protege de modo relevante la esfera de la individualidad personal (artículo 19 de la Constitución Nacional). Esa frontera construida sobre las bases históricas más memorables de la libertad humana, no puede ser atravesada por el Estado ni tampoco por quienes invocan una legitimación extraordinaria. Este poderoso reconocimiento de la libertad personal significa que toda limitación es de interpretación estricta y quien la invoca debe demostrar que hay una razonable y fundada legalidad constitucional. En el presente caso no hay razón alguna para pensar que los ciudadanos de este país hayan delegado a una asociación la definición de sus estilos de vida en la materia que se trata<sup>39</sup>.

#### 3.4. *Acción popular*

Conforme se vino señalando, la norma del artículo 30 in fine de la LGA amplía aún más la legitimación para la tutela del ambiente y ello se debe a que el bien en juego es esencial para la subsistencia y calidad de vida de las personas de nuestra y de las próximas generaciones, directamente compromete la salud de la población o la dignidad del hombre. La norma que nos ocupa confiere legitimación a cualquier persona para perseguir el cese del daño ambiental a través de un proceso de amparo.

La acción popular es aquella que puede promover cualquier ciudadano en defensa de la legalidad sin que deba invocar derecho o interés alguno. Es la acción que, actuando por su propia decisión, ejercitare una persona cualquiera del pueblo (civis de populo), para la supuesta defensa, protección o tutela de intereses públicos o generales, sin tener para ello otra prerrogativa que un interés simple, vale decir sin que al efecto dicha persona sea titular de un interés o de un derecho propio, personal y directo suyo<sup>40</sup>. Es la expresión más amplia de legitimación, la que permite tutelar junto al interés personal, el interés público<sup>41</sup>. Cuando un sistema cualquiera acoge la acción

<sup>38</sup> Pérez Cortés, M. J. de, “Legitimación de las ONG para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. Sus lineamientos en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *La Ley*, 22/12/2010.

<sup>39</sup> CSJN, sentencia del 31/10/2006, *La Ley*, 2006, F, 464.

<sup>40</sup> Marienhoff, M. S., “La acción popular”, *La Ley*, 1993, D, p. 682.

<sup>41</sup> Bielsa, R., “La acción popular y la facultad discrecional administrativa”, *La Ley*, 73, 711, sostiene que la acción popular es un medio jurisdiccional idóneo para defender, unido al interés personal, el interés de la colectividad, referido a una entidad pública: Nación, provincia o comuna. Para el autor la concurrencia de estos dos intereses no es casual, sino necesariamente jurídica, pues se trata de una “solidaridad de intereses”, que puede ser de orden económico –o más precisamente patrimonial, en sentido lato–, de orden moral y cívico, pero, por sobre todo, se trata siempre de intereses de orden jurídico político. Agrega que con la acción se quiere restablecer el imperio de la legalidad, ya sea extinguiendo los actos irregulares que violan el derecho, ya aplicando sanciones represivas a los autores de las transgresiones, así sean funcionarios públicos, o no. Hay casos en que se enjuicia principalmente el acto, y casos en que se enjuicia al funcionario autor del acto y a los demás beneficiarios de la irregularidad administrativa o financiera.

popular, dice Bidart Campos, toda persona y cualquiera queda directamente legitimada para acudir a la justicia en uso de esa acción, sin que haya de invocar titularidad y perjuicio en un derecho o interés de su pertenencia<sup>42</sup>.

No forma parte de nuestra tradición jurídica la acción popular, probablemente por encontrarse muy aferrada a la idea de afectación personal y directa de un derecho como fundamento de la legitimación para reclamar su protección. Cabe reparar en que la Constitución Nacional, reformada en 1994, no prevé la acción popular, pero tampoco la prohíbe; de modo que es posible reconocerla en un Texto Constitucional provincial, como el de San Juan de 1986 (artículo 58)<sup>43</sup>, Tierra del Fuego de 1991 (artículo 49)<sup>44</sup>, Río Negro de 1988 (artículo 85)<sup>45</sup>, Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 (artículo 14)<sup>46</sup>, Salta de 1998 (artículo 89)<sup>47</sup> y Chaco de 1994 (artículo 38, inc. 12)<sup>48</sup>. La legitimación reconocida por estas Constituciones provinciales, extendida a toda persona o todo habitante, resulta una ampliación de la base normativa dada por la Constitución Nacional (artículo 43)<sup>49</sup>, toda vez que la Ley suprema de la Nación fija un piso mínimo de protección que naturalmente las Provincias pueden superar.

Como antes se dijo, la referida disposición del artículo 30 de la LGA legitima para promover amparo de cesación de las actividades generadoras de daño ambiental colectivo, a toda o cualquier persona, es decir, a cualquiera que la promueva pero la misma ha sido limitada en cuanto a la finalidad y a la vía procesal. Si bien amplía la legitimación reconocida en el texto del artículo 43 de la CN toda vez que la confiere a toda o cualquier persona, sólo puede ser invocada cuando se promueve amparo para obtener el cese de la actividad que ocasiona un daño al ambiente y no cuando se pretende la sola defensa de la legalidad.

#### 4. Sentencia colectiva: Efecto erga omnes

En el proceso colectivo la sentencia produce efectos no sólo respecto de las partes sino de todos los que tienen interés en el conflicto. Cuando la sentencia es dictada en un proceso que tiene por objeto un bien colectivo y, por ende indivisible, como la calidad del agua o la pureza del aire de una ciudad, la legitimación es extraordinaria y la sentencia tiene efecto general. A ello cabe añadir, apunta Lorenzetti, aquellos casos en que el objeto es individual pero la decisión que se adopta afecta a un bien colectivo, como por ejemplo el reclamo que hace una persona por su derecho a la movilidad

<sup>42</sup> Bidart Campos, G., Estudio constitucional introductorio en Gozáni, O., *La legitimación...* cit., p. 30.

<sup>43</sup> La norma acuerda expresamente acción de amparo a toda persona para pedir la cesación de las causas de la violación del derecho a un ambiente sano.

<sup>44</sup> La norma otorga legitimación a toda persona, para obtener de las autoridades la protección de los intereses difusos, ecológicos o de cualquier índole, reconocida explícita o implícitamente en esa Constitución.

<sup>45</sup> La norma legitima a los habitantes a accionar ante las autoridades en defensa de los intereses ecológicos reconocidos en esa Constitución.

<sup>46</sup> La norma reconoce legitimación para interponer acción de amparo, para la defensa de los derechos colectivos o difusos, a cualquier habitante y las personas jurídicas defensoras de derechos o intereses colectivos, especificando que ellos son la protección del ambiente, del trabajo y de la seguridad social, del patrimonio cultural e histórico de la Ciudad, de la competencia, del usuario y del consumidor.

<sup>47</sup> La norma dispone que todo habitante puede interponer la acción popular directa para que se declare la inconstitucionalidad de una norma de alcance general contraria a la Constitución.

<sup>48</sup> La norma establece que toda persona está legitimada para accionar ante autoridad jurisdiccional o administrativa en defensa y protección de los intereses ambientales y ecológicos reconocidos explícita o implícitamente, por esta Constitución y por las leyes.

<sup>49</sup> Soria Acuña, M., Suárez, M. E., "Derechos colectivos y difusos. Legitimación para accionar en su defensa", *Doctrina Judicial*, 2001-3, p. 1138.

jubilatoria (que es individual), que termina con una sentencia que contiene un mandato al Congreso para que regule de modo general el sistema de prestaciones jubilatorias, o cuando un individuo reclama por su privacidad pero la sentencia declara la inconstitucionalidad de una ley de modo general para todos los casos. En estos supuestos, el bien objeto del proceso es divisible, pero la solución es indivisible<sup>50</sup>.

Tal efecto colectivo se puede verificar en la sentencia definitiva de la causa “Mendoza Beatriz Silvia y otros c. Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, sentencia del 08/7/08, dictada en un proceso colectivo que tiene por objeto un bien colectivo, el ambiente. También en el fallo “Halabi”, pronunciado en un amparo contra las disposiciones de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario 1563/04, promovido por el actor para proteger su derecho a la privacidad y a la intimidad, en el que la sentencia declara la inconstitucionalidad de los instrumentos legales cuestionados y produce efectos generales, sobre los mencionados derechos de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como de todos los abogados, por interpretar comprometido el deber de guardar el secreto profesional.

Así como la legitimación individual no autoriza la promoción de procesos colectivos, los principios tradicionales de la cosa juzgada en el proceso individual son inaplicables al proceso colectivo, desde que aquella sólo obliga a las partes, no beneficia ni perjudica a terceros y el proceso colectivo se caracteriza precisamente porque tiene la aptitud de resolver los intereses de todos los miembros del grupo ausentes, por lo que la sentencia, cuando han sido adecuadamente representados, debe tener efecto de cosa juzgada respecto de los mismos<sup>51</sup>.

Dicho de otro modo, si en las acciones colectivas, la legitimación se extiende a figuras como la del Defensor del Pueblo, asociaciones que propenden a la tutela de los derechos comprometidos, consecuente con ello, los efectos de la cosa juzgada del pronunciamiento que se dicte, también, habrán de extenderse respecto de aquellos integrantes del grupo o clase que no hubieren sido parte en el proceso. Si así no fuera, si la sentencia de un proceso colectivo ciñera sus efectos a los sujetos que participaron del mismo, se ha perdido el sentido mismo de su implementación. La simple y directa traspolación de la doctrina de la res iudicata individual a la fenomenología de lo colectivo, devendrá en la falta de efectividad de los procesos en los que se discuten derechos multisubjetivos.

Tanto el reconocimiento de la legitimación extraordinaria como el efecto erga omnes de las sentencias son inherentes a la esencia misma del proceso colectivo para la protección de derechos de incidencia colectiva, incorporado al texto constitucional de 1994. Las distintas modalidades sobre los alcances subjetivos de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en un proceso colectivo son determinadas por la pertinente reglamentación procesal. Si bien no contamos con una legislación general en esta materia, existen concretas disposiciones en la Ley General del Ambiente y en la de la Defensa de los consumidores que seguidamente se detallarán.

En primer lugar vamos a recordar las reglas del Anteproyecto de Código Modelo para Iberoamérica establecidas en su artículo 30. Para los derechos difusos el régimen de la cosa juzgada siempre es la eficacia de la sentencia erga omnes en caso de

<sup>50</sup> Lorenzetti, *Justicia Colectiva* cit., p. 177.

<sup>51</sup> Gozaíni, O., Nota en Suplemento Tribunales, diario La Gaceta del 17/6/2008. Afirmó que el proceso colectivo tiene dos grandes problemas, en la entrada y en la salida. En la entrada porque supone preguntar –y responder– quién puede entrar al proceso. En la salida, la cuestión radica en el efecto de los alcances de la cosa juzgada. Éste es el problema que afronta el derecho procesal de la Argentina y de todo el mundo, que no cuenta con un proceso típico para este fenómeno, añadiendo que el problema se agrava porque no hay que olvidar que tenemos un Código procesal por provincia y, a veces, como en el caso de Tucumán, tenemos tres, el penal, el civil y el constitucional.

procedencia o improcedencia del pedido, salvo cuando la improcedencia se diera por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que la demanda puede ser repetida, con nuevas pruebas; también admite una nueva acción con base en pruebas nuevas siempre que la prueba sea sobreviniente al proceso colectivo. Con relación a los intereses individuales homogéneos la regla es la de la cosa juzgada *secundum eventum litis*: o sea la cosa juzgada positiva actúa *erga omnes*, beneficiando a todos los miembros del grupo, pero la cosa juzgada negativa sólo alcanza a los legitimados pudiendo cada individuo perjudicado promover su acción individual. Asimismo la cosa juzgada positiva en relación a derechos difusos o colectivos puede ser aprovechada por los afectados individuales del mismo hecho dañoso.

La LGA 25.675, en su artículo 33, sigue un régimen similar al previsto en el Anteproyecto de Código Modelo cuando establece que “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”, lo que puede ocurrir porque no se tuvo conocimiento de la existencia de una prueba o no se la produjo por falta de diligencia. En ese supuesto cualquier miembro del grupo puede promover un nuevo proceso con fundamento probatorio en la prueba antes omitida. De una parte adopta el sistema de la cosa juzgada *secundum eventum litis* pero restringida la posibilidad de que no produzca efectos generales al supuesto en que el rechazo se funde en cuestiones probatorias. Cabe tener presente que la Asociación Argentina de Derecho Procesal aprobó en sesión del Comité Ejecutivo del 19 de Setiembre de 2006 el proyecto de reformas a la ley 25.675 (Ley General del Ambiente), decidiendo su elevación a las autoridades nacionales competentes. En lo referente a la cosa juzgada, las modificaciones están principalmente destinadas a buscar una solución armónica que permita equilibrar los dos objetivos que tradicionalmente se hallan en tensión sobre esta temática: por un lado, la necesidad de concentrar el enjuiciamiento de pleitos colectivos o seriados, a través de la extensión vinculante de la sentencia al grupo afectado por una misma problemática, y, por el otro, la exigencia de preservar la garantía del debido proceso, reconociendo la posibilidad de accionar nuevamente el asunto, en determinadas circunstancias. En tal orden de ideas, se mantiene la previsión –como regla general– de que la sentencia colectiva surta efectos *erga omnes*. A renglón seguido, se preservan dos supuestos fundamentales de excepción a la regla. A) Frente al rechazo de la pretensión colectiva, se conserva la previsión de que con posterioridad pueda intentarse otra de igual alcance grupal, cuando la desestimación fuera por insuficiencia probatoria. B) También ante el rechazo de la acción colectiva, se prevé expresamente la subsistencia de las acciones individuales que, por la misma causa, pudieran corresponder a cada afectado. Por último, los damnificados particulares podrán aprovechar la sentencia de condena referida al bien colectivo y solicitar la liquidación y ejecución de la decisión a título personal, previo demostrar sus daños individuales y la relación de causalidad de los mismos con la fuente común.

El artículo 54 de ley 24.240 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”. Aquí el sistema atiende al resultado del litigio y establece un supuesto de excepción, la sentencia tiene efectos generales cuando es estimatoria salvo respecto de aquellos integrantes del grupo que ejerciten el *opt out*, es decir, su derecho a ser excluidos de la sentencia.

En este tipo de acciones colectivas es fundamental resguardar el derecho de defensa en juicio. Se trata de evitar que alguien pueda verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha tenido la posibilidad efectiva de participar. Puntualmente consideró la Corte Suprema (cfr. “Halabi”, consid. 21) que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o

colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Así lo prevé la Regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure de 1938 que ha definido las class actions, modificada en 1966<sup>52</sup>.

Cabe reparar en la necesidad de la representatividad adecuada, como cualidad exigida al legitimado colectivo para garantizar la correcta y vigorosa defensa de esta índole de derechos<sup>53</sup>. Dicho de otro modo, un riguroso control judicial de la calidad de quien asume la representación de la clase es lo que garantiza el debido proceso de los miembros del grupo. Ello ha sido propuesto por el antes mencionado proyecto de reformas a la LGA presentado por la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Pone en cabeza del juez la determinación en concreto del cumplimiento de dicha exigencia, previéndose a título meramente enunciativo algunos parámetros a tener en cuenta como: a) la capacidad, competencia, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda. También prevé este requisito el artículo 2 del “Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, así como el llevado adelante durante décadas en los Estados Unidos de América, bajo el sistema de las class actions (v. Federal Rule 23 (a)(4)).

El instituto en estudio, sostienen Oteiza y Verbic, tiene por finalidad evitar dos tipos de problemas que pueden presentarse en cabeza del representante y sus abogados con respecto al grupo, a saber: indiferencia e incompetencia. De una parte los jueces deben controlar que no existan conflictos de interés entre el representante, sus abogados y la clase; por otra se exige que el representante y el patrocinio letrado sean calificados, tengan experiencia, organización. El control de juez no se agota con el primer análisis de la exigencia, efectuado en la certificación de la acción, el mismo debe continuar durante todo el proceso<sup>54</sup>.

Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso 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. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> La Regla 23 de las Federal Rules of Civil Procedure de 1938, que ha definido las class actions, modificada en 1966, establece que la clase sea suficientemente numerosa y que exista una cuestión común de hecho o de derecho; el reclamo debe concentrarse en los efectos comunes, ello quiere decir en términos de la Regla 23 que el reclamo sea típico, esto es, que se base en elementos que determinarán el efecto de cosa juzgada general del pronunciamiento.

<sup>53</sup> Carrillo, S., “Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal”, en *elDial.com-DC1478*, publicado el 08/10/2010. Es un eje central del debido proceso, en tanto exterioriza la tensión existente entre el derecho de defensa y la eficacia y economía del sistema judicial. El representante debe proteger “justa y adecuadamente los intereses de la clase” conforme el estándar utilizado por la Regla Federal 23 (a)(4) de los Estados Unidos. Por tal motivo, en la legislación comparada se requiere en general que el representante sea miembro de la clase y mantenga tal calidad durante todo el trámite. Es decir, que se encuentre consustanciado con el interés que debe tutelar.

<sup>54</sup> Oteiza, Verbic, “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos... cit.

<sup>55</sup> La Regla 23 establece que “en cualquier acción de clase promovida de acuerdo al inciso (b) (3), el tribunal dirigirá a los miembros de la clase la mejor notificación practicable en las circunstancias del caso, inclusive la notificación individual a todos los miembros que puedan ser notificados mediante esfuerzos razonables. La notificación deberá informar a cada miembro que



#### 4.1. Eficacia

La sentencia estimatoria en un proceso colectivo declara la existencia del derecho, que debe modificarse la situación existente y condena a ello en términos generales. En ese sentido se pronunció la CSJN en la causa “Mendoza”<sup>56</sup> y, además, diseñó un plan

(A) el tribunal lo excluirá de la clase si así lo solicita para una determinada fecha, (B) la sentencia sea favorable o no incluirá a todos los miembros que no soliciten su exclusión, y (C) cualquier miembro que no solicita su exclusión puede, si lo desea, intervenir en el juicio a través de su abogado”.

<sup>56</sup> Sbdar, C., “Proceso colectivo ambiental”, *La Ley*, 2009, A, 922. Vamos a recordar sintéticamente que en la referida causa “Mendoza”, mediante resolución del 20/6/2006 (*La Ley*, 2006, D, 281) la CSJN, en ejercicio de facultades ordenatorias e instructorias, requirió informe a las empresas demandadas sobre los desechos y residuos que arrojan al río, si cuentan con sistemas de tratamiento y si tienen seguros; ordenó al Estado nacional, a la Provincia de Bs. As., a la Ciudad Autónoma y al COFEMA para que presenten un programa integrado que contemple un ordenamiento ambiental del territorio, el control sobre las actividades antrópicas, un estudio de impacto ambiental, de las empresas demandadas, un programa de educación y otro de información ambiental; convocó a una audiencia pública a fin de que las partes informen en forma oral y pública sobre el contenido de la información solicitada; e intimó a la parte actora para que presente información adecuada actualizada sobre la cuestión litigiosa y precise los fundamentos de su reclamación.

En sentencia del 30 de agosto de 2006 (CSJN, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, Sentencia del 20/8/2006, *La Ley*, 2006, E, 425) hizo lugar a la intervención como terceros de tres ONG, tuvo presente aclaraciones de los actores sobre sus reclamaciones y aprobó un reglamento para la celebración de la audiencia informativa convocada el 20 de Junio.

El 5 de septiembre el Tribunal dio comienzo a la audiencia pública. En esa oportunidad la parte demandante efectuó un informe sobre el contenido y fundamentos de su pretensión. Por su lado la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación en representación de los Estados demandados expuso lo concerniente al Plan Integral de Saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo. La audiencia continuó el 12 de septiembre, oportunidad en que expusieron los representantes de las empresas, reproduciendo en forma verbal el informe encomendado. También informaron el Defensor del Pueblo y las ONG que fueron admitidos como terceros.

Por resolución del 23 de Febrero de 2007 (“Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, Sentencia del 23/2/2007, *Doctrina Judicial*, 2007, I, 1073), la CSJN, en ejercicio nuevamente de facultades instructorias y ordenatorias, tras subrayar que carecía de los elementos cognoscitivos necesarios para dictar el pronunciamiento, ordenó la intervención de la Universidad de Buenos Aires, a fin de que proceda a informar sobre la factibilidad del plan presentado. Una vez efectuada esa presentación, convocó a otra audiencia, en virtud de las mismas atribuciones (arts. 32 y 36, LGA), para que las partes y los terceros intervinientes expresen oralmente las observaciones que estimaren convenientes con respecto al plan de saneamiento presentado y al informe de la UBA, la que se realizó el 04 de julio de 2007.

Mediante sentencia del 22 de agosto de 2007 (CSJN, “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, Sentencia del 22/8/2007, *La Ley*, 05/9/2007, p. 8), para avanzar sobre la prevención y recomposición, solicitó información precisa, actualizada, accesible y pública a la Autoridad de Cuenca y a la representación de los tres Estados demandados sobre el estado del agua, aire y napas subterráneas y un listado de las industrias existentes que realicen actividades contaminantes, entre otros datos. Asimismo se dispuso correr traslado de la demanda, implementando, en atención a las características especiales de este proceso colectivo, normas específicas relacionadas al emplazamiento y las contestaciones respectivas (plazo excepcional y de carácter común para todos los emplazados); con el objeto de evitar dilaciones innecesarias, que no se dará curso a ninguna excepción previa, y para profundizar la publicidad del proceso, que la contestación de la demanda fuera, además de su habitual instrumentación por escrito, sintetizada mediante informe verbal en audiencia pública, la que se concretó los días 28, 29 y 30 de noviembre de 2007.

El 08/7/08 (“Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, *La Ley*, 23/7/2008, p. 7) la CSJN dictó sentencia definitiva en el calificado, por la misma Corte, proceso urgente y autónomo. La sentencia establece un programa que deben cumplir la Autoridad de Cuenca (ACUMAR), creada por ley 26.168, promulgada el 04/2/06, y respecto del cual, también son responsables el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de



para su ejecución, el que delegó en concreta relación a la prevención y recomposición del ambiente –aquello que se orienta hacia el futuro– al Juez Federal de Quilmes y se reservó lo vinculado a la reparación del daño, derivada de conductas adoptadas en el pasado. La primera sentencia, la declarativa, produce cosa juzgada, en cambio las posteriores que implementan la ejecución son temporales y pueden ser modificadas por otra posterior.

En la causa mencionada, el Máximo Tribunal condenó al cumplimiento de un mandato –ejecución del programa orientado a mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca, recomponer el ambiente en todos sus componentes (agua, tierra y aire) y a prevenir daños– a la Autoridad de Cuenca, creada por ley 26.128, sin perjuicio de mantener intacta la responsabilidad del Estado Nacional, provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Aquí el mandato está orientado a un resultado pero no avanza en la determinación de los procedimientos, el modo en que se concreta queda en el ámbito de discrecionalidad de la administración.

Para asegurar el cumplimiento del programa, la sentencia diseñó un sistema de control de base administrativa y judicial. Dispuso que el plan de saneamiento y el programa serán monitoreados por la ciudadanía. A tal efecto encomienda al Defensor del Pueblo de la Nación, la coordinación de dicha participación mediante la conformación de un cuerpo colegiado, en el que participarán los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en la condición de terceros. Por otra parte establece que la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el plan de saneamiento integral estará a cargo de la Auditoría General de la Nación. Asimismo establece un régimen de multas diarias derivadas del incumplimiento de los plazos en cabeza del presidente de ACUMAR. Finalmente se debe reiterar que la competencia para la ejecución de la sentencia en los términos de los artículos 499 y ss. del CPCCN ha sido atribuida a un juzgado federal de primera instancia con competencia en parte del asiento territorial de la cuenca hídrica, el que además habrá de decidir en la revisión de las decisiones finales tomadas por la Autoridad de Cuenca, lo que se consignó en resolución 5/2009 del 30/6/2009 que aprueba el reglamento del procedimiento administrativo y revisión judicial de sus decisiones.

Buenos Aires. El referido programa tiene tres objetivos, mejorar la calidad de vida de los habitantes, la recomposición del ambiente en la Cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelo) y prevenir daños al ambiente. Comprende los siguientes aspectos: información pública, contaminación de origen industrial, saneamiento de basurales, limpieza de márgenes de río, expansión de la red de agua potable, desagües pluviales, saneamiento cloacal y plan sanitario de emergencia.

Coherente con lo decidido el 20/6/06, oportunidad en la que declaró su competencia originaria únicamente respecto de las pretensiones por daño ambiental colectivo, art. 117 de la CN, por tratarse de la contaminación de recursos ambientales interjurisdiccionales y ser parte el Estado Nacional y la Provincia de Buenos Aires en una pretensión que tiene por objeto un bien de incidencia colectiva de uso común e indivisible y derivó la resarcitoria por la lesión sufrida en bienes individuales por parte de los demandantes a los jueces inferiores, resuelve definitivamente las pretensiones colectivas orientadas a la recomposición y a la prevención. Consecuentemente el objeto del decisorio se orienta hacia el futuro y su ejecución fue delegada en un juzgado federal de primera instancia a fin de garantizar la inmediatez de las decisiones y el efectivo control jurisdiccional de su cumplimiento. En cambio, el proceso relativo a la reparación del daño, referido a la atribución de responsabilidades patrimoniales derivadas de conductas adoptadas en el pasado, seguirá ante la Corte. Se trata en consecuencia, interpreta Cafferatta, de una medida de clase gerencial. O de administración judicial. Y responde a razones operativas a la par que de política judicial. Con la habilidad de un cardiócirujano, frente a una operación compleja o difícil, la Corte simplificando o reduciendo para resolver en definitiva, produce una escisión profunda, haciendo una segmentación de la problemática objeto de la causa (Cafferatta, N., "Sentencia colectiva ambiental en el caso Riachuelo", *Revista de Derecho Ambiental*, LexisNexis on line del 17/7/2008).

En relación con las sentencias de los procesos colectivos sobre bienes colectivos como todas aquellas que tienen efectos regulatorios generales –las dictadas en procesos colectivos que tienen por objeto intereses individuales homogéneos en los que la sentencia proporciona una solución indivisible– surge el interrogante acerca de si el juez con su decisión no avanza sobre el ámbito competencial de los otros dos poderes del Estado.

Al respecto cabe señalar que la Constitución Nacional de 1994 no sólo ha incorporado los nuevos derechos a la Constitución Nacional sino que también ha previsto la garantía jurisdiccional para su protección con la previsión de un mecanismo procesal colectivo de tutela cuando el caso reúne los presupuestos del artículo 43, primer párrafo.

No se debe perder de vista que las políticas públicas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo tendientes a desarrollar un derecho constitucionalmente reconocido no constituyen materia sujeta a revisión del Poder Judicial porque, precisamente, hace al juego de la democracia que las decisiones de los poderes elegidos por la voluntad popular sean respetadas, salvo cuando las mismas afectan derechos constitucionales, supuesto que habilita la revisión judicial. Desde esa perspectiva, un mandato de implementación dirigido a la administración o un mandato para legislar dirigido al Congreso sobre un tema específico en ningún caso puede reemplazar la voluntad de las mayorías; se trata sólo de la intervención judicial en aquellos casos en que se encuentra comprometido un derecho constitucionalmente reconocido a los fines de que los poderes políticos concreten el desarrollo adecuado de ese derecho. A tal fin pueden los jueces establecer plazos y disponer un mecanismo de control de la implementación<sup>57</sup>. En esa línea interpretativa se inscribe la sentencia del Máximo Tribunal del 03 de marzo de 2009, pronunciada en los autos “Rozniatowski, Rosa Cristina c. Estado Nacional-Secretaría de Energía de la Nación s/amparo” que rechazó el recurso ordinario de apelación deducido por la parte demandada contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar al amparo promovido y condenado al Estado Nacional a realizar las obras necesarias para garantizar la seguridad de la presa “Portuzuelo Grande”, integrante del Complejo Cerros Colorados emplazada sobre el río Neuquén, ampliando su capacidad para que resista una crecida máxima probable (pico instantáneo de 14520 m3/seg.)<sup>58</sup>.

## **5. La declaración de inconstitucionalidad en los procesos colectivos**

En el sistema de control de constitucionalidad argentino, de tipo difuso como el de EEUU, el mismo corresponde al Poder Judicial, más precisamente a todos los órganos judiciales de cualquier jerarquía, quienes se limitan a desaplicar, *incidenter tantum*, el

<sup>57</sup> Lorenzetti, Cfr. *Justicia Colectiva* cit., ps. 243 y ss.

<sup>58</sup> CSJN, “Rozniatowski, Rosa Cristina c. EN-Secretaría de Energía de la Nación”, sentencia del 03/3/2009, *La Ley*, 2009, C, 273. “Que, por último, la alegación de ‘invasión de facultades correspondientes al Poder Ejecutivo por el Poder Judicial’ y de violación al principio de división de poderes (fs. 493 vta.), se apoya en argumentaciones inconsistentes que no logran conmover el razonamiento del a quo según el cual señalar que el Poder Judicial carece de atribuciones para conminar al Poder Ejecutivo a realizar alguna obra eficaz para conjurar un riesgo verdadero, cuya certeza deriva de las conclusiones que el propio administrador elaboró a través del ORSEP, es desconocer cómo funciona un Estado organizado bajo el principio republicano que, paradójicamente, se invoca” (fs. 447). Más aún si se considera que en el caso, el Poder Judicial se limitó a intimar al Estado Nacional a que en 120 días hábiles de adquirir firmeza la sentencia, informase al tribunal sobre las características de la obra a realizar y sobre su plazo de ejecución, en lo relativo a los aspectos técnicos de la obra, según los términos del pronunciamiento de fs. 414. De esta manera, el desenvolvimiento del órgano jurisdiccional en el sub iudice reveló, antes bien, un claro reconocimiento de las funcionalidades propias de otro poder del Estado”.

acto ilegítimo en el curso de un concreto litigio. En cambio en el sistema concentrado o austríaco la función de control de constitucionalidad se asigna a un órgano ad hoc, ajeno a la organización judicial, con funciones de naturaleza jurisdiccional, que es competente para anular o declarar la nulidad, con eficacia erga omnes, del acto ilegítimo.

La adopción de uno u otro sistema ha tenido que ver en cada Estado con el momento histórico político en que fue adoptado. Así, por ejemplo, España estableció el sistema concentrado hoy vigente, en tiempos en que si bien ya había sido instaurado el régimen democrático, serios fueron los temores de que los hábitos del período precedente se proyectaran en el futuro. Fue precisamente el viejo temor a que la obra del legislador democrático pudiera ser arrumbada en el ámbito de aplicación normativa por un Poder Judicial escasamente identificado con el sistema de valores instaurado por la Constitución, lo que llevó al Constituyente español de 1978, como antes al austríaco de entreguerra o al italiano de 1947, a privilegiar a la ley con un sistema de control específico, atribuido a un órgano jurisdiccional no judicial.

Tal distinción conceptual no se evidencia con igual claridad en los modelos vigentes<sup>59</sup>. Se viene produciendo una recíproca influencia y aproximación, pues allí donde se adoptó el sistema de control concentrado, éste presenta rasgos propios del sistema difuso y, contrariamente, aquellos países que optaron por el difuso, lo dotaron de algunas notas propias del control concentrado. En ese sentido sostiene Canosa Usera que en algunos Estados iberoamericanos donde, al menos sobre el papel, funcionó inveteradamente un sistema mimético del estadounidense, se han introducido recientemente mecanismos propios de control centralizado que dan como resultado, sumados a los elementos tradicionales de control difuso, un sistema sumamente complejo y delicado (cfr., por ejemplo, los casos de México y Brasil). Si a lo anterior añadimos que el sistema de judicial review ha evolucionado también y se aproxima, en algunos aspectos, a los otros modelos existentes de justicia constitucional, llegamos a la conclusión siguiente: se ha producido una recíproca influencia y aproximación cuya causa no es otra que las transformaciones en el concepto de constitución<sup>60</sup>.

Observa García Belaunde que los sistemas no se han mantenido en un estado de pureza, ni tampoco han permanecido inmunes a las influencias foráneas. Señala que en su desarrollo han pasado dos cosas, por un lado, los modelos han recibido influencias y muestran matices y características que no son propios sino recibidos y por otro, cuando las influencias son tan fuertes, que el modelo deja de ser lo que es, y adquiere una nueva fisonomía, partiendo de las influencias asimiladas, y en consecuencia llega a ser en la práctica, otra cosa. Es lo que se denomina sistema mixto, es decir, mezcla de dos o más modelos, con diferentes elementos que dan lugar a un tertium que no es lo que son los dos anteriores<sup>61</sup>.

El control de constitucionalidad en nuestro país, como se dijo, es judicial y difuso o desconcentrado, desde que está a cargo de todos y cada uno de los jueces, quienes se limitan a desaplicar incidenter tantum el acto ilegítimo en el curso de un concreto litigio y la Corte Suprema de Justicia, cabeza del Poder Judicial, a través del recurso extraordinario federal se configura en el custodio e intérprete final de la Constitución. El ejercicio de este control cuando está a cargo de la Corte, dice Bianchi, adquiere una dimensión diferente que se potencia aún más si tomamos en cuenta su condición de Poder del Estado<sup>62</sup>. Tiene dicho la Corte Suprema que es la primera y principal misión

<sup>59</sup> Sbdar, C., *Amparo de derechos fundamentales*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 320.

<sup>60</sup> Canosa Usera, R., "Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria en España: Una cuestión abierta", *Ius et Praxis*, Núm. 1, Universidad de Talca, Chile, 1998, p. 11.

<sup>61</sup> García Belaunde, D., "La jurisdiccional constitucional y el modelo dual o paralelo", *La Ley*, 1998, E, 1177.

<sup>62</sup> Bianchi, A., "Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema", *La Ley*, 1997, B, 994 y ss. En la misma línea, afirma Gelli, M. A., "El mundo jurídico y los dilemas del

que le corresponde ejercer al Tribunal<sup>63</sup> y que es uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial<sup>64</sup>.

En tanto intérprete final de la Constitución, la Corte vino dotando de significado a muchas de sus cláusulas. Gráficamente, señala Fayt que la Argentina tiene en su Corte Suprema, una convención constituyente en sesión permanente<sup>65</sup>. En igual sentido para Sagüés, cuando la Corte Suprema disipa una ambigüedad del texto normativo de la Constitución, armoniza una contradicción, despliega y construye el mensaje constitucional, balancea en términos generales derechos y deberes en lo que se llama el test definicional, o especialmente cuando cubre los vacíos lagunosos y las imprevisiones de la ley suprema, ejercita papeles prácticamente constituyentes<sup>66</sup>. Como síntesis, puede fundadamente afirmarse que la interpretación del Texto Constitucional por parte de la Corte Suprema forma parte de la propia Constitución y en consecuencia goza de su supremacía<sup>67</sup>.

Cabe reparar en que siendo misión esencial del Alto Tribunal, el control de que la actividad de los otros dos Poderes del Estado no se salga de los límites constitucionales y constituyendo el órgano supremo de la organización judicial argentina, sus pronunciamientos se proyectan en buena parte y, muchas veces, en toda la sociedad argentina. Tal proyección ha sido reconocida por Sagüés, no sólo cuando la causa versa sobre una cuestión constitucional, sino también en los supuestos en que la Corte se pronuncia en cuestiones no federales y cuando se pronuncia a través de otra vía procesal que no fuere el recurso extraordinario federal, porque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación vale por provenir de ese Alto Tribunal, y no por la vía procesal o por la temática abordada. Es la calidad de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que es intérprete final de todo el derecho argentino (sea derecho común o derecho federal; sea merced al recurso extraordinario, o por cualquier tramitación procesal diferente), la que confiere mayor robustez a sus pronunciamientos<sup>68</sup>.

En el sistema de control concentrado, el pronunciamiento estimatorio deroga la ley, norma o reglamento. La norma que se declara inconstitucional deja de tener vigencia y como la decisión es retroactiva alcanza a todas las relaciones jurídicas nacidas en orden al problema que se resuelve. Así ocurre en el derecho italiano y también en el español, con excepción de las resoluciones administrativas firmes, salvo que la derogación de la norma, de carácter sancionatorio, genere un beneficio para quien fue sancionado. En el sistema de control difuso, la sentencia tiene efectos sólo respecto de las partes que intervinieron en el caso o causa. La sentencia estimatoria de la inconstitucionalidad planteada inaplica la norma cuestionada al caso y, por tanto, sólo produce efectos ex tunc respecto de la causa en la que tuvo lugar la declaración de inconstitucionalidad. Y, si la decisión proviene del Máximo Tribunal de la organización

poder de la Corte Suprema”, *La Ley*, 2003, E, 989, que tal como fue definida por la Constitución Nacional, la Corte Suprema constituye un poder del Estado, intérprete final de la Ley Suprema en el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre ella.

<sup>63</sup> *Fallos*, 318, 1154, 1164.

<sup>64</sup> *Fallos*, 320, 2851.

<sup>65</sup> Fayt, C., “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holdings. Casos trascendentes”, Buenos Aires, *La Ley*, 2004, Prólogo.

<sup>66</sup> Sagüés, N., en el comentario a Fayt, C., “La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holdings. Casos trascendentes”, *La Ley*, 16/6/2004, p. 7.

<sup>67</sup> En ese sentido sostiene Bidart Campos, G., en oportunidad de comentar el fallo de la Corte Suprema “Cerámica San Lorenzo S. A.” (Incidente de prescripción), sentencia del 04/07/1985, que cuando la Corte interpreta la Constitución, su interpretación alcanza la misma jerarquía de la norma constitucional interpretada. *El Derecho*, 115, p. 323.

<sup>68</sup> Sagüés, N., “Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *El Derecho*, 93, p. 89.

judicial, ello no exime a cualquier otro interesado en idéntica cuestión, de formular el respectivo planteo ni, menos aún, impide al juez de la causa interpretar la cuestión de constitucionalidad formulada.

No cabe perder de vista la diferencia existente entre los sistemas difusos de control de constitucionalidad americano y argentino, en el sentido de que la doctrina del *stare decisis* que impera en el país del norte atribuye a la sentencia constitucional un efecto similar al *erga omnes* del modelo europeo o austríaco, toda vez que los pronunciamientos constitucionales de la Corte Suprema de EEUU son obligatorios para todos los jueces y tribunales, doctrina del precedente obligatorio que, si bien no ha sido expresamente adoptada en nuestro país, en virtud de algunos pronunciamientos de la Corte argentina, se podría razonable y fundadamente considerar que incipientemente se ha comenzado a utilizar el término precedente, claro que, como se ha señalado, con menor fuerza que en otros órdenes jurídicos del Derecho comparado<sup>69</sup>. En esencia, la referida doctrina supone que al fallar un caso, el juez debe seguir obligatoriamente lo decidido en aquél en el cual se estableció la regla general de derecho aplicable, en la medida en que entre el caso a decidir y el precedente exista una identidad sustancial de hechos y tiene como fundamento la predictibilidad de los tribunales. Advierte Bianchi que los superiores tribunales de los estados y la Corte Suprema están obligados por sus precedentes, pero pueden apartarse de ellos si desean cambiarlos, aun cuando por razones de seguridad jurídica no se hace abuso de esta prerrogativa<sup>70</sup>.

La regla del efecto *inter partes* de la sentencia constitucional se reconoce propia y genuina del sistema difuso de control de constitucionalidad cuando ha sido dictada en el marco de un proceso individual. Si la impugnación de inconstitucionalidad tiene lugar en un proceso que persigue la protección de uno de los derechos de incidencia colectiva, constitucionalmente reconocidos en el segundo párrafo del artículo 43 por el constituyente de 1994, el alcance subjetivo de la cosa juzgada se extiende por la naturaleza misma del derecho comprometido, la que también se ve reflejada en la puerta del proceso colectivo con la identificación de los legitimados para promoverlo.

Dicho de otro modo, en una acción colectiva dirigida a obtener la declaración de inconstitucionalidad de una ley, no son aplicables las reglas del efecto *inter partes* toda vez que es inherente a la esencia misma de la acción colectiva la legitimación extraordinaria y la extensión de los efectos de la cosa juzgada en razón del tipo mismo de los derechos afectados, interpretación que se desprende del texto mismo del artículo 43 de la CN desde que reconoce expresamente los derechos de incidencia colectiva, admite la legitimación grupal y prevé un proceso de tutela específico, el amparo colectivo.

No debemos perder de vista que en nuestro sistema de control de constitucionalidad, según lo disponen el artículo 116 de la CN y 2 de la ley 27, en todos los supuestos es imprescindible la comprobación de la existencia de un caso, ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Con relación a las acciones colectivas, se debe demostrar la afectación colectiva, esto es, la vinculación con los elementos comunes respecto del bien colectivo o de los intereses individuales homogéneos<sup>71</sup>. Si se trata de un derecho sobre un bien colectivo la causa se relaciona con una lesión a derechos sobre el bien colectivo, y en los conflictos sobre derechos individuales homogéneos se vincula con los elementos homogéneos derivados de que la afectación reconoce una causa fáctica o jurídica común. En lo pertinente tiene dicho el Máximo Tribunal que en el supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva que tiene por objeto un bien colectivo —en el caso

<sup>69</sup> Conclusión N° 3 de la Subcomisión 3, Efectos *erga omnes* de la sentencia constitucional, XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mar del Plata, 8 al 10 de Noviembre de 2007, Revista de Derecho Procesal, Sentencia-II, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 611.

<sup>70</sup> Bianchi, A., *Control de Constitucionalidad*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 351.

<sup>71</sup> Lorenzetti, *Justicia Colectiva* cit., p. 124.

la defensa del medio ambiente ante el posible ingreso de combustible quemado de un reactor nuclear—, como cuando se trata de la tutela de derechos individuales o de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, la comprobación de la existencia de un “caso” es imprescindible —artículo 116 de la Constitución Nacional, artículo 2º de la ley 27— desde que no compete a los jueces hacer declaraciones generales o abstractas, sino decidir colisiones efectivas de derechos que deben ser actuales<sup>72</sup>. En idéntico sentido, sostuvo que la ampliación de la legitimación derivada de la reforma constitucional del año 1994 no modificó la exigencia de que la “parte” debe demostrar que persigue en forma concreta la determinación del derecho debatido y que tiene un interés jurídico suficiente en la resolución de la controversia o que los agravios expresados la afecten de forma “suficientemente directa” o “substancial”, razón por la cual, los nuevos sujetos legitimados por el artículo 43 de la Ley Fundamental también deben acreditar que su reclamo tiene “suficiente concreción e inmediatez” y no se trata de un mero pedido en el que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes<sup>73</sup>.

Se debe añadir que aún cuando el actor invoque afectado un derecho individual, si la solución del caso es indivisible respecto de una pluralidad de sujetos indeterminados, la declaración de inconstitucionalidad produce efectos colectivos. Como se anticipó, ello aconteció en la causa “Halabi”, en la que el Máximo Tribunal reconoció que la pretensión del letrado actor no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados. El bien objeto del proceso es divisible pero la solución indivisible<sup>74</sup>.

Cabe reparar que el Máximo Tribunal con anterioridad a diseñar las reglas de la acción colectiva que tiene por objeto un derecho individual homogéneo en el caso “Halabi”, en el que el actor reclama por su derecho a la privacidad y la sentencia declara la inconstitucionalidad de una ley con efecto general, reconoció expresamente dicho efecto a la inconstitucionalidad declarada en la causa “Monges c/UBA”<sup>75</sup>. El Máximo Tribunal confirmó la resolución de la Cámara que declaró la nulidad de la resolución del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires 2314/95 por la que dejó sin

<sup>72</sup> CSJN, “Schroder, Juan c. INVAPS. E. y EN”, sentencia del 04/05/2010, *La Ley*, 2010, D, 29.

<sup>73</sup> CSJN, “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c. Estado Nacional, Ley 26.124 (DECI 495/06 s/amparo Ley 16.986)”, sentencia del 03/08/2010, *Fallos*, 333:1251.

<sup>74</sup> Lorenzetti, *Justicia Colectiva*, cit., p. 177.

<sup>75</sup> CSJN, “Monges, Analía M. c. Universidad de Buenos Aires”, sentencia del 26/12/96, *Fallos*, 319:3148. El Máximo Tribunal sostuvo que “sin perjuicio de la solución a la que aquí se arriba, dada la naturaleza de la materia de que se trata, corresponde declarar que la autoridad de esta sentencia deberá comenzar a regir para el futuro, a fin de evitar perjuicios a los aspirantes a ingresar en la Facultad de Medicina quienes, aun cuando se hallaban ajenos al conflicto suscitado, ante la razonable duda generada por éste, asistieron y eventualmente aprobaron el denominado ‘Ciclo Básico Común de la Universidad Nacional de Buenos Aires o en su caso el Curso Preuniversitario de Ingreso creado por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina. En tal sentido cada estudiante podrá proseguir hasta su conclusión el régimen por el que hubiera optado, con los efectos para cada uno previstos...” Por su parte, la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I, en la causa “Blas”, al decidir una cuestión similar, expresamente asignó efectos generales al pronunciamiento de la Corte. Señaló que ante un recurso articulado en los términos del art. 32 de la ley de educación superior 24.521, por una alumna cursante del Ciclo Preuniversitario de Ingreso (C. P. I.) para la carrera de medicina, corresponde estarse a lo resuelto por la Corte Suprema en un caso análogo —“Monges”, *La Ley*, 1997,C, 150—, en tanto ésta autoatribuyó a su sentencia efectos erga omnes, los que se proyectan sobre el caso sub examine, gobernándolo y tornando inconducente todo pronunciamiento concreto a su respecto por parte de la Cámara (Blas Humberto, A c. Universidad de Buenos Aires, sentencia del 27/11/97, *La Ley*, 198, A, 288).



efecto el Ciclo básico diseñado por la Facultad de Medicina mediante resolución 1219/95. Lo allí decidido respecto de la estudiante de la carrera de Medicina se aplicó a todos los estudiantes que se encontraban en igual situación.

### 5.1. *Sentencias exhortativas*

En aquellos países en los que impera el modelo concentrado, en el que la declaración de inconstitucionalidad produce la anulación de la ley y tiene efectos erga omnes, los Tribunales Constitucionales han recurrido a una tercera categoría de fallos, no son los estimatorios o desestimatorios, los llamados atípicos para evitar las graves consecuencias que origina el vacío normativo, derivado del efecto derogatorio de la norma declarada inconstitucional. En la actualidad, las sentencias exhortativas también proyectan efectos en los sistemas de control de constitucionalidad difusos.

Señala Sagüés que en aras de conservar en lo posible el vigor de las normas infraconstitucionales, sea por aplicación del principio de cortesía constitucional o de deferencia razonada, sea por razones pragmáticas y de funcionalidad, para evitar vacíos normativos jurídica y socialmente muy costosos si se descalifica una regla por su inconstitucionalidad, el derecho procesal constitucional ha imaginado en las últimas décadas ciertas categorías de fallos que escapan de aquella doble estratificación tradicional, dando lugar a las sentencias atípicas. Explica que una verdadera fuente inspiradora de tales fallos ha sido la doctrina de la interpretación “conforme” a la Constitución, de las reglas infraconstitucionales, (también llamada de la “interpretación constitucional” del derecho subconstitucional), en el sentido de rescatar en lo posible la validez del aparato normativo inferior a la Constitución, según recetas interpretativas que lo hagan coincidir con la ley suprema; o que, si es factible extraer de una regla infraconstitucional una versión interpretativa acorde con la Constitución, y otra opuesta a ella, deba preferirse la del primer tipo<sup>76</sup>.

Se pretende evitar que una eventual declaratoria de inconstitucionalidad de una ley provoque un vacío o una laguna legal con daño a otros derechos, valores y principios que también están llamados a ser preservados por la Constitución. Estas sentencias tienen raigambre en las jurisdicciones constitucionales italiana, alemana, ahora seguidas también en Latinoamérica. Su función no se limita únicamente a la declaración de inexistencia de preceptos normativos sino, más bien, en caso de desestimación del planteamiento, a clarificar el texto de éstos mediante una labor exegética, a manera de establecer la forma como deben interpretarse a partir del momento de la emisión de la sentencia<sup>77</sup>.

Surge del trabajo del profesor Sagüés antes mencionado que entre las sentencias atípicas pueden detectarse distintas variables, unas denominadas manipulativas<sup>78</sup> y entre ellas, las manipulativas admisorias: aquellas que condenan a una determinada interpretación de la ley bajo examen pero no al texto normativo mismo que persiste vigente y aplicable, siempre que se lo interprete del modo conforme a la Constitución; las manipulativas desestimatorias, reputa constitucional cierta exégesis concreta de una norma, rechazando respecto de ella la objeción de ser inconstitucional; las

<sup>76</sup> Sagüés, N., “Las sentencias constitucionales Exhortativas (apelativas o con aviso), y su recepción en Argentina”, *La Ley*, 2005, F, p. 1461.

<sup>77</sup> Mejicanos Jiménez, M. de J., “La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco (análisis sobre la acción, el proceso y la decisión de inconstitucionalidad abstracta”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, 12º año, t. 1, Honrad Adenauer, p. 546.

<sup>78</sup> Sostiene Mejicanos Jiménez, “La inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general en el ordenamiento jurídico guatemalteco...” cit., p. 546, en otras palabras, aquellas que realizando una labor de modificación o integración de los preceptos normativos impugnados de inconstitucionalidad, emiten una declaración en la cual estos últimos son interpretados de manera distinta y con un contenido diferente del que constaría en su texto original.



manipulativas aditivas, la que añade algo a un texto legal, para tornarlo compatible con la Constitución y las manipulativas sustitutivas, la manifestación más dura del poder legisferante del Tribunal Constitucional, desde que, sin declarar la inconstitucionalidad, destruye una norma que califica de tal y en su lugar la reemplaza por otra regulación conforme a la Constitución.

También constituyen una variante de las manipulativas, las exhortativas, supuesto en el que el órgano de la jurisdicción constitucional, ante una situación de norma inconstitucional o presuntamente inconstitucional encomienda al Poder Legislativo la sanción de un nuevo texto acorde con la Constitución, pudiendo fijarle o no un plazo preciso al respecto. Encuentran fundamento en que con esa actitud se respeta el principio de división de los Poderes y a menudo, de modo directo o indirecto, da pautas sobre el contenido del nuevo precepto normativo, con lo que también se economizan futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si esas guías son satisfechas. Se da aquí una suerte de control preventivo de constitucionalidad *sui generis* (respecto de la norma a dictarse en el mañana, a más del control reparador sobre la norma vigente, cuya constitucionalidad se pone en duda o se descarta)<sup>79</sup>.

Ha sido destacada la utilidad de las sentencias atípicas en el sistema de control de constitucionalidad concentrado, sin embargo, como ya se dijo, también proyectan consecuencias en países del modelo difuso o estadounidense en virtud, precisamente, de las aproximaciones que vienen registrando ambos sistemas de control constitucional.

En el sonado caso "Verbitsky", el peticionante sustancialmente alega como fundamento de su pretensión, la superpoblación carcelaria que atenta contra el digno trato a los sujetos privados de su libertad; que el 75% de los detenidos en la Provincia de Buenos Aires son presos "sin condena" y en que en numerosas comisarías se encuentran privados de su libertad menores y enfermos. Cabe recordar que en relación con los planteos concernientes al régimen de las excarcelaciones como al de la ejecución de las penas, vigentes en la provincia de Buenos Aires, el Máximo Tribunal, aun cuando interpretó que si bien no corresponde un pronunciamiento en ese proceso sobre ambos temas, a la luz del Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos ("Instituto de Reeducación del menor c. Paraguay")<sup>80</sup>, respecto de la primera cuestión, y de la ley nacional 24.660 y disposiciones internacionales con relación a la segunda, dispuso "Exhortar a los Poderes ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y la legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales"<sup>81</sup>. El Presi-

<sup>79</sup> Sagüés, "Las sentencias constitucionales..." cit., p. 1461.

<sup>80</sup> Zagrebelsky, G., "Jueces constitucionales", Discurso oficial pronunciado frente al Presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, con motivo de la celebración del 50º aniversario de la Corte Constitucional italiana. En torno a considerar la jurisprudencia internacional o supranacional por las cortes nacionales ha señalado que la circulación de las jurisprudencias no compromete por tanto la identidad de la propia. La comunicación de experiencias está siempre filtrada porque presupone standards mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales. Estos juicios son de las cortes nacionales. No determinan ninguna disminución de su función soberana. Agrega que las cortes de justicia tienen, por así decirlo, raíces que se asientan en condiciones político-constitucionales nacionales pero tienen la cabeza dirigida a principios de alcance universal. Cerrarse a sí mismas significa solamente una cosa: predisponerse a políticas constitucionales y de los derechos humanos funcionales solamente a los exclusivos intereses nacionales.

<sup>81</sup> La sentencia dispuso: "5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien dispongan medidas de cautela o

dente del Máximo Tribunal señaló que el Poder Ejecutivo al tener un mandato del Poder Judicial, tiene que empezar a cumplir. De hecho, así sucedió y hubo muchos cambios porque se modificó la ley de excarcelación, se cerraron los centros de detención en la Policía, hubo una cantidad de cambios en la Provincia de Buenos Aires<sup>82</sup>.

No cabe perder de vista que la decisión de la Corte Suprema Argentina en el mencionado caso "Verbitsky" es clara expresión de su voluntad de resolver definitivamente cuestiones de trascendencia institucional y social, apelando en tal ocasión a una sentencia atípica, exhortativa, la que, una vez concluido el proceso de adecuación de la legislación vigente reclamado, habrá de provocar indefectiblemente la derogación de las disposiciones inconstitucionales del ordenamiento procesal penal cuestionado de la Provincia de Buenos Aires.

La acción fue deducida por una persona jurídica (Centro de Estudios Legales y Sociales) a favor de un número muy amplio de detenidos. El Alto Tribunal, proyectando la figura del artículo 43, segundo párrafo de la CN, del amparo colectivo, calificó dicha causa como "hábeas corpus colectivo", con el argumento de que pese a que la CN no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible en forma colectiva, tratándose de una pretensión esgrimida a favor de la totalidad de los detenidos en establecimientos policiales y/o comisarías superpobladas de la Provincia de Buenos Aires —en el caso, por estar en riesgo su salud y su vida debido a las condiciones de higiene—, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo del artículo 43 de la CN, con igual o mayor razón la Carta Magna otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla.

Los derechos comprometidos son individuales de todos los detenidos en establecimientos policiales y/o comisarías de la Provincia de Buenos Aires y siendo común la causa de la afectación denunciada, integran la categoría de individuales homogéneos. Ello, sin perder de vista, que en esa causa, lo resaltó el Presidente del Máximo Tribunal, había un bien colectivo que es el sistema carcelario como tal<sup>83</sup>. Asimismo, la acción tramitó por un proceso colectivo y la sentencia estimatoria del hábeas corpus, consecuentemente extiende sus efectos a toda la pluralidad de sujetos indeterminados que conforman la clase o el grupo afectado. El objeto es individual pero la decisión que se adopta afecta a una pluralidad de personas toda vez que el reclamo termina con una sentencia que contiene un mandato al Congreso y al Poder Ejecutivo para que, respectivamente, modifiquen la legislación pertinente y las condiciones de la detención.

formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada. 6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia. 7. Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. 8. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como amicus curiae, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados. Agréguese la queja al principal y extraíganse fotocopias certificadas para su reserva en este Tribunal" (CSJN, "Verbitsky, Horacio", sentencia del 03/5/2009, JA 2005, IV, 612).

<sup>82</sup> Lorenzetti, R., *DiarioJudicial.com*. del 12/6/2008.

<sup>83</sup> Lorenzetti, R., *DiarioJudicial.com*., cit. Sostuvo que el tema cárceles es muy importante. De hecho, recibimos peticiones colectivas generalmente referidas a la situación de los detenidos. En puntual referencia a la causa "Verbitsky", dijo que en ella entendieron que además había un bien colectivo que es el sistema carcelario como tal.

Cabe recordar que en la causa “Badaro”, y meses antes en “Rosza”<sup>84</sup>, la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de la norma cuestionada e incursionó también en el terreno de las sentencias atípicas.

En la causa “Badaro”, el actor reclama el reajuste de su haber provisional, destacando que ninguno de los aumentos establecidos en los decretos dictados por la grave crisis le fueron aplicados por no encontrarse en el extremo inferior de la escala. Con fecha 08/8/2006<sup>85</sup> la sentencia de la Corte Suprema fijó las pautas que debe contener un sistema de movilidad adecuado al artículo 14 bis de la CN pero no estableció el sistema de ajuste porque consideró que ello corresponde preferentemente al Congreso. Resolvió comunicar esa decisión al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación a fin de que en un plazo razonable adopte las medidas para ajustar el sistema de movilidad provisional de acuerdo a las pautas fijadas en la sentencia. El Congreso dictó la ley 26.198 que aprobó el presupuesto general de la administración nacional del año 2007 y la misma fue nuevamente impugnada en su constitucionalidad por Badaro al no ajustarse a las pautas fijadas por la Corte.

En el segundo pronunciamiento del 26/11/2007<sup>86</sup>, el Máximo Tribunal sostuvo que las prescripciones de esa ley no eran las indicadas en el primer pronunciamiento. Declaró la inconstitucionalidad del artículo 7, inc. 2 de la ley 24.463, dispuso que la prestación del actor se ajuste a partir del 1 de enero de 2002 y hasta el 11/12/2006 según las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el INDEC y exhortó al Congreso a que dicte una ley que regule las pautas que garanticen la movilidad de los haberes jubilatorios. Señaló que el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo constitucional contribuiría a dar mayor seguridad jurídica y que una buena reglamentación de dicha ley permitiría reducir la litigiosidad. El 1 de octubre de 2008 el Congreso sancionó la ley 26.417 de Movilidad de las Prestaciones del Régimen Provisional Público en cuyo anexo se establece un índice de cálculo de la movilidad.

El planteo del actor ha sido individualmente deducido y el pronunciamiento de la Corte declara la inconstitucionalidad del artículo 7, inc. 2 de la ley 24.463 y condena a que la prestación del actor sea ajustada. La sentencia tiene efectos inter partes, sin embargo, el Tribunal advierte que una adecuada respuesta a numerosos supuestos como el planteado reclama una solución general, por lo que exhorta al Congreso al dictado de una ley. Se trata también de un pronunciamiento atípico y exhortativo que contiene una solución que afecta a una pluralidad de personas que se encuentran en idéntica situación.

En “Rosza”, la Corte Suprema declaró inconstitucional la resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación, en virtud de la cual había sido designado el magistrado suplente que entendió en el proceso. Se trata de un fallo con proyecciones institucionales importantísimas toda vez que también decidió mantener en el ejercicio de sus cargos a quienes hubieran sido designados para ejercer la función jurisdiccional en los tribunales que se encontraban vacantes hasta que cesaren las razones que originaron su nombramiento o hasta que fueren reemplazados o ratificados mediante un procedimiento constitucionalmente válido que debería dictarse en el plazo máximo de un año. Sostuvo así que sin perjuicio de la declaración de inconstitucionalidad del Régimen de Subrogaciones según resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación –que autoriza un método de nombramiento circunscripto a la intervención exclusiva de organismos que operan en el ámbito del Poder Judicial–, con el fin de evitar el caos institucional o la paralización del servicio de justicia, corresponde admitir la validez de las designaciones efectuadas bajo dicho régimen y de las actuaciones

<sup>84</sup> CSJN, “Rosza, Carlos A. y otro s/rec. de casación”, sentencia del 23/5/07, *La Ley*, 29/5/2007.

<sup>85</sup> CSJN, “Badaro, Adolfo Valentín c. ANSeS s/reajustes varios”, *Fallos*, 329:3089.

<sup>86</sup> *Fallos*, 330:4866.

practicadas y que se practiquen hasta el cese de las razones que originaron sus nombramientos, o bien su reemplazo o ratificación mediante un procedimiento constitucionalmente válido, sin que los suplentes puedan continuar en funciones por más de un año, durante el cual el Congreso y el Poder Ejecutivo deben establecer un sistema definitivo sobre la materia. El 21 de mayo de 2008 fueron sancionadas las leyes 26.372 y 26.376, las que, respectivamente, instauraron el nuevo sistema de subrogancias para los jueces de primera instancia nacionales o federales, Cámaras de casación o de apelaciones nacionales o federales, Tribunales orales en lo criminal, en lo penal económico y de menores con asiento en la ciudad de Buenos Aires y de los Tribunales orales en lo criminal federal de todo el país<sup>87</sup>.

Como se advierte, la sentencia que declara la inconstitucionalidad produce efectos en el caso en el que fue pronunciada y, para evitar el caos institucional, mantiene el sistema de designación de los jueces subrogantes para la justicia federal por un plazo no mayor a un año, plazo otorgado a los poderes políticos para establecer el sistema definitivo. Nuevamente nos encontramos frente a una sentencia estimatoria atípica y exhortativa desde que contiene un mandato al Congreso para que regule de modo general el sistema de subrogancias en el ámbito de la justicia federal.

A diferencia de los casos precedentemente mencionados, en "Itzcovich"<sup>88</sup>, si bien la sentencia es atípica, la Corte no exhortó al Poder Legislativo a adoptar alguna conducta legislativa, sin embargo, es pertinente mencionarlo si se tiene en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 19 de la ley 24.463 –que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquella respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social–, provocó la inmediata derogación de ese texto legal por el Poder Legislativo, observándose nuevamente que los efectos de esa resolución de trascendencia institucional, también excedieron a las partes del conflicto en el que fue dictado.

Un análisis serio de las graves consecuencias que la declaración de inconstitucionalidad de un texto legal puede ocasionar<sup>89</sup>, motivan especiales o atípicos pronunciamientos, toda vez que inducen a la sanción de una ley nueva y, consecuentemente, a la derogación del anterior instrumento legal. Esta particular modalidad de resolver la inconstitucionalidad de un acto del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo tiende a evitar las graves consecuencias que la derogación de un determinado régimen legal acarrearía, obedece a la trascendencia institucional de la materia debatida y se inspira en razones de igualdad y economía jurisdiccional. La modalidad de la exhortación, como antes se expuso, también es utilizada en causas en las que se declara la inconstitucionalidad con efectos inter partes. El pronunciamiento interpreta que una adecuada respuesta a numerosos supuestos como el planteado demanda una solución general y contiene un mandato al Congreso para que dicte una ley.

A modo de reflexión sobre el tema, cabe señalar que en los conflictos colectivos, tanto sobre bienes colectivos como aquellos que se plantean respecto de intereses individuales homogéneos que producen efectos regulatorios generales, la sentencia que contiene un mandato al Poder Ejecutivo o al Legislativo para que implementen el desarrollo de un derecho constitucional no debe inmiscuirse en aquello que es propio de los poderes políticos del Estado, esto es, en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Su intervención se limita, en una relación de diálogo, a reclamar el referido desarrollo de un derecho constitucionalmente reconocido, pudiendo fijar un plazo o una

<sup>87</sup> La Corte Suprema, mediante acordada 10/2008 del 22/5/2008, estableció prorrogar las designaciones de todos los jueces subrogantes hasta que se produzca la entrada en vigencia del nuevo régimen de subrogancias sancionado por el Congreso de la Nación.

<sup>88</sup> CSJN, "Itzcovich, Mabel c. ANSeS s/ reajustes varios", sentencia del 29/3/2005, *La Ley*, 2005, F, 362.

<sup>89</sup> Lorenzetti, R., *DiarioJudicial.com*. cit. Sostuvo que los tribunales constitucionales cuando tienen que fallar tienen necesariamente que tomar en cuenta las consecuencias de las decisiones.

modalidad de control. De este mecanismo, decía el Presidente del Máximo Tribunal del país, que hace a la función político-institucional del Poder Judicial en un país con tres Poderes. El Poder Judicial reclama al Legislativo o al Ejecutivo una determinada conducta, la que, a veces, se concreta y otras, no, supuesto en el que el asunto volverá al Poder Judicial. Este diálogo entre los Poderes del Estado hace a la vida democrática y republicana<sup>90</sup>.

La implementación de una política pública o la decisión legislativa está en la órbita de la valoración y decisión política de los Poderes Ejecutivo o Legislativo. De allí que el juez sólo puede exhortar en su pronunciamiento a que procedan en ese sentido. Así ocurre cuando respecto de un tema es necesaria una solución general para todas las personas que se encuentran en igual situación (la movilidad provisional) o bien cuando instó al Poder Ejecutivo a desarrollar una política pública para combatir el tráfico de droga en el país. Se trata de que el referido diálogo que genera la sentencia colectiva del Poder Judicial con los demás poderes del Estado y con la sociedad sea equilibrado para no afectar el principio mayoritario, así como el balance de pesos y contrapesos. El propio principio republicano impide al Poder Judicial imponer a los otros dos Poderes del Estado, una determinada política pública, ella es materia de discusión en el ámbito de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, por lo que el Poder Judicial, en una relación dialógica con los otros Poderes, puede exhortar su implementación o modificación.

## Conclusión

En el siglo XXI asistimos a una fuerte fragmentación social que se manifiesta –según el país y el momento– en el campo de la política, en los movimientos sociales, o en el propio tejido social. Tal escenario demanda una mirada superadora de lo propio para introducirnos en una visión de lo colectivo. Los conflictos que afectan a muchas personas y que revisten una altísima complejidad demandan respuestas de los Poderes del Estado y de una activa participación de un sujeto que gana cada día más presencia en la vida pública de estos tiempos que es la sociedad civil.

La gestión de los procesos colectivos necesita de la participación ciudadana; aquella que se expresa a través del diálogo, la negociación, el respeto por las diferencias, como también de acciones colectivas para hacer efectiva la tutela de los derechos comprometidos. Los ciudadanos tienen que contar con mecanismos que hagan posible su participación, tanto en el diseño y la implementación de las políticas públicas como en la tramitación de las acciones judiciales que tienen por objeto derechos de incidencia colectiva.

En Argentina, los procesos colectivos son una garantía constitucional, contemplada en el artículo 43 del Texto Fundamental. Aun cuando no han alcanzado un adecuado desarrollo legislativo, muy valiosa es la tarea que viene desplegando la jurisprudencia, especialmente la Corte Suprema de Justicia de la Nación con los fallos “Mendoza” y “Halabi”, desde que en la tramitación y resoluciones de ambas causas se diseñó la silueta del proceso colectivo para la protección de derechos colectivos sobre bienes colectivos y referente a derechos individuales homogéneos, respectivamente; observándose una intensa actividad de las partes en audiencias públicas y una fuerte participación y control ciudadano del proceso. Sin embargo, razones de seguridad jurídica hacen necesaria la reglamentación de los procesos colectivos, por cuanto el procedimiento a seguir por los jueces garantiza el debido proceso de los sujetos activos y pasivos, reglamentación que debe ir acompañada de adecuada infraestructura judicial para facilitar el acceso a la justicia cuando el conflicto es colectivo.

<sup>90</sup> Lorenzetti, R., *DiarioJudicial.com*. cit.



## LOS PROCESOS COLECTIVOS EN ARGENTINA. NOVEDADES. PROYECTOS DE REFORMAS

por ROLAND ARAZI

### 1. Antecedentes

a) En Argentina, en el año 1983, en el caso "Katan c/El Estado Nacional" (10/5/1983, L.L. 1983-D-575) un juez federal de primera instancia, en un fallo que quedó firme, reconoció la existencia de derechos de incidencia colectiva. El juez hizo lugar a una acción de amparo para impedir la caza indiscriminada de toninas, autorizada por el gobierno nacional: dijo que cualquier ciudadano está habilitado para interponer una acción de amparo en defensa del medio ambiente amenazado por riesgos inminentes y que el derecho de todo habitante a que no se modifique su "hábitat" constituye un derecho subjetivo. El fallo tuvo una dura crítica de Miguel S. Marienhoff, quien dijo que no existiendo en el derecho argentino la acción popular, es inadmisibles que dos personas se opongan a actos del Poder Ejecutivo: no hay interés concreto, personal y directo y los actores carecen de derecho subjetivo y de interés legítimo y sólo tienen un mero interés simple. Los intereses "difusos", según el citado autor, no constituyen una categoría jurídica específica.

El Dr. Marienhoff es uno de los más importantes administrativistas en el derecho argentino, por ello su crítica demuestra la resistencia que existía para la admisión de los procesos colectivos.

b) En "Cartañá c/Municipalidad de Buenos Aires", se reconoció legitimación al "Ombudsman" o defensor del pueblo para promover un amparo en defensa de los vecinos (CNac.Civ., sala K, 28/2/1991, E.D. 142-667).

c) En "Ekmekdjian c/Sofovich", la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió la legitimación del actor para peticionar que se condene al conductor de un programa de televisión a leer una carta documento que aquél le enviara, por haberse agraviado el sentimiento religioso de los ciudadanos católicos que habían sido ofendidos como consecuencia de expresiones vertidas en una de sus emisiones. Su efecto reparador alcanzó a quienes pudieron sentirse ofendidos; de esa forma el demandante asumió una representación colectiva. El Dr. Belluscio votó en disidencia negando legitimación activa pues el actor no había sido aludido, agraviado ni directamente afectado (CSJN, 7/7/1992, J.A. 1992-III-199, L.L. 1992-C-543).

d) Con fecha 13 de octubre de 1993 se promulgó la ley 24.240 (B.O. 15/10/1993), luego modificada por la ley 26.361 (B.O. 7/4/2008), que otorga legitimación a las asociaciones de consumidores para la defensa de los derechos de éstos (art. 55).

e) Finalmente la reforma constitucional de 1994 consagró el amparo colectivo *contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.*

*Podrán interponer esta acción, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará*



los requisitos y formas de organización. Corresponde señalar que esa ley, aún no fue sancionada (art. 43, Const. Nac.).

f) A pesar de la clara norma constitucional, la jurisprudencia comenzó en forma vacilante a decidir sobre la legitimación para los procesos colectivos, especialmente cuando se trataba de derechos individuales homogéneos.

Algunos fallos denegaron legitimación al Defensor del Pueblo de la Nación y a las entidades cuyo objeto era la defensa de los derechos de los usuarios o consumidores (ver fundamentos del fallo de la CNFedCiv. y Com., Sala I, 16/3/2000, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/Edesur S.A.", en L.L. 2000-C, pág. 395, con nota crítica de Lino Palacio, "El apagón de febrero de 1999. Los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo"; íd., 17/6/2004, "Unión de Usuarios y Consumidores c/Edesur S.A.", en L.L. 2005-A, pág. 93; íd., 27/5/2004, "Centro de Educación al Consumidor c/Cober Med. S.A. y otro", L.L. 2004-E-456).

Por supuesto que la jurisprudencia restrictiva no era uniforme. El 31 de octubre de 2006, la Corte Suprema resolvió el caso "Mujeres por la Vida-Asociación Civil sin fines de lucro c/Estado Nacional" donde, por mayoría (con disidencia de los Dres. Lorenzetti y Argibay), se le otorgó legitimación a la actora para interponer una demanda de amparo a fin de que se ordene al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación que suspenda la ejecución en todo el territorio nacional del "Programa Nacional de Salud Social y Procreación Responsable". El Dr. Lorenzetti, en su voto, diferencia los llamados derechos de naturaleza colectiva, de los individuales homogéneos y afirma que, en el caso, la pretensión de la actora se refiere a diversas disposiciones normativas que involucran a una multiplicidad relevante de sujetos y por lo tanto hay una causa homogénea; a pesar de la indivisibilidad de la eventual sentencia que acoja la demanda, no lo considera de incidencia colectiva porque estima que para ello es necesario que la tutela se refiera a un bien colectivo que no admita exclusión alguna. Rechaza la legitimación pretendida por la actora con los siguientes argumentos: *No hay razón alguna para pensar que los ciudadanos de este país hayan delegado a una asociación la definición de sus estilos de vida en la materia que se trata. El reconocimiento de legitimación a la asociación actora conllevaría, además, la vulneración del derecho de defensa en juicio de quienes no han participado en este proceso, y serían afectados por una decisión sin que se haya escuchado su opinión (art. 18, Const. Nac.)*. Por su parte la Dra. Argibay, al fundar su voto en disidencia, manifestó: *El uso de anticonceptivos, que para la parte actora afecta la salud de las mujeres que los usan, depende de una decisión individual sobre qué riesgos cada una de ellas prefiere evitar y cuáles afrontar, esto es, sobre el orden de prioridad de sus preferencias. Ninguna norma jurídica ha colectivizado la vida sexual ni las decisiones sobre el uso de anticonceptivos, de modo tal que el grupo social como tal pueda sustituir a los individuos en esas elecciones*.

g) Después de varias sentencias contradictorias dadas en todas las instancias, la Corte dictó el conocido caso "Halabi" (CSJN, 24/2/2009) donde el Tribunal, por mayoría, en un extenso y muy fundado fallo, fijó los lineamientos de los procesos colectivos, distinguiendo con claridad tres categorías de derechos: 1) individuales; 2) de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y 3) de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos. Con relación a estos últimos, según palabras de la Corte Suprema, para su procedencia se requiere la verificación de los siguientes requisitos: 1) una causa fáctica común –que no necesariamente debe tratarse de un hecho único sino también de una sucesión de hechos de origen común– que lesione a una pluralidad relevante de derechos individuales; 2) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, y 3) la constatación de que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado; respecto de esto último es necesario que el interés individual, considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, o resulte notoriamente inconveniente por el gran número de afectados o por cualquier otro motivo.

Además, en el voto de la mayoría se expresó que la falta de regulación del procedimiento para la defensa de los derechos de incidencia colectiva y de los derechos individuales homogéneos *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la ley suprema ha instituido*. Obviamente está aludiendo al artículo 43, párrafo 2º de la Constitución Nacional.

h) Con fecha 27 de noviembre de 2002 se había publicado la ley 25.675 (General del Ambiente) que estableció *los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable* (art. 1º); las personas legitimadas para solicitar la recomposición del ambiente dañado (art. 30); las facultades del juez y los efectos de la cosa juzgada (art. 33).

## 2. Legislación provincial

Sin perjuicio de las leyes nacionales citadas, algunas provincias dictaron leyes locales, de conformidad con las facultades que le son propias (arts. 75, inciso 12 y 121 de la Constitución Nacional). Cabe señalar que desde antiguo la Corte Suprema ha sostenido que el legislador nacional puede dictar normas procesales cuando se trata de hacer efectivos derechos consagrados en las leyes de fondo; en el caso que nos ocupa, las leyes federales constituyen un “piso” que no puede alterarse por las leyes provinciales, pero éstas pueden otorgar mayores garantías al ciudadano y reglamentar cuestiones no contempladas en aquéllas.

En la Provincia de La Pampa, la ley 1352 del 29 de noviembre de 1991 estableció el *régimen de procedimiento para el amparo de los intereses difusos o derechos colectivos*. En la Provincia del Chaco rige la ley 3911, sancionada el 1º de septiembre de 1993 sobre protección de intereses difusos y colectivos. El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, un mes antes de la reforma constitucional de 1994, previó un título específico para la regulación de los intereses colectivos o difusos. La Provincia de Río Negro, también antes de la reforma constitucional, promulgó la 2779 (B. O. P. 2/6/1994) que determinó el procedimiento *para el ejercicio del amparo de los intereses difusos y/o colectivos*; después el Código Procesal Civil y Comercial, sancionado en el año 2006, legisló sobre el procedimiento judicial para la protección de los derechos individuales homogéneos (arts. 668 bis y ss.). En la Provincia de Buenos Aires rige la ley 13.928 (texto ley 14.192), que en su primitiva redacción contemplaba el amparo colectivo y luego, la última ley citada se refiere específicamente a los intereses individuales homogéneos.

Como vemos, las provincias se han adelantado a la legislación nacional.

## 3. Proyectos

Existen cuatro proyectos legislativos que pretenden regular los procesos colectivos a fin de cumplir el mandato constitucional (art. 43, Const. Nacional) y, de esa forma, poner fin a la mora del legislador señalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (caso “Halabi”, 24/2/2009). Ellos son los presentados por los senadores Negro de Alonso, Escudero, Lores y Bortolozzi de Bogado, todos ellos con sus respectivos ingresos formales de trámite parlamentario (Exps. S-1045/11, S-204/11, S-18/11 y S-3396/10). Además, la Asociación de Bancos Argentinos (ABA) ha hecho una propuesta que fue remitida a los Colegios de Abogados para su consideración. En el Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho está trabajando una Comisión, presidida por el Dr. Enrique M. Falcón, para elaborar su propio proyecto.

Los proyectos legislativos resultan incompletos y a mi juicio adolecen de errores fundamentales (del tema me ocupé especialmente en la *Revista de Derecho Procesal*, número especial en ocasión de este Congreso). Los autores de los proyectos intentan traer al derecho argentino la regulación de la Regla 23 de las Reglas Federales de

Procedimientos Civiles de los Estados Unidos, con los inconvenientes que tienen esos “trasplantes”. Lo más preocupante de ese traslado son los temas vinculados con la legitimación, que se otorga individualmente a uno o más miembros del grupo, y los efectos de la cosa juzgada.

La legitimación individual exige una previa decisión judicial que la admita, luego de un largo trámite en el que el peticionario debe acreditar la “representación adecuada”, trámite que se prevé en los proyectos legislativos.

En nuestro país la legitimación activa se encuentra enunciada en el artículo 43 de la Constitución Nacional: el “afectado”, que puede interponer la acción individual, pero no representar al grupo, el defensor del pueblo y las asociaciones a las que me referí anteriormente. Entre los legitimados activos corresponde incluir también al Ministerio Público quien, conforme lo dispuesto por el artículo 120 de la Constitución, “tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad”.

En mérito a las personas legitimadas no es necesaria la previa declaración de admisión de la acción colectiva por las condiciones de quien la promueve, pues la idoneidad de ellas surge del carácter de esas personas. En el caso de las asociaciones, del cumplimiento que impone la ley para su registración, “la que determinará los requisitos y formas de su organización”. Ello sin perjuicio de que se prevea su rechazo por no reunir los requisitos de admisibilidad de la acción colectiva, pero ello no puede constituir un trámite previo ineludible (artículos 6º y 7º del Proyecto de la senadora Negre de Alonso y 8º de la senadora Escudero) pues tal eventual procedimiento ocasionaría demoras injustificadas en la mayoría de los casos; sólo cuando el juez, de oficio o a pedido de la contraria, considere que la acción colectiva es inadmisibles porque no cumple los requisitos mínimos para ser catalogada como tal, podrá desestimarla, incluso podrá hacerlo “in limine” (doctrina art. 337, CPCCN); si tiene dudas requerirá las explicaciones y pruebas necesarias, antes de decidir.

El sistema norteamericano ha sido criticado por la doctrina (ver por todos Gidi, Antonio, “Las acciones y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasi, un modelo para países de derecho civil”, Editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, año 2004 y autores citados en esta obra, págs. 76 y ss. y notas 175 y 178). En el sistema federal de Estados Unidos de América la cuestión sobre la representación adecuada insume un promedio de 25 meses, lapso que en muchos casos es bastante mayor (Merol, Andrea, “Procesos colectivos. Recepción y problemas”, Rubinzal-Culzoni, p. 108). Hay supuestos en que, después de un extenso trámite, se rechaza la representación pretendida, como sucedió en el conocido caso “Madoff”, que tramitó en Miami, donde se desestimó la legitimación alegada en una demanda promovida contra un banco, porque los peticionarios no eran genuinos perjudicados pues eran tenedores de créditos contra Madoff, comprados en el mercado secundario, cuando éstos ya habían bajado sensiblemente de precio.

En cuanto a los alcances de la cosa juzgada, los proyectos también siguen el modelo de la Regla 23: la sentencia, *favorable o no*, incluirá a todos los miembros del grupo que no haya solicitado su exclusión. Ello lo estimo inconveniente y contradice la tradición nacional, tal como veremos oportunamente.

#### **4. Pautas mínimas para una ley de procesos colectivos**

En esta oportunidad y ante la importancia y difusión de esta Conferencia Internacional, voy a reiterar los presupuestos mínimos que, a mi juicio, debe contemplar una ley que regule los procesos colectivos y que vengo repitiendo desde hace tiempo. Algunos de esos conceptos se concretaron en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro y en el proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de Santa Cruz.

- 1) Debe preservarse la competencia de los tribunales ordinarios locales, conforme

las disposiciones constitucionales, por cuanto las provincias se reservaron la facultad de dictar sus propias leyes procesales y organizar la administración de justicia. Sólo en los casos expresamente contemplados en los artículos 116, 117 *in fine* de la Constitución Nacional, corresponderá la competencia federal e, incluso, la jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia.

Tratándose de reparación del daño ambiental, el artículo 7º, 2º apartado de la ley 25.675 dispone: *En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdiccionales, la competencia será federal*; esta norma fue expresamente citada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Beatriz Silvia Mendoza y otros c/La Nación Argentina y otros” (ver entre otros, Fallos 329:2323; 329:3528; L.L. 2008-E-119 y 434) que, además, separó el resarcimiento individual pretendido por cada actor, de la defensa del bien de incidencia colectiva previstos por el artículo 30 de la citada ley 25.675, decidiendo que sólo para el tratamiento de esta última pretensión correspondía la competencia originaria del Tribunal; sigue diciendo la Corte que para el resarcimiento de los daños intervendrán los jueces federales sólo cuando se demande al Estado Nacional (arts. 116, 117, 121, 122 y 124 de la Const. Nac.).

La competencia federal es de excepción y de carácter restrictivo; la justicia federal sólo debe entender en aquellas cuestiones en que haya mediado delegación de poderes.

2) Con relación a la legitimación, ya nos hemos referido a este tema al tratar los antecedentes y los proyectos legislativos.

Agregamos ahora que las leyes que regulan los derechos del consumidor y la defensa del medio ambiente se ocupan especialmente de la legitimación. La primera dispone que *las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley* (art. 55, ley 24.240); la remisión al artículo 58 está referida a la posibilidad de que el consumidor solicite expresamente la intervención de la asociación para sustanciar sus reclamos.

Si alguna duda quedaba, la ley 26.361 aclaró debidamente el tema de la legitimación de las asociaciones para promover acciones colectivas en defensa de derechos patrimoniales individuales homogéneos. En efecto, el artículo 54 de la ley 24.240, incorporado por el artículo 27 de la ley 26.361, incluye a estos derechos al regular las acciones de incidencia colectiva y establece los requisitos para los acuerdos conciliatorios o las transacciones y los efectos de la cosa juzgada para todos los *consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones*.

El párrafo 3º del nuevo artículo 54 de la ley 24.240 expresamente alude a las cuestiones que tuviesen contenido patrimonial. Y, como anticipamos, el artículo 55 de la ley otorga legitimación a las asociaciones de consumidores y usuarios.

A su vez el artículo 30 de la ley 25.675 (General del Ambiente) expresa: *Producido el daño ambiental colectivo, tendrá 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*.

3) En mérito a la índole de los derechos reclamados en una acción colectiva y a los legitimados para promoverla, la parte actora debe gozar del beneficio de litigar sin gastos. Los artículos 53 y 55 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361) otorgan a los peticionarios el “beneficio de justicia gratuita”; esta frase ha dado lugar a interpretaciones contradictorias pues en algunas oportunidades se la asimiló al beneficio de litigar

sin gastos y en otras se consideró que sólo contemplaba la exención de la tasa de justicia y no el pago de las demás costas y honorarios, por ello es preferible remitirse a una institución procesal que se encuentra legislada en los códigos procesales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció por la interpretación amplia del beneficio de "justicia gratuita". Con fecha 11 de octubre de 2011 en los autos: "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/Sumarísimo", textualmente dispuso: *Considerando que el recurso extraordinario es inadmisibile (artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Por ello, se desestima el recurso extraordinario. Sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido en el artículo 55, segundo párrafo de la ley 24.240.*

No obstante, si se comprobara la existencia de mala fe, temeridad o malicia, el litigante y los responsables de esos actos, incluidos, según el caso, los letrados, serán solidariamente condenados al pago de los gastos del procesos, de los honorarios de los abogados de la parte contraria y al décuplo de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios. Ello para evitar abusos, tal como lo prevé el artículo 15, par. 4º del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

4) El juez, antes de dictar sentencia, debe convocar a una audiencia pública cuando en el caso a resolver se encuentre comprometido el interés general. Además tiene el deber de asumir una participación activa y puede ordenar de oficio la producción de medidas de prueba y providencias cautelares, aun sin petición de parte, en cualquier estado de la causa. Los deberes y facultades del juez para esclarecer los hechos controvertidos (art. 36, CPN) se encontrarán acentuados en los procesos colectivos.

A pesar de que la Constitución Nacional se refiere a los procesos de incidencia colectiva dentro de la norma prevista para la acción de amparo (art. 43), deja a salvo los casos en que *exista otro medio judicial más idóneo*, por ello la legislación debe contemplar la posibilidad de que se adopte el trámite que sea el más adecuado dentro de los que prevén los respectivos códigos procesales. El juez deberá resolver de oficio y como primera providencia, si corresponde el trámite pretendido por el actor, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y demás circunstancias del caso; la resolución será inapelable. Existen temas colectivos muy complejos en los que será necesario debatir la cuestión mediante un proceso de conocimiento amplio, sin perjuicio de las medidas cautelares que se puedan ordenar.

5) Se deberá contemplar la notificación a las personas interesadas mediante la forma que se considere más conveniente según las circunstancias; incluso, cuando la demanda se promueva contra una empresa prestadora de servicios públicos, una entidad financiera o entidades similares, se podrá ordenar que se notifique a los usuarios en el mismo instrumento mediante el cual se factura el servicio o en los resúmenes de cuenta o cualquier otro documento que se envíe a los clientes. Esas personas podrán intervenir como terceros adherentes o litisconsorcial (art. 90, CPN).

6) En los casos en que el interés general se encuentre comprometido, el juez podrá extender su decisión a cuestiones no sometidas expresamente por las partes, cuidando no afectar el derecho de defensa de éstas.

La ley 25.675 incluía en la última parte del primer apartado de artículo 32 el siguiente texto: *En su sentencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes.* Lamentablemente ese texto fue vetado por el Poder Ejecutivo.

Cuando se debatan derechos de incidencia colectiva y el interés general lo exija, como sería el caso de la contaminación del ambiente o cualquier otra causa que ponga en peligro la vida o la salud de las personas, el juez no puede seguir permitiendo que se continúe con una actividad contaminante o peligrosa, cuya existencia surge con evidencia de las actuaciones, aun cuando esa supresión no se haya pedido expresamente en la demanda.



En los supuestos de conflictos entre un principio procesal, y el de congruencia lo es, y otro derecho fundamental, el juzgador debe intentar armonizarlos, pero si esa armonización no fuese posible tendrá que optar por aplicar el que, en el caso, considere de mayor jerarquía. Éste no elimina al otro sino que lo precede en el caso concreto. *La contradicción no puede resolverse señalando que uno de los principios o derechos carece de validez, eliminándolo del sistema, ni tampoco consagrando una excepción de validez permanente para el futuro* (Lorenzetti, Ricardo, "El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derecho, principios y valores", L.L. 1989-A-1039). El que se estima de menor jerarquía, conforme las circunstancias, es desplazado, en ese solo litigio, por otro que se considera prioritario.

En los procesos colectivos, teniendo en cuenta el rol activo del juez, éste debe adoptar las previsiones que estime oportuna para, cuando considere que debe flexibilizar el principio de congruencia, las partes puedan ejercer su derecho de defensa; en un ejemplo, podrá, entre otras medidas, ordenar que las partes sean oídas sobre el punto en cuestión, antes del dictado de la sentencia.

Se vincula con lo expuesto la facultad que deben tener los jueces de disponer, conforme las circunstancias del caso, medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros.

La denominada "tutela inhibitoria" tiene como objeto principal prevenir el daño antes que se produzca o disminuir los efectos del ya producido. La decisión judicial no tiene como presupuesto el daño producido sino la posibilidad de que éste suceda; la amenaza de la lesión a un derecho es suficiente para que el juzgador disponga las medidas que estime oportunas (Marinoni, Luis Guilherme, "Tutela inhibitoria. La tutela de prevención del ilícito", E.D. 186-1127). En estos casos se privilegia la protección a la víctima antes que la sanción al autor del daño. *En lugar de condenar a una indemnización que sustituya el dolor por una suma de dinero, la tutela inhibitoria pretende impedir el perjuicio derivado de un daño potencial* (Gozáini, Osvaldo, "El amparo como vía de prevención del delito", L.L. 2000-F-1062). No es necesario probar culpa o dolo del demandado; es suficiente justificar la posibilidad cierta y concreta de ocasionar un daño inminente.

El artículo 1586 del Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio para el año 2000 preveía una norma que, dentro de las disposiciones generales de responsabilidad civil, expresaba: *Art. 1586. "Atribuciones del tribunal". El tribunal tiene atribuciones para disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción del daño futuro.*

Sin perjuicio de que, oportunamente, se prevea con carácter general la tutela inhibitoria, en la legislación sobre procesos colectivos no puede estar ausente una norma específica sobre el tema.

7) Con respecto a los efectos de la cosa juzgada es necesario diferenciar tres situaciones especiales: a) procesos promovidos en defensa de bienes colectivos; b) juicios colectivos donde se debatan derechos individuales homogéneos; c) procesos individuales sobre derechos subjetivos lesionados, cuando existen otras personas en igual situación.

En el supuesto de sentencias dictadas en procesos promovidos en defensa de bienes colectivos, ella necesariamente deberá tener eficacia general para todos los afectados, pues se trata de bienes de naturaleza indivisible. No obstante, en mérito a la importancia de los bienes que se intentan proteger y al efecto para la comunidad, se tendrá que prever que en caso de que la decisión judicial absuelva a la parte demandada por falta de prueba o por haberse omitido alegar hechos fundamentales para la solución del litigio, otros legitimados activos podrán volver a plantear la cuestión en otro proceso justificando que la prueba omitida o el hecho no alegado es esencial.

El artículo 33 de la ley 25.675, 2º apartado dispone: *La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto "erga omnes", a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea*

*parcialmente, por cuestiones probatorias.* Nosotros entendemos que una ley que regule los procesos colectivos en general debe incluir en la excepción el supuesto de que se haya omitido alegar hechos fundamentales para la solución del litigio, como lo hemos expresado. Como dije, a ello cabe agregar el supuesto de que se aleguen hechos no considerados en la sentencia, ya sea por no haber sido invocados o por tratarse de hechos nuevos. En todos los casos, la prueba ofrecida o los hechos alegados deben ser trascendentes y, en su caso, influir en la decisión final, *deben tener la potencial virtualidad de conmovir el resultado del pleito* (Ferrer, Sergio Enrique, en "Procesos colectivos", coordinador Eduardo Oteiza, Rubinzal-Culzoni, año 2006, p. 354).

En los procesos colectivos cuyo objeto es la defensa de derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada podrá ser invocada por terceros que no han intervenido en él pero no pueden serles opuesta y éstos podrán iniciar un proceso individual aun cuando el colectivo haya tenido sentencia absoluta.

Es la solución que propicia parte de la doctrina ya que otro importante sector sostiene que, en todos los casos, la sentencia tiene efectos expansivos (lo mismo sucede en los proyectos legislativos mencionados anteriormente). En el caso de las obligaciones solidarias el artículo 715, 2º apartado del Código Civil (texto según ley 17.711) también consagra el efecto de la cosa juzgada según el resultado del litigio.

El 2º apartado del artículo 54 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361) dice lo siguiente: *La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones* (el destacado nos pertenece). Si sólo hace cosa juzgada la sentencia que haga lugar a la pretensión, debe entenderse que la que la rechaza no es oponible a quienes no intervinieron en el proceso; no obstante, la última parte del citado apartado puede dar lugar a confusión cuando expresa: *excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia, en los términos y condiciones que el magistrado disponga*. Esta excepción debe entenderse aplicable en los casos en que el objeto de la demanda colectiva no satisfaga las pretensiones de quienes se oponen.

Quien desea prevalerse de una sentencia recaída en un proceso colectivo, sólo debe acreditar la relación de causalidad (que se encuentra en las mismas condiciones previstas en el fallo) y el daño efectivamente sufrido.

Con fecha 11 de agosto de 2009 la Corte Suprema de Justicia, por mayoría, asignó efectos "erga omnes" a la sentencia que declaró la invalidez del sistema de facturación de consumo global del servicio de aguas, en una acción de amparo interpuesta por un usuario con participación del Defensor del Pueblo. La minoría integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Argibay consideró mal concedido el recurso extraordinario porque se trataba de una decisión adoptada en la etapa de ejecución de sentencia ("Defensor del Pueblo de la Nación c/Estado Nacional, PEN, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", con nota de Andrés Gil Domínguez, L.L. 2009-F-296).

El Dr. Gil Domínguez, en la nota mencionada, dice, con razón, que si un sujeto procesalmente habilitado para promover una acción colectiva obtiene una sentencia favorable, ésta se extiende, sin más, con carácter "erga omnes".

En procesos individuales la doctrina y legislación tradicional indica que la sentencia sólo beneficia o perjudica a las partes que intervinieron en el juicio. Los efectos de la cosa juzgada con relación a terceros sólo pueden ser indirectos o reflejos pero en ningún caso puede ser ejecutada por éstos. Sin embargo está tomando cierto auge una corriente de opinión que permite los efectos expansivos de la cosa juzgada, aun en los conflictos individuales, a favor de otras personas que se encuentran en igual situación, cuando no se cumplen los requisitos exigidos para la admisibilidad de un proceso colectivo. Serían casos en que es posible la formación de un litisconsorcio facultativo pero que no se ha producido con todos los afectados.



Nos dice Gidi: *A menudo los tribunales norteamericanos aplican la cosa juzgada "erga omnes secundum eventum litis" y pone el siguiente ejemplo: después de un accidente de tránsito que involucró un autobús y resultaron 50 pasajeros lesionados, el pasajero "A" demanda a la compañía de autobús, alegando negligencia de parte del chofer. Si el tribunal encuentra negligencia en la compañía, entonces, en una acción posterior propuesta por el pasajero "B" el tribunal puede considerar la cuestión de la negligencia como precluida contra la compañía de autobús que litigó previamente (asumiendo que esta cuestión fue realmente litigada y resuelta en el juicio anterior). Esta solución está justificada porque la compañía de autobús tuvo oportunidad completa y justa para litigar la cuestión de negligencia y no existe razón legítima para la compañía de volver a litigarla en el segundo caso. Sin embargo, si la compañía de autobús gana en el primer juicio iniciado por el pasajero "A", el pasajero "B" no tuvo oportunidad de litigar su pretensión. La "preclusión de cuestiones" no será otorgada cuando sea manifiestamente injusta para el demandado (Gidi, Antonio, ob. cit., p. 109, nota 276).*

Se advierte el criterio pragmático que rige el proceso en el sistema del *common law*; ¿Por qué volver a discutir con la misma parte una cuestión que ya fue resuelta con todas las garantías del debido proceso, cuando aquélla no alega ninguna razón que lo justifique?

El artículo 688 quinto del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Río Negro prevé la posibilidad de que la cosa juzgada recaída en el juicio pueda ser invocada por terceros que no han intervenido en él, contra quienes hayan intervenido, pero no puede serles opuesta.

*En el nuevo proceso que promuevan los terceros, invocando la sentencia anterior, deberán acreditar la relación de causalidad. El demandado, al contestar la demanda, podrá expresar razones que justifiquen que, en el caso, la decisión no puede ser extendida a este proceso. El juez decidirá, con carácter previo, si es o no aplicable la decisión anterior. En caso de que decida que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada en el juicio anterior no puede ser aplicada, el actor podrá ampliar su demanda dentro del plazo de cinco días a contar desde que quede firme la decisión. De ser procedente aplicar lo decidido en el juicio anterior, el actor deberá acreditar el monto del perjuicio.*

En el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz se aclara que los efectos expansivos de la cosa juzgada en beneficio de terceros comprenden tanto las acciones colectivas, en caso de derechos individuales homogéneos, como las individuales (art. 775).

El cúmulo de tareas que existe en los tribunales torna necesario evitar la reiteración de juicios para resolver cuestiones idénticas, sin apearse a doctrina ortodoxa de las instituciones procesales.

8) En mérito a las particularidades de los procesos, al impacto social que pueden tener muchos de ellos y las personas que pueden resultar afectadas, las partes no disponen totalmente del proceso, por ello, toda transacción o acuerdo formulado en un proceso colectivo debe ser homologado judicialmente para que pueda ser ejecutado.

9) Uno de los problemas que tienen las sentencias de condena contra el Estado es lograr su cumplimiento. Es necesario instrumentar un mecanismo rápido y eficaz para la ejecución de esas sentencias y, quizá, habría que pensar en la imposición de sanciones conminatorias (art. 37, CPN) contra los funcionarios responsables.

La ley tiene que prever expresamente que los jueces deberán ordenar las medidas conminatorias más eficaces para el cumplimiento real y efectivo de sus decisiones.

10) Tal como lo dispone el artículo 658 del Código Procesal Civil y Comercial, Laboral, Rural y Minero de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y la ley 14.192 de la Provincia de Buenos Aires, debe crearse un Registro

Público de Acciones Colectivas. Al iniciarse la acción se tendrá que acompañar, como requisito de admisibilidad, una certificación sobre la inexistencia de otras acciones que tengan un objeto similar o que estén referidas al mismo derecho o interés colectivo o que alcancen en forma total o parcial al mismo colectivo.

Ese Registro evitará que haya juicios simultáneos por la misma causa y la posibilidad de sentencias contradictorias; permite a los afectados y a las asociaciones el control de los procesos en trámite a fin de poder intervenir en ellos, y a los beneficiarios reclamar el cumplimiento de las sentencias dictadas a su favor. Además es una forma de publicidad eficiente.

## ACCIONES COLECTIVAS EN EL PROCESO PENAL

por **ÁNGELA ESTER LEDESMA\***

SUMARIO: I. Introducción. II.1. Hábeas corpus. II.2. Extensión en el sistema interamericano. III.1. Hábeas corpus colectivo en la jurisprudencia de la CSJN. III.2. Legitimación e intereses comprometidos. III.3. Reseña de casos que llegaron a la CSJN. IV. Jurisprudencia de otros tribunales. V. Aspectos relevantes que plantea la falta de regulación específica. V.1. El trámite a seguir. V.2. La competencia de los jueces. V.3. Legitimación. V.4. Medidas cautelares. VI. Corolario.

### I. Introducción<sup>1</sup>

El presente informe sólo pretende mostrar las directrices generales que en materia de acciones colectivas en el orden penal se han seguido, al iniciar un largo camino que sólo está en sus comienzos. La doctrina de la CSJN<sup>2</sup> ha sido señera en este sentido al extender para esos casos la vía del artículo 43 de CN, en orden a que: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva". Ante ausencia de una legislación específica para reglamentar el proceso colectivo, este criterio ha sido aplicado por los demás tribunales, que no escatimaron esfuerzo para encauzar la acción en alguna de las vías de amparo posible, según la materia de que se trate, hábeas corpus o hábeas data. Sin embargo el tema nos plantea grandes interrogantes.

El abordaje de la cuestión requiere necesariamente de un encuadre constitucional y convencional que lo ubica en un lugar preferente. En tal sentido cabe recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva está imbricado con el de acceso a la justicia, conformando una dupla difícil de escindir, el uno no existe o no tiene sentido sin el otro.

La eficaz prestación de justicia hace a la concreción del acceso a la jurisdicción. Habilitar las vías idóneas a tal fin es un deber del Estado y un derecho inalienable de los ciudadanos. Esta realidad se hace más sentida con el reconocimiento de nuevos derechos y la ampliación conferida a los alcances de las libertades fundamentales

\* Profesora a cargo de cátedra "*Elementos de derecho procesal civil*", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y Profesora de la misma casa de estudios. Socia fundadora y vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro Titular de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y Consejera del Comité Directivo.

<sup>1</sup> Tiene como antecedente el trabajo denominado "Tutelas diferenciadas en el proceso penal", publicado en la Revista de Derecho Procesal, Año 2009-1, "Tutelas procesales diferenciadas – II", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.

<sup>2</sup> Aclaraciones preliminares: cada vez que expresemos Carta Magna o CN, nos estaremos refiriendo a la Constitución de la Nación Argentina. Cuando digamos CSJN, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Con relación a las siguientes abreviaturas: CADH, Convención Americana sobre Derechos Humanos; PIDCyP, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

reconocidas por el mundo contemporáneo, en particular después de la Segunda Guerra Mundial con la sanción y adhesión de los Estados como Argentina a tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos, en nuestro caso con jerarquía Constitucional conforme la previsión del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna<sup>3</sup>. Circunstancia que a su vez implica admitir el denominado bloque de constitucionalidad, que también nos vincula con las decisiones de organismos supranacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En orden a la responsabilidad de los Estados miembros de la Convención Americana, la cuestión debe ser analizada a partir de la propia interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que mediante Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990 ha precisado el deber de los Estados adherentes, al señalar el alcance del artículo uno de la Convención, en cuanto los Estados Parte deben no solamente respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino además garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

Afirma que garantizar implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impiden a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del artículo 1º, punto 1 de la Convención<sup>4</sup>.

La Corte Interamericana, en la misma opinión consultiva, señaló que garantizar entraña “el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces del asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.

El alcance de la expresión garantizar fue en iguales términos reconocido por la CSJN, al interpretar que hace al deber del Estado de “remover los obstáculos que puedan existir” o en definitiva que impidieran el disfrute de los derechos consagrados a favor de los individuos<sup>5</sup>. Agrega: “lo cual comprende el ejercicio del ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”<sup>6</sup>.

En materia penal en nuestra legislación, la vía más rápida y expedita para tutelar los derechos de los ciudadanos, se encuentren o no sometidos a proceso penal o condenados, es la acción de hábeas corpus, sin perjuicio del posible ejercicio de otra vía como medida autosatisfactiva cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas<sup>7</sup>; instituto de

<sup>3</sup> Tal es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otros.

Por lo demás la CSJN ha reconocido en diversos precedentes que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación del Pacto de San José de Costa Rica, confrontar Girolidi, fallo: 318:514, entre otros.

<sup>4</sup> Opinión consultiva N° 11/90, del 10 de agosto de 1990, parágrafo 34.

<sup>5</sup> Fallos 318:514, 530 y “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/Causa 7537”, del 2 de diciembre de 2008, Fallos 331:2691, entre otros.

<sup>6</sup> Mazzeo, Fallos 330:3248, 3297, citados por el Dr. Petracchi al votar en “García Méndez” ya mencionado, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>7</sup> Artículo 43 de la Constitución Nacional.

antigua data que adquirió dimensiones impensadas en sus orígenes, en particular desde el reconocimiento del denominado hábeas corpus impropio o correctivo, que también procede con carácter preventivo para realizar un control de legalidad de las formas y condiciones de alojamiento de los detenidos y resguardar todo derecho constitucional atinente a ellos.

Hoy, a la amplia legitimación prevista por el art. 5º de ley 23.098<sup>8</sup>, en la medida que “cualquier otra persona en su favor”, no sólo el titular del derecho, puede deducir la vía, se suma para los derechos de incidencia colectiva, la expresa previsión del art. 43 de la CN, habilita al defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines puedan hacerlo. A partir de dicha norma constitucional se hizo una interpretación amplia de la vía y dio origen al hábeas corpus colectivo, como instrumento para tutelar derechos individuales homogéneos.

Para ello, se recurrió a los precedentes que afirman que “debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido..., puede tener lugar más allá del *nomen juris* específico de la acción intentada, conforme lo sostenido reiteradamente por (la) Corte en materia de interpretación jurídica, en el sentido de que debe tenerse en cuenta, además de la letra de la norma, la finalidad perseguida y la dinámica de la realidad”<sup>9</sup>. A ello agregamos que el principio *pro homine* también manda a producir este ensanchamiento.

Así, se registran importantes antecedentes en la jurisprudencia de la CSJN, demostrativos del alcance de esta especie de amparo, a ellos que nos referiremos más adelante. Lo cierto es que como consecuencia del ejercicio de esta vía se han roto modelos y cánones tradicionales en la búsqueda de soluciones eficaces, sea declarando la norma aplicable, disponiendo, instruyendo, ordenando, exhortando o encomendado a los demás poderes del Estado la conducta a seguir para salvaguardar el derecho lesionado o amenazado; para ello se valió de audiencias públicas –conforme la previsión de la Acordada 30/2007– y mesas de diálogo.

Cabe aclarar que en algunos casos fue el amparo la vía idónea para resolver cuestiones vinculadas al proceso penal, tal como sucede con los precedentes Mignone<sup>10</sup> y Halabi<sup>11</sup>. En el último de los fallos citados, el Máximo Tribunal se valió de esa vía para determinar el alcance erga omnes de la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873, que autorizaba la intervención de las comunicaciones telefónicas y por internet sin determinar en qué casos y con qué justificativos, imponiendo de este modo un límite infranqueable al poder penal del Estado.

En Halabi la Corte dijo: “En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea... Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte...”

También se advirtió, en el mismo precedente, que no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las acciones en cuestión, entonces, frente a la falta de regulación, “...cabe señalar que la referida disposición constitucional (art. 43, CN) es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular...”

En el presente trabajo analizaremos cómo la evolución jurisprudencial del cimero

<sup>8</sup> La ley 23.098 regula el procedimiento de hábeas corpus.

<sup>9</sup> CSJN, Fallos 328:1146, considerando 17, y sus citas.

<sup>10</sup> Fallos 325:524.

<sup>11</sup> CSJN, “Halabi, Ernesto c/P. E. N., ley 25.873, Dto. 1563/04 s/amparo Ley 16.986” del 24 de febrero de 2009 (Fallos 332:111).

tribunal<sup>12</sup>, fue ensanchando la brecha tanto del amparo en general, como del hábeas corpus en particular, en aras del efectivo acceso a la justicia, al brindar protección a los individuos y permitirles el goce de las garantías constitucionales; toda vez que el derecho no se puede frustrar bajo pretexto de ausencia de vía idónea, ello más allá de los cuestionamientos que se puedan hacer a dicha ampliación<sup>13</sup>.

A manera de inicio del tratamiento de la cuestión abordaremos algunos aspectos relevantes de la acción de hábeas corpus, para luego detenernos en el análisis de los aspectos más destacados de los casos antes referidos.

### II.1. *Hábeas corpus*<sup>14</sup>

Dado que la modalidad generalizada del ejercicio de las acciones colectivas penales es el hábeas corpus, haremos algunas consideraciones preliminares al respecto. Con acierto se ha dicho que es la institución que debe considerarse como el germen fundamental de la protección procesal de los derechos fundamentales de la libertad humana, especialmente en cuanto su carácter físico o de movimiento, y por ello ha recibido con justicia el calificativo de “el gran writ”<sup>15</sup>.

Entre nosotros, la tutela de la libertad física, como ya se ha dicho, está prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional y comprende al *jus movendi et ambulandi*, o sea libertad ambulatoria, libertad de moverse y libertad corporal, sin las cuales los demás derechos perderían eficacia<sup>16</sup>.

En doctrina constitucional ha existido cierta asimilación entre amparo y hábeas corpus<sup>17</sup>, es frecuente denominar a esta última acción como “amparo de la libertad”. En tal concepción parece visualizarse el fundamento que dio lugar al art. 43 en cuanto consagra un amparo genérico.

Del texto constitucional se desprende que el hábeas corpus está destinado a amparar la libertad física, remover su privación ilegal o arbitraria y la desaparición de personas. Constituye una garantía suprema, mediante la cual el afectado, por sí o a través de un tercero, puede acudir a la autoridad judicial, demandando el restablecimiento del derecho violado genéricamente, la “recuperación de la libertad restringida”.

Cuando hablamos de las normas que tutelan el derecho a la libertad, nos referimos a una categoría de normas preceptivas y atributivas de derechos. Ellas mandan a respetar el derecho de libertad, pero también conceden, como derecho subjetivo público, un derecho a la seguridad, un derecho a la vida, un derecho a la integridad corporal. Éste es el alcance que advertimos en las decisiones adoptadas por los órganos del sistema interamericano.

<sup>12</sup> Postura que dio origen a una importante evolución en distintas jurisdicciones, a la que haremos referencia más adelante.

<sup>13</sup> SALGADO, JOSÉ MARÍA, “El amparo como una verdadera tutela diferenciada rápida y expedita. A propósito de los conflictos que deben discurrir por su vía”, en *Revista de Derecho Procesal, Tutelas procesales diferenciadas* – I, Año 2008-2, Editorial Rubinzal-Culzoni.

<sup>14</sup> Los comentarios siguientes registran como antecedente mi trabajo “El hábeas corpus y el sistema interamericano” publicado en “*Amparo. Hábeas Data. Hábeas Corpus*”, tomo I, en *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, año 2000, pp. 315-348.

<sup>15</sup> FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, *La Protección Procesal de los Derechos Humanos*, Editorial Civitas, p. 61.

<sup>16</sup> El art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre señala: “toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de autoridad que violen en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

<sup>17</sup> Según DALLA VIA, ALBERTO, *Hábeas Data y otras garantías constitucionales*, Editorial Némesis, p. 50.

Estas normas pueden originar pretensiones de carácter material y procesal. La pretensión material a que todo el mundo respete el mismo derecho a la libertad, y una pretensión procesal que tendrá como destinatario el Estado. Es decir, pretensión de tutela estatal o judicial y tutela interestatal<sup>18</sup>.

Este instituto se asienta en la necesidad de que todo derecho individual, explícita o implícitamente reconocido o conferido por la constitución –incluyendo los políticos, como el derecho de votar–, debe tener su garantía, propia o común con los demás, para prevenir su amenaza, remediar su restricción inmediatamente, asegurar su ejercicio y remover su violación o su impedimento. Según Bidart Campos, no es la vía de reparación, sino la de protección urgente y sumaria: si la restricción o la vulneración son inminentes, para evitarlas; o si ya se han producido, para suprimirlas ipso facto<sup>19</sup>.

La dimensión adquirida en nuestra doctrina, por el hábeas corpus, antes de la reforma de 1994, se desprende de lo dicho por Sánchez Viamonte al señalar que “El hábeas corpus se da en amparo de los derechos que constituyen el elemento dinámico de la libertad (facultad de hacer) y de todas las inviolabilidades que constituyen su elemento estático (seguridad). Lo primero corresponde a la idoneidad humana; lo segundo de la dignidad humana... La libertad personal es un derecho declarado, el hábeas corpus es la garantía que asegura su efectividad, que no es un recurso de carácter procesal sino una acción de derecho público, garantía constitucional dada en amparo de los derechos individuales que en su conjunto constituyen la libertad personal (civil y penal)”<sup>20</sup>.

Este instituto, de antigua data, hunde sus raíces más remotas en los interdictos exhibitorios del derecho romano, se le reconoce pleno desarrollo en el siglo XIII en el foro de Aragón; en 1215 fue aceptado por la Carta Magna y en 1679 instrumentado por el Hábeas Corpus Amendment Act. En tanto que nuestros constituyentes tomaron como modelo el Writ of hábeas corpus inglés, y desde sus inicios estuvo destinado a tutelar la libertad individual.

En tiempos modernos el hábeas corpus clásico o reparador se ha visto ampliado por el hábeas corpus preventivo que no sólo alcanza la efectiva privación de libertad, sino también su amenaza, salvo los supuestos de pena impuesta por autoridad competente<sup>21</sup>. La evolución del instituto continuó sin cesar y no podía ser de otro modo, al comprender todos los derechos de las personas que se encontraran en prisión. Así la ley 23.098 prescribe en su art. 3º que procede contra actos u omisiones de la autoridad pública que impliquen tanto una limitación como una amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden escrita de autoridad competente, cuanto una agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la detención. Alcanza entonces cualquier acto arbitrario y da origen al denominado hábeas corpus correctivo.

Con la regulación antes referida, interpreta la doctrina constitucional y procesal más autorizada que “No tutela la libertad ambulatoria sino la dignidad del trato carcelario, garantía instituida en el art. 28 in fine, CN, que «delinea, de este modo, las pautas vertebrales del régimen carcelario, tanto con respecto a los condenados como –con más razón– a los detenidos durante la sustanciación del proceso»”<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Ver BERTOLINO, PEDRO, “Hábeas Corpus”, en *Tutela Procesal de Garantías Fundamentales*, Editorial JUS, p. 112.

<sup>19</sup> BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Derecho Constitucional*, t. II, editorial Ediar, p. 514.

<sup>20</sup> SÁNCHEZ VIAMONTE, *El Hábeas Corpus garantía de la libertad*, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1956.

<sup>21</sup> Art. 621, Código del Procedimientos en Materia Penal.

<sup>22</sup> MADARIAGA, RODOLFO E., “El hábeas corpus o amparo correctivo”, en “*Estudios en Homenaje al Dr. Francisco J. D’Albora*”, editorial LexisNexis, año 2005, p. 351; con citas de: SAGÜÉS, NÉSTOR PEDRO, “*Derecho procesal constitucional*”, tomo 4, editorial Astrea, año 1988, p. 213; y BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, tomo I, editorial Ediar, año 1993, p. 680.



Por lo demás, la CSJN ha consolidado la doctrina en el sentido de que “con la extensión del procedimiento sumarísimo de hábeas corpus a la protección de la dignidad y respeto a la persona, con los que debe cumplirse la privación de libertad, el legislador ha buscado establecer un medio legal adicional, rápido y eficaz, para resguardar el trato digno en las prisiones y para solucionar situaciones injustas que allí se planteen... lo que caracteriza al instituto sub examine es el objetivo de suministrar un recurso expeditivo para la tutela de los derechos comprometidos cuando fuere urgente modificar el agravamiento de las condiciones de detención, y cuando ello no aconteciere por cualquier razón”<sup>23</sup>.

Lo reseñado es demostrativo de que el hábeas corpus reconoce una evolución anterior al texto constitucional de 1994. El art. 43 de la Constitución Nacional incluyó el hábeas corpus restrictivo, correctivo y preventivo, agregando la figura de la desaparición forzada de personas, triste herencia de la dictadura militar.

### *Hábeas corpus correctivo*

Toda vez que diversos precedentes colectivos y en particular las más recientes han echado mano a esta vía, destacamos los lineamientos centrales del instituto. Cuyo objeto es corregir el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad. En supuestos en que la privación legítima de la libertad, por condena o encarcelamiento preventivo, no se cumple en las condiciones autorizadas por la Constitución Nacional, artículos 18 y 75, inc. 22<sup>24</sup>.

## II.2. *Extensión en el sistema interamericano*

Los numerosos tratados internacionales sobre derechos fundamentales, que contienen reconocimiento para la salvaguarda por ellos ofrecida, representan una suerte de “garantía mínima, que no pretende agotar el ámbito de los derechos humanos que merecen protección”; según Pedro Nikken<sup>25</sup>, se encuentra “estrechamente vinculada con el carácter complementario del sistema internacional de protección respecto del interno, que lo presenta como una garantía adicional sobre la que deben ofrecer las leyes domésticas. Nada obsta a que el ámbito de la protección internacional pueda ser más estrecho que el dispuesto por el Derecho nacional, mientras que en cambio, si el orden jurídico interno no ofrece garantía suficiente para los Derechos internacionales protegidos, sí se estaría infringiendo el Derecho Internacional. Los tratados ofrecen así un régimen que es siempre susceptible de ampliación, mas no de restricción”.

La Corte ha interpretado que el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención, que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Fallos: 322:2735, considerando 4º, y 327:5658.

<sup>24</sup> Es decir para seguridad (artículo 18, CN); artículo 75, inc. 22, se afecte el derecho del penado de “recibir un tratamiento humano durante la privación de libertad” (artículo XXV, DADDH), respetuoso de la “dignidad inherente al ser humano” (artículo 10.1, PIDCP). Todo ello porque el ciudadano encarcelado cualquiera sea su condición —condenado o sometido a proceso— no puede ser sometido a tortura ni penas “cruelles”, “inhumanas” o “degradantes” (artículo 5º, DUDH), un juez debe controlar y asegurar que no suceda lo contrario.

<sup>25</sup> NIKKEN, PEDRO, *La protección internacional de los Derechos Humanos: su desarrollo progresivo*, Editorial Civitas, p. 84.

<sup>26</sup> Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29/7/88. Serie C Nº 4, párr. 164; Caso Godínez Cruz, Sentencia de 20/1/89. Serie C, Nº 5, párrafo 173.

A su vez, la Corte Interamericana ha señalado, en el caso Castillo Páez, que el art. 25, "Protección Judicial", "se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del art. 1.1 de la Convención Americana, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes". En tal sentido, el hábeas corpus tiene como finalidad "no solamente garantizar la libertad y la integridad personal, sino también prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurar el derecho a la vida"<sup>27</sup>. Los criterios sentados han sido sostenidos en decisiones más recientes<sup>28</sup>.

### III.1. *Hábeas corpus colectivo en la jurisprudencia de la CSJN*

La Corte ha dado un gran salto y en definitiva recogido voces de la doctrina, al disponer en el caso "Halabi" citado, como lo anticipáramos en la introducción, que lo allí decidido alcanza a todos los supuestos en los que se pretenda aplicar la norma cuya inconstitucionalidad declara. En este caso se encontraban en juego los derechos a la intimidad y privacidad, en tanto la sanción de la ley 25.873 tuvo como fundamento la eficacia en la persecución penal, es decir la investigación de los delitos. La Corte entendió que era prioritario determinar cuál es la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.

El análisis significó un importante avance en el reconocimiento de la acción de amparo o en su caso del hábeas corpus colectivo, vía que evoca el mismo decisorio al citar el caso Verbitsky<sup>29</sup> y señalar que "...la protección judicial efectiva no se reduce únicamente al amparo stricto sensu sino que es susceptible de extenderse a otro tipo de remedios procesales de carácter general como –en esa ocasión– el hábeas corpus colectivo..." Como canales procesales idóneos para tutelar las garantías constitucionales, en tanto recordó: "Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías"<sup>30</sup>.

A continuación haremos una síntesis de los aspectos más relevantes de las tutelas diferencias en el proceso penal, a través de amparos y hábeas corpus colectivos, para ello comenzaremos por el repaso de algunos conceptos sentados por el Máximo Tribunal.

### III.2. *Legitimación e intereses comprometidos*

En el fallo Mignone, la Corte intervino por vía de amparo, deducido por la ONG CELS, para garantizar el derecho al sufragio de los detenidos no condenados, en ese precedente se destacó la amplitud con que debía reconocerse la legitimación para casos de estas características, aunque todavía no se hablaba de derechos individuales homogéneos. En el recurso se había cuestionado la legitimación de la actora y la vía escogida por inexistencia de un caso.

Interesa recordar, en particular, lo expresado por el Juez Bossert en su voto, ya que fue quien más se playó en orden a los alcances de la legitimación vistos los intereses comprometidos. Allí interpretó la antigua –y aún vigente– ley que regula esa acción de

<sup>27</sup> Fallo del 3-11-97, considerando 83.

<sup>28</sup> Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, del 21 de noviembre de 2007, entre otros.

<sup>29</sup> CSJN, Fallos 328:1146 del 3 de mayo de 2005.

<sup>30</sup> CSJN, Fallos 332:111, Considerando 12, con cita de Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492.

amparo, ya la luz de la reforma constitucional, expresó: “Que, por consiguiente, la norma no requiere una identificación entre la asociación y cada uno de los perjudicados ya que la reforma constitucional de 1994 ha optado por ampliar la legitimación como medio para proteger los derechos mediante un instrumento que procura una tutela más amplia respecto del conjunto de personas autorizadas para promover este tipo de acción que surgía de la ley 16.986”<sup>31</sup>.

El mismo Ministro aclaró: “Que la pluralidad de sujetos ubicados en una misma situación de hecho se presenta en el caso si se tiene en cuenta que los demandantes reclaman la protección de un grupo abierto y al mismo tiempo limitado de individuos, constituido por aquellas personas que se encuentran detenidas y respecto de las cuales aún no se ha dictado condena judicial”.

La consagración constitucional del amparo colectivo (art. 43, CN) amplió el universo de legitimados, así el Juez nombrado interpretó: “Que reconocida la legitimación de la actora en esos términos y la trascendencia colectiva del derecho al sufragio carece de relevancia el planteo relativo a la caducidad de la acción de amparo porque la relación íntima existente entre el derecho individual postulado por la actora con la incidencia colectiva en el grupo –constituido por los detenidos sin condena– hace inaplicable el precepto del art. 3º, inc. d de la ley 19.945 que se refiere al planteo de derechos subjetivos individuales. El derecho de incidencia colectiva no puede caducar porque ello importaría unificar al conjunto de ciudadanos afectados bajo la singularidad de ese derecho subjetivo, que es precisamente lo que la reforma de 1994 pretendió modificar con la ampliación del universo de legitimados para incluir a las asociaciones que propendan a la defensa de esos fines”.

En el caso *Verbitsky* ya citado, también el CELS dedujo acción de hábeas corpus con motivo de la superpoblación carcelaria en la Provincia de Buenos Aires, por entender que generaba muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso ni siquiera involucradas en los potenciales conflictos. La parte recurrente sostuvo “que la denegación de la acción intentada con fundamento en que ésta debía ejercerse ante cada uno de los magistrados a cuya disposición se encuentran detenidos sus amparados, vulneraba el derecho a promover acciones en forma colectiva reconocido en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución Nacional”.

En aquella oportunidad, la primera cuestión a dilucidar fue “...el estudio de la cláusula constitucional en crisis, a fin de especificar el alcance de lo allí dispuesto, esto es, si sólo se le reconoce al amparo strictu sensu la aptitud procesal suficiente para obtener una protección judicial efectiva de los derechos de incidencia colectiva, o si, por el contrario, se admite la posibilidad de hacerlo mediante la acción promovida en el sub júdice” (considerando 15).

Se reconoció: “Que pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Fallos 325:524, cfr. considerando 19, voto del Dr. Bossert.

<sup>32</sup> Fallos 328:1146, considerando 17. Recuerda la Corte que la situación denunciada ya había sido avizorada: “Que este Tribunal ‘en una demanda contra la Provincia de Buenos Aires articulada en función de su competencia originaria, promovida a raíz de la muerte de 35 detenidos alojados en la cárcel de Olmos’ ya había advertido que «si el estado no puede garantizar la vida de los internos ni evitar las irregularidades que surgen de la causa de nada sirven las políticas preventivas del delito ni menos aún las que persiguen la reinserción social de los detenidos. Es más, indican una degradación funcional de sus obligaciones primarias que se constituye en el camino más seguro para su desintegración y para la malversación de los valores institucionales que dan soporte a una sociedad justa»” (Fallos: 318:2002).

En aquel decisorio, al admitir la vía se subrayó la magnitud de la cuestión planteada y la procedencia del hábeas corpus conforme el alcance que describiéramos en el punto II.1), del presente cuando con severidad la Corte dijo: “Que no se trata en el caso de discutir cuestiones importantes pero no esenciales, como el exactísimo cubaje de aire, dos o tres grados más o menos de temperatura u horarios de recreos y provisión de trabajo carcelario, media hora más o menos del horario de visitas, etc., sino que lo denunciado y lo admitido oficialmente como superpoblación carcelaria genera muy serios peligros para la vida y la integridad física de personas incluso ni siquiera involucradas en los potenciales conflictos”<sup>33</sup>.

En Halabi, referido en el punto I) de este trabajo, frente al recurso del Estado Nacional, cuyo único agravio fue la extensión *erga omnes* conferida a la declaración de inconstitucionalidad resuelta, con cierta dosis de docencia expresa: “Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos...”<sup>34</sup>

Así concluye el punto: “Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular”.

Para el caso se recuerda que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En definitiva, la pretensión deducida por el abogado Halabi fue calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referente a los intereses individuales homogéneos, pues la acción de amparo se fundó en que la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04 vulneraban los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Carta Constitucional. Se interpretó que: “Su pretensión no se circunscribe a procurar una tutela para sus propios intereses sino que, por la índole de los derechos en juego, es representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados.

”En efecto, existe un hecho único ‘la normativa en Cuestión’ que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales”.

Es de destacar que el considerando parcialmente glosado también refiere la necesidad de flexibilizar los ritos para admitir la acción al no existir reglamentación al respecto. En esas condiciones, se valoró que había existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones; para ello tuvo en cuenta la publicidad que se le dio a la audiencia celebrada ante la Corte, como también la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 se encontraba firme. Asimismo, consideró las presentaciones que, en apoyo de la pretensión del demandante, realizaron como Amigos del Tribunal, la Federación Argentina de Colegios de Abogados y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal que comparecían para evitar “las nefastas consecuencias que para todos los habitantes de nuestro país y en particular para los abogados matriculados en nuestro colegio traería aparejada la subsistencia formal de las normas cuestionadas”<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Fallos 328:1146, considerando 19.

<sup>34</sup> Fallos 332:111, considerando 9.

<sup>35</sup> Fallos 332:111, considerando 13. La vulneración constitucional se configuraba en la medida en que autorizan la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar “en qué casos y con qué justificativos” esa intromisión puede llevarse a cabo. La referida intervención importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, y además pone en serio riesgo el “secreto profesional” que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar (arts. 6, inc. f, 7, inc. c y 21, inc. j, de la ley 23.187).

El caso referido pone luz a las dificultades que en materia de legitimación y representación adecuada se presentan ante la ausencia de reglas, pero en lo esencial deja en claro que la tutela judicial efectiva no puede ser frustrada por exceso de ritualismo.

Seguidamente haremos mención a los aspectos más destacados que en materia de garantías individuales fueron resguardados mediante el amparo en sentido amplio.

### III. 3. *Reseña de casos que llegaron a la CSJN*

– Mignone<sup>36</sup>:

*La vía intentada y su objeto.*

Si bien el caso Mignone fue planteado por la vía de amparo, tanto su objeto como el reconocimiento expreso que se hace en orden a la legitimación (tal como explicitáramos precedentemente) de la ONG CELS, nos llevan a incluirlo en este comentario.

En él, se promovió una acción de amparo a fin de que “se adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho de sufragio (art. 37, Constitución Nacional) de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la Nación en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos” y que, consecuentemente, “se declare la inconstitucionalidad del art. 3º, inc. d, Cód. Electoral Nacional”.

La Cámara Nacional Electoral admitió la acción por hallar a la norma impugnada “como manifiestamente contraria al art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto consagra el principio de inocencia y al art. 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que limita la reglamentación de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal”. No obstante ello no se garantizó en forma efectiva el derecho al sufragio, ya que sujetó su ejercicio a la voluntad de la administración en tanto no ordenó “tomar las medidas necesarias para que, de hecho, las personas detenidas puedan votar”.

En consecuencia el recurrente alegó ante la Corte que tampoco se garantizó el derecho a la jurisdicción pues pese a haber resuelto adecuadamente el fondo del asunto en su favor omite “restablecer de inmediato el efectivo goce del derecho restringido” y se limita a “notificar de tal decisión a los demás poderes”.

La demandada cuestionó la legitimación de la actora, en tanto no actuaba “en defensa de ningún derecho propio, en su calidad de persona jurídica”, “ni tampoco obraba en la tutela de derechos de incidencia colectiva –toda vez que en nuestro ordenamiento el sufragio no responde a esta última caracterización–”; agregó que no se configuraba un “caso judicial” concreto que habilitara la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado y que la norma impugnada del Código Electoral Nacional es constitucional.

*Los fundamentos y la admisión de la CSJN.*

La Corte, tal como se expresara, encontró legitimada a la ONG para demandar, “...pues los beneficiarios de la acción son personas en condiciones de detención y la lesión al derecho que buscan tutelar se integra con la restricción provisoria de la libertad”.

En lo sustancial tampoco estimó el recurso, por entender que ello configuraría un exceso ritual manifiesto, toda vez que el caso era una cuestión de puro derecho –determinar si el art. 3º, inc. d, Cód. Electoral Nacional era compatible con la Constitución Nacional y los tratados internacionales–. Se admitió el fondo de la cuestión planteada y se declaró la inconstitucionalidad de la norma implicada. También se resolvió que correspondía urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que

<sup>36</sup> Fallos 325:524.

adoptaran las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados y consideró prudente disponer que ese derecho fuera implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses.

– Caso Verbitsky<sup>37</sup>:

*Los hechos y el fundamento de la vía.*

En noviembre de 2001 Horacio Verbitsky, en su carácter de representante legal del CELS, interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de hábeas corpus correctivo y colectivo en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

Indicó que en el territorio provincial funcionaban 340 comisarías cuyas instalaciones permitían albergar a 3.178 personas, pero que en la realidad alojaban 6.364; haciendo hincapié en que esta situación se agravaba notablemente en las seccionales del conurbano bonaerense, en las cuales a esa fecha se hallaban detenidas 5.080 personas en celdas que sólo podían cubrir 2.068 plazas.

Especificó que los lugares de alojamiento de detenidos provinciales deben respetar reglas mínimas que garanticen los derechos de los reclusos<sup>38</sup>. Manifestó que estas condiciones de detención incrementaban las posibilidades de poner en riesgo la vida y la integridad física de las personas, tanto de los detenidos como del personal asignado a la custodia.

Por otra parte, señaló que la situación en las cárceles provinciales no era mejor y que incluso el Poder Ejecutivo provincial había reconocido esta situación al declarar la emergencia físico-funcional del Sistema Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires mediante el decreto 1132/01.

Explicó que había personas que permanecían detenidas en comisarías, pese a que la Constitución y la ley lo impiden, consignando además que gran cantidad de los detenidos continuaban en dichas instalaciones pese a haber vencido el plazo que la ley menciona para su alojamiento excepcional, y si bien había sido ordenado el traslado de gran parte de ellos a unidades penitenciarias, éste no se había hecho efectivo por falta de cupos en éstas.

Refirió que muchas de las personas detenidas en comisarías se encontraban procesadas con prisión preventiva, por lo que su detención debía llevarse a cabo en dependencias carcelarias propiamente dichas, pertenecientes al Servicio Penitenciario, invirtiendo de esta manera los roles del personal policial, que debe garantizar la seguridad de aquéllos, cuando dicha tarea no corresponde a su órbita institucional.

Mencionó especialmente la situación de las mujeres y menores detenidos en establecimientos policiales como una violación flagrante de las normas internacionales que rigen la materia.

<sup>37</sup> Fallos 328:1146 del 3 de mayo de 2005.

<sup>38</sup> Describió que los calabozos de estas comisarías se encontraban en un estado deplorable de conservación e higiene, que carecían por lo general de ventilación y luz natural, que no contaban con ningún tipo de mobiliario “por lo que toda actividad (comer, dormir, etc.) que desarrollaban los internos, debía llevarse a cabo en el piso”, que los sanitarios no eran suficientes para todos y que no se garantizaba la alimentación adecuada de los reclusos. Frente a esta situación, sostuvo que el riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas se tornaba mucho mayor, al igual que el aumento de los casos de violencia física y sexual entre los propios internos. En ese sentido, indicó que los lugares de alojamiento de detenidos debían ser considerados en función al cubaje mínimo por interno, a las condiciones de aireación, de iluminación, de calefacción, de sanidad, a la cantidad de camas, de seguridad para el descanso, de contacto diario al aire libre con posibilidad de desplazamiento, de acceso al servicio médico, al sistema educativo, trabajo y a la alimentación adecuada; condiciones éstas, que el Estado provincial no satisfacía siquiera mínimamente en virtud del hacinamiento denunciado.



En suma, consideró que la situación planteada en los hechos resultaba violatoria del art. 18 de la Constitución Nacional y de diversos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional; como así también de las leyes nacionales y provinciales que aseguran y regulan los derechos básicos de las personas detenidas, estableciendo un tratamiento humano y digno tendiente a garantizar el fortalecimiento de la dignidad humana y la inserción social de los procesados y condenados.

La actora justificó la necesidad de declarar la procedencia del proceso colectivo dada la ineficacia de las acciones individuales deducidas. Para ello sostuvo que la situación denunciada constituía un caso inobjetable de gravedad institucional que tornaba imperioso el tratamiento por parte de dicha judicatura, para que, mediante su pronunciamiento, se resolviera la problemática de la totalidad de las personas privadas de su libertad en comisarías de la Provincia de Buenos Aires, dado que las acciones individuales incoadas ante los tribunales de instancia inferior sólo habían producido resoluciones parciales que aliviaban la situación concreta de algunos, agravando en ciertas ocasiones la de otros, sin que, en definitiva, se dispusiese una solución eficaz al problema del alojamiento y la superpoblación.

En virtud de ello, el accionante consideró que las situaciones descriptas constituían agravamientos arbitrarios de las condiciones de detención legal y por ello hacían procedente la acción en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. Sobre tal base solicitó al Tribunal de Casación provincial que no se limitara a asumir la competencia respecto de la situación de ese colectivo de personas a los efectos de repararla, sino que también determinara un mecanismo que sea capaz de evitar la reiteración de estas irregularidades en el futuro, es decir que el efecto se extendiera hacia adelante con carácter preventivo.

Para ello requirió el establecimiento de una instancia de ejecución de la sentencia, en la que, a través de un mecanismo de diálogo entre todos los actores involucrados, pudiera determinarse el modo en que la administración pueda hacer efectivo el cese de esas condiciones oprobiosas de detención; modo éste que debía ser controlado por el Tribunal<sup>39</sup>.

La Sala III del Tribunal de Casación provincial entendió que no era competente para entender originariamente en la acción instaurada, que el hábeas corpus no autorizaba a sustituir a los jueces propios de la causa en decisiones que les incumben, que la cuestión debía encontrar remedio en los respectivos órganos jurisdiccionales.

Interpuestos recursos de inaplicabilidad de ley y extraordinario de nulidad ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, fueron declarados inadmisibles por mayoría.

*La procedencia del hábeas corpus colectivo.*

Deducido recurso extraordinario federal, la CSJN interpretó: "Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla". De esta forma admitió por primera vez el hábeas corpus colectivo y marcó un hito en la materia.

Allí se recordó que "...debido a la condición de los sujetos afectados y a la categoría del derecho infringido, la defensa de derechos de incidencia colectiva puede tener lugar más allá del nomen iuris específico de la acción intentada".

<sup>39</sup> Fallos 328:1146, cfr. descripción de los hechos. Cabe recordar que el mecanismo de diálogo fue instituido por la Corte en el caso "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros" del 20 de junio de 2006.



Si bien es cierto que la evaluación de políticas resulta una cuestión no judicial, el cimero Tribunal interpretó que también corresponde al Poder Judicial garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Allí sostuvo: “Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas”.

*De la decisión de la CSJN.*

Sobre la base de dichos fundamentos la Corte resolvió<sup>40</sup> admitir la vía; declarar la norma aplicable, esto es las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660; disponer que con intervención de la Suprema Corte de la Provincia se haga cesar la situación planteada en el término de 60 días, al igual que las situaciones de eventual agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante; ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia remita a los jueces respectivos informe pormenorizado de condiciones de detención a fin de que aquéllos dispongan las medidas cautelares y formas de ejecución menos lesivas; que el Poder Ejecutivo informe a la Corte provincial las

<sup>40</sup> Fallos 328:1146, cfr. Resolutorio: “2. Declarar que las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención. 3. Disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, haga cesar en el término de sesenta días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos. 4. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. 5. Ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remita a los jueces respectivos, en el término de treinta días, un informe pormenorizado, en el que consten las condiciones concretas en que se cumple la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos puedan ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispongan medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, se deberá informar en el plazo de cinco días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada. 6. Disponer que cada sesenta días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informe a esta Corte las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia. 7. Exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales. 8. Encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires para que a través de su Ministerio de Justicia organice la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitará a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amicus curiæ*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a esta Corte cada sesenta días de los avances logrados”.

medidas que adopte; exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia a adecuar su legislación procesal a los estándares constitucionales e internacionales y convocar a una amplia mesa de diálogo debiendo informar a la Corte Suprema cada sesenta días avances y logros.

En síntesis este decisorio encierra una enorme riqueza conceptual, al conferir tanta amplitud al hábeas corpus, en una cuestión de gran complejidad y de alto voltaje institucional; en la medida que su dispositivo involucra a otros poderes del estado, en este caso provinciales, en salvaguarda no sólo de derechos individuales homogéneos, sino también de la responsabilidad internacional del Estado Federal.

– Caso Lavado<sup>41</sup>:

Este caso presenta a la consideración de la Corte como “acción declarativa de certeza” contra el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza, a fin de que el Tribunal determine que los hechos que denuncian afectan la garantía del derecho a la vida y la integridad física de los internos alojados en las tres unidades carcelarias de ese Estado provincial. Asimismo requieren que el Tribunal establezca que el Estado Nacional y la provincia demandada son los sujetos obligados a garantizar la vigencia de esos derechos, y a cumplir las recomendaciones y decisiones adoptadas al respecto por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Integra el objeto de la pretensión que el Tribunal fije un plazo máximo para que dichas decisiones sean cumplidas en su totalidad, dada la urgencia y gravedad de los hechos que denuncian, y en mérito a que el daño que se deriva del incumplimiento resulta irreversible y de imposible o tardía reparación ulterior.

El mismo registra como antecedentes la intervención de la Comisión Interamericana, que bajo la previsión contenida en el art. 25 de su Reglamento en 2003, recomendó al Gobierno Nacional salvaguardar la integridad de los detenidos, proceder a la separación de los procesados y condenados y garantizar medidas de higiene y salud en el lugar. A pesar de ello, según relatan los demandantes, continuaron los hechos de violencia y muerte dentro del penal, extremos que determinaron que la Comisión sometiera a la consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de que se dictaran “medidas provisionales” de conformidad con las disposiciones contenidas en los arts. 63.2 de la Convención respectiva, 25 del Reglamento del Tribunal, y 74 del correspondiente a la Comisión peticionaria.

Las decisiones de la Corte Interamericana de Derecho Humanos fueron: Primero (2004): entre otras imposiciones, requerir al Estado Nacional que adopte de inmediato las medidas necesarias para proteger la vida de los internos y demás personas en riesgo en las unidades en cuestión; que investigue los hechos que motivaban la adopción de las medidas provisionales y que determine las responsabilidades consiguientes; que en el plazo allí fijado de siete días informe al Tribunal sobre las medidas que se hubiesen adoptado como consecuencia de su decisión, y que, con posterioridad, presente informes bimestrales al respecto.

Segundo (2005): “1. Reiterar al Estado que mantenga las medidas provisionales adoptadas en los términos de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004 y disponga, en forma inmediata, las que sean necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad de todas las personas privadas de libertad en la Penitenciaría Provincial de Mendoza y en la unidad Gustavo André, de Lavalle, así como de todas las personas que se encuentren en el interior de éstas. Entre las medidas que el Estado debe adoptar figuran las contenidas en el acuerdo suscrito por la Comisión Interamericana, los representantes de los beneficiarios de las medidas y el Estado (supra). 2. Requerir al Estado que continúe informando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada dos meses a partir de su último

<sup>41</sup> CSJN, L. 733. XLII. Originario, Lavado, Diego Jorge y otros c/Mendoza, Provincia de y otro s/Acción declarativa de certeza, del 26/09/06.

informe, sobre las providencias adoptadas para cumplir con todo lo ordenado por la Corte Interamericana, y requerir a los representantes de los beneficiarios de las medidas provisionales ordenadas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presenten sus observaciones a dichos informes del Estado en un plazo de cuatro y seis semanas, respectivamente, contadas a partir de la recepción de los referidos informes del Estado. 3. Notificar la presente Resolución a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a los representantes de los beneficiarios y al Estado de la Argentina”.

Cabe del caso destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido más de una vez sobre esta problemática. En tal sentido el juez García Ramírez ha expresado: “el tema de la violación de derechos humanos en la circunstancia de las prisiones se ha convertido en uno de los temas más apremiantes y más graves que contempla la Corte, quizá también la Comisión (Interamericana de Derechos Humanos). Han llegado cada vez con más abundancia y severidad casos al conocimiento de la Corte –(por la) vía de medidas provisionales o litigios de fondo– que versan sobre lo que he llamado el drama carcelario”.

La primera, más urgente, necesaria, indiferible medida provisional a cargo del Estado, impuesta por la resolución de la Corte: ni una muerte más, ni una lesión más. Esta obligación es inmediata y terminante. No admite excusa ni demora. Pero no podrá haber espera alguna en la tutela de la vida y la integridad. Este deber no acepta cumplimiento progresivo. Y agrega: En definitiva no puede haber demora para tutelar la vida y la integridad de las personas.

La CSJN finalmente resolvió: “Requerir al Poder Ejecutivo Nacional y a la Provincia de Mendoza, que en el plazo de quince días, informen al Tribunal: a) qué decisiones concretas, y qué actos se han llevado a cabo, con posterioridad al 30 de marzo del corriente año, para impedir y superar la situación de riesgo e inseguridad que padecen los internos de la Penitenciaría Provincial de Mendoza y de la unidad Gustavo André, de Lavalle; b) si se han llevado a cabo las medidas tendientes a separar definitivamente a los ‘jóvenes-adultos’ de los ‘adultos’, y si se ha definido y concretado la separación de quienes están detenidos y procesados, de aquellos detenidos que han sido condenados”.

Para así decidir se remitió a los antecedentes de la CIDH reseñados. Y expresó que “El Tribunal debe dejar expresamente establecido que, aun cuando en el sub lite no existe una petición expresa de que la Corte requiera los informes que, tal como queda anticipado, se ordenarán; y resta aún, como ha sido señalado, definir la competencia. La gravedad de la situación sucintamente descrita, y la advertencia de la Corte Interamericana sobre las consecuencias que puede traer aparejado el desconocimiento del carácter obligatorio de las ‘medidas provisionales’ adoptadas por ella, y el consiguiente incumplimiento [...], imponen a esta Corte la obligación de adoptar medidas conducentes, que, sin menoscabar las atribuciones de otros poderes, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional”. De tal suerte se dio cumplimiento con lo establecido por la CIDH.

Cabe advertir en el caso que la presentación originaria lo fue directamente a nivel supranacional, es decir en la Comisión Interamericana y que lo requerido a la CSJN por vía de acción declarativa fue el cumplimiento de la decisión de la Corte Interamericana.

No obstante la cuestión no concluyó, toda vez que el 26 de noviembre de 2006 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos observó el décimo informe presentado por el Estado Nacional, vinculado con las medidas provisionales decididas por la Corte Interamericana con relación a la Penitenciaría de la Provincia de Mendoza.

Al mismo tiempo se denunció ante la CSJN sobre las resoluciones adoptadas por jueces de la Provincia, por medio de las cuales se habría emplazado a las autoridades provinciales a fin de que “en forma inmediata hagan cesar las condiciones de

hacinamiento...” existentes en la Penitenciaría provincial. A pesar de ello los hechos de violencia en el penal continuaban.

Frente a lo cual el Máximo Tribunal entendió que si bien todavía la Corte Interamericana no se habría pronunciado sobre las observaciones, ello no impide que se adopten en el caso las medidas que considere conducentes. Para ello recordó la decisión del 6 de septiembre de 2006, sobre la base de las decisiones provisionales adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de las cuales se requirió al Estado Nacional que adopte las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física en el penal, en forma inmediata y de manera eficaz, de modo que no se produzca una muerte más.

Señaló: “Que resulta claro que la gravedad de la reiteración de los hechos que se denuncian, la ausencia de control y dominio adecuado en la Penitenciaría –presupuestos de la existencia de aquéllos–, exigen de la Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado...” Aclaró además que ello, “más allá de la decisión que pueda recaer en el momento en que se expidiera sobre la competencia para entender en el caso por vía de la instancia originaria”. Recordó también: “...que en la sentencia dictada el 30 de marzo de 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le indicó al Estado Argentino que las razones de derecho interno no podían justificar la falta de adopción de las medidas conducentes para superar la situación existente, como así también que el incumplimiento de una orden dictada por el Tribunal –como son las medidas provisionales dispuestas a favor de la vida e integridad de los internos– podía generar la responsabilidad internacional del Estado”.

Con fundamento en todo ello resolvió: “I. Intimar al Estado Nacional a que en el plazo de veinte días adopte las medidas que pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza; II. Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal; III. Disponer que cada veinte días el Poder Ejecutivo Nacional informe al Tribunal las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos”.

Las medidas dispuestas lo fueron aun sin definir su competencia, decisión que se adoptó al mes siguiente, oportunidad en la que se interpretó que ninguno de los supuestos de competencia originaria de la Corte, previstos en el art. 177 de la Constitución Nacional, se verificaba. Previo definir que la ejecución de los pronunciamientos reclamada sólo puede ser perseguida contra el Poder Ejecutivo nacional, por ser ésta la persona de derecho público que ha sido condenada a cumplirlos y sobre la que pesa la carga de adoptar las medidas y decisiones que permitan evitar la responsabilidad internacional que se le atribuye. Por lo que decidió remitir las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal a los fines correspondientes.

Lo interesante del caso, precisamente, está en la asunción por parte del Máximo Tribunal de la decisión en orden a disponer medidas para ejecutar lo decidido por la Corte Interamericana, en un contexto de emergencia, frente a un gravamen de imposible o tardía reparación posterior. Aunque a la postre delegara el trámite de la demanda al órgano que resulta competente en orden al carácter excepcional que admite su competencia originaria la CN.

– Caso García Méndez:

*Los hechos y el fundamento de la vía.*

La Fundación Sur, representada por su presidente y vicepresidente, dedujo hábeas corpus colectivo, para impugnar las privaciones de libertad de los menores inimputa-

bles. La ONG accionante señaló que se desconocía la situación jurídica de las personas acusadas por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años y privadas de la libertad, dado que nunca podrían ser responsabilizadas por no ser penalmente punibles de acuerdo a lo establecido por el artículo 1º de la ley 22.278.

Refirió que la normativa faculta al juez a disponer de los niños a los efectos de realizar estudios de su personalidad, condiciones familiares y ambientales, afectando su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, sin que exista previsión legal que permita su revisión en instancia de impugnación.

Que el trámite del expediente tutelar queda librado al criterio de cada juzgado, ya que no existe norma que prevea los pasos a seguir y las medidas y su duración son indeterminadas, con el único límite de la mayoría de edad civil, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor.

A ello sumó que tales medidas tutelares se fundamentan en informes psicológicos tanto del Cuerpo Médico Forense como de las instituciones donde el menor ha sido incluido, en violación del principio de reserva establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>42</sup>.

En definitiva el alcance de la acción deducida se limitó a menores que antes de cumplir 16 años de edad, se encontraran privados de su libertad, en virtud de resoluciones judiciales emitidas por los Jueces Nacionales de Menores en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como los que se alojan en el Instituto Gral. José de San Martín y otras instituciones similares, es decir, de régimen cerrado.

La vía fue admitida en primera instancia, revocada por la Cámara de Apelaciones y recurrida en casación, donde después de sustanciar un procedimiento de diálogo y convocar a los representantes de la impugnante y a los funcionarios que se designaran del área de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia y del Consejo Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, y a las respectivas del ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se declaró la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 22.278<sup>43</sup>; fallo recurrido por el Ministerio Público Fiscal ante la Corte.

#### *Carácter colectivo.*

En relación con la procedencia del hábeas corpus presentado con sustento en el artículo 43 de la Constitución Nacional y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, interesa reseñar lo resuelto por la Corte y en primer lugar el voto del Dr. Petracchi que partió de la Convención sobre los Derechos del Niño y entendió que: "La Convención, en breve, tradujo una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general. Implementar los derechos humanos de los niños no debe ser visto ni como un proceso caritativo, ni como el otorgamiento de favores a aquéllos (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5, cit.,

<sup>42</sup> Cabe recordar que el artículo 1º de la ley 22.278 establece que "No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad... Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutores o guardador". Por su parte, el art. 3, último párrafo, establece: "La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad".

<sup>43</sup> Cfr. CNCP, Sala III, sentencia en causa 7537 caratulada "García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/Recurso de casación", registro 1749/07, de fecha 11 de septiembre de 2007.

párr. 11)<sup>44</sup>. Agregó más adelante que: “La noción de reintegración tiene un diferente punto de partida, al rechazar la asunción de que las dificultades que afronta un niño son necesariamente individuales, y considera el medio social de éste (Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Nijhoff, La Haya/Boston/Londres, 1998, p. 173). Tal criterio, por lo demás, se ve reforzado en el subexamine a poco que se advierte que, a juicio de esta Corte, aun la pena de prisión ha de perseguir los fines ‘reintegradores sociales’ consagrados en virtud del art. 75.22 de la Constitución Nacional”. En orden a los fines citó el caso *Verbitsky* antes reseñado.

Así entendió que “Todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece”<sup>45</sup>.

A su vez, la necesidad de protección especial también fue destacada en el voto de la mayoría, cuando recuerda que además de los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos, los niños tienen derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”<sup>46</sup>, en otras palabras esta problemática abarca al colectivo, de allí que se admita la legitimación de la recurrente y la procedencia de la acción.

#### *Las consideraciones de la CSJN.*

La Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, resolvió: “I) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 22.278, con los alcances allí fijados”<sup>47</sup>. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motivó la queja ante la Corte.

En esa oportunidad el Máximo Tribunal valoró lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño, a la República Argentina, esto es, su preocupación por la subsis-

<sup>44</sup> CSJN, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/Causa 7537”, del 2 de diciembre de 2008, considerando 4 del voto del Ministro Petracchi, Fallos 331:2691.

<sup>45</sup> Fallos 331:2691, considerando 5 del voto del Ministro Petracchi, con cita de *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia de 19-11-1999, Serie C Nº 63, párr. 191.

<sup>46</sup> Fallos 331:2691, considerando 3º.

<sup>47</sup> Además, se puso en conocimiento de lo resuelto a las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación; se hizo saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo resuelto a los organismos administrativos intervinientes; se exhortó al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061; encomendó a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la *libertad progresiva* de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que “una vez comprobada la edad del menor” en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061, para su oportuna incorporación; 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. Además, se convocó a los jueces de menores a una mesa de diálogo a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas fijadas (cfr. causa 7537, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/Recurso de casación”, registro 1749/07, de fecha 11 de septiembre de 2007).



tencia de la legislación basada en la doctrina de la “situación irregular”<sup>48</sup>. Pero aclaró que, más allá de no ser censurable el diagnóstico que formula Casación, acerca de los males que padece el sistema vigente, “...con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278...”<sup>49</sup>

En el mismo considerando destacó que: “No es asunto de desaprobar solamente leyes que, basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general –como la apelada– que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y –eventualmente– en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger”<sup>50</sup>.

De tal modo se acentúa la necesidad del “pronto” accionar de los otros poderes del Estado, de ahí que disponga con toda precisión: “Por consiguiente cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo)”<sup>51</sup>. Además advierte lo impostergable del actuar requerido, y así concluye: “...resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con

<sup>48</sup> El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de legislación basada en la doctrina de la “situación irregular”, abarcando a la ley 22.278. El Comité puntualizó que el régimen legal vigente no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado y niños en conflicto con la ley penal. El régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescriptos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la “situación irregular”. El Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la “eliminación del concepto tradicional de «situación irregular»” también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add. 232, 4-6-2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6- 2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56). Ver Fallos 331:2691.

<sup>49</sup> “...y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que en esta materia tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866)”. CSJN, G.147. XLIV. Recurso de hecho, García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/Causa 7537, considerando 6.

<sup>50</sup> Fallos 331:2691, considerando 6.

<sup>51</sup> Ver Fallos 331:2691, considerando 7. A su vez agrega: “Que el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios (...) en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos (...) c) recursos económicos (...) e) medidas de protección de derecho” (arts. 32 y 33). Cfr. considerando 8.



el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño)<sup>52</sup>.

*La decisión de la Corte.*

El decisorio desbroza ordenadamente los ámbitos de responsabilidad de cada poder del Estado y señala qué función resta cumplir para dar cumplimiento con la Constitución Nacional en tanto: “En este orden de razonamiento, corresponde requerir a los Poderes Ejecutivo Nacional y local para que, a través de los organismos administrativos correspondientes, en un plazo razonable, adopten las medidas que son de su resorte”<sup>53</sup>.

Se destaca el rol institucional que le compete, de afianzar la justicia, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes del Estado<sup>54</sup>.

La manda en definitiva tampoco excluyó a los jueces, de menores o aquellos que tuvieren que intervenir en casos donde los niños estuvieren involucrados, a quienes recordó que: “En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño)”<sup>55</sup>.

En efecto, es función también de los magistrados competentes en la materia, adoptar dichas medidas<sup>56</sup>, esto es, agotar “todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos”, define las tareas y ordena su cumplimiento de los poderes Legislativo y Ejecutivo en un plazo razonable, reservándose la Corte la definición de cuál es ese plazo, lo que seguramente hará si no se producen avances en la adecuación a los estándares exigibles por imperio constitucional. Concluye el decisorio aclarando que “los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos”.

De este modo una vez más declaró la procedencia de una acción colectiva para la tutela de derechos individuales homogéneos.

<sup>52</sup> Fallos 331:2691, considerando 7.

<sup>53</sup> Fallos 331:2691, considerando 8, in fine.

<sup>54</sup> Fallos 331:2691. “Que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. En este cometido, la medida adoptada aparece como la más adecuada para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Aquella se funda en el rol institucional que le compete a esta Corte como Poder del Estado, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes, los que –claro está– se encuentran también vinculados con el propósito constitucional de afianzar la justicia. Dichos departamentos de Estado constituyen, en el caso concreto, el canal adecuado para llevar a cabo aquellas acciones sin cuya implementación previa, se tornaría ilusoria cualquier declaración sobre el punto” considerando 9.

<sup>55</sup> Fallos 331:2691, considerando 10. En igual sentido en el considerando 12, dejó sentado que concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en la que se encuentran los niños sujetos a internación con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños.

<sup>56</sup> Observación General N° 10/2007, “Derechos del niño en la Justicia de menores”, del 25 de abril de 2007, párr. 31.

– Caso Rivera Vaca<sup>57</sup>:

*Los hechos y el fundamento de la vía, carácter colectivo.*

El Fiscal Federal y la Defensora Oficial ante el Juzgado Federal de Orán, Provincia de Salta, interpusieron acción de hábeas corpus correctivo con el objeto de solicitar el inmediato traslado de los veintiún detenidos en dependencias del Escuadrón 52 “Tartagal” de la Gendarmería Nacional a unidades carcelarias de esa provincia, y la fijación en ese establecimiento de cupos límite de seis personas por celda, en los términos de los artículos 18, 43, y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, y la ley 23.098.

Los recurrentes denunciaron el agravamiento ilegítimo de la forma y condiciones de detención, fruto de la situación de hacinamiento en la que viven esas personas, pues el lugar únicamente puede alojarlos en forma transitoria, ya que no cuenta con los requisitos mínimos de comodidad por carecer de iluminación eléctrica, agua caliente, espacio para recreación apropiada, y de los recursos necesarios para su atención alimentaria, sanitaria, higiénica y médica.

El Juzgado Federal rechazó la acción por estimar que el traslado que había decidido, en forma previa, sumado a las reformas estructurales realizadas con posterioridad habían modificado sustancialmente la situación lesiva. Con respecto a la implementación de un cupo, consideró que debía estarse a lo resuelto en otra presentación similar en la que ordenó a los responsables de la unidad el respeto por la capacidad edilicia en cuanto al número de detenidos. Finalmente requirió a las autoridades de dicha dependencia realizar las gestiones necesarias ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Salta “para trasladar en el tiempo inmediato posible” a quienes, anotados a su orden, “lleven un tiempo considerable detenidos”.

La resolución del juez de grado fue confirmada por la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>58</sup>. Lo curioso de la cuestión y que muestra la dinámica de la acción colectiva es que en realidad este recurso tiene como fundamento un hecho nuevo y es el informe que da cuenta del número mayor de alojados en esa dependencia (diecisiete) a la fecha de deducción de la impugnación y que el juez federal sustentó la decisión con relación a diez internos.

A pesar de la confirmación de decisorio de la instancia anterior, advierte la existencia de extremos cuya verificación es materia del hábeas corpus que denegó. Así decidió que debían adoptarse las medidas necesarias que conduzcan a lograr que las condiciones de detención de los allí alojados se regularicen, pues de las vistas fotográficas glosadas y los planos producidos en el mismo informe, se desprende que la situación es inadecuada y desatiende la manda del artículo 18 de Constitución Nacional. Por estas razones, se libraron oficios a diferentes autoridades a efectos de que “dispongan las medidas a su alcance para facilitar una solución al caso, eviten la reiteración de situaciones similares y mejoren las condiciones de detención en la dependencia”<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> CSJN, “Rivera Vaca, Marco Antonio y otros s/Hábeas corpus”, del 16 de noviembre de 2009 (Fallos 332:2544).

<sup>58</sup> CFCP, Sala III, causa 9508, “Rivera Vaca, Marco Antonio y otros s/Recurso de casación”, resuelta el 25 de julio de 2008, registro 995/08. Este caso presenta una nota singular toda vez que se dedujo hábeas corpus correctivo, solicitando el traslado de diecisiete personas y cuando se declaró abstracta la cuestión esos internos ya no estaban alojados en el lugar. A pesar de ello al momento que se expidió la Cámara de Casación se advirtió que el número de diez personas alojadas que existía al momento de emitir decisión el juez de instrucción había aumentado, por esa razón dispone medidas “necesarias que conduzcan a lograr que las condiciones de detención de los allí alojados se regularice”, para ello advierte que la situación es inadecuada y desatiende la manda del artículo 18 de la Constitución Nacional. A pesar de ello las medidas que dispone no son coercitivas y en esto radica el agravio de los defensores que recurren ante la CSJN.

<sup>59</sup> CFCP, Sala III, causa 9508, “Rivera Vaca, Marco Antonio y otros s/Rec. de casación”, resuelta el 24 de febrero de 2010, registro 142/10.

La impugnación federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación se sustentó en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias al entender que el a quo, a pesar de reconocer la existencia de extremos cuya verificación es materia del hábeas corpus, había negado la procedencia del instituto sin pronunciarse sobre las cuestiones planteadas, lo cual transformaría en autocontradictoria la decisión. Toda vez que las diligencias ordenadas no tenían ningún poder coercitivo que asegurase la modificación de las condiciones denunciadas, lo cual vació de contenido operativo al artículo 18 in fine de la Constitución Nacional y a las normas sobre la materia contenidas en tratados internacionales (artículos 5º, CADH y 10 del PIDCyP). En definitiva los jueces no esclarecieron los hechos, ni ordenaron las medidas urgentes para la solución del caso, así como respetar la obligación contraída por el Estado nacional de hacer cesar cualquier violación a los derechos fundamentales, consagrada por el artículo 1.1 de dicha Convención.

En lo que respecta a la vía intentada el recurrente ante la Corte se agravó del alcance limitado que se otorgó al artículo 43 de la Carta Fundamental<sup>60</sup> y a la ley 23.098<sup>61</sup> al desconocerse, mediante un excesivo rigor formal, que la acción era de carácter colectivo en los términos definidos en el precedente de la Corte, Verbitsky<sup>62</sup>. En el caso también se alegó la trasgresión a la garantía que asegura una tutela judicial efectiva en cuanto incluye el derecho a obtener un pronunciamiento que configure una respuesta válida (artículos 8.1 y 25 de la CADH).

*Las consideraciones de la CSJN<sup>63</sup>.*

Allí se limitó a hacer lugar al recurso y dejar sin efecto la sentencia apelada. Para ello hizo suyos los fundamentos y conclusiones expuestos por el señor Procurador General en su dictamen.

Los argumentos en definitiva fueron los siguientes: en primer lugar, se otorgó un alcance inadecuado a la tutela, que impidió analizar la lesión constitucional con la magnitud con la que se invocó. Ello al no expedirse sobre la procedencia de la acción y decidir por fuera del marco legal que se ha establecido para este proceso tuitivo.

El dictamen del Procurador aclara que la decisión impugnada "...no logró dotar a la orden impartida de las condiciones que asegurarían la efectiva corrección de los factores lesivos, tal como el propio recurrente explicó, pues se la sustrajo del ámbito creado por la ley 23.098 para garantizar el cese inmediato de los actos u omisiones que importen el agravamiento denunciado". Ello en la medida que se obviaron los mecanismos definitorios del procedimiento establecido por dicha norma, por ejemplo, aquellas cuestiones referidas a la urgencia y amplitud de las diligencias, el poder coercitivo de la medida impartida y de control del magistrado, la intervención de las partes.

Agregó que: "En ese sentido, cabe señalar que cuando la situación de hecho planteada al promoverse esta acción reparadora... no fue controvertida por el juez... cobra singular relevancia la cuestión sobre la aptitud de esta herramienta constitucionalmente prevista para ponerle fin a una situación que se reconoce, en principio, como lesiva..."<sup>64</sup>

*La decisión de la Corte.*

Con todo lo expuesto se descalificó el fallo recurrido, con expresa mención de que

<sup>60</sup> El artículo 43 de la Constitución Nacional, como lo hemos referido antes, regula la acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión públicas o de particulares, norma que en el último artículo se refiere al agravamiento ilegítimo de la forma o condiciones de detención y habilita la vía del *hábeas corpus*.

<sup>61</sup> Ley que regula el procedimiento de hábeas corpus.

<sup>62</sup> Antes referido, fallos 328:1146.

<sup>63</sup> Fallos 332:2544.

<sup>64</sup> Del dictamen del Procurador, del 18 de junio de 2009, en Rivera Vaca, cit.

la obligación del magistrado es la de velar por la prosecución de tal objetivo tuitivo, de acuerdo con las características del caso, enmarcada en los compromisos asumidos por el Estado nacional al suscribir tratados en la materia<sup>65</sup>.

– Caso F., A. L. s/Medida autosatisfactiva<sup>66</sup>:

La reciente decisión adoptada por la CSJN al exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a implementar y hacer operativos mediante normas del más alto nivel para resguardar el derecho a la salud de mujeres embarazadas víctimas de violaciones y extender la exhortación al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente, no habrá de confundirse con un caso colectivo, más allá del alcance dado al pronunciamiento. Esta modalidad de resolver registra antecedente en otros precedentes del Alto Tribunal, tal los casos Itzcovich<sup>67</sup> y Rosza<sup>68</sup>, entre otros.

En el caso se advierte que cuando llega a la instancia se había convertido en abstracto, esto es la autorización para la interrupción del embarazo, toda vez que en la instancia anterior, Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, se había hecho lugar a la pretensión.

La Corte consideró que no resulta obstáculo la circunstancia de que los agravios carezcan de actualidad por haberse llevado a cabo la práctica abortiva a la menor. Con reseña de otros precedentes, expresó que “dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, “corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición...” “(p)ero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas”<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Se citan la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 25), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5, inciso 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 10), y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; así como las reglas establecidas por organismos internacionales como estándares respecto de personas privadas de libertad en las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” (aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C del 31 de julio de 1957, y 2076 del 13 de mayo de 1977), los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos” (adaptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/111, del 14 de diciembre de 1990), y las recomendaciones efectuadas por el Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes respecto de Argentina el 10 de diciembre de 2004 (CAT/C/CR/33/1 33º Período de Sesiones, 15 al 26 de noviembre de 2004), entre otros (ver por todos, Fallos: 332:2735, considerando 6º, y 328:1146, considerandos 39, 48 y 50).

<sup>66</sup> CSJN: F. 259. XLVI, F., A. L. s/Medida autosatisfactiva, del 13 de marzo de 2012.

<sup>67</sup> Fallos: 328:566.

<sup>68</sup> Fallos 330:2361.

<sup>69</sup> CSJN: F. 259. XLVI, F., A. L. s/Medida autosatisfactiva, del 13 de marzo de 2012. Después de declarar procedente el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada, se dispuso dos exhortaciones, la primera, a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual. La segunda, al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente. Voto de la mayoría, Considerando 5º, con cita de Fallos: 310:819, considerandos 6º y 7º del voto de la mayoría y de la disidencia, y sus citas; 324:5, 4061. A ello agrega: Pues, como se pusiera de resalto en el ya conocido precedente de la Suprema Corte de los

La decisión del caso individual –igual que los precedentes citados– extiende su alcance erga omnes al interpretar el Código Penal. Los efectos dados por un lado denotan la inexistencia de fronteras a la hora de resolver casos repetitivos que en el futuro se pudieran generar, pero esencialmente se vincula con la ausencia de regulación de un mecanismo de control de constitucionalidad que permita dar un alcance general a lo decidido para alcanzar así las decisiones de los demás tribunales ante una cuestión federal.

La acción se tramitó originariamente como una medida autosatisfactiva.

#### IV. Jurisprudencia de otros tribunales

Resulta interesante destacar otros fallos recientes de diversos tribunales que dan cuenta de la necesidad de tutelar el interés colectivo también en materia penal, así como la desorientación que subsiste en orden a la vía a utilizar por la falta de una adecuada regulación. La proliferación de casos durante los últimos años se ha extendido a lo largo y a lo ancho del país, por ello nos limitaremos a título ejemplificativo a referir sólo algunos de ellos, demostrativos de la problemática central planteada.

- Cámara Federal de Casación Penal.
- Caso Rivera Vaca<sup>70</sup>:

Con relación al mismo establecimiento de detención al que se hiciera referencia en el caso de la CSJN<sup>71</sup> reseñado precedentemente, Escuadrón 52 de Tartagal, Provincia de Salta, hubo otro hábeas corpus colectivo en el que intervino la Cámara Federal de Casación Penal. Cuando se denunció que si bien habían disminuido a diez los alojados en el mismo, los restantes detenidos fueron trasladados a otras dependencias de Gendarmería Nacional y Policiales que presentaban los mismos inconvenientes, empeorándose la situación de los detenidos, trasladándose el hacinamiento y superpoblación a otros lugares con iguales deficiencias<sup>72</sup>.

Allí se hizo lugar a la acción y se reconoció que el ejercicio de la vía posibilita evitar reiteraciones futuras. En este supuesto se remarcó que aunque se hayan realizado mejoras estructurales, aquel espacio destinado a albergar personas privadas de la libertad no puede constituir un alojamiento permanente. Por ello se consideró que debían tomarse medidas para que se constituya en un lugar de alojamiento transitorio, dada la conflictividad planteada en él –lugar fronterizo donde se detienen personas que portan estupefacientes–.

En ese sentido se dispuso que en el citado establecimiento no se alojen personas por un plazo mayor de veinticuatro horas, que en cinco días se ordene el traslado de los allí alojados, que los jueces que tengan jurisdicción en el lugar realicen un control permanente de lo dispuesto y que el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos tome conocimiento de lo resuelto y se arbitren las medidas

Estados Unidos “Roe v. Wade” (410 U.S. 113-1973), las cuestiones relacionadas con el embarazo –o su eventual interrupción– jamás llegan al máximo tribunal en término para dictar útilmente sentencia, debido a que su tránsito por las instancias anteriores insume más tiempo que el que lleva el curso natural de ese proceso. En consecuencia, se torna necesario decidir las cuestiones propuestas aun sin utilidad para el caso en que recaiga el pronunciamiento, con la finalidad de que el criterio del Tribunal sea expresado y conocido para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro.

<sup>70</sup> CFCP, Sala III, Rivera Vaca, Marco Antonio y otros s/Rec. de casación, 24 de febrero de 2010, registro 142/10.

<sup>71</sup> CSJN, Fallos 332:2544, del 16 de noviembre de 2009.

<sup>72</sup> En este caso la vía fue deducida por los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscalía en forma conjunta.

necesarias para que se dé cumplimiento permanente a los artículos 75, inc. 22 de la CN; 5º, CADH y 7º, 10, PIDCyP.

– N. N. s/Recurso de casación<sup>73</sup>.

Se solicitó el cese de la práctica de privar de la libertad en dependencias policiales, a niñas, niños y adolescentes menores de edad, imputados en causas penales en las que interviene la Justicia Nacional de menores, por ser la misma contraria a los tratados internacionales de Derechos Humanos. Ello so pretexto de carecer de un centro especializado para alojar a las personas menores de edad aprehendidas por la agencia policial, a los fines de su identificación, cuando son acusadas de la comisión de un delito.

A tal fin se dedujo acción de hábeas corpus en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional y del artículo 1º de la ley 26.061 y se solicitó la creación de un centro especializado de identificación que reúna los recaudos y requisitos previstos en la normativa internacional. La acción llegó a casación a partir de su rechazo, por “dos cuestiones: a) la futura existencia de un centro especializado y que b) las dependencias policiales utilizadas como ‘transición’ hasta la habilitación de dicho centro están acondicionadas conforme lo exigen los estándares internacionales”.

La litis fue integrada en la calidad de demandados con el Ministerio Público Fiscal, representantes de la Secretaría de Políticas de Prevención y Relaciones con la Comunidad del Ministerio de Seguridad de la Nación y representantes de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia.

El recurso de casación, y en definitiva la acción, fue rechazada con el siguiente argumento: Que si bien una era la situación planteada al promover la vía, a principios del corriente año –2012– la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social inició estudios para la puesta en funcionamiento de un centro especializado que permitiera que los adolescentes aprehendidos por personal de la Policía Federal Argentina, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval, Policía Aeroportuaria y/o cualquier otra fuerza de seguridad interior dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, por presunta participación en delitos de competencia de los jueces nacionales (federales u ordinarios), fueran trasladados directamente desde el lugar de la aprehensión a un centro dependiente de esa Secretaría Nacional atendido por personal especializado en el trabajo con adolescentes infractores a la ley penal.

Asimismo se valoró la decisión conjunta con el Ministerio de Seguridad ante la Defensoría General de la Nación, mediante la cual se acordó que el actual centro de Régimen Cerrado “Ursula Llona de Inchausti” fuera destinado al nuevo dispositivo y que se refuncionalizará un sector del edificio del Centro de Régimen Cerrado “San Martín” para fusionarlo con la población alojada en el centro referido en primer término. Tareas que también se comprobó están en curso de ejecución.

Por todo ello se entendió que “(n)o corresponde –de momento– la adopción de ningún temperamento sobre la solución dada por otros poderes, en el caso el Poder Ejecutivo”. Sin perjuicio de ello, “(d)esde que se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo y Acción Social la realización de las obras respectivas del inmueble donde funcionará el dispositivo especializado para las personas menores de edad, se considera oportuno encomendarle a dicho Ministerio el estricto cumplimiento de los plazos acordados y la finalización de las obras establecidas dentro del plazo de 120 días corridos...”

De este modo, si bien no se hizo lugar a la acción –aclarando que ello era de momento– al fijar un plazo para la conclusión de las obras en ejecución se ejerció un control temporal del compromiso asumido por el Poder Ejecutivo.

<sup>73</sup> CFCP, Sala II, causa N° 14.805, NN s/Recurso de casación, Registro 19.653, 2 de febrero de 2012.



- Provincia de Buenos Aires.
- Caso: “Axat Della Croce, Julián c/Honorable Junta electoral s/Amparo-cuestión de competencia”<sup>74</sup>. Suprema Corte de la Provincia.

En el caso se promovió originariamente una “demanda autosatisfactiva” contra la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires con la finalidad de que, inaudita parte y previa declaración de inconstitucionalidad del artículo 3.2. “c” de la ley 5109 –Ley electoral de la Provincia de Buenos Aires–, se ordene disponer a la demandada todos los medios necesarios para que el día 14 de agosto de 2011, “...las personas con 18 años de edad que se encuentren detenidas sin condena firme en las cárceles de la Provincia de Buenos Aires estén incluidas en el padrón electoral para que puedan elegir cargo de gobernador provincial”.

El planteo tiene razón de ser en atención a que si bien la CSJN en el fallo Mignone<sup>75</sup> dispuso que los detenidos sin condena, de todo el país, pudieran ejercer su pleno derecho al voto, lo hizo sólo eligiendo autoridades nacionales, en tanto la Ley Provincial Electoral<sup>76</sup> establece que: “No podrán votar... 2) Por razón de su estado y condición... c) Los detenidos por orden de, o condenados... mientras no recuperen la libertad”.

La acción fue ejercida por el Defensor Oficial ante el Fuero de la Responsabilidad Juvenil del Departamento Judicial de La Plata y la asociación civil “AJUS”. Posteriormente adhirió el titular de la Unidad Funcional de Defensa N° 1 del mismo departamento judicial.

En subsidio, para el caso de que se considerara que no estaban reunidos los requisitos como para el dictado de una sentencia autosatisfactiva, requirieron una medida cautelar autónoma o anticipada con fundamento en lo dispuesto por los artículos 22 de la ley 12.008 y 232 del C. P. C. y C. Por último, pidieron que si no se considerase procedente a ninguna de esas vías, se dé a la presentación el trámite de una acción de amparo.

El caso se radica originariamente en un juzgado de primera instancia en lo civil y comercial, donde la magistrada interviniente se inhibe de entender por considerar que en el escrito inicial se expone una pretensión autónoma declarativa de inconstitucionalidad para cuyo conocimiento sólo es competente la Suprema Corte de la Provincia (artículo 161, inc. 1º de la Constitución de la Provincia). Posición que es reconocida por el Máximo Tribunal provincial.

#### *Legitimación:*

Después de aceptar la competencia, la Suprema Corte advierte que sólo habrá de admitir la legitimación del Ministerio Público a favor de la representación puntual de las personas que pudieren invocar en relación a las individualizadas como defendidas y no admitir la promoción colectiva de todos los detenidos sin condena en la Provincia, como la articulan, pues ello excedería notoriamente, tanto territorial como materialmente, el marco de las atribuciones conferidas<sup>77</sup>.

En cambio sí la admite en cabeza de la Asociación Civil coactora, teniendo en consideración la urgencia comprometida en el caso, la incidencia colectiva de los derechos en juego y la amplitud de los términos con que se definen los objetivos de aquélla en el acta de su constitución<sup>78</sup>.

#### *Medida cautelar:*

Dada la urgencia del caso, en atención a la proximidad de las elecciones invocadas, la Suprema Corte dispone como medida cautelar: “(l)a suspensión de lo establecido por

<sup>74</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “Axat Della Croce, Julián c/Honorable Junta electoral s/Amparo. Cuestión de competencia”, La Plata, 3 de agosto de 2011.

<sup>75</sup> CSJN, Fallos 325:524.

<sup>76</sup> Ley 5109, artículo 3, inciso 2, acápite c.

<sup>77</sup> Ley de Ministerio Público N° 12.061, artículos 21 y conc. y 31, ley 13.634.

<sup>78</sup> Con cita de Fallos: 320:690, 325:534, 328:1146, entre otros.



la primera parte del apartado 'c' del inciso 2 del artículo 3 de la ley 5109, lo que implica que en el caso las autoridades electorales deberán, en la esfera de sus respectivas atribuciones, arbitrar todas las medidas necesarias para que las personas privadas de libertad en unidades de detención ubicadas en la Provincia... incluidas en el Registro de Electores Privados de Libertad elaborado por la Cámara Nacional Electoral puedan, en las elecciones primaria abiertas, obligatorias y simultáneas que han de llevarse a cabo el próximo 14 de agosto para la selección de candidatos a cargos públicos electivos, votar por los candidatos a Gobernador y Vicegobernador de la Provincia..."

Para así decidir respecto a la verosimilitud del derecho advirtió que la cuestión relativa a los derechos políticos de las personas que se encuentran privadas de su libertad es objeto de regulación en diversos tratados de raigambre constitucional y ha motivado el dictado de distintos fallos de la CSJN. En tal sentido recordó que el estándar fijado en materia de limitación del sufragio a las personas detenidas debe circunscribirse a aquellas que han sido condenadas.

Advirtió que era materialmente imposible resolver el proceso antes de la fecha del acto electoral.

*Conclusión.* La propia demanda denota la desorientación en orden a cuál era la vía idónea para recurrir, más aún el reencauzamiento de la cuestión como pretensión autónoma declarativa de inconstitucionalidad, son demostrativos del vacío legal en orden a este tipo de acciones colectivas.

– Otros tribunales de la Provincia de Buenos Aires.

Con relación a la misma problemática que abordara la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, también se dedujo una acción de hábeas corpus colectivo en el Departamento Judicial de Lomas de Zamora<sup>79</sup>, con fundamento en el agravamiento en la condición de detención de las personas mayores de 18 años privadas de libertad. La vía fue deducida por tres defensoras oficiales y la misma Asociación civil AJUS. Luego se presentaron y fueron aceptados como *amicus curiæ*, el Colegio de abogados de Lomas de Zamora, la Asociación de los Derechos Civiles (ADC) y el Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria.

En esta oportunidad concretamente se requirió determinar un mecanismo para garantizar el derecho al sufragio de las personas privadas de la libertad en la Provincia, a efectos de llegar a un acuerdo para el arbitrio de las medidas que deberán implementarse para hacer efectivo este derecho a las personas privadas de libertad sin condena, en relación a las autoridades provinciales.

Contra el progreso de la acción se planteó la incompetencia, en orden a la cuestión constitucional en juego. El que fue rechazado al interpretar que el objeto principal era revertir el agravamiento de la situación de detención de los privados de la libertad y que la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 3.2. "c" de la ley 5109, era accesoria, por lo que se afirmó que carecía de virtualidad para generar la instancia originaria del más Alto Tribunal de la Provincia.

En el caso también se debatió si la acción se había convertido en abstracta, conforme la decisión de la Corte Provincial antes referida, sin embargo el juez interviniente entendió que se trataba de dos acciones distintas. Es decir una acción de inconstitucionalidad y otra de hábeas corpus colectivo por agravamiento de las condiciones de detención.

Así se consideró que estaba comprometido el derecho de igualdad, agravándose con las restricciones de la prohibición de la ley invocada, las condiciones de detención

<sup>79</sup> Juzgado de Garantías N° 8 de Lomas de Zamora, Acción de Hábeas Corpus, N° 68, registro N° 234/2011, interpuesta a favor de Eduardo Emanuel Ávila, Federico Martínez, Javier Zamora Paz, Ezequiel Ortiz y por los derechos de incidencia colectiva de las personas mayores de 18 años privadas de libertad –por autoridad competente–, sin condena firme en el territorio de la Provincia de Buenos Aires.

de todos los detenidos en el ámbito de la provincia, mayores de edad, y que se encuentran en condiciones de ejercer su derecho al voto.

Por ello hizo lugar a la medida cautelar solicitada, ante la inmediatez de las elecciones, la urgencia y necesidad de que los organismos nacionales y locales con competencia en la materia, emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a arbitrar las medidas necesarias para que todas las personas mayores de edad, detenidas en prisión preventiva y con domicilio en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, puedan ejercer su derecho al voto de autoridades nacionales y provinciales.

Al fijar la audiencia solicitada por las actoras, que autoriza el artículo 412 de Código Procesal Penal de la Provincia, a fin de hacer efectiva la intermediación del juez y de las personas interesadas<sup>80</sup>, los *amicus curiæ* ampliaron el hábeas corpus a favor de los penados (artículos 12 y 19, inc. 2º del Código Penal)<sup>81</sup>, pretensión que fue rechazada, por entender que se había excedido la petición y a su vez que no existía caso concreto que habilite la vía excepcional. Para ello se citó la doctrina de la CSJN, que establece: “no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que –en esta materia– tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas”<sup>82</sup>.

Sin embargo la decisión en definitiva fue disponer como medida cautelar, la suspensión de lo establecido por la primera parte del apartado “c” del inciso 2º del artículo 3º de la ley 5109, en los mismos términos que la decisión de la Suprema Corte Provincial.

– Caso López Romero<sup>83</sup>:

Conforme surge del fallo, esta acción nace de la comparecencia al Tribunal de un interno que expone desempeñarse como trabajador en la fábrica de “apareado” de calzado que funciona en el ámbito de la Unidad Penal N° 15 y que por haber participado en una huelga en reclamo de mejora salarial fue amenazado con ser trasladado de unidad si persistía en su reclamo y finalmente separado de su trabajo. En la audiencia el presentante aclaró que sólo solicitaba protección judicial ante la eventualidad de un traslado arbitrario por parte de las autoridades de la Unidad.

El Tribunal de oficio dispuso continuar el trámite como acción de hábeas corpus, por considerar que de la declaración prestada surgían circunstancias que podrían implicar agravamiento arbitrario en las condiciones de detención del interno dada su inescindible condición de “trabajador”.

Lo curioso del caso es que el fallo señala: “En el trámite de la causa se ha verificado que, al menos en lo que respecta a una parcialidad de internos trabajadores de la Unidad Penal N° 15, existen graves falencias en la operatividad del sistema de trabajo... que derivan situaciones laborales ilegítimas y abusivas que, paradójicamente, las genera el propio Estado Provincial al amparo de una normativa reglamentaria inexistente en perjuicio de los detenidos-trabajadores”.

<sup>80</sup> Conforme doctrina concordante, véase BERTOLINO, PEDRO, Código Procesal Penal Provincia de Buenos Aires, comentario al artículo 412, Editorial Depalma, Año 1998, página 470, con cita de Sagüés, Néstor.

<sup>81</sup> Artículo 12, Código Penal: “La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta...”; artículo 19: La inhabilitación absoluta importa: inc. 2º, “La privación del derecho electoral”.

<sup>82</sup> CSJN, Fallos 329:3089; 330:4866.

<sup>83</sup> Tribunal en lo Criminal N° 3, La Plata, causa N° 4454, López Romero, Claudio Raúl s/Hábeas corpus, 9 de septiembre de 2010.

En virtud de ello y dado que la irregular situación afecta a una pluralidad de individuos, posiblemente a la totalidad de los internos –trabajadores del sistema penitenciario bonaerense–, es que se dispuso dar conocimiento al Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires para que inicie las acciones políticas, administrativas o judiciales que según su criterio hubiera lugar para asegurar el respeto de los DD. HH. básicos en el sistema de empleo en el Servicio Penitenciario Bonaerense regulado por la Ley 11.046, artículo 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Del presente caso interesa destacar el ensanchamiento de la vía y el rol activo que adoptó el órgano jurisdiccional al advertir una situación que afectaba a la pluralidad de los internos, sin embargo no resolvió la cuestión, más allá de las facultades que se le confirieron constitucionalmente al Defensor del Pueblo<sup>84</sup>.

– Ravino, Juan Manuel s/Hábeas corpus-hábeas data<sup>85</sup>:

El Defensor Oficial del fuero Juvenil interpone hábeas corpus preventivo y hábeas data, en virtud de hechos denunciados por un joven, quien en síntesis manifestó haber sido interceptado por personal policial cuando se encontraba junto a un amigo en la vía pública, y a pesar de contar con documento nacional de identidad fueron trasladados a la Comisaría, donde se los esposó, golpeó en varias oportunidades y se les tomaron fotografías tanto de frente como de perfil, para luego de varias horas de detención, ser entregado a su madre.

En tal contexto se peticionó suprimir la información existente en los archivos de la policía de la Provincia de Buenos Aires, respecto de niños, niñas y jóvenes.

Posteriormente se presentan los tres Defensores del fuero, y solicitan que la acción intentada, tanto el hábeas corpus como el hábeas data, tenga un alcance colectivo, peticionan se decrete la ilegalidad de la vía de hecho llevada adelante por los funcionarios policiales, en particular, respecto del registro de datos o imágenes de niños, niñas y jóvenes, debiendo suprimir y/o cancelar la información que pudiese existir.

El juzgado, luego de recibir declaraciones de otros jóvenes que también fueron víctimas de hechos similares, admitió la vía en lo que hace al hábeas data colectivo, en el caso por tratarse de almacenamiento de datos y fotografías. Se valoró el carácter continuo de dicha violación y en ello se fundó su efecto colectivo.

Además destaca que a pesar de la decisión anterior de ese órgano jurisdiccional emitida en el mismo caso, de recordar a todas las Jefaturas policiales de la provincia la prohibición de tomar fotografías, la práctica violatoria de la constitución<sup>86</sup> continuó.

En base a todo ello se ordenó “la destrucción de archivos en los que consten fotografías tomadas a jóvenes, como así también la de todos los datos que excedan los vinculados a una investigación penal preparatoria”. También se dispuso hacerlo extensivo a toda la policía de Seguridad Departamental y encargó al Ministerio de Justicia y Seguridad que arbitre los medios necesarios para su control y efectivo cumplimiento, recomendando que el mismo sea efectuado con la colaboración del Comité Contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria.

No obstante ello se interpretó que la vía de hábeas corpus era abstracta, toda vez que los jóvenes ya habían recuperado su libertad<sup>87</sup>. Para ello se diferenció el caso del

<sup>84</sup> Hemos efectuado averiguaciones en el ámbito de la justicia provincial y de la propia Defensoría del Pueblo de la Provincia y no se registra decisión judicial al respecto.

<sup>85</sup> Juzgado de Garantías del Joven N° 2, de Mar del Plata: “Ravino, Juan Manuel s/Hábeas corpus-hábeas data”, julio de 2011.

<sup>86</sup> Violatoria del artículo 6 de la Constitución Nacional; artículo 2 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre; artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del ciudadano; el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y artículo 36, inc. 6 y 39 de la ley 13.634.

<sup>87</sup> Para ello valoró la previsión del artículo 43 de la Constitución Nacional y 26 de la Provincial, que también prevé expresamente el hábeas corpus.

precedente de la CSJN, “Verbitsky”, dado que aquél se había deducido por la totalidad de los detenidos alojados en establecimientos policiales superpoblados y/o comisarías de la Provincia, es decir que existía un límite de personas, situaciones y hechos determinados que circunscribía dicha acción y no era meramente potencial. En tanto el hábeas corpus preventivo es tal ante una amenaza de arresto o restricción de la libertad, pero respecto de individuos determinados, con lo cual, desde el propio rótulo dado por la defensa a la acción, surge la imposibilidad de su colectividad; toda vez que en el supuesto que el mismo hubiera sido interpuesto para cesar una detención ilegal, sería para el caso concreto. En síntesis, se concluyó que, sea cual fuere el modo de ejercicio, resulta de imposible cumplimiento que la misma sea de modo colectivo cuando es, solamente potencial, respecto de aquellas personas que no son el joven denunciante.

*Conclusión.* El caso resulta interesante, en la medida que tal como fuera reseñado diferencia el interés colectivo en la protección de datos personales de menores de edad, de la tutela al derecho a la libertad personal del caso concreto, esto es entre hábeas corpus y hábeas data, conforme las circunstancias relatadas al deducirse la demanda.

También se destaca el haber recurrido al hábeas data para resguardar el interés colectivo y como en la mayoría de los casos analizados se advierte que esta vía rápida y expedita por naturaleza, se convierte en un trámite que demanda una investigación previa y producción de prueba que en principio excedería la esencia misma de la acción. Ello, dada la complejidad que el propio colectivo plantea para acreditar que se trata de tal.

– Detenidos Unidad 15 de Batán<sup>88</sup>:

El último caso resuelto en estos días –2012– está vinculado a la problemática reseñada en el supuesto anterior. En éste el Juez de Ejecución y la Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal de Mar del Plata hicieron lugar a la acción deducida al disponer que, en un término de (90) días, la situación de los internos trabajadores de las Unidades enclavadas en el Complejo Penitenciario de Batán se ajuste a lo normado por las leyes laborales y previsionales; se requirió a las autoridades penitenciarias que arbitren los medios necesarios para lograr el estricto cumplimiento de las obligaciones emergentes a favor de los internos trabajadores en los convenios de trabajo que se celebren en el marco de la ley provincial que regula la ejecución de la pena<sup>89</sup>; se notifique lo resuelto a la Dirección de la Unidad para que exija a la empresa de Lavadero Industrial que funciona en dicho predio que cumpla en forma estricta los pagos que debe efectuar a los internos trabajadores, adopte todas las medidas de seguridad e higiene inherentes a la actividad que los mismos desarrollen y garanticen materialmente la efectivización del almuerzo y cena en el horario pertinente; que se cumpla en forma periódica con el control e inspección de la actividad que desarrolla la empresa que explota el lavadero industrial como de los restantes talleres de trabajo existentes en la Unidad y comunicar lo resuelto tanto a las autoridades provinciales como a la Comisión Provincial por la Memoria que había intervenido en el caso.

Dicha decisión fue confirmada por el Tribunal de Casación. Para así decidir, destacó que el trabajo penitenciario no debe ser diferenciado del trabajo libre, en relación a los derechos y condiciones reconocidos a los trabajadores en el artículo 14 bis de la CN. Destacó que se habían verificado condiciones potenciales y ciertas de tomar contacto con elementos orgánicos perjudiciales para la salud y carentes de cobertura de una Aseguradora de Riesgo de Trabajo, además de la percepción de sus salarios fuera del término prefijado y la imposibilidad de constatar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en las siete empresas de la Unidad mencionada. Además interpretó que los internos se encontraban sometidos al régimen semejante a un trato esclavo y degradante para la condición humana, a partir de la imposición de

<sup>88</sup> Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, marzo 2012, “Detenidos Unidad 15 Batán s/Recurso de queja interpuesto por Fiscal de Estado”.

<sup>89</sup> Ley 12.256.

determinadas condiciones y la ausencia de mínimas garantías que se traducen inexorablemente en un claro aplazamiento de sus derechos<sup>90</sup>. Finalmente, se sostuvo que resulta censurable que esa condición “ventajosa” para la contratación tenga que ser soportada por el trabajador, cuyos derechos constitucionales resultan inalienables y en esto ni quita ni pone rey que se trate de personas privadas de su libertad. “Es claro que para tales eventualidades es el propio Estado el que debe soportar las cargas sin que éstas puedan ser trasladadas a los trabajadores”<sup>91</sup>. De este modo resuelve un grave conflicto que se reitera en distintas dependencias penitenciarias. No obstante aún resta saber si la medida es efectivamente cumplida.

– Demanda por reconocimiento de derechos.

También vinculado a la situación laboral que atraviesan los privados de libertad en la Provincia de Buenos Aires, hemos tomado conocimiento de la acción para el “Reconocimiento de Derechos”, promovida por el Defensor General del Departamento Judicial de San Nicolás, a efectos de que “se les reconozca a las personas alojadas en las Unidades Penales de la Provincia los derechos constitucionales que les asiste a una retribución justa por su trabajo, desconocida con su conducta por el Ministerio de Justicia y Seguridad... y en consecuencia se le ordene a dicho Ministerio proceda a efectuar una recomposición salarial a los trabajadores alojados...” en ellas<sup>92</sup>.

Esta acción fue deducida en sede contencioso administrativa. Recabada información sobre el estado de las actuaciones, se nos informó que la vía había sido acotada a los presos alojados en la Unidad N° 3 del Departamento Judicial de San Nicolás y que a la fecha se encuentra paralizada.

El accionante en principio aclara que lo hace “en representación de sus defendidos” enumerando noventa y ocho casos. Pero expresa: “pretendo extender tal protección a la totalidad de la población que se encuentran alojados en las Unidades Penales de esta Provincia de Buenos Aires, sometiendo a los mismo a padecer –al igual que nuestros defendidos– las consecuencias que les ha ocasionado la violación de un derecho constitucional...”<sup>93</sup>

En este punto también se advierte cómo la falta de un trámite adecuado coadyuvó contra el progreso de las actuaciones, que bien pudieron ser reencauzadas como hábeas corpus colectivo y remitidas al fuero penal. El caso también denota que aún está vigente un criterio restrictivo en la medida que se autorrestringió el ámbito de conocimiento del órgano jurisdiccional.

– Provincia de Córdoba.

– Caso Moller:

<sup>90</sup> Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, marzo de 2012, “Detenidos Unidad 15 Batán s/Recurso de queja interpuesto por Fiscal de Estado”. Conforme fundamentos del voto del juez Violini, al que adhiere el segundo voto del juez Carral.

<sup>91</sup> Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires, Sala III, marzo 2012, “Detenidos Unidad 15 Batán s/Recurso de queja interpuesto por Fiscal de Estado”. Conforme voto del juez Carral.

<sup>92</sup> Acción promovida por el Defensor General del Departamento Judicial de San Nicolás, a fines del año 2010.

<sup>93</sup> En el caso se denunciaba que conforme surgía del informe de la Unidad Penal N° 3 remitido en respuesta a un oficio del accionante, en noviembre de 2008, la remuneración se liquidaba de acuerdo a los días trabajados y que “las internas trabajadoras perciben un jornal diario de \$ 1.61 para la categoría oficial, \$ 1.42 para medio oficial”, con lo que se acreditó que no se igualaba el salario vital y móvil. También se acreditó que en julio de 2010, éstos montos se elevaron a \$ 2.41 y \$ 2.31 respectivamente, sin guardar proporción alguna con los salarios que corresponden para el trabajo libre. Estos datos dan una idea de la trascendencia del reclamo.

En este punto es del caso recordar que la demanda remitía a lo dicho por la CSJN, en el caso Dessy, Fallos 318:1894, por cuanto “el hecho de estar privado de la libertad no puede constituirse en obstáculo para el goce de derechos que no han sido restringidos por la condena...”

En el caso Moller, se promovió hábeas corpus correctivo colectivo, en beneficio de “todas las personas privadas de su libertad en Jurisdicción de la provincia de Córdoba, detenidas en establecimientos dependientes del Servicio Penitenciario de la Provincia”. Ello aconteció como consecuencia de hechos verificados en abril del año 2005. La demanda fue entablada por la ONG “Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas de Córdoba”, que tiene entre sus objetivos la lucha por la defensa y preservación de los derechos humanos.

El objeto de la acción ejercida se sintetiza en el derecho a condiciones dignas de alojamiento. Así se menciona la superficie y el cubaje mínimos por interno, la aireación del lugar de encierro, su iluminación, su calefacción, las condiciones sanitarias, la cantidad de camas por internos, la seguridad para el descanso, el contacto diario del recluso con el aire libre, su posibilidad de acceder a un servicio médico, al sistema educativo y a un trabajo, la progresividad del régimen penitenciario y la adecuada alimentación.

La pretensión fue declarada inadmisibles por el Juzgado de Control en lo Penal Económico de Córdoba<sup>94</sup>, con fundamento en que, si bien el hábeas corpus procede en beneficio del “afectado”, éste puede ser plural si el agravio existe para todos los afectados, o sea que todos éstos se encuentren en la misma situación y que sea común a todos los integrantes del grupo. Caso contrario, si existe un “colectivo no homogéneo” corresponde el asunto a los jueces del proceso, cuando se deben verificar agravamientos puntuales de cada lugar de detención.

La decisión es revocada por la Excma. Cámara de Acusación de la Provincia, expresando que se trata de uno de los tipos de acciones colectivas, reguladas para la acción de amparo, haciendo la salvedad, que si bien se ha regulado sólo en forma colectiva la acción de amparo, la cual está destinada a la protección de los derechos individuales de las personas físicas y jurídicas, usuarios, partidos políticos y asociaciones de defensa de derechos colectivos, y comunidades indígenas, para reconocerle protección a sus derechos subjetivos o protegerla ante el agravio o lesión producida por el Estado o un tercero, con mayor razón debe reconocerse una acción de este tipo cuando lo que está en juego es la libertad, que es el bien jurídico más preciado, después de la vida. De ese modo, se amplió el alcance de la garantía, para hacer efectiva la “tutela judicial efectiva”<sup>95</sup>. En definitiva, “no es un requisito para la procedencia de la acción la individualización del beneficiario”. De este modo se reconoció el amparo individual (personal o clásico) y el amparo colectivo<sup>96</sup>.

Deducido recurso de casación y superadas incidencias de admisibilidad, que no son del caso referir, el Superior Tribunal de Justicia, en definitiva, resolvió<sup>97</sup> que: “La intervención del Poder Judicial para proveer tutela judicial efectiva a los derechos fundamentales de las personas que se encuentran cumpliendo pena es una cuestión justiciable por vía de un amparo colectivo en la medida que la materia que se pretenda introducir no desborde el objeto de este procedimiento de origen constitucional y sumario”.

<sup>94</sup> Auto N° 127 del 9 de septiembre de 2005.

<sup>95</sup> Confrontar: Auto interlocutorio número 147, del 20 de abril de 2006.

<sup>96</sup> Conforme el Profesor José Ignacio CAFFERATA NORES, comentario al fallo inédito que tuvo la generosidad de facilitarnos, donde también interpreta que así se logra un reconocimiento jurídico de los llamados derechos de pertenencia colectiva o difusa, reconociéndoles expresamente legitimidad activa a afectado, defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines. Además en la defensa del afectado en derechos que le pertenecen pero que también atañen a otras muchas personas, suelen confluir intereses privados y públicos, ya que en ocasiones, la entidad del derecho lesionado es mínima, pero el conjunto del daño causado a todos los que vieron alterados sus derechos resulta considerable, lo que se remedia con las acciones de clase, como por ejemplo el daño ambiental o ecológico.

<sup>97</sup> Confrontar, STJ de Córdoba, sentencia número 132, del 30 de mayo de 2008. Ver voto de la Dra. Aída Tarditti.



Continúa explicitando el Tribunal que el objeto restaurativo del hábeas corpus es muy claro, “de modo que en la medida que se invoquen estas situaciones de gravedad indebida se habilita la acción que dentro de sus cauces constitucionales no confronta con la división de poderes”.

Agrega que: “Ello porque no es objeto de esta acción que el Juez sustituya a los otros Poderes constitucionales en las políticas gubernamentales, ni les imponga con la coactividad de la jurisdicción una determinada modalidad en el ejercicio de atribuciones que le son propias de la distribución de competencias diseñada por la propia Constitución”.

En tal sentido se distingue la competencia del órgano jurisdiccional de la del Poder Ejecutivo, y señala que son materia justiciable las consecuencias vulneratorias de los derechos fundamentales de los internos, así ellas provengan o no de una determinada política penitenciaria. Para ello se cita el precedente Verbitsky de la CSJN, cuando señala que incluso en tales situaciones se pueden superponer la función propia del Poder Judicial con las de los Poderes que intervienen en las políticas carcelarias, pero que la intervención del Poder Judicial no implica “una injerencia indebida del Poder Judicial en la política”.

Se distingue qué es materia de hábeas corpus, para definir las competencias de los jueces; determina que las cuestiones acerca de las dificultades en la progresividad de la ejecución de la pena, del acceso a la educación y al trabajo, son cuestiones que pueden y deben con mayor eficacia tramitar ante los Jueces de Ejecución.

Finalmente se entiende que la acción no debería ser admitida en la amplia indeterminación pretendida, ni puede alcanzar en su objeto todas las vulneraciones que se alegan de los derechos de los internos ya que ello implicaría abrogar las competencias materiales y territoriales de los Jueces competentes para ello, a la par de ensanchar su objeto que, por encima de su cauce constitucional y legal, resulta incompatible con una vía rápida y expedita para el resguardo de las personas afectadas en la desmejora grave en la situación de encierro carcelario que se invoca.

En definitiva hace lugar parcialmente al recurso, para las situaciones de gravedad generadas por la acusada superpoblación y que no se relacionen con la conflictiva de la ejecución de las personas para cuyo abordaje seguirán interviniendo los Tribunales competentes. Hacia ese ámbito se derivan las visitas a los establecimientos penitenciarios y los hábeas corpus correctivos de personas condenadas.

Dispone en tal inteligencia dividir la acción de hábeas corpus en los Jueces de Ejecución que por turno correspondan a la Primera y Segunda Circunscripción Judicial, respectivamente, para que se aboquen a su conocimiento.

Resulta destacable que al resolver el fuero de ejecución señaló reiteradamente que no se hace lugar a la demanda en tal o cual punto, por haber variado las circunstancias planteadas al deducir la acción. Esto es así porque con las intervenciones de cuatro órganos jurisdiccionales distintos, como consecuencia de las vías de impugnación ejercidas transcurrió un lapso de cuatro años. Circunstancia que denota el efecto indirecto que la acción provocó y que más allá de lo positivo que resulta la puesta en funcionamiento del fuero de ejecución, deja en claro la inoperancia del sistema para dar respuestas rápidas. Es decir que no sólo habrían variado las condiciones de detención, sino también la propia organización de los tribunales.

En cuanto al alcance de la decisión que se adoptó<sup>98</sup>, cabe destacar que se dispuso ordenar y recomendar, según el caso, la adopción de diversas medidas; tales como ordenar “a la Administración Penitenciaria... que disponga lo necesario para que la población de reclusos de la cárcel de... reduzca su número a la menor cantidad posible,

<sup>98</sup> Ver decisión en “Actuaciones labradas por: Hábeas Corpus presentado por DE MOLLER María Angélica Olcese. Recurso de Casación”, Juzgado de Ejecución Penal de 3ª Nominación, 27 de febrero de 2009.



y nunca exceda de los 700 (setecientos) internos” o “Recomendar al Poder Ejecutivo local que, a la diagramación e implementación de un programa para el Establecimiento..., le añada programas y acciones similares en relación con las restantes unidades carcelarias del Servicio Penitenciario cordobés”.

## V. Aspectos relevantes que plantea la falta de una regulación específica

### V.1. *El trámite a seguir*

Se ha reconocido la necesidad de recurrir al hábeas corpus: “A falta de otros remedios idóneos para la custodia de los derechos fundamentales de carácter colectivo cuyas personas son indeterminadas y variables, en un caso”<sup>99</sup>. Vale decir, cedió el rito frente al requerimiento de tutelas fundamentales.

La CSJN, al pronunciarse en Verbitsky<sup>100</sup>, expresó que: “Pese a que la Constitución no menciona en forma expresa el hábeas corpus como instrumento deducible también en forma colectiva, tratándose de pretensiones como las esgrimidas por el recurrente, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo, con igual o mayor razón la Constitución otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela sino para privilegiarla”.

En consecuencia la apertura del recurso de casación también ha sido flexible, atento la falta de previsión tanto en el Código Procesal Penal de la Nación, como en la Ley de hábeas corpus N° 23.098, pacífica y reiterada jurisprudencia interpretó que cuando se invoca una cuestión federal queda habilitada la Cámara de Casación como tribunal intermedio<sup>101</sup>.

La utilización de la acción del hábeas corpus colectivo facilita a los órganos jurisdiccionales analizar y solucionar situaciones que generen una vulneración permanente e impersonal a derechos de raigambre constitucional. No se circunscribe a un número determinado de personas sino a toda aquella que se encuentre en igual situación<sup>102</sup>.

La evolución jurisprudencial precedentemente reseñada denota una gran evolución, de discutirse la existencia o no de “un caso”, se ha pasado a aceptar la vía para atender no sólo situaciones actuales sino también potenciales. Ello cuando lo que está en juego son derechos fundamentales, situación en la que se pondera aun en abstracto hacia el futuro. Esto aconteció como consecuencia de diversos fallos donde la autoridad competente modificó la situación existente, pero no garantizó que en lo sucesivo no se reiterase. Tal es el caso del Escuadrón 52 –Tartagal–, que aun cuando se había normalizado la situación planteada, ya que las personas que sufrieron menoscabo en su dignidad por las condiciones de su alojamiento y por las que se inició la acción colectiva no se encontraban privadas de la libertad en el lugar, se amplió el reclamo por otras que “hoy o mañana” se encontraran en las mismas condiciones<sup>103</sup>. Es decir, aun cuando la situación no se diera al emitir el fallo, sino que exista la posibilidad cierta de que se repita, se dispusieron medidas tendientes a neutralizar la mora y pasividad

<sup>99</sup> CFCP, Sala II, causa N° 14.805, N. N. s/Recurso de casación, rta. 2/02/12.

<sup>100</sup> CSJN, Fallos 328:1146, Considerando 16.

<sup>101</sup> CSJN; Fallos 328:1108, doctrina citada para habilitar la vía por la CNCP, Sala III, causa N° 7537, García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/Recurso de casación, rta. 11/12/07; Sala II, causa 11.960, Gutiérrez, Alejandro s/Recurso de casación, rta. 18/03/2010; entre otras.

<sup>102</sup> CFCP, Rivera Vaca, op. cit., refiriéndose en particular a personas que se encuentren detenidas.

<sup>103</sup> CFCP, Sala III, Rivera Vaca, Marco Antonio y otros s/Rec. de casación, 24 de febrero de 2010.

del Estado Nacional en cuanto a la construcción de establecimientos carcelarios adecuados para albergar en forma digna a los privados de la libertad.

En esta línea se reconoció la necesidad de amparar “a todas las personas que en la actualidad o en lo sucesivo”, pudieran ser afectadas. Para ello la vía incoada aparece como única alternativa, dada la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de otros remedios idóneos para la custodia de los derechos fundamentales –condiciones del lugar de detención– de carácter colectivo como los que allí se pretende resguardar, invocando el artículo 43 de la Constitución Nacional.

El hábeas corpus colectivo sólo tutela los casos de urgencia. ¿Qué sucede con los otros casos colectivos en material penal?

Lo reseñado demuestra que no siempre ha cumplido la finalidad de hacer cesar de inmediato las situaciones planteadas y que ese efecto en la práctica se ha logrado en pocos casos.

De otro lado, a la hora de definir por qué vía encauzar la cuestión planteada se presentan dudas y la urgencia llevó al requirente a peticionar una medida autosatisfactiva y cautelar en subsidio.

La dicotomía entre la complejidad que presenta la mayoría de los casos colectivos y el trámite de las vías rápidas y expeditas que se ejercen no puede negarse, de allí la desnaturalización del trámite, que como se ha visto en el caso Moller llevó cuatro años. La intervención de diversos sujetos para ejercer en definitiva la representación adecuada y la participación en audiencias de *amicus curiæ* también coadyuva a ello, sin embargo la ausencia de regulación específica hace impensable por ahora otra modalidad que no sea amplia para acreditarla.

## V.2. *La competencia de los jueces*

Otro aspecto que ha sido materia de tratamiento es el relativo a qué juez es competente para intervenir en estos casos.

Siendo, como hasta ahora se abordó la temática en Argentina, que el fundamento de la corrección excepcional del hábeas corpus hace que la competencia ceda ante el juez más próximo cuando no pueda ser eficazmente ejercida por el tribunal natural –en diversas jurisdicciones de ejecución penal–. Ello dado que la protección eficaz exige el abocamiento inmediato del juez y que la lesión se acredite de modo sumario para ser corregida de inmediato, conforme el art. 43, CN.

No obstante, el hábeas corpus no puede ser considerado como una vía de derogación de las competencias materiales propias de la organización jerárquica del poder judicial, ni territorial<sup>104</sup>. En esta línea se ha expedido la CSJN en el caso Verbitsky, al expresar que las situaciones “vinculadas con el espacio, la aireación, la alimentación, la iluminación, las instalaciones sanitarias y la asistencia médica... seguramente varían en cada lugar de detención y para cada caso individual, por lo que requieren un tratamiento específico, reservado a los jueces propios de las causas a cuya disposición se encuentran las personas detenidas”<sup>105</sup>.

De este modo existe una competencia judicial “concurrente” entre el juez del proceso que la recibe de los Códigos Procesales y el juez del hábeas corpus que la recibe de la Constitución Nacional<sup>106</sup>. Así para Cafferata Nores el agravamiento ilegítimo de las condiciones de una privación de libertad legítima, a título de prisión preventiva o pena, es de competencia originaria de los jueces penales intervinientes en el proceso penal.

<sup>104</sup> Conforme la opinión del Profesor CAFFERATA NORES, que compartimos, en comentario inédito al fallo Moller.

<sup>105</sup> Fallos 328:1146, Considerando 21.

<sup>106</sup> Conforme CAFFERATA NORES, op. cit.

El mismo profesor, en posición que compartimos, interpreta que en la investigación penal preparatoria es al juez de control –de garantías o de instrucción<sup>107</sup>– a quien le corresponde el control permanente de las prisiones preventivas. En tanto que en el caso de los penados donde hay juez de ejecución, éste tiene a su cargo el control permanente de la ejecución penal, y en particular las quejas de los penados sobre el trato que reciben y sus derechos.

Pero, también advierte el mismo autor que el agravamiento ilegítimo de las condiciones de una privación de libertad legítima, a título de prisión preventiva o pena, puede ser de competencia excepcional de los jueces del hábeas corpus, según lo dispone el artículo 43 de la CN<sup>108</sup> y la propia Ley de Hábeas Corpus 23.098: “Agravación ilegítima de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, sin perjuicio de las facultades propias del juez del proceso si lo hubiere”.

*Competencia y responsabilidad supranacional:* A la hora de hacer cumplir las medidas provisionales dispuestas por la Corte Interamericana en el caso penitenciarias de Mendoza, la CSJN<sup>109</sup>, aun antes de decidir si era competente para entender en la acción que por incumplimiento de las mismas se ejercía<sup>110</sup>, dado que la reiteración de los hechos podía generar responsabilidad del Estado y en ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes, no escatimó esfuerzos para garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia. Ello, para intimar a que en el plazo de veinte días se adopten medidas que pongan fin a la situación que se vivía en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza. Para lo cual también dio instrucciones a la Suprema Corte de Justicia de ese estado provincial y a los tribunales de todas las instancias del mismo, en sus respectivas competencias, para que con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal. Y disponer que el Poder Ejecutivo Nacional informe las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos.

### V.3. Legitimación

En general se admitió legitimación para incoar la acción, en la Defensoría General de la Nación, Ministerio Público Fiscal, organizaciones no gubernamentales y asociaciones profesionales como los Colegios de Abogados, entre otras. En cambio en carácter pasivo intervinieron diversos órganos representativos del Poder Ejecutivo Nacional o Provincial, tal es el caso de diversos organismos gubernamentales como la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia.

En lo que hace a los Defensores Oficiales, con el límite de sus defendidos<sup>111</sup>. Criterio seguido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en el caso del sufragio en las elecciones primarias de los detenidos no condenados<sup>112</sup>. Y sólo se admitió con relación al resto de las personas detenidas en iguales condiciones, en cabeza de la Asociación Civil coactora, para ello se citó el artículo 43 de la CN

<sup>107</sup> Según nos encontremos en un supuesto de aplicación del Código de la Provincia de Córdoba, de Buenos Aires o Nacional y Federal.

<sup>108</sup> “Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado sea la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de la detención, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor...” Artículo 43, Constitución Nacional.

<sup>109</sup> CSJN, “Lavado” cit. del 13 de febrero de 2007.

<sup>110</sup> Aun cuando luego se declaró incompetente para intervenir en la acción declarativa de certeza en forma originaria en los términos del artículo 117 de la CN, Fallos 330:1135.

<sup>111</sup> Ver CSPBA, “Axat”, citado.

<sup>112</sup> CSPBA, caso “Axat”, citado.

y valoró la amplitud de los términos con que se definen los objetivos de aquella en su acta de constitución.

Las exigencias para tener por acreditada la legitimación activa parecen menores según la índole del derecho a resguardar, el caso Halabi<sup>113</sup> es un ejemplo de ello, cuando se invoca la publicidad del caso y la intervención de Amigos del Tribunal.

Es más, como hemos visto, aun de oficio se abrió un proceso de estas características o se convirtió el proceso individual en colectivo. Es decir que la representatividad adecuada para accionar en el fuero aparece más laxa según los casos, máxime cuando se trate de tutelar derechos de personas privadas de la libertad, ya que el propio artículo 43 de la CN autoriza a cualquier persona en su favor.

#### V.4. *Medidas cautelares*

La complejidad de las cuestiones planteadas en esta categoría de procesos y la necesidad de adopción de medidas urgentes cuando el trámite del proceso requiere un tiempo superior han generado la adopción de medidas cautelares como solución idónea para hacer efectivo el derecho reclamado. Así lo dispuso la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y tribunales de su jurisdicción en el supuesto antes analizado sobre el derecho al voto de los detenidos no condenados<sup>114</sup>. Lo cierto es que la solución urgente parece no transitar por otro carril que no sea el cautelar precautorio.

### VI. Corolario

Lo expuesto permite extraer algunas conclusiones preliminares en orden a los problemas centrales que plantean los colectivos en materia penal.

Resulta innegable que la CSJN realizó una trascendente labor para atender reclamos colectivos vinculados con los derechos de personas privadas de la libertad y de menores y que el hábeas corpus colectivo fue reconocido como vía idónea a tal fin. En este sentido no hubo cortapisas ni excesos rituales que pudieran frenar el conocimiento del Tribunal cimero.

La ausencia de reglas procesales específicas para la tutela de los derechos de sujetos desventajados dentro del sistema penal o aun de aquellos que suelen ser ilegalmente incluidos en esa calidad, como por ejemplo los menores inimputables, no significó para los jueces un escollo en los precedentes citados; del mismo modo hubo respuestas adecuadas en las instancias anteriores a la Corte, donde se admitieron reclamos y se intentaron soluciones autocompositivas expeditas mediante mesas de diálogo dentro del propio ámbito jurisdiccional.

La operatividad de los derechos fundamentales se concretó gracias al rol activo de jueces, que reconocieron la necesidad de brindar tutela preferente cuando se trataba del derecho al sufragio —por ser esencia del sistema democrático—, a la intimidad, a la privacidad y a la dignidad humana; en esos casos el amparo genérico del art. 43, CN o el específico hábeas data en algunos y en la mayoría de ellos el hábeas corpus del cuarto párrafo de la misma norma ampliaron sus fronteras. Entonces los jueces señalaron al legislador o al poder administrador que estaban en mora por la falta de sanción de leyes reglamentarias o en la implementación de políticas y planes en materia de niños y niñas adolescentes; más aún se requirió el cese de la situación planteada en un plazo razonable; se suspendió la vigencia de una ley; ordenó traslado del colectivo afectado por el estado de los establecimientos carcelarios; entre otras medidas. Para ello se recurrió no sólo a ordenar sino también a exhortar a los otros poderes del Estado.

<sup>113</sup> CSJN, Fallos 332:111.

<sup>114</sup> CSPBA, “Axat Della Croce”, op. cit.

La excepcionalidad afloró con tal magnitud que en el caso Verbitsky, el Máximo Tribunal encomendó tareas y fijó plazos para su cumplimiento al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires, exhortó tanto al Ejecutivo como al Legislativo de esa Provincia, a adecuar su legislación en materia de encarcelamiento preventivo y ejecución penal y servicio penitenciario, a los estándares constitucionales, por dar sólo un ejemplo.

De este modo, una vez más se consolidó aquella doctrina que establece que no cabe que el órgano judicial se abstenga de adoptar las medidas conducentes reclamadas, toda vez que "...el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquéllos no se torne ilusorio"<sup>115</sup>. En tal sentido la Corte como cabeza del Poder Judicial avanzó dando el puntapié inicial mediante respuestas diferenciadas.

A pesar de todo ello, resulta innegable la necesidad de una regulación general sobre la materia, que se fijen estándares mínimos para el trámite de los casos colectivos penales. Con el propósito de encauzar debidamente la vía, lograr respuestas más rápidas y propiciar el control adecuado del cumplimiento de las medidas dispuestas, tema este último que aún genera importantes dificultades.

Es de esperar que el avance progresivo en el reconocimiento de los derechos del ciudadano sea acompañado por la regulación de nuevas técnicas procesales y creación de estructuras organizacionales que en definitiva remuevan algunos obstáculos aún existentes.

Hacemos votos para que el acontecimiento que motiva este modesto informe genere propuestas idóneas para orientar a magistrados y justiciables, a fin de garantizar la tutela judicial efectiva mediante trámites ágiles y eficaces, conforme lo exige el orden constitucional y supranacional vigente.

<sup>115</sup> Fallos 323:1339.

## LOS CONFLICTOS COLECTIVOS DE INTERÉS PÚBLICO EN ARGENTINA

por ROBERTO OMAR BERIZONCE\*

SUMARIO: I. La constitucionalización de las garantías y la misión de la jurisprudencia como receptora de los principios de las convenciones y tratados sobre derechos humanos. 1. El *bill of rights* sustantivo. 2. Las garantías fundamentales del proceso civil. 3. Las tutelas procesales diferenciadas. 4. Proyecciones. II. Los conflictos de interés público. 1. Características típicas. 2. El tratamiento de los conflictos de interés público en la CSN y otros tribunales argentinos. 3. Los litigios de interés público en la experiencia colombiana. III. El fenómeno de la judicialización de los conflictos y la participación de los jueces en las políticas públicas. 1. Una visión comparativa y sociológica. 2. Las vicisitudes de la ejecución de la sentencia en un caso emblemático de la CSN. IV. Las ventajas y desafíos que plantea el creciente activismo judicial en los conflictos de interés público.

### I. La constitucionalización de las garantías y la misión de la jurisprudencia como receptora de los principios de las convenciones y tratados sobre derechos humanos

La influencia de los principios fundamentales que conforman el denominado genéricamente *derecho internacional de los derechos humanos*, el *bill of rights* universalmente reconocido en las convenciones y tratados internacionales –principalmente la CEDH replicada en la CADH–, repercutió con singular intensidad en los diversos ordenamientos latinoamericanos. Los Estados adherentes, que lo son la inmensa mayoría, asumieron compromisos internacionales a cuyo cumplimiento se obligan los distintos poderes estatales y, entre ellos, muy especialmente, la rama judicial<sup>1</sup>. De ahí el creciente protagonismo de los jueces en la afirmación del *sistema de garantías* que, además y paralelamente, fue constitucionalizado en diversos países. A partir de las dos últimas décadas del siglo XX la mayoría de los países latinoamericanos, aunque tardíamente, ingresa en lo que se ha considerado la “fase madura” de uno de los fenómenos más importantes que ha sellado la evolución de la justicia en general, la “constitucionalización de las garantías” o, si se prefiere, la “procesalización del derecho constitucional”<sup>2</sup>. No ha sido casual que, como consecuencia del creciente proceso de democratización y retorno a la institucionalidad democrática que en la región opera por ese entonces, se hayan dictado las nuevas o reformadas Constituciones de Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Argentina (1994), México (1994 y ulteriores) y Venezuela (1999), entre otras. Paralelamente, se tornan operativos los pactos y convenciones americanas sobre derechos humanos, particularmente

\* Profesor Emérito de la UNLP, La Plata, Argentina. Presidente Honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> Así, en Argentina: CSN, Fallos, 329:549, 553 y 2759. En sentido similar: CC de Colombia: entre otras, sentencia T 025, 2004, donde se hizo especial aplicación de la normativa de las Naciones Unidas sobre Desplazamiento Forzado Interno de Personas.

<sup>2</sup> BEJARANO GUZMÁN, R., *La procesalización del derecho constitucional en Colombia*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho, E. Ferrer Mac-Gregor y A. Z. Lelo de Larrea (coords.), UNAM, México, 2008, v. VI, p. 173.

la CADH de 1969, a los que en general se adjudica jerarquía constitucional en los propios Estados, sea de modo expreso (Colombia, art. 93, CP; Brasil, art. 5º, § 3 incorporado por EC 45/04; Argentina, art. 75, inc. 23, CN; Venezuela, art. 23; Paraguay, art. 141), o tácito.

La CADH, siguiendo el modelo de la CEDH, consagra un “núcleo duro” o “esencial” de principios para gobernar la administración de justicia civil, que vincula y obliga a todos los Estados miembros, y que resultan atingentes a la *condición del juez*, como imparcial e independiente; a las *partes*, a quienes se les ha de asegurar un acceso irrestricto a la jurisdicción y el derecho de defensa; y al *procedimiento*, el “*fair trial*” o debido proceso que ha de ser simple, claro y rápido, para ser oído “con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”, lo que conlleva el dictado de un pronunciamiento debidamente fundado y justo. Se trata de las “garantías judiciales” que se derivan del art. 8º y que se integran con el derecho a “un recurso sencillo y rápido” o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces que brinde amparo contra actos que violen los derechos fundamentales (art. 25). Las propias Constituciones, además, reconocen como garantía fundamental el derecho a la *tutela judicial efectiva*, bajo distintos enunciados (“eficaz prestación de los servicios de justicia”, CN Arg., art. 114, tercer párrafo, inc. 6 *in fine*; “derecho a la tutela jurisdiccional”, CP Per., art. 139 inc. 3; art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, C.Br.)<sup>3</sup>.

Ahora bien, el principal instrumento de tutela de los derechos fundamentales está dado por las instituciones, procedimientos y técnicas procesales y organizacionales, y en particular por las acciones y remedios constitucionales, que genéricamente componen los denominados *procesos constitucionales*.

En realidad, el fenómeno de la “globalización” del sistema de derechos y de enjuiciamiento, que tiene su base en el derecho internacional de los derechos humanos y los sistemas de protección transnacionales, constituye una de las múltiples causas concurrentes (juntamente, entre otras, con la explosión de nuevas conflictividades, el mayor acceso a la justicia y el más acentuado protagonismo de la sociedad y sus entidades representativas en el proceso judicial, revalorizado como instancia privilegiada para el ejercicio de la democracia “deliberativa”, etc.), que han generado, al menos, tres fenómenos paralelos, complejos y recíprocamente influidos: la creciente *judicialización* de los conflictos, el *activismo judicial* y la, cuanto menos tangencial, participación de los jueces en el diseño de las *políticas públicas*.

### 1. El “*bill of rights*” sustantivo

En ese escenario, la jurisprudencia acoge, desarrolla y aplica los principios de las convenciones y tratados, tanto respecto de los derechos y situaciones sustantivas –*bill of rights* sustantivo–, cuanto a las garantías fundamentales del proceso civil. En punto a lo primero, se destaca la tutela preferente que habitualmente se concede a los derechos que integran el “núcleo duro”: derecho a la vida, a la salud, al medio ambiente sano, personalísimos, a la dignidad, a la educación, a la vivienda y a las condiciones dignas de vida y, en general, a los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC)<sup>4</sup>; como también, a las situaciones objetivas que comprenden a

<sup>3</sup> OTEIZA, E., *Disfuncionalidad del modelo de proceso civil en América Latina*, en *III Congreso Internacional de Derecho Procesal. Garantismo y crisis de la Justicia*, Cartagena de Indias, 2-4 set. 2009.

<sup>4</sup> En Colombia la tutela de los DESC fue evolucionando en la jurisprudencia a través de la interpretación extensiva del art. 4 de la ley 472/78, de acciones populares o de grupo para la tutela de los derechos colectivos. Así el Consejo de Estado ha protegido, entre otros, el *derecho a la salud* y el *derecho a la educación*, como prerrogativas de la prestación de un servicio público. Igualmente, en numerosos casos, se admitió la acción de cumplimiento del art. 87 CP Col. para tutelar a personas gravemente afectadas por la violencia y desplazadas de sus tierras. A su vez, la CCCol. tuteló en diversos casos el *derecho al medio ambiente sano*, aplicando el principio de



determinadas categorías de personas –menores<sup>5</sup>, incapaces<sup>6</sup>, ancianos, mujeres, aborígenes<sup>7</sup>, inmigrantes, desplazados<sup>8</sup>, etc., sujetos considerados genéricamente en situación de vulnerabilidad<sup>9</sup>–. En algunos países, los pronunciamientos judiciales se sustentan en los derechos fundamentales que emanan de la Constitución y su interpretación y, concurrentemente, en los que derivan de los pactos –control de convencionalidad– y aun en la interpretación de los tribunales transnacionales americanos; es el caso de Argentina<sup>10</sup>, Colombia<sup>11</sup>, Uruguay<sup>12</sup>. En cambio, en Brasil generalmente las decisiones se apoyan de modo exclusivo en la Constitución<sup>13</sup>.

progresividad con sustento en doctrina y normativa internacional; el *derecho a la información y la libertad de expresión*, con cita de precedentes de la CIDH; el *derecho a la educación*, asegurando esa prerrogativa a las minorías indígenas y a las comunidades afrodescendientes e imponiendo acciones positivas al Estado; el *derecho a la salud* en el caso de cobertura del plan obligatorio de salud a las parejas del mismo sexo o acogiendo la acción de tutela para la protección inmediata y total del derecho vulnerado; el *derecho a la seguridad social*, por conducto de la acción de tutela para asegurar el mínimo vital, o el derecho a la pensión del sobreviviente de la pareja homosexual; o el *derecho a una vivienda digna*, en vía de acción de tutela, dado el carácter de derecho fundamental y no obstante tratarse de un derecho prestacional; el *derecho al mínimo vital* para garantizar el subsidio de empleo temporal (BEJARANO GUZMÁN, R.; TOSCANO, F. y VALENZUELA, C., informe colombiano al XVI Congreso Internacional de Derecho Procesal, Heidelberg, 25-30 julio de 2011), publicado en *Civil Procedure Review*, v. 2, Special Edition, junio 2011, pp. 125 y ss., [www.civilprocedurereview.com](http://www.civilprocedurereview.com). En Venezuela, la Sala Constitucional del TSJ, en vía del recurso de revisión constitucional, declaró el derecho de inamovilidad laboral del padre del recién nacido, extendiendo la garantía que cubre a la madre (sent. 547/6/2010). MOLINA GALICIA, R. e YRURETA ORTIZ, Y., informe venezolano al referido Congreso, *Civil Procedure Review*, ob. cit., pp. 289 y ss.

<sup>5</sup> La SCJ Ur. resolvió un caso vinculado a los derechos del niño con apoyo en la doctrina de la CADH (LANDONI SOSA, A. y PEREIRA CAMPOS, S., informe uruguayo al referido Congreso, *Civil Procedure Review*, ob. cit., pp. 225 y ss.).

<sup>6</sup> La CCCol. tuteló el *derecho de los sujetos discapacitados*, entre otros casos, en vinculación con el derecho a la no discriminación, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que prohíbe acceder al concurso de un cargo notarial a los sordos y mudos; o en vinculación con el derecho a la salud (BEJARANO GUZMÁN, R.; TOSCANO, F. y VALENZUELA, C., ob. cit.).

<sup>7</sup> La CCCol. se pronunció reiteradamente sobre la tutela de los derechos de los pueblos indígenas y el contenido del derecho a la diversidad étnica y cultural y a la autodeterminación, con sus proyecciones en la salud, la seguridad social y otros derechos (BEJARANO GUZMÁN, R.; TOSCANO, F. y VALENZUELA, C., ob. cit.).

<sup>8</sup> CCCol., sent. T 025 de 2004 y autos de cumplimiento de marzo de 2009, que se analizarán *infra*.

<sup>9</sup> Los tribunales uruguayos han dictado diversas decisiones sobre derecho a un trato adecuado para las personas en condiciones de vulnerabilidad (LANDONI SOSA, A. y PEREIRA CAMPOS, S., ob. cit.).

<sup>10</sup> Nos permitimos remitir a nuestra obra *Tutelas procesales diferenciadas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 117 y ss. y jurisprudencia que allí se cita.

<sup>11</sup> Se ha afirmado que la evolución progresiva de la jurisprudencia de la CCCol., resultado del activismo judicial a partir de interpretaciones amplias y flexibles de los textos normativos relativos a los derechos de incidencia colectiva y los DESC, no hubiera sido posible sin la referencia constante en los pronunciamientos a los diferentes instrumentos internacionales (BEJARANO GUZMÁN, R.; TOSCANO, F. y VALENZUELA, C., ob. cit.).

<sup>12</sup> En la jurisprudencia de los tribunales uruguayos en forma gradual y progresiva se han recogido principios de las convenciones internacionales, particularmente en materias del *derecho a la vida y a la salud*, *derecho a la identidad*, *restitución internacional de menores*, *garantía del debido proceso*, *motivación de las decisiones judiciales*, entre otras (LANDONI SOSA, A. y PEREIRA CAMPOS, S., ob. cit.).

<sup>13</sup> PELLEGRINI GRINOVER, A. y WATANABE, K., informe brasileño al aludido Congreso, *Civil Procedure Review*, ob. cit., pp. 63 y ss., desde que todos los principios y reglas convencionales integran la C. Br., de modo que raramente la jurisprudencia remonta a los instrumentos internacionales.

## 2. Las garantías fundamentales del proceso civil

Respecto de las *garantías fundamentales del proceso civil*, ya consideradas, en diversos países la jurisprudencia ha aplicado los preceptos de los arts. 8º y 25 de la Convención Americana, como sustento concurrente de las propias garantías procesales contempladas en las constituciones –juez “natural”, debido proceso legal, juzgamiento en contradictorio, sentencia debidamente fundada dictada en tiempo razonable–. Así, en Argentina<sup>14</sup>, Colombia<sup>15</sup> y otros países.

Igualmente, las sentencias de los jueces han enfatizado el derecho a “un recurso sencillo y rápido”, consagrado por el art. 25 de la Convención, reforzando la operatividad de las vías legisladas –amparo, acción de tutela, acción de protección, *mandado de segurança*–, para asegurar la tutela de los derechos fundamentales. Por caso, en Argentina<sup>16</sup>, Uruguay<sup>17</sup>, Colombia<sup>18</sup>, donde se ha remarcado la efectividad en concreto de los pronunciamientos<sup>19</sup>.

## 3. Las tutelas procesales diferenciadas

Resaltan por su interés las construcciones de la jurisprudencia y la creación pretoriana que, en algunos países, se manifiesta como expresión de un creciente *activismo judicial* en cierta categoría de conflictos que versan sobre derechos fundamentales, individuales y colectivos, que involucran situaciones o derechos particularmente debilitados a los que se confiere una *tutela procesal diferenciada*. Se tiende al aseguramiento en concreto de tales derechos mediante lo que se configura como una “justicia de acompañamiento” o protección, o “de resultados”, cuyas notas características son la accesibilidad para todos, aceleración del reconocimiento del derecho, simplificación de los trámites, prevalencia de la verdad objetiva (principio de la realidad litigiosa) y prevalencia del derecho sustantivo por sobre los recaudos formales que resulten frustratorios. Las técnicas procesales que utilizan los jueces, generalmente

<sup>14</sup> Con sustento en los preceptos constitucionales y las convenciones sobre derechos humanos, la CSN Arg. declaró que la vida no es sólo un derecho individual, sino también un bien social público y colectivo, que el Estado debe proteger (Fallos, 223:3229); o igualmente el aseguramiento de las condiciones dignas de subsistencia (Fallos, 329:549); o las prestaciones educativas para una niña discapacitada (CSN, 30-9-08).

<sup>15</sup> BEJARANO GUZMÁN, R.; TOSCANO, F. y VALENZUELA, C., destacan pronunciamientos de la CCCol. que consagran el derecho a la tutela judicial efectiva, al debido proceso y a la descalificación de la prueba ilícita. Sin embargo, la alusión a los principios convencionales y a la doctrina de los tribunales internacionales ha sido excepcional en el juzgamiento de las acciones colectivas; en cambio, sí se apoyan en aquellos principios, sea en la forma de *ratio decidendi*, sea como *obiter dicta* para justificar sus decisiones en vía de las acciones de tutela (ob. cit.).

<sup>16</sup> La CSN Arg. declaró que los recursos de amparo no pueden resultar tardíos o inefectivos, especialmente en aquellos ámbitos vinculados a la vida o a la preservación de bienes culturales de una comunidad indígena (Fallos, 331:2119).

<sup>17</sup> LANDONI SOSA, A. y PEREIRA CAMPOS, S., refieren diversas decisiones vinculadas al *derecho a la salud*, derecho de menores que pretendían condiciones adecuadas de reclusión, entre otras.

<sup>18</sup> Por caso, respecto del *derecho a la seguridad social*, la CCCol. declaró que si bien en principio la acción de tutela no es viable para garantizar la justiciabilidad de tal derecho, procede en ciertos supuestos concretos: transmutación del derecho; conexidad con un derecho fundamental o afectación del mínimo vital. O en relación al *derecho a una vivienda digna*, cuando se lo considere un derecho fundamental o por transmutación ante la falta de pago de un subsidio ya acordado, o ya en el caso de las personas desplazadas. O, también, en el caso de las *personas con discapacidad*. O tratándose de *derechos de los pueblos indígenas* (BEJARANO GUZMÁN, R.; TOSCANO, F. y VALENZUELA, C., ob. cit.).

<sup>19</sup> Las decisiones de la CCCol., que acogen la acción de la tutela, resultan particulares, no sólo en cuanto a la celeridad con que se prescribe el cumplimiento, sino porque las medidas revisten un altísimo grado de concreción, en la forma de mecanismos procesales (principalmente de ejecución) preferentes (BEJARANO GUZMÁN, R.; TOSCANO, F. y VALENZUELA, C., ob. cit.).

por vía de interpretación flexible de normas legales y aun por creación pretoriana, son diversas y reposan genéricamente en los mayores deberes y atribuciones reconocidos a los jueces, con sus consecretarios y derivaciones<sup>20</sup>.

#### 4. *Proyecciones*

En la proyección de las tutelas diferenciadas, resulta particularmente significativo el tratamiento que los jueces confieren, en algunos países, a los denominados *conflictos de interés públicos* o *estratégicos*, que atañen a los derechos colectivos sociales en general, incluyendo los derechos de la institucionalidad democrática. Tal, el tema central de estas reflexiones, así incardinado en el contexto general que dejamos sucintamente descripto.

## II. Los conflictos de interés público

Los *conflictos de interés público* o *estratégicos* son aquellos que involucran derechos fundamentales colectivos, canalizados a través de los denominados *litigios de derecho público*, desarrollados a partir de la década de los 50 en el derecho norteamericano. Es ampliamente conocido el emblemático caso "*Brown vs. Board of Education of Topeka*" piloteado por la Corte Warren, junto con otros precedentes que permitieron ulteriormente a la doctrina autoral afirmar la existencia de una importante categoría de litigios de derecho público, que debía ser diferenciado del litigio tradicional que involucraba tan solo a partes privadas, en tanto aquéllos venían generados a partir de los esfuerzos para aplicar los principios de la *rule of law* a las instituciones del moderno Estado de bienestar. Tales litigios involucran a grupos o clases de integrantes dispersos y a menudo indeterminados o indeterminables, cuyos reclamos implican poner en debate el funcionamiento de grandes instituciones o servicios públicos —sistemas escolares, establecimientos carcelarios, instituciones de salud mental, de seguridad o asistencia públicas, etc.—, que requerían remedios que debían arbitrarse generalmente a largo plazo. Las Cortes, tribunales superiores y aun de grado, debían asumir entonces nuevas y más complejas misiones con la particularidad de que, con su ejercicio, se contribuye a enriquecer el repertorio institucional de la democracia. Precisamente, son sus atributos esenciales de independencia, flexibilidad y accesibilidad los que brindan soporte, fundamento y motivo de legitimación para asumir la tarea de controlar y responsabilizar a las demás instituciones del gobierno que padecen de una crónica insuficiencia de rendimiento, ajustándolas a las normas jurídicas superiores. Legitimación, la de las Cortes, que asienta en su condición típica, de ser menos propensas a ser capturadas o influenciadas por intereses de grupo, egoístas y, por ello, estar en las mejores condiciones para arbitrar induciendo el diálogo fructífero entre las partes, que la propia administración, que por otra parte ha descuidado tal responsabilidad<sup>21</sup>. Mauro CAPPELLETTI fue, tempranamente, el gran propulsor de esas ideas entre nosotros<sup>22</sup>.

Sin embargo, sus premisas, que descansan en un señalado reforzamiento de los poderes judiciales, han sido y siguen siendo fuertemente cuestionadas, principalmente con argumentos como el avance sobre el principio de separación de poderes y el menoscabo de las atribuciones propias de los segmentos políticos del gobierno. La experiencia norteamericana indica que a pesar de esas críticas y aun con la aparición

<sup>20</sup> BERIZONCE, R. O., *Tutelas procesales diferenciadas*, ob. cit., *passim*.

<sup>21</sup> CHAYES, A., *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L.Rev., 1281, 1976. FISS, O., *The forms of justice*, 93 Harv. L.Rev., 1, 1979; *id.*, *The Law as It Could Be*, 2003 (traducción castellana: *El derecho como razón pública*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Bs. As., 2007, trad. E. Restrepo Saldarriaga, que seguimos aquí).

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, M., *Vindicating the Public Interest Through the Courts: A Comparativist's Contribution*, 25 Buffalo L.Rev., 643, 1976. Asimismo: CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la Justicia*, Rev. Col. Abog. La Plata, Argentina, 1983, trad. S. Amaral, pp. 58 y ss.

de doctrinas jurisprudenciales restrictivas, los tribunales inferiores continúan aún desempeñando un papel crucial en un creciente movimiento de reforma institucional en áreas medulares de los regímenes de derecho público: escuelas, prisiones, instituciones de salud mental, policía de seguridad, asilos y otros establecimientos públicos. Claro que, según se subraya<sup>23</sup>, ha operado una evolución de los remedios estructurales, que puede ser representada como un abandono, en las decisiones judiciales, de la regulación prescriptiva de *ordenar –y– controlar* y el tránsito hacia lo que se denomina una *intervención experimentalista*. En lugar de un régimen de imposición por el juez de reglas rígidas y verticales, contenidas en prohibiciones amplias y genéricas, la aproximación experimentalista acentúa la negociación progresiva de las partes involucradas, que son las que acuerdan y fijan discrecionalmente las reglas de conducta apropiadas para resolver la situación, que a su vez por ser consideradas provisionales, son sometidas a revisión continua en un marco de transparencia por la publicidad de los procedimientos judiciales. Se institucionaliza, de ese modo, un verdadero proceso de aprendizaje y de reconstrucción continua, de experimentación –“experimentalista”–, propia y característica del gobierno “interconectado” y “de múltiples niveles”, en el que los procedimientos para la toma de decisiones no son jerárquicos ni cerrados. La intervención de los tribunales, bajo esas premisas, tiende a “desestabilizar” las expectativas que tenían las partes antes de involucrarse en el litigio y promover la tutela de derechos que, en ese sentido, se califican como “desestabilizadores”, en tanto tienden a reconvertir instituciones públicas que exhiben falencias crónicas en la satisfacción de sus obligaciones y se encuentran aisladas y al margen del proceso de responsabilidad y control político. Precisamente, se sostiene<sup>24</sup>, el reconocimiento y la aplicación judicial de tales derechos “desestabilizadores” resultan útiles para inducir a que tales instituciones públicas cumplan más acabadamente con sus obligaciones legales y, al mismo tiempo, la intervención de tono experimentalista se torna coherente con la estructura del régimen de gobierno democrático tripartito.

Hemos de ver que la incipiente y desde luego acotada experiencia de los tribunales argentinos tiende a aproximarse, no sin algunas vacilaciones, hacia el modelo más precario de intervención remedial, al menos considerado en sus grandes líneas maestras<sup>25</sup>, si bien cabe avizorar un razonable desplazamiento hacia el experimentalismo.

### 1. Características típicas

Los conflictos de interés público<sup>26</sup> presentan notas singulares al menos en cuanto:

a) La ordenación e instrucción de la causa, caracterizada por el *activismo procedimental* y la *ampliación de los poderes del juez*, y especialmente por la posibilidad del dictado de medidas de urgencia<sup>27</sup>, en consonancia todo ello con la tutela procesal diferenciada que corresponde a los derechos fundamentales en juego. En el modelo estructural, el principal instrumento de que se valen los jueces son los *mandamus* o

<sup>23</sup> SABEL, Ch. F. y SIMON, W. H., *Destabilization rights: how public law litigation succeeds*, 117 Harv. L.Rev., 1015, February 2004, p. 1019. Asimismo, BERGALLO, P., *Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público*, J. A. 2006-II, pp. 1165 y ss.

<sup>24</sup> SABEL, Ch. F. y SIMON, W. H., ob. cit., pp. 1067-1072, 1093.

<sup>25</sup> BERGALLO, P., ob. cit., pp. 1170-1171.

<sup>26</sup> BERGALLO, P., ob. cit., pp. 1171 y ss. ABRAMOVICH, V., *Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional... Homenaje argentino...*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, v. II, pp. 443 y ss. THEA, F. G., *Hacia nuevas formas de justicia administrativa. Apuntes sobre el “litigio estructural” en la Ciudad de Buenos Aires*, supl. La Ley Administrativo, febrero 2010, pp. 16 y ss. LORENZETTI, R. L., *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, pp. 18, 163 y ss.

<sup>27</sup> FISS, O., *El derecho como razón pública*, ob. cit., pp. 40-42, 46-47.

*injunctio*ns, y, por otro lado, se replantea la estructura de las partes y de la legitimación en los procesos colectivos, basada principalmente en los grupos sociales.

b) El *método dialogal* impulsado por el tribunal<sup>28</sup> en un marco de mayor publicidad y transparencia del procedimiento en general, que “expone” a las partes y las compromete en la búsqueda de soluciones consensuadas al diferendo y, por otro, reserva a aquél la función arbitrador entre los intereses en conflicto. El *diálogo público* entre las partes se alienta con la esperanza de que sea fructífero, especialmente por la participación habitual de organismos administrativos o grandes corporaciones públicas o privadas; y se enriquece con la intervención de terceros, *amicus curiæ*, que expresan sus aportes con mira a la salvaguarda del interés general de la comunidad. Se trata —como se ha señalado<sup>29</sup>— de un modelo normativo basado en la institucionalización de procedimientos democráticos, un verdadero paradigma cooperativo de administración de justicia.

c) La decisión judicial no se agota en un “*tranche*” que dirima el conflicto hacia el pasado, sino que comúnmente se proyecta hacia el futuro y habitualmente tiende a incidir en las políticas públicas del sector involucrado. Sea para proponer nuevas o diferentes prácticas institucionales, o modificaciones en las estructuras burocráticas, que van mucho más allá del caso sometido a decisión. En ese sentido la jurisdicción asume una *función remedial*, porque la decisión está encaminada más hacia la búsqueda de “remedios” para la situación compleja que involucra fuertes intereses encontrados, de cara al futuro, que a dirimir el conflicto de base con criterios tradicionales: más que a la subsunción apunta a la ponderación de los principios y valores en disputa<sup>30</sup>.

En la doctrina constitucional se alude corrientemente, para clasificar los diversos tipos de intervenciones, a categorías tales como sentencias exhortativas, “apelativas” o “con aviso”, aditivas o intermedias<sup>31</sup>. La sentencia exhortativa agrega a la declaración del derecho, una “exhortación” para que se haga efectiva, dirigida a quien está obligado a cumplirla. Se consagra una obligación jurídica indeterminada, de valor político. No hay derecho a exigir su cumplimiento y su finalidad es llamar la atención fortaleciendo el debate público sobre el tema. El pronunciamiento también puede contener mandatos inyuntivos (*injunctio*ns) dirigidos a la Administración para hacer o no hacer, de acuerdo a un modelo orientado a los *resultados* o bien a los *procedimientos* o medios. En cambio los mandatos dirigidos al Congreso siempre son exhortativos y genéricos<sup>32</sup>.

En relación con la jurisprudencia de los tribunales argentinos, se ha elaborado una tipología de las distintas situaciones en que el Poder Judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas, que comprendería las siguientes categorías: 1. Intervenciones que tienden a transformar medidas de política pública discrecionales asumidas por el Estado, en obligaciones legales (v. gr., en el caso “Viceconte”, CNApel. en lo Cont. Adm. Fed., sala IV, 2-6-98, J. A. 1999-I, p. 485, referido a la fabricación de una vacuna contra una enfermedad endémica). 2. Intervenciones en las cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico (razonabilidad, adecuación, no

<sup>28</sup> SAGÜÉS, N. P., *El tercer poder. Notas sobre el perfil político del Poder Judicial*, LexisNexis, Bs. As., 2005, especialmente Cap. XXIV. COURTIS, C., *Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos*, J. A. 2006-II, pp. 1215 y ss. UCÍN, M. C., *El rol de la Corte Suprema ante los procesos colectivos*, RDP, 2009-1, pp. 329 y ss.

<sup>29</sup> ZANETI JUNIOR, H., *Processo constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil Brasileiro*, ed. Lumen Juris, R. de Janeiro, 2007, pp. 60-61, 264.

<sup>30</sup> BERGALLO, P., ob. cit.; COURTIS, C., ob. cit., pp. 1225 y ss.

<sup>31</sup> SAGÜÉS, N. P., *Las sentencias constitucionales exhortativas (“apelativas” o “con aviso”), y su recepción en Argentina*, La Ley, 2005-F, p. 1461 y ss., entre otros autores.

<sup>32</sup> LORENZETTI, R. L., ob. cit., pp. 179, 182-185.



discriminación, progresividad, transparencia, etc.) aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión; si el tribunal considera que existe incompatibilidad, reenvía la cuestión a los poderes correspondientes para que la reformulen, sin sustituirse en la elección de los medios, en base a una instrucción judicial fijada en términos generales<sup>33</sup> (v. gr., en los casos “Ramallo B.”, Cam. Cont. Adm. y Trib., CABA, Sala II, 12-3-2002; íd., “Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra F. A. y ot.”, 9-4-2002; “Mignone”, CSN, 9-4-2002; “Badaro”, CSN, 8-8-2006; “Verbitsky”, 3-5-2005; “Mendoza, B.”, 20-6-2006). 3. Intervenciones en las que los jueces, excepcionalmente, se ven forzados a determinar por sí el tipo de medida a adoptar ante la pasividad de los poderes políticos, al verificar la existencia de una única medida de política pública adecuada (v. gr., el caso “Campodónico de Beviacqua”, CSN, 24-10-2000). 4. Intervenciones en las que el tribunal se limita a declarar que la omisión del Estado es inconstitucional e ilegítima, sin disponer medida alguna de reparación, pero que pueden tener indiscutido efecto ante la opinión pública y los poderes políticos.

d) El “diálogo”, al cabo de la sentencia, pervive y se profundiza para facilitar el *cumplimiento* o la *ejecución* de lo decidido, mientras el tribunal escalona sus pronunciamientos con ese objetivo<sup>34</sup>. En el litigio estructural la etapa de los “remedios” prácticamente no termina hasta que el objetivo final sea alcanzado. Dicha etapa implica una larga y continua relación entre el juez y las partes durante la cual se van creando y diseñando los medios para renovar las condiciones que amenazan los valores constitucionales. El diseño del remedio determina nada menos que el tribunal resulte involucrado en la reorganización de la institución o servicio en funcionamiento, a través de una intervención constante y persistente. La ejecución pasa a constituirse en una etapa de continua relación entre el juez y las partes, un vínculo de supervisión a largo plazo que perdura hasta la satisfacción efectiva de los derechos reconocidos en la sentencia. El juez participa, de ese modo, en un “diálogo” con los otros poderes del Estado para la concreción del programa jurídico-político de la Constitución<sup>35</sup>.

La actuación judicial en la etapa de ejecución de sentencia no habrá de consistir en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente, sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos más o menos generales, cuyo contenido concreto habrá de ser construido a partir del diálogo que necesariamente se producirá entre las partes, incluyendo a la autoridad pública, y el tribunal. En consecuencia, en la etapa de ejecución corresponderá a la autoridad pública demandada (y vencida) determinar el modo más adecuado de cumplir con la sentencia de condena y, por su parte, el tribunal actuante controlará la adecuación de las medidas concretas a la orden que ha impartido.

Por la propia complejidad de las múltiples cuestiones involucradas resulta inevitable un lapso prolongado en la ejecución, con el efecto perverso de que a medida que transcurre el tiempo torna a identificarse, y confundirse, la decisión judicial con la gestión administrativa morosa, con el consecuente perjuicio para la imagen del servicio de justicia. Por esas razones, como se ha observado autorizadamente<sup>36</sup>, es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol. En la búsqueda de mecanismos adecuados para superar esas dificultades instrumentando garantías de implementación, una de las técnicas más adecuadas es el diseño, por el tribunal, de una “microinstitucionalidad” a partir de la fijación de objetivos, la descripción de etapas de ejecución y los plazos correspondientes, siquiera tentativos, y especialmente la designación de un encargado institucional de llevar adelante la ejecución del plan, radicado en la propia administra-

<sup>33</sup> Se trata de los denominados pronunciamientos constitucionales “exhortativos” (SAGÜÉS, N. P., ob. cit.).

<sup>34</sup> FISS, O., ob. cit., pp. 47-49.

<sup>35</sup> ABRAMOVICH, V., ob. cit., pp. 449-450.

<sup>36</sup> LORENZETTI, R. L., ob. cit., pp. 185-186.

ción, aunque con autonomía. El esquema se integra con el nombramiento de encargados del control de cumplimiento a cargo de organizaciones no gubernamentales que hubieran, en su caso, participado en el proceso judicial; y, todavía, de un control de transparencia de la gestión económico-financiera, a cargo de un ente público de auditoría. De ese modo, a través de la interacción de los diversos centros de interés que quedan involucrados, se incrementa la información disponible, se mejoran los procesos de toma de decisiones y se aumenta el control social sobre el ritmo y sentido de la ejecución<sup>37</sup>.

## 2. *El tratamiento de los conflictos de interés público en la CSN y otros tribunales argentinos*

El Alto Tribunal paulatinamente ha venido diseñando un conjunto de técnicas y procedimientos de aplicación a los conflictos de interés público. Lo ha hecho en ejercicio de potestades reglamentarias, por medio de acordadas generales –así, el régimen de audiencias públicas (acordada 30/2007) y la intervención de los “amigos del tribunal”<sup>38</sup>, en los conflictos en que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general<sup>39</sup>, con la finalidad de ampliar el debate judicial habilitando nuevos espacios de participación social, lo que contribuye a legitimar la actuación de los jueces<sup>40</sup>-. También, en los casos singulares, por medio de creación pretoriana, particularmente en ejercicio de las potestades de conducción y ordenación de las causas, tanto como de su instrucción probatoria, con especial énfasis en la búsqueda de soluciones concertadas e igualmente al tiempo del cumplimiento de sus pronunciamientos.

Con la plataforma reglada de las audiencias públicas y la participación de los “amigos del tribunal”, la Corte ha modelado por su propia creación diversas técnicas y procedimientos adecuados a la naturaleza y características de los conflictos de interés público o institucional, con la finalidad última de posibilitar el ejercicio de su poder supremo. Claro que lo propio cabe, por regla aunque con las salvedades del caso, a los jueces comunes cuando semejantes conflictos se radican bajo su competencia<sup>41</sup>. En tal sentido, puede afirmarse que viene operando una suerte de saludable efecto de “derrame”.

2.1. En el conocido caso “Beatriz Mendoza” comparecieron como demandantes grupos de sujetos individuales afectados, varias asociaciones ambientalistas, grupos

<sup>37</sup> Ob. cit., pp. 186-188. Tal ha sido la estrategia y el método que fue diseñando la CSN en el caso “Beatriz Mendoza”.

<sup>38</sup> Sobre los antecedentes de la figura del *amicus curiae*: CUETO RÚA, J. C., *Acerca del “amicus curiae”*, La Ley 1998-D, p. 721. Está prevista igualmente en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: BAZÁN, V., *El “amicus curiae”...* J. A., 2003-II, p. 997 y ss. En relación al derecho brasileño: MARINONI, L. G., *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional*, Rev. Peruana Der. Proc., Lima, 2008, v. XI, pp. 260-261. Asimismo, CAMBI, E. y KLEBER, R. D., *“Amicus curiae” e o processo coletivo. Uma proposta democrática*, RePro, 192, feb. 2011, pp. 13 y ss.

<sup>39</sup> La CSN rechazó la intervención de diversas instituciones y profesionales a título personal en la causa en que se discutía la aplicación del ajuste por inflación por el pago del impuesto a las ganancias, en tanto la presentación tenía por objeto que la causa fuera resuelta en un determinado sentido, en coincidencia con el interés pecuniario particular de los presentantes, que resulta incompatible con la imparcialidad que se requiere (Fallos, 329:4590; La Ley, 2006-F, p. 749).

<sup>40</sup> TRIONFETTI, V., *El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del “amicus curiae”*, La Ley, Supl. Constitucional 2003-F, p. 68 y ss. GELLI, M. A., *Las fuentes del “poder” de la Corte Suprema*, La Ley, 2003-E, p. 1317. VERBIC, F., *Propuesta para regular la figura del “amicus curiae”...*, La Ley Actualidad, 17-3-2009.

<sup>41</sup> Algunos tribunales aplican principios típicos de los litigios de interés público: Cám. Cont. Adm. y Trib., CABA, Sala I, sentencias del 25-6-2007, 23-12-2008, cits. Juzg. Cont. Adm. Nº 1, La Plata, 10-11-2008, cit., entre otros.



de asociaciones que representaban los intereses de los vecinos de la cuenca y el Defensor del Pueblo de la Nación. Los demandados eran el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y un grupo de cuarenta y cuatro empresas que supuestamente vertían sustancias contaminantes en el curso de agua. El tribunal utilizó libremente sus potestades ordenatorias e instructorias, flexibilizando el principio preclusivo; requirió a los Estados involucrados la presentación en plazos perentorios de un plan integrado y completo basado en el principio de progresividad, para el logro de objetivos en forma gradual a través de metas proyectadas en un cronograma<sup>42</sup>. Todo lo cual fue expuesto y recibido en audiencias públicas. Mediante la decisión del 8 de julio de 2008 resolvió de modo definitivo la pretensión de recomposición y prevención del daño ambiental, destacando que el objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con las finalidades perseguidas, pero respetando el modo en que se concreta, lo que –aclaró– corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. En cuanto a la ejecución, ha previsto la participación ciudadana en el control del cumplimiento del plan de saneamiento y del programa fijado, encomendando al Defensor del Pueblo de la Nación coordinar tal participación, mediante la conformación de un cuerpo colegiado integrado por las organizaciones no gubernamentales intervinientes en la causa. Se abrió de ese modo un espacio para la revisión y reconstrucción de las políticas públicas cuestionadas con la debida participación de los afectados y de los sectores responsables, tanto estatales como privados.

2.2. En otro caso emblemático, el Alto Tribunal, en el amparo colectivo deducido por el CELS para que se brinde solución de acuerdo a los convenios internacionales a la situación de las personas detenidas en los establecimientos penitenciarios y policiales de la Provincia de Buenos Aires, en situación de superpoblación carcelaria atentatoria de derechos humanos fundamentales, así como para el diseño de políticas públicas necesarias para impedir la reproducción de tales situaciones en el futuro<sup>43</sup>, dispuso una serie de medidas tendientes a impulsar el diálogo entre las propias partes a fin de una búsqueda de soluciones efectivas, incluyendo la adecuación de la legislación procesal y de ejecución penal y, por ende, modificación de las políticas de seguridad en los establecimientos penitenciarios. La Corte sostuvo que “las políticas públicas eficaces requieren discusión y consenso” y encomendó al gobierno provincial la organización de una mesa de diálogo con el CELS y otras organizaciones nacionales e internacionales, que se habían presentado en la causa como *amicus curiae*; al mismo tiempo exhortó a los Poderes Legislativo y Ejecutivo para que adecuen la legislación en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales<sup>44</sup>.

2.3. En un caso similar, vinculado con el grave estado de los establecimientos carcelarios en la Provincia de Mendoza, en relación a los cuales la CIDH había conminado al Estado argentino para la adopción en forma inmediata de medidas necesarias para proteger eficazmente la vida e integridad personal de los reclusos, que debían ser implementadas en coordinación efectiva y transparente entre las autoridades provinciales y federales, ante un reclamo por vía de amparo colectivo por el incumplimiento de tales decisiones, la CSN intervino a través de sucesivos pronuncia-

<sup>42</sup> MORELLO, A. M., *Aperturas y contenciones de la Corte Suprema... en Nuevos enfoques sobre el derecho civil, comercial y procesal. “Liber amicorum”*, ed. UN Sur, 2007, pp. 21 y ss.; id., *La CS argentina y el derecho ambiental*, en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino...*, ob. cit., v. I, pp. 115 y ss.

<sup>43</sup> “Verbitsky, Horacio s/Hábeas corpus”, sentencia del 3-5-05, *Fallos*, 328:1146. BERTOLINO, P. J., *El hábeas corpus colectivo...* en *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Homenaje argentino...*, ob. cit., v. I, pp. 425 y ss. GULLCO, H., *Garantías en el proceso penal en La Corte y los derechos. 2005-2007*, ADC, Siglo XI ed., Bs. As., 2008, pp. 314-324.

<sup>44</sup> Un amplio análisis, desde la perspectiva que estudiamos, puede verse en COURTIS, C., *Tutela judicial efectiva...*, ob. cit., pp. 1225 y ss.

mientos<sup>45</sup>. Comenzó por advertir sobre la gravedad del incumplimiento del mandato de la CIDH, requiriendo a la provincia involucrada información sobre las medidas adoptadas y la separación entre presos jóvenes y adultos, y al cabo de ello, intimó al Estado nacional a dar estricto cumplimiento a las medidas provisionales que había dispuesto la CIDH, instruyendo a todos los tribunales provinciales para que hagan cesar con la urgencia del caso, toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante. Finalmente, la Corte resolvió cuestiones procesales relativas a la acumulación de acciones y de competencia.

2.4. En otro conflicto de ribetes colectivos tramitado en el fuero penal, relativo a la situación de personas acusadas por hechos presuntamente cometidos antes de cumplir los 16 años de edad y donde se alegaba la inconstitucionalidad del régimen penal respectivo, en cuanto permitía la ilegítima privación de la libertad de los menores en cuestión, a pesar de no ser penalmente punibles, y se solicitaba consecuentemente la libertad de quienes se encontraban en tal situación y la extensión de la decisión hacia el futuro. Al tomar intervención la Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, convocó a una “mesa de diálogo” con intervención de la Fundación Sur que había promovido la demanda de amparo colectivo, autoridades del gobierno nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, y al cabo se pronunció declarando la inconstitucionalidad y ordenando la liberación progresiva de los detenidos en el término de noventa días<sup>46</sup>. La CSN admitió el recurso extraordinario que se dedujo, suspendiendo la resolución recurrida y, finalmente, revocó la sentencia anterior destacando que si bien era cierto que no se había adecuado el texto vigente impugnado a la letra de la CN, y especialmente a la Convención sobre los Derechos del Niño, ello no autorizaba sustituir por vía pretoriana el régimen vigente, lo que implicaría invadir competencias propias de los otros poderes del Estado. Decidió, en definitiva, requerir al Poder Legislativo la modificación de la normativa para adecuarla a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la CN<sup>47</sup>.

2.5. Un activismo semejante vienen desplegando algunos tribunales de grado que asumen, aunque excepcionalmente, el manejo de conflictos de interés público adoptando en buena medida los lineamientos señalados por la CSN. En especial, en el marco de acciones colectivas que persiguen la tutela del derecho a la salud y sus conexas. Buen ejemplo de ello lo ofrecen las sentencias de la Cám.Nac.Cont.Adm. y Trib., CABA, Sala I, del 25-6-2007<sup>48</sup> y del 23-12-2008<sup>49</sup>. Esta última confirmó el pronunciamiento de primer grado, declarando procedente una acción de amparo colectivo incoada contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto de que se ordene la inmediata ejecución de diversas obras y actos necesarios para generar condiciones de seguridad y habitabilidad mínima en un hospital neuropsiquiátrico, como asimismo el establecimiento de un programa de reparación total de las condiciones edilicias. El tribunal, al cabo de realizar sucesivas audiencias públicas con la participación más amplia de las partes, como también de la Defensoría del Pueblo, la Procuración General y el representante del Ministerio Público Tutelar, en las que se debatieron en profundidad las políticas públicas de salud mental y la situación del nosocomio, tanto como la alegada imposibilidad presupuestaria invocada por el Estado, concluyó acogiendo el amparo colectivo. Resolvió que debía procederse por la

<sup>45</sup> “Lavado, Diego J. y otros c. Provincia de Mendoza y otros”, sentencias del 6-9-2006, *Fallos*, 329:3863; 13-2-2007, *Fallos*, 330:111; 20-3-2007, *Fallos*, 330:1135. Un análisis pormenorizado del tratamiento del caso puede verse en GULLCO, H., ob. cit., pp. 324-326.

<sup>46</sup> Cám. Nac. Cas. Penal, sala III, 11-12-2007, “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”, voto de la Dra. A. Ledesma.

<sup>47</sup> CSN, 2-12-2008, *Fallos*, 331:2691.

<sup>48</sup> La Ley, 2007-E, p. 100, con nota de I. A. D'ARGENIO, *La imposibilidad de excusar la lesión de derechos humanos sobre la base de consideración de índole presupuestaria...*

<sup>49</sup> La Ley Supl. Administrativo, feb. 2010, pp. 16 y ss., con nota de THEA, F. G., *Apuntes sobre el “litigio estructural” en la Ciudad de Buenos Aires*.

Municipalidad a diseñar un plan tendiente a dotar al hospital público de condiciones de habitabilidad, llevando a cabo las obras, reparaciones y remodelaciones necesarias, de forma tal que se respete la dignidad de los pacientes y garantice su atención adecuada; a tal efecto debía presentar, en plazo perentorio, un cronograma de las distintas etapas y tareas que insumirá la ejecución de dicho plan; sin perjuicio de proveer a los pacientes de mobiliario y ropas adecuadas, implementar medidas de seguridad y otras prestaciones específicas.

### 3. *Los litigios de interés público en la experiencia colombiana*

La Corte Constitucional de Colombia se ha destacado especialmente por su activismo en la protección de los derechos fundamentales colectivos, elaborando una rica doctrina jurisprudencial a partir de la interpretación de los preceptos de la Constitución Política de 1991 y el ejercicio del control de constitucionalidad. El Alto Tribunal pergeñó la doctrina del “estado de cosas constitucional”, según la cual la violación de los derechos fundamentales puede ser el resultado de fallas estructurales en la prestación de un servicio, y no simplemente de arbitrariedad cometida por un funcionario estatal, en cuyo caso se requiere de una acción mancomunada de varios poderes, incluyendo el Judicial, para resolver el problema y de esa manera proteger las garantías demandadas (sentencias SU-559 de 1997 y SU 225 de 1998). Doctrina que aplicó, entre otros supuestos, cuando estaba en consideración la inhumana condición de hacinamiento de las personas internas en los centros penitenciarios de Colombia, ordenando que se elaborara un plan de construcción y refacción carcelaria, el cual debía incorporarse al plan de desarrollo (sentencia T-153 de 1998). Contemporáneamente, consagró la doctrina del “mandato superior de erradicación de injusticias presentes”, en desarrollo del art. 13 de la aludida Carta, para proteger las situaciones humanas límite, producidas por la extrema pobreza e indigencia que afectan la dignidad humana, en su “mínimo vital”, autorizando la intervención de los jueces ante la desatención estatal (sentencia SU 225 de 1998)<sup>50</sup>.

Recientemente, la Corte analizó diversas acciones vinculadas con el derecho a la salud, declarando la existencia de numerosas violaciones en los veintidós casos presentados y ordenó a las autoridades sanitarias responsables la adopción de las medidas necesarias para solucionar las causas estructurales que producen la deficiente prestación de los servicios, incluyendo la unificación de los planes de salud (Plan Obligatorio de Salud), que carecían de sustentabilidad financiera y otros defectos estructurales (sentencia T-760 de 2008). El Ministerio del ramo procedió a presentar un nuevo plan de cobertura, unificado, cuya implementación comenzará en el año 2014.

Un supuesto notable, por la extraordinaria complejidad de las cuestiones que abarca, ha sido el que involucra a los desplazados internos, una vastísima población itinerante que sufre el desarraigo de su desplazamiento territorial como consecuencia de la agudización de los conflictos armados, y que configuran situaciones de grave afectación de los derechos humanos, necesitadas de urgente atención de las entidades del Estado<sup>51</sup>. En la sentencia T-025/04, la Corte intervino en una “megacausa”, en la que declaró un estado de cosas inconstitucional, debido a las inconsistencias y precariedad de la política estatal, ordenando a las autoridades nacionales reformular y clarificar las estrategias frente al desplazamiento forzado, a fin de atender las necesi-

<sup>50</sup> BALANTA MEDINA, M. P., *El juez como protagonista en la transformación de las políticas públicas*, en *30 Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, ULC, Bogotá, 2009, pp. 462-464.

<sup>51</sup> Una descarnada y patética descripción de la tan compleja situación que aflige a Colombia desde hace varias décadas, por la violencia irracional de una guerrilla endémica y de las fuerzas paramilitares insurgentes, asociadas todas al narcotráfico, con la secuela de la apropiación ilegítima de las tierras que originara el desplazamiento masivo poblacional, puede verse en VILLAMIL PORTILLA, E., *La independencia judicial en Iberoamérica: una perspectiva colombiana. Judicatura y política*, en *Derecho Procesal contemporáneo*, coord. R. Tavolari Oliveros, ob. cit., v. I, pp. 73 y ss.

dades básicas de esas poblaciones. En la parte dispositiva se incluyeron varias órdenes: se comunicó el estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional de Atención de la Población Desplazada, órgano encargado de formular la política y de garantizar la asignación presupuestaria para los programas respectivos, a fin de que en esa instancia se determine la forma de superar la insuficiencia de recursos y las falencias en la capacidad institucional. Asimismo, estableció un plazo para que dicho organismo defina la dimensión del esfuerzo presupuestario requerido para atender los compromisos definidos en la política fijada y establezca la forma como contribuirán a ese esfuerzo la Nación, las entidades territoriales y la cooperación internacional. Comunicó igualmente la decisión a los funcionarios responsables. También dejó establecido que si después de fijar las pautas presupuestarias en cuestión, el Consejo concluye que los compromisos asumidos en la política estatal y definidos en la ley 387 de 1997 y otros documentos, no podrán ser cumplidos, en aras de los principios de transparencia y eficacia, podrá redefinir tales compromisos de tal modo que exista concordancia entre las obligaciones jurídicas definidas mediante procesos democráticos por las autoridades competentes, y los recursos efectivamente destinados a cumplir tales obligaciones, por otro. Dicha redefinición deberá hacerse públicamente, ofreciendo oportunidad suficiente de participación a los representantes de las asociaciones de desplazados, y expresando las razones específicas que justifican tal decisión; sin que la afectación de derechos que resulte de las restricciones presupuestarias pueda ser discriminatoria ni permanente o definitiva, debiendo en todo caso asegurarse el goce efectivo de los mínimos de los cuales depende el ejercicio del derecho a la vida en condiciones de dignidad. La Corte determinó, además, un amplio catálogo de derechos que se reconocen a los desplazados, que deberán ser inmediatamente respetados por la autoridad administrativa.

La Sala Plena del Tribunal asumió el seguimiento a la ejecución de las órdenes impartidas en la Sentencia T-025 de 2004 y autos de cumplimiento en marzo de 2009, para lo cual creó una Sala Especial de Seguimiento –SES– integrada por tres magistrados, que mantendrá su competencia hasta la superación del estado de cosas inconstitucional declarado por la CC. La SES ha asumido tres líneas de trabajo: 1) seguimiento a la reformulación e implementación eficaz de cada uno de los componentes de *políticas públicas* en atención integral a la población desplazada; 2) el fortalecimiento de la *coordinación* interinstitucional y la corresponsabilidad entre la Nación y las entidades territoriales; y 3) el *enfoque diferencial* en materia de atención a mujeres, niños, personas y comunidades indígenas, afrodescendientes, personas con discapacidad y de la tercera edad<sup>52</sup>.

La ejecución de la sentencia de inconstitucionalidad quedó a cargo de la SES, ante la persistencia de la situación de vulneración de las garantías fundamentales por el estancamiento sistemático e integral en el goce efectivo de todos los derechos de las víctimas. La SES se centró en el estudio de todos los antecedentes, la evolución y las posibles fórmulas de solución a los problemas detectados en la reformulación de los componentes de la *política pública* de atención y prevención al desplazamiento forzado, entre ellos: prevención y protección, ayuda humanitaria de emergencia, salud, educación, vivienda, generación de ingresos, reubicación, reparación, etc. A esos fines, entre 2009 y 2010 convocó siete audiencias públicas con distintas autoridades territoriales y del gobierno nacional, diversas organizaciones de la sociedad civil, observadores nacionales e internacionales, representantes de los pueblos indígenas y de comunidades afrocolombianas. En el mismo lapso, la SES dictó numerosas resoluciones, especialmente medidas cautelares urgentes y de protección inmediata para la salvaguarda de derechos fundamentales de comunidades indígenas y afrocolombianas<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> VARGAS SILVA, E., *El papel de la Corte Constitucional. La tragedia del desplazamiento forzado*, en *Revista Judicial*, Consejo de la Magistratura, Bogotá, junio de 2010, pp. 20-21.

<sup>53</sup> VARGAS SILVA, E., ob. cit.

En Colombia, se ha afirmado, la restitución de las tierras a los desplazados es un desafío de la justicia, y (sin embargo) ésta carece de los elementos legales necesarios para revertir el proceso de desalojo y restituir a los (verdaderos) dueños, pues en la adquisición de las tierras por los nuevos dueños concurren, además de la violencia, los dineros del narcotráfico y los recursos públicos... Esta amalgama de fuentes impide en la práctica la reparación de las víctimas y se constituirá –se alerta– en una frustración en la que el aparato de justicia saldrá necesariamente deslegitimado ante la sociedad<sup>54</sup>.

### III. El fenómeno de la judicialización de los conflictos y la participación de los jueces en las políticas públicas

#### 1. Una visión comparativa y sociológica

A esta altura de nuestro discurso conviene introducirse desde una perspectiva amplia y abarcadora de las experiencias que muestra el derecho comparado, en clave sociológica, al multifacético fenómeno de la judicialización y su correlato de la intervención, en grados siempre diversos, de los jueces en la configuración de las políticas públicas.

En realidad –como se ha sostenido<sup>55</sup>– existe un estrecho vínculo entre el rol y los espacios de poder atribuidos a los jueces en un sistema determinado, en puja con los que son propios de los otros poderes políticos, y la propia concepción del Estado contemporáneo en su evolución para adecuarse a las exigencias de la sociedad.

El creciente protagonismo que los propios jueces vienen asumiendo y el activismo que desarrollan son síntoma y al mismo tiempo producto de una doble falencia del Estado que se deriva de la crisis del Estado de bienestar y, por otro lado, de la declinación del sistema democrático y representativo. Así, el mayor involucramiento de los jueces se verifica para contrarrestar los actos atentatorios de los principios republicanos, como la falta de transparencia de los negocios públicos, el menoscabo de la ética pública o el menosprecio del principio de separación de poderes. Y, también, especialmente, para asegurar la efectividad de los derechos a la salud, a la seguridad social, y en general, de los derechos económicos, sociales y culturales, la protección de los consumidores y del medio ambiente, ante la inercia del Estado y su impotencia para actuar positivamente en la aplicación de las políticas correspondientes y, aun, para proteger a los beneficiarios contra los abusos de los terceros prestadores.

Esa doble defeción del Estado, para algunos, ha inducido un hecho excepcional, una suerte de desplazamiento del núcleo de legitimidad del Estado, del Poder Legislativo y del Ejecutivo hacia el Poder Judicial, ahora dotado de legitimación democrática, lo que enfatiza más que nunca la necesidad de su independencia funcional, como condición necesaria para el desempeño cabal de sus roles. Este fenómeno –sostiene el prestigioso sociólogo lusitano Boaventura DE SOUSA SANTOS<sup>56</sup>– si bien puede ser transitorio, apunta de todos modos a una nueva forma de Estado, superadora del Estado de bienestar. Se trata de una tendencia prácticamente universal, que se viene experimentado, claro que con distintas dimensiones y bajo sistemas diferentes de control de constitucionalidad, en los países centrales –EE. UU., Europa– al igual que en los que se encuentran en desarrollo –como los latinoamericanos– y aun en los periféricos. Se alerta, sin embargo, que la *judicialización de la política* puede derivar en una verdadera trampa para la justicia, atrapada en el dilema de tener toda la potencialidad para actuar, pero un muy menguado poder para imponer a los poderes políticos que se cumplan sus decisiones, de modo que las expectativas del activismo

<sup>54</sup> VILLAMIL PORTILLA, E., ob. cit., p. 82.

<sup>55</sup> DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica*, ILSA, Bogotá, 2009, pp. 422 y ss.

<sup>56</sup> Ob. cit., pp. 425-426.

judicial pueden prontamente erosionarse, por exceder en mucho aquello que los tribunales pueden conseguir realmente<sup>57</sup>.

## 2. *Las vicisitudes de la ejecución de la sentencia en un caso emblemático de la CSN*

El muy complejo caso “Beatriz Mendoza” en trámite ante el Alto Tribunal muestra al desnudo las dificultades extraordinarias que plantea la ejecución de lo decidido. El cumplimiento de las diversas obligaciones impuestas al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma y a la Autoridad de la Cuenca hídrica Matanza-Riachuelo (ACUMAR), por la sentencia de la Corte del 8 de julio de 2008, viene sufriendo reiteradas postergaciones hasta la actualidad (abril de 2011), las que motivaran diversas resoluciones del propio Tribunal y del juez federal delegado tendientes a impulsar el trámite de la satisfacción concreta. Al cabo de diversas vicisitudes, incluyendo la aplicación de sanciones pecuniarias a título de *astreintes*, a los funcionarios renuentes, la Corte convocó a la audiencia pública del 16 de marzo de 2011, a la que concurrieron los representantes de los Estados involucrados, de la Autoridad de la Cuenca y de los organismos constitucionales de control y fiscalización, con la finalidad de que se ilustre oralmente sobre todas las circunstancias concernientes al genuino estado de cumplimiento de las mentadas obligaciones. El resultado de la audiencia fue, en verdad, decepcionante, pues quedó en clara evidencia la falta de avances, no obstante los más de dos años y medio transcurridos, en la concreción de los compromisos a cargo de todos y cada uno de los entes públicos involucrados. La contaminación ambiental ha seguido su curso; la ACUMAR se había comprometido a erradicar todos los basurales existentes al cabo de dos años, sin embargo ahora hay 68 basurales más que entonces. La capacidad de carga del curso de agua sigue sobresaturada por la concentración de vertidos industriales contaminantes, mientras la Autoridad de la Cuenca apenas cuenta con 34 inspectores, insuficientes para controlar las aproximadamente 14.000 empresas instaladas en los márgenes de la cuenca. No existen todavía datos de medición de la contaminación del aire y agua; lo que es aún más dramático, un muestreo que ACUMAR realizó sobre aproximadamente 1.000 niños y adolescentes que viven en la ribera, permitió detectar que el 90% tiene concentración de plomo en sangre, sin que existan programas de seguimiento de los afectados. Por añadidura, en la audiencia surgieron sospechas sobre falta de transparencia en el uso de los fondos asignados presupuestariamente. Sólo un porcentaje ínfimo de dichos fondos pudo ser auditado por el Auditor General de la Nación. Los plazos de ejecución de las obras están desfasados y se ejecutó tan sólo el 54% del préstamo otorgado por el BID en 1998 con destino al saneamiento de la cuenca<sup>58</sup>. Ante este tan frustratorio como descorazonante panorama, la Corte fijó una nueva audiencia pública para el 1º de junio de 2011 a fin que los funcionarios responsables amplíen sus manifestaciones sobre aspectos en que la gestión del plan integral resulta morosa y aclaren el manejo y destino de los fondos asignados. Para ese entonces habrán transcurrido infructuosamente casi tres años de dictado el pronunciamiento del tribunal.

Resulta notorio que el activismo comprometido que viene desplegando la CSN en esta causa estelar, al igual que en otras ya mencionadas, acompañado por algunos tribunales inferiores, no se compadece con la inercia de los poderes políticos en general, que han demostrado escaso interés en modificar sus tradicionales posturas desdeñosas o, cuando menos, inoperantes, en el cumplimiento de las obligaciones

<sup>57</sup> Ob. cit., pp. 426-428. Si algo evidencia el paradigmático caso de la SC norteamericana “*Brown vs. Board of Education*” es que hasta el tribunal más poderoso puede mostrarse relativamente impotente para alterar en concreto los patrones que rigen la vida de la sociedad (BARBOSA MOREIRA, J. C., *O poder da Suprema Corte...*, en RePro, N° 155, 2008, pp. 123-124); o, si se quiere, las políticas públicas fijadas por los poderes políticos.

<sup>58</sup> “La Nación”, Bs. As., 17 de marzo de 2011, p. 14.



puestas a su cargo. A lo cual se suma, en los últimos tiempos, una cada vez más baja institucionalidad republicana, que desdibuja el rol de los poderes y mengua ostensiblemente la eficacia de su ejercicio. El desenlace del tan plausible experimentalismo que viene practicando el Alto Tribunal no puede sino generar, hoy por hoy, fundados temores.

#### **IV. Las ventajas y desafíos que plantea el creciente activismo judicial en los conflictos de interés público**

El activismo judicial encuentra su cauce propicio en el campo de la tutela de los derechos fundamentales y, particularmente, en los asuntos de interés público, donde las ventajas que ofrece superan largamente los defectos y dificultades que pueda traer consigo. Como actitud de los jueces, está inescindiblemente ligado a un sentido progresista, evolutivo y transformador que insuflan a las decisiones, siempre enderezadas a la obtención de una finalidad trascendente a tono con los valores esenciales compartidos en la comunidad.

Claro que el mayor protagonismo que se reclama de los jueces, que presupone las correlativas responsabilidades políticas y sociales, conduce a generar un nuevo equilibrio en las funciones públicas, en la participación del poder “compartido” como nunca antes con los estamentos políticos de origen representativo. Sin embargo, esa más pronunciada injerencia judicial no sólo responde a las exigencias derivadas del ensanchamiento de las misiones del omnipresente “Estado benefactor”, que compromete por igual a todos los poderes que lo integran, sino también, y no menos principalmente, a la cada vez mayor y más pronunciada *participación social* de base. Son los diversos grupos y asociaciones de todo tipo que proliferan en la sociedad, deseosos de ocupar una plaza activa en la satisfacción del bien común y que, con su accionar, alimentan la “demanda social acumulada”<sup>59</sup>, que expresan sus reclamos ante los tribunales, a falta de respuestas de los demás poderes. Lo no menos novedoso es la potencialidad institucional del Poder Judicial que, una vez impelido, se torna un espacio privilegiado para el discurso democrático, un “*motor de democracia*” participativa<sup>60</sup>.

1. En ese contexto, una de las *ventajas* más notorias que ha de atribuirse genéricamente al activismo pretoriano es su contribución a la legitimación democrática de las decisiones y, con ello, a la del propio Poder Judicial. En los procesos de interés público, en especial, el diálogo interinstitucional, la democracia deliberativa en el espacio público judicial, la participación comunitaria en el debate transparente y bajo reglas de paridad, su contribución a la construcción de las políticas públicas, con avances experimentales y métodos de control de la ejecución de las decisiones, no implican, tan sólo novedosas técnicas e instituciones, sino que constituyen los soportes de base que permiten desempeñar en plenitud la misión esencial que corresponde a los tribunales. Se trata, nada menos, de arbitrar entre intereses contrapuestos en conflictos de alto voltaje económico, social e institucional, donde los poderes políticos del Estado son confrontados por importantes sectores de la sociedad que pujan por el reconocimiento, y sobre todo, por la efectividad en concreto, de sus derechos fundamentales, ante la renuencia o pasividad precisamente de aquéllos. Semejante activismo aporta “visibilidad” a los conflictos colectivos, los expone colocándolos en un lugar destacado de la agenda política<sup>61</sup>, lo que implica un aporte fundamental a la democracia deliberativa.

Otras *fortalezas* que se derivan de semejante exposición pública, con su puesta en escena, es que obliga a todos los partícipes a tratar con mayor seriedad los derechos fundamentales, en especial cuando se trata de los más sensibles, por su natural vulnerabilidad y la cuota de sufrimiento que su vulneración siempre aparece. La

<sup>59</sup> LORENZETTI, R. L., ob. cit., pp. 239-243.

<sup>60</sup> ZANETTI JUNIOR, H., *Proceso constitucional...* ob. cit., p. 46.

<sup>61</sup> LORENZETTI, R. L., ob. cit., pp. 239-240.



superioridad que supone el tratamiento judicial de los conflictos de interés público se manifiesta, por otra parte, en punto al avance en el desarrollo progresivo de los derechos fundamentales, implícito habitualmente en la agenda que diseñan los tribunales superiores. Más aún, semejante activismo posibilita un diálogo permanente que no sólo enlaza a los poderes del Estado durante el curso del proceso y aun durante la etapa de ejecución, sino también a los propios ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil, posibilitando una participación cooperativa en los asuntos públicos<sup>62</sup>.

2. Bien que semejante modelo exhibe ciertas *debilidades y flaquezas*, que se tornan notorias no sólo en el terreno del debate institucional, cuando se perfila al poder que integran los jueces como típicamente “contramayoritario” de cara a la fuente de legitimación, formalmente democrática, que enarbolan por oposición los demás poderes nacidos de la soberanía popular. Sin necesidad de ahondar en semejante conflicto, ni en los argumentos que se despliegan para salvar tales objeciones, lo cierto es que, e incluso desde una perspectiva favorable al activismo de los jueces, sus ínsitas debilidades refluyen y quedan al desnudo, en todo caso, en el momento crucial –“la hora de la verdad”– que es el de la ejecución de las decisiones judiciales.

Además de ello, resulta claro que los jueces carecen de capacidades indispensables, en términos de conocimientos especializados, para inmiscuirse en cuestiones propias de la administración. Como que otras de sus notorias debilidades provienen de los limitados recursos –humanos, organizacionales, presupuestarios– con los que cuenta el Poder Judicial para asumir una agenda más o menos nutrida de conflictos de interés público. Para atenderlos eficazmente, debería terminar organizando gabinetes de expertos que, en definitiva, vendrían a sustituir innecesariamente la burocracia de la propia administración, reproduciendo vicios similares a los que trata de enmendar. Como se ha señalado agudamente<sup>63</sup>, la avocación permanente del Poder Judicial respecto de asuntos que sustancialmente no le conciernen puede conducir a una deformación que es el “populismo judicial”, que produce ampulosas sentencias declarativas que concitan la atención pública, aunque despreocupadas de su escaso o nulo impacto real, con el consiguiente desprestigio de la magistratura.

3. La invocación común, para sustentar las ventajas del litigio de interés público, de la experiencia de la Corte Warren a mediados del siglo anterior, pone en evidencia un aspecto clave, recurrente en la discusión en torno de los poderes de los jueces para la promoción de cambios estructurales en la sociedad, cual es el de las circunstancias tan singulares del contexto en que aquel modelo activista por antonomasia pudo darse. De ahí que sea necesario alertar sobre la necesidad de bucear en las posibilidades reales que, en cada país, y en cada momento histórico existen para que tal acentuado rol protagónico pueda razonablemente florecer<sup>64</sup>.

Es precisamente por ello que ha podido afirmarse con acierto que el activismo no constituye una regla permanente, sino más bien el resultado de la conjugación de una serie de variables que interactúan bajo ciertas circunstancias<sup>65</sup>, entre ellas y además de la persistencia de una “demanda social acumulada” e insatisfecha, por la omisión de los otros poderes, un contexto de amplia independencia de los magistrados y fortaleza del poder jurisdiccional<sup>66</sup> y, especialmente aún, la existencia de un marco

<sup>62</sup> LORENZETTI, R. L., ob. cit., pp. 340-341.

<sup>63</sup> LORENZETTI, R. L., ob. cit., p. 242.

<sup>64</sup> Así, en relación con las circunstancias brasileñas se ha señalado que la actual realidad institucional exhibe muchos problemas que condicionarían posturas semejantes (THEODORO JÚNIOR, H.; NUNES, D. y BAHÍA, A., RePro, N° 189, 2010, pp. 12-14). De ahí que la propuesta sea comenzar a discutir con mucha seriedad las cuestiones que plantea la litigancia de interés público, con la prevención por la eventual utilización temeraria (p. 50).

<sup>65</sup> LORENZETTI, R. L., ob. cit., pp. 237-238.

<sup>66</sup> Sobre la independencia judicial y la lucha de los jueces colombianos en defensa de la democracia: VILLAMIL PORTILLA, E., ob. cit., pp. 78 y ss.

institucional adecuado –una alta institucionalidad, por el funcionamiento pleno de las instituciones de la Constitución democrática–.

4. El involucramiento de los jueces en tales conflictos, en definitiva, presupone la asunción de ingentes riesgos que pueden engendrar en los hechos motivos graves de desprestigio del propio Poder Judicial, atrapado entre la inutilidad del esfuerzo y los flacos resultados obtenidos. No se trata, sin embargo, de rehuir el desafío por complejo que sea, porque se defraudaría a la sociedad que ve en la jurisdicción al último baluarte de la tutela efectiva de los derechos.

Claro que la autoridad de los jueces no surge de ninguna peculiar superioridad moral como estamento, sino en todo caso de los límites de la función a través de la cual ejercen el poder<sup>67</sup>. La judicatura suscita respeto porque está aislada de la política e implicada en un diálogo especial con la sociedad. Los jueces están obligados a escuchar reclamos, a canalizarlos a través de un proceso dialógico, a asumir responsabilidades personales por sus decisiones y a justificarlas con base en razones socialmente aceptables. Ésa es la fuente de su legitimidad y autoridad. La función judicial tiene un contenido esencialmente público, más (o además) que resolver conflictos consiste en dar significado y expresión concretos a los valores públicos contenidos en el derecho, es decir los que definen una sociedad y le confieren su identidad y coherencia<sup>68</sup>.

En esa misión superior, la virtud de la prudencia debe guiar a los jueces para evitar inmiscuirse indebidamente en la confrontación de las políticas públicas, invadiendo esferas de poder por principio reservadas y propias de los poderes políticos. El Poder Judicial no tiene la tarea de imponer políticas públicas, sino de confrontar el diseño de políticas asumidas por los poderes políticos con los estándares jurídicos aplicables y –en caso de hallar divergencias– reenviar la cuestión a los poderes competentes<sup>69</sup>. Aun en los conflictos de interés público, en los que se reconoce a los tribunales poderes de dirección e instrucción exorbitantes, donde la transparencia, el método dialogal y la participación ciudadana refuerzan su legitimidad formal y aun sustantiva, la proyección de las decisiones para influir de algún modo en la construcción de las políticas públicas deben ser cuidadosamente sopesadas y confrontadas de cara a sus consecuencias previsibles. En ese delicado equilibrio, el rol judicial no está encaminado a sustituir la voluntad de las mayorías sino en todo caso a asegurar los procedimientos a través de los cuales se expresan, sosteniendo las reglas de juego institucionales<sup>70</sup>.

Todos los tribunales, y especialmente los superiores, han de ser celosos custodios de las garantías fundamentales y, para su aseguramiento en concreto, como integrantes de un verdadero y propio poder estatal, influyen y participan en la construcción de las políticas públicas, de consuno con los poderes políticos, de modo articulado y no confrontativo, en términos de un virtuoso “diálogo” interinstitucional. De la racionalidad como lo hagan depende el juicio y la valoración última e inapelable, que siempre corresponde a la comunidad.

<sup>67</sup> FISS, O., ob. cit., pp. 17 y ss., 34.

<sup>68</sup> FISS, O., ob. cit., pp. 18, 19, 23, 26 y ss., 30, 78, 88.

<sup>69</sup> ABRAMOVICH, V., ob. cit. pp. 449.

<sup>70</sup> LORENZETTI, R. L., ob. cit., pp. 243-244.

**INFORMES NACIONALES**



## LA TUTELA DE LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES (DIFUSOS Y COLECTIVOS) EN EL ORDENAMIENTO CHILENO

por MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN\* y JOSÉ PEDRO SILVA PRADO\*\*

### I. Introducción

En el ordenamiento chileno no existe una regulación sistemática de la tutela procesal de los derechos e intereses colectivos<sup>1</sup>. Hasta el año 2004 ni siquiera encontrábamos una reglamentación propia para esta materia. Apenas hallábamos ciertas disposiciones especiales dispersas que contemplaban algunas acciones colectivas, pero con una regulación procesal que no difería sustantivamente de los procedimientos individuales.

Además, en el ámbito doctrinal y jurisprudencial esta forma de tutela jurisdiccional prácticamente no había sido abordada. Sin ir más lejos, en la literatura nacional denominaciones como “acciones colectivas”, “procesos colectivos”, “tutela procesal de derechos e intereses colectivos”, “tutela judicial de derechos e intereses supraindividuales”, “derechos individuales homogéneos” u otras análogas, no eran utilizadas. La procesalística chilena carecía de trabajos que abarcaran esta temática, salvo puntuales excepciones<sup>2</sup>.

\* Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes.

\*\* Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup> Sobre las denominaciones y calificaciones jurídicas asociadas a éstas, véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES e HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 39 ss.; GIDI, A., “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, coord. A. Gidi y E. Ferrer Mac-Gregor, Porrúa, México, 2003, pp. 25 ss. En nuestro medio, puede verse AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, vol. 33, N° 1, 2006, pp. 69 ss.

<sup>2</sup> De lo poco que existía, destacamos lo siguiente: refiriéndose a las acciones colectivas, aunque con otra denominación, GONZÁLEZ MORALES, F., “Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público”, en *Las acciones de interés público, Argentina, Chile, Colombia y Perú*, Edit. F. González Morales, Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 7, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 1997, pp. 15 ss.; VIVEROS, F., “Relatoría sobre las acciones de interés público en Chile”, en *Las acciones...* cit., pp. 89 ss; FERNÁNDEZ FREDES, F., “La acción de interés público en la tutela de los derechos de los consumidores”, en *Las acciones...* cit., pp. 303 ss.; PEÑA GONZÁLEZ, C., “Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno: antecedentes dogmáticos y conceptuales”, en *Las acciones...* cit., pp. 353 ss. Con alusión a los intereses colectivos y difusos, PFEFFER URQUIAGA, F., “Tutela jurisdiccional de los derechos del consumidor”, en *Gaceta Jurídica*, N° 205, julio 1997, pp. 21 ss.; AA. VV., *Defensa jurídica del interés público. Enseñanza, estrategias, experiencia*, Edits. Felipe González y Felipe Viveros, Cuadernos de Análisis Jurídico, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, N° 9, Santiago, 1999. Una referencia general a las acciones y procesos colectivos, con citas bibliográficas importantes, en ROMERO SEGUÉL, A., “Aspectos procesales de las acciones para la protección de los consumidores”, en *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Edit. H. Corral Talciani, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santiago, 1999, pp. 311 ss. Con expresas referencias a la tutela jurisdiccional de intereses difusos y a las denominadas “acciones

La situación cambió con la dictación de la Ley N° 19.955 de 14 julio 2004, por la cual se introdujeron diversas modificaciones a la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC). Entre ellas, se reformó el Título IV de la ley, que pasó a regular los procesos colectivos; se definió legalmente a los “intereses difusos” e “intereses colectivos”; y se incluyeron especiales normas en materia de legitimación activa y cosa juzgada.

## II. Plan expositivo

El plan expositivo que utilizaremos para abordar la regulación del ordenamiento jurídico chileno sobre la tutela procesal de los derechos e intereses colectivos será el que sigue. Primero, expondremos un panorama general de la situación dentro de nuestro derecho, haciendo alusión a la Constitución Política, a algunas leyes especiales y al Código de Procedimiento Civil. En segundo lugar, haremos un breve análisis del procedimiento colectivo para la defensa de intereses colectivos y difusos contemplado en la Ley de Protección del Consumidor (Ley 19.496) que, entre nosotros, contiene el estatuto procedimental más completo.

## III. Panorama del derecho chileno

### 1. Generalidades

Como anticipamos, en el Derecho chileno no tenemos una regulación sistemática de esta materia. La normativa está desperdigada en distintos cuerpos legales, sin preceptos uniformes; no hay una legislación general o supletoria para este rubro; y existen cuestiones derechamente omitidas, como la regulación especial de la tutela de derechos e intereses individuales homogéneos, y la acción colectiva pasiva. No existe tampoco a nivel constitucional un reconocimiento explícito en relación a estos derechos e intereses supraindividuales ni a su tutela. En los párrafos siguientes se abordan sucintamente estas cuestiones.

### 2. Tutela constitucional

En el ámbito constitucional, el art. 20 de la Constitución (CPE) consagra el mecanismo denominado “recurso de protección”, consistente en una acción que es conocida y resuelta por los tribunales superiores de justicia de nuestro país (Cortes de Apelaciones, en primera instancia, y Corte Suprema, en segunda). Su objeto es brindar tutela efectiva a ciertos derechos fundamentales, entre los cuales se cuenta el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y a la propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

Los términos usados por la norma son amplios tanto en el tema de la legitimación activa como en lo referido a los efectos de la sentencia. De ahí que en nuestro concepto el recurso de protección podría ser usado como instrumento para reclamar tutelas colectivas de derechos como los señalados, u otros. Sin embargo, la interpretación predominante es restrictiva, y en la práctica judicial esta acción no ha operado para la tutela colectiva.

### 3. Legislación

En cuanto a la legislación, hallamos distintos tipos de regulaciones.

a) En ocasiones, las normas abordan en conjunto todo el tema de la tutela procesal

de clases”, OELCKERS JEREZ, M., *La tutela de los intereses difusos: la acción de clases*, Memoria de prueba, Universidad de Concepción, 1995, en especial pp. 24 ss. También encontramos trabajos extranjeros publicados en Chile, como el de FERNÁNDEZ SEGADO, F., “La tutela de los intereses difusos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, vol. 20, N° 2 y 3, 1993, pp. 251 ss.

de derechos e intereses colectivos. Así ocurre con la legislación sobre protección de los derechos de los consumidores, a la que nos referiremos en el subsiguiente acápite.

b) En otros casos, la regulación está dirigida a determinar ciertas acciones colectivas y el régimen de legitimación activa. Es lo que sucede con la Ley N° 19.300 sobre bases generales del medio ambiente del año 1994, cuyos arts. 53 y 54 se refieren a tales aspectos. El primer precepto consagra la llamada “acción ambiental” para “obtener la reparación del medio ambiente dañado”. El segundo reconoce legitimación para entablar esta acción (la norma comienza señalando: “Son titulares de la acción ambiental...”) a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, así como a las municipalidades, por hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y al Estado, quien podrá actuar por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

En materia de protección del medio ambiente, se ha dicho que la responsabilidad por daño ambiental regulada por la Ley N° 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, “sólo se refiere al caso que el daño ambiental ya se ha verificado, y no se coloca en la situación del daño inminente”, acotándose que “en otras leyes especiales existen acciones populares que pueden utilizarse en resguardo del medio ambiente (art. 12. del D. L. 3557; art. 128 del Código de Aguas; arts. 149 y ss. de la Ley de Urbanismo y Construcciones; art. 42 de la Ley N° 17.288, sobre Monumentos Nacionales; art. 5 de la Ley N° 18.378, sobre protección de la agricultura; art. 30 de la Ley N° 18.362; art. 161 del Código Sanitario)”<sup>3</sup>.

c) En otros lugares, el legislador ha contemplado acciones populares, como ocurre con el art. 2333 del Código Civil (CC), que dispone: “Por regla general, se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas”; la norma agrega al final: “pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”. Este precepto debe relacionarse con el art. 2334, CC: “Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, parecieren fundadas, será el actor indemnizado en todas las costas de la acción, y se le pagará lo que valga el tiempo y diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados”.

Los arts. 2333 y 2334, CC consagran lo que los autores han denominado “responsabilidad preventiva”, y por ello se ha señalado que el sistema nacional contempla la “posibilidad de articular medidas, sobre la base de la responsabilidad, para evitar daños que amenazan con cierta certidumbre de ocurrencia. En el Código Civil se regula claramente el supuesto de responsabilidad por daño contingente (aún no ocurrido) que amenace a personas determinadas o indeterminadas por imprudencia o negligencia de alguien (arts. 2333 y 2334)”, puntualizando que “para que proceda la responsabilidad anticipada o preventiva, debe existir una amenaza cierta y real de daño, una relación de causalidad entre la conducta del demandado y la posibilidad de ocurrencia del daño, una ilicitud en la conducta por quebrantamiento del deber de cuidado de prevenir el surgimiento del daño, y la imprudencia o dolo en el autor. La naturaleza de la lesión amenazada determina la legitimación para reclamar la responsabilidad. La omisión del legitimado para actuar previniendo el daño puede tener consecuencias en sus pretensiones de demandar la indemnización de perjuicios ya ocurridos”<sup>4</sup>.

#### 4. Código de Procedimiento Civil (CPC)

El CPC chileno no consagra normas sobre el tema de la tutela colectiva. Tiene un claro cuño liberal individualista y, en consonancia con ello, la reglamentación presenta

<sup>3</sup> CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 362 y 363.

<sup>4</sup> CORRAL TALCIANI, H., ob. cit., pp. 356 y 357.



ese mismo rasgo: los juicios que trata el CPC son singulares, en donde participan como litigantes sujetos que debaten sobre derechos e intereses particulares, sin que exista regulación para la situación de los grupos de personas o los perjuicios que involucren a la colectividad toda.

Las reformas introducidas en el tiempo a esta legislación procesal no han contemplado la incorporación de mecanismos especiales para la tutela judicial supraindividual, limitándose a modificar ciertas cuestiones específicas que –en general– no alteran la base central del sistema procesal civil. Nuestro CPC mantiene los lineamientos generales básicos que tuvo en sus inicios (año 1903), cuyas raíces son decimonónicas e incluso medievales<sup>5</sup>. La regulación de la intervención de terceros y las normas sobre litis consorcio facultativo en su versión tradicional no se presentan como idóneas ni suficientes para la tutela de estos derechos e intereses.

##### 5. *Procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos en la Ley de Protección del Consumidor*

Con fecha 4 de Mayo de 2004 se aprobó la ley N° 19.955, de Protección del Consumidor, publicada en el Diario Oficial con fecha 14 de Julio de 2004. Esta Ley introduce importantes reformas a la ley 19.496, de 7 de marzo de 1997, y entre sus principales novedades se encuentra la institucionalización del derecho de retracto y la introducción de la posibilidad de iniciar procesos colectivos para la defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios<sup>6</sup>. Si bien esta nueva regulación resulta un avance destacado en materia de protección de consumidor y una adecuación a los tiempos en que la protección de los denominados “derechos de tercera generación” adquiere una relevancia fundamental, creemos que la regulación del procedimiento para la defensa de los intereses presenta una serie de falencias y lagunas que deberán ser oportunamente revisadas, interpretadas e integradas por el órgano jurisdiccional en el caso oportuno.

En este contexto legislativo, el párrafo 2° del Título IV de la Ley 19.496, artículos 51 y siguientes, establece un procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores y señala como primera norma que el procedimiento se sujetará a las reglas del juicio sumario y con las particularidades que se contemplan en esta ley de protección del consumidor. De lo anterior puede concluirse que el legislador ha optado por establecer ciertas especialidades procesales aplicables al procedimiento sumario contemplado por el Código de Procedimiento Civil.

##### A) *Competencia*

El artículo 50 A, inciso 3° entrega la competencia al Juez de Letras en lo civil, y

<sup>5</sup> Para una referencia sobre la historia del CPC y sus reformas, puede verse TAVOLARI OLIVEROS, R., “El proceso civil chileno y el Código Modelo”, en *Estudios de Derecho procesal*, Edeval, Valparaíso, 1990, pp. 83 ss.; TAVOLARI OLIVEROS, R., “El proceso civil chileno: lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma”, en *Comentarios procesales*, Edeval, Valparaíso, 1993, pp. 81 ss.; OTERO LATHROP, M., *Derecho procesal civil. Modificaciones a la legislación 1988-2000*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, en especial pp. 17 ss.; AA. VV., “Propuesta de bases para redactar un nuevo Código Procesal Civil para la República de Chile”, en *Revista de Derecho Procesal*, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho-Universidad de Chile, Santiago, 2005, N° 20, pp. 438 ss.

<sup>6</sup> Con anterioridad a la dictación de esta ley en la legislación chilena se contemplaba la posibilidad de que estos intereses accedieran al proceso a través del artículo 18 del Código de Procedimiento Civil, que dispone que “en un mismo juicio podrán intervenir como demandantes o demandados varias personas siempre que se deduzca la misma acción, o acciones que emanen directa e inmediatamente de un mismo hecho, o que se proceda conjuntamente por muchos o contra muchos en los casos que autoriza la ley”. Cfr. en este sentido ROMERO SEQUEL, A., “Algunos Aspectos Procesales de las Acciones para la Protección de los Consumidores”, *Cuaderno de Extensión Universidad de los Andes*, N° 7 de 1999, pp. 311-335.

el artículo 51 dispone que éste se sujetará a las normas del procedimiento contempladas en la ley 19.496<sup>7</sup>.

### B) *Etapas del Procedimiento*

Se distinguen claramente dos etapas: una de declaración de existencia de la infracción a las normas que protegen intereses supraindividuales y en que se declara admisible o inadmisibles la acción para su defensa, y una segunda etapa, de carácter reparatorio, la que sólo se alcanza una vez que se ha declarado la existencia de la conducta infraccional y el derecho del grupo de consumidores a ser indemnizado.

### C) *La etapa de declaración de existencia de la infracción*

#### a) *Sujetos legitimados para la defensa de intereses colectivos y difusos*

El artículo 51 se encarga de señalar quiénes están legitimados para iniciar una demanda en defensa de esos intereses. Así, expresa que el procedimiento para la protección de intereses colectivos y difusos se iniciará por demanda, y que ésta podrá ser presentada por el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC)<sup>8</sup>; por una asociación de consumidores<sup>9</sup> o bien por un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, que se encuentren debidamente individualizados y en un número que no sea inferior a 50 personas<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Modificación introducida por la ley 20.543, de fecha 21 de octubre de 2011. Antes de la reforma, el procedimiento se sometía a las normas del juicio sumario contemplado en el Código de Procedimiento Civil, con excepción de los artículos 681, 684 y 685 del citado Código y con las particularidades que señala la Ley 19.946.

<sup>8</sup> Considera ROMERO SEQUEL, A., "Las acciones de interés colectivo y difuso en la Ley de Protección del Consumidor", que la calidad del SERNAC como sujeto legitimado merece algunas observaciones, por cuanto no sólo se limita a la posibilidad de deducir acciones de tutela colectiva, sino que también el legislador le ha otorgado la posibilidad de intervenir voluntaria o forzosamente en este tipo de procesos, como se desprende de los artículos 57, letra g) y 53 B, ambos de la LPC. Genera también problemas desde el punto de vista de la igualdad procesal, por cuanto no se le aplican las sanciones previstas para los litigantes temerarios.

<sup>9</sup> En relación con los sujetos legitimados, el artículo 51 de la ley dispone que están legitimados para demandar el Servicio Nacional del Consumidor, una asociación de consumidores constituida a lo menos con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción y que cuente con la debida autorización de la asamblea para hacerlo y un grupo de consumidores afectados en un mismo interés en número no inferior a 50 personas debidamente individualizados. Una primera precisión que debe hacerse es, a mi juicio, no se trata de supuestos de legitimación sino que de capacidad procesal, lo que implica que los requisitos exigidos son para acceder al juicio y no para ganarlo. En este sentido, sabido es que la capacidad constituye un presupuesto procesal y que la legitimación constituye una condición de la acción controlable en la mayoría de los casos, en la sentencia definitiva. La mayoría de los procedimientos colectivos hasta ahora han sido iniciados por las asociaciones de consumidores. De hecho, con la reforma introducida por la ley 19.955, aumentó en gran cantidad el número de asociaciones constituidas en Chile. Y es la legitimación de las asociaciones de consumidores la que hasta ahora ha generado los mayores problemas, especialmente en cuanto al requisito de si cuentan o no con la debida autorización de la asamblea para iniciar un procedimiento colectivo, existiendo actualmente sendos fallos de casación de la Corte Suprema, de fechas 6 de mayo y 1º de junio de 2009, pronunciándose sobre este requisito y fijando el concepto de lo que debemos entender por "debida autorización". Claramente estos fallos de casación van a limitar las posibilidades de que se declaren inadmisibles las acciones colectivas.

<sup>10</sup> La regulación de este supuesto de legitimación, a juicio de la doctrina, es muy poco satisfactoria e incluso, luego de la entrada en vigencia de la Ley 19.946, parte de ella sigue negándola. Lo que diferencia al grupo de las entidades legalmente constituidas es su característica de a posterioridad, porque sólo surge tras el acto que provoca el conflicto jurisdiccional y cobra existencia con ocasión de la afectación ilícita y dañosa de los derechos o intereses de cada uno

b) *Situaciones en que el legitimado activo se desiste o pierde su calidad de legitimado*

El artículo 53 B también plantea un problema en relación con esta materia puesto que dispone que cuando se produzca el desistimiento de uno de los legitimados activos o pierda su calidad de tal, se dará traslado al Servicio Nacional del Consumidor, quien podrá hacerse parte del juicio dentro de quinto día, resolución que deberá notificarse por cédula<sup>11</sup>.

Esta norma constituye un reflejo del interés público que el legislador ha querido ver en la defensa de los derechos e intereses de los consumidores, puesto que limita el principio de disposición y obliga al juez a conferir traslado al SERNAC para que éste pueda hacerse parte en el proceso si lo considera conveniente.

c) *Los requisitos de la demanda y el problema de la cuantificación global del daño*

El artículo 51, N° 2 dispone que “sin perjuicio de los requisitos generales de la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, bastará señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación. Con este fin, el juez procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 A. Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor. No habrá lugar a la reserva prevista en el inciso 2° del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil”<sup>12</sup>.

En esta fase no es necesario señalar el monto de los perjuicios, sino que conforme al artículo 51, N° 2 LPC, bastará “señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación”, para luego agregar que las indemnizaciones no podrán extenderse al daño moral que haya podido sufrir el actor<sup>13</sup>.

de sus miembros, que es lo que les otorga la cohesión. En cambio, las entidades legalmente constituidas tienen existencia propia y anterior a la producción de los hechos que motivan el proceso, actuando en el tráfico por medio de ciertos sujetos que serán los que luego comparezcan por dicha entidad en juicio. Esta norma encuentra su antecedente más próximo en el artículo 1° de la Constitución, que reconoce y ampara a los grupos intermedios y en el derecho de asociación, contemplado en el artículo 19, N° 15 del Texto Constitucional.

<sup>11</sup> Creemos que la ubicación de la norma contemplada en el inciso 4°, que regula las consecuencias del desistimiento de uno de los legitimados activamente no corresponde, y hubiese sido oportuno que se regulara conjuntamente con la legitimación en el artículo 51, puesto que no dice relación con la conciliación ni con los modos anormales de terminación del proceso.

<sup>12</sup> El artículo 173 del Código de Procedimiento Civil establece que “Cuando una de las partes haya de ser condenada a la devolución de frutos o a la indemnización de perjuicios, y se ha litigado sobre su especie y monto, la sentencia determinará la cantidad líquida que por esta causa deba abonarse, o declarará sin lugar el pago, si no resultan probados la especie y el monto de lo que se cobra, o, por lo menos, las bases que deban servir para su liquidación al ejecutarse la sentencia. En el caso de que no se haya litigado sobre la especie y el monto de los frutos o perjuicios, el tribunal reservará a las partes el derecho de discutir esta cuestión en la ejecución del fallo o en otro juicio diverso”.

<sup>13</sup> A juicio de GARNICA MARTÍN, J., “Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores y usuarios”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M. A.; Rifá Soler, J. M. y Valls Gombau, J.), Iurgium, Barcelona, 2000, p. 858. Si la acción se ejercita con la finalidad de obtener un pronunciamiento de carácter declarativo y se excluye expresamente la petición de condena no resultaría indispensable la cuantificación salvo para la determinación de las costas, porque como no se ejercita acción de condena al pago, no es necesario que se cuantifique. La cuestión que puede plantearse es si una acción dirigida al resarcimiento de daños puede ser ejercitada como una acción meramente declarativa. A juicio del autor, y aunque choca con la visión que debe tenerse de estas acciones, resulta procedente, pues es la forma de evitar que los procesos sobre acciones de

d) *De la resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad de la acción*

El artículo 52<sup>14</sup> establece ciertos elementos que deben concurrir para que la acción pueda ser admitida por el tribunal.

La resolución que declare admisible la demanda conferirá traslado al demandado, para que la conteste dentro de diez días fatales contados desde su notificación.

En el evento que se declare inadmisibile la demanda colectiva, la acción respectiva sólo podrá deducirse individualmente ante el juzgado competente, de conformidad con lo señalado en la letra c) del artículo 2º bis. Lo anterior es sin perjuicio del derecho de todo legitimado activo de iniciar una nueva demanda colectiva, fundada en nuevos antecedentes.

e) *Publicidad de la resolución que declara admisible la acción e intervención de los consumidores afectados*

Las acciones de grupo son un instrumento de tutela llamadas a producir sus efectos respecto de la totalidad de los integrantes de un grupo o clase, incluidos los miembros que hayan permanecido ajenos a un proceso. Esta eficacia tan amplia, que bien puede decirse traspasa los límites subjetivos del proceso, entra en tensión con los derechos de defensa de cada uno de los integrantes del grupo. Este derecho "exige que, cuando menos, se haga todo lo razonable para permitirles su ejercicio. La fórmula que el legislador elige para dar cauce al ejercicio de ese derecho de defensa es permitir la intervención procesal de todos y cada uno de los integrantes del grupo que quieran intervenir y, para que esa intervención sea posible, exige que se dé la debida publicidad a la existencia del proceso en su momento inicial"<sup>15</sup>.

f) *Litis pendencia*

El artículo 51, Nº 5 prohíbe la litis pendency entre el proceso colectivo ya iniciado y posteriores procesos individuales, cuando dispone que "el demandante que sea parte en un procedimiento de los regulados en el presente Párrafo, no podrá, mientras

grupo "se conviertan en una mezcla de pretensiones que ahoguen la eficacia del proceso, de forma que la razón de economía, que es una de las razones esenciales que puede justificar la acción de grupo, no juegue en contra de la misma".

<sup>14</sup> Modificado recientemente por la ley 20.543, de fecha 21 de octubre de 2011. En su texto original, Primero, la acción debe ser deducida por alguno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51 Nº 1, y a los que ya nos hemos referido. Segundo, la conducta debe afectar el interés difuso o colectivo de los consumidores, debiendo acreditarse la existencia del daño y de un vínculo contractual entre el consumidor y el infractor cuya conducta se persigue, ello de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 50. Tercero, se exige precisión respecto de las cuestiones de hecho que afectan al interés o derecho del consumidor. Cuarto, se establece como requisito de admisibilidad de la demanda que el número potencial de afectados justifique en términos de costos la necesidad procesal o económica de iniciar el procedimiento, lo que a nuestro juicio se contraponen a las exigencias legales necesarias para tener la calidad de legitimado activo. Lo anterior porque para otorgarles legitimación la ley les exige los requisitos contemplados en el artículo 51, para luego dejar al arbitrio del juez el decidir si el número potencial de afectados y los costos justifican la iniciación de un proceso para la defensa de un interés supraindividual. El legislador presume que esta necesidad no existe si el proceso de fabricación del bien contempla por su naturaleza un porcentaje de fallas dentro de los estándares de la industria, el proveedor de dicho bien prueba mantener procedimientos de calidad en la atención de reclamos, reparación y devolución de dinero y además el defecto no constituye un riesgo para la salud. El demandado dispone de diez días para exponer lo que considere oportuno en lo relativo a los requisitos de admisibilidad de la acción, lo que equivale a la contestación de la demanda.

<sup>15</sup> GARNICA MARTÍN, J., "Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M. A.; Rifá Soler, J. M. y Valls Gombau, J.), Iurium, Barcelona, 2000, p. 230.

el procedimiento se encuentra pendiente, deducir demandas de interés individual fundadas en los mismos hechos”.

Además, y a contar de la publicación de los avisos antes mencionados, ningún consumidor podrá iniciar otro juicio en contra del demandado por los mismos hechos, salvo que comparezca ante el tribunal haciendo reserva de acciones, caso en el cual los resultados del juicio no le son oponibles, o que haya hecho reserva de sus derechos para perseguir la responsabilidad civil del demandado.

#### g) Conciliación

Durante el proceso, el juez podrá llamar a las partes a conciliación cuantas veces lo estime necesario, pudiendo además el demandado realizar ofertas públicas de avenimiento<sup>16</sup>.

#### D) La etapa reparatoria

##### a) De la sentencia dictada en el proceso iniciado para la defensa de los intereses supraindividuales

Uno de los mayores problemas que suscita la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales es determinar la extensión de los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones de tutela de los mismos. Ante la ausencia de una norma especial sobre el particular, la doctrina se pronunció en diversos sentidos: desde los que sostenían la eficacia ultra partes de la sentencia<sup>17</sup>, a los que proponían atender a los límites subjetivos normales de eficacia interpartes<sup>18</sup>, o los que propugnaban la

<sup>16</sup> Todo arreglo entre las partes queda sujeto a la aprobación del juez, quien podrá rechazarlos si los estima contrarios a Derecho o abiertamente discriminatorios.

<sup>17</sup> Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., “La legitimación colectiva y el artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Justicia* 86, p. 576, quien considera que la legitimación colectiva derivada de este artículo “origina asimismo una eficacia ‘ultra partes de la sentencia’ que afecta a quienes no han sido partes en sentido formal, pero son titulares como integrantes del grupo afectado de una misma relación. Y se verán sujetos por la ejecución de la sentencia”. En el mismo sentido, CORDÓN MORENO, F., “El acceso a la justicia civil...”, op. cit., p. 130, quien señala que “no se resentirían las estructuras procesales civiles por el hecho de que la sentencia de condena desplegase una eficacia ultra partes, siempre que, por respeto al principio de libre disposición de los derechos, se dejase a la parte individual la iniciativa en la ejecución...”, agregando luego que la doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que puede existir indefensión formal sin que necesariamente se produzca una indefensión de carácter material. El fundamento de la eficacia ultrapartes lo encontramos en el principio de economía procesal y en el evitar las decisiones contradictorias, impidiendo así un derroche de actividad jurisdiccional y asegurando la igualdad de tratamiento de los sujetos dependientes de una única situación sustancial objeto de pronunciamiento jurisdiccional. En este mismo sentido PELLEGRINI GRINOVER, A., “Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo para Iberoamérica y la teoría de Liebman”, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, p. 256, quien siguiendo a LIEBMAN, E. T., *Eficacia y autoridad de la sentencia* (traducción de Santiago Sentís Melendo), Ediar, Buenos Aires, 1939, p. 6, distingue entre la eficacia y la autoridad de la sentencia y es con base en esa distinción que “Liebman resuelve el problema de la eficacia de la sentencia con relación a terceros: la limitación subjetiva de la cosa juzgada a las partes y sus sucesores (posteriores a la demanda judicial) es una cosa; pero ella no excluye la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia a terceros”, y agrega luego que la sentencia se encuentra firme, es inmutable para las partes, pero no así para los terceros, quienes pueden sublevarse contra esta eficacia natural de la sentencia.

<sup>18</sup> Cfr. DE LA OLIVA, A., “Sobre la protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989, p. 161, quien afirma que en la doctrina “...anida una confusión lo suficientemente grande como para que se dude del principio res iudicata inter partes, por el que en virtud del intangible principio de audiencia (‘nadie debe ser condenado sin ser oído y vencido en juicio’), los efectos vinculantes de la sentencia que recaen en un proceso entre A y B no pueden afectar a C, por más que la situación jurídica constitutiva de la res in iudicio deducta

producción de cosa juzgada "secundum eventum litis"<sup>19</sup>, que ha sido generalmente entendida por la doctrina en el sentido de que si la sentencia es favorable a las pretensiones deducidas ésta debe expandir sus efectos al resto de la colectividad, y si es desfavorable debe sólo producir efectos interpartes, por lo que los legitimados podrían demandar nuevamente basando la demanda en los mismos hechos<sup>20</sup>.

En Chile, el artículo 54 de la LPC se ha encargado de regular los efectos de la sentencia definitiva dictada en un proceso de este tipo que "la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes...", lo que implica que nuestro legislador ha optado por extender los efectos de la sentencia a todo el grupo de consumidores afectados, hayan o no intervenido en el proceso<sup>21</sup>.

#### b) *La sentencia definitiva de condena*

En cuanto a la sentencia que acoge la demanda y condena a la parte demandada al pago de las indemnizaciones o reparaciones que correspondan, deberá reunir los requisitos del artículo 170 del CPC y además contener las exigencias que se señalan en el artículo 53 C de la ley, esto es: deberá declarar la forma en que tales hechos han afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores; debe declarar también la responsabilidad del o los proveedores demandados en los hechos denunciados y la aplicación de la multa o sanción que fuere procedente; la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda; disponer la devolución de lo pagado en exceso y la forma en que se hará efectiva, en caso de tratarse de procedimientos iniciados en virtud de un cobro indebido de determinadas sumas de dinero. En el caso de productos defectuosos, se dispondrá la restitución del valor de aquéllos al momento de efectuarse el pago; disponer la publicación de los avisos a que se refiere el inciso tercero del artículo 54, con cargo al o a los infractores.

sea común a A, B y C". En este mismo sentido, cfr. BORDALÍ SALAMANCA, A., "Efectos de la sentencia pronunciada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos", *Procesos comparada. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, p. 308; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La tutela jurisdiccional... cit.*, pp. 432 y ss. y PUNZI, C., "La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi", *Rivista di Diritto Processuale*, núm. 3, 2002, pp. 275 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. ALMAGRO NOSETE, J., "La protección procesal de los intereses difusos en España", *Justicia* 83, p. 86, y ACOSTA ESTÉVEZ, J., *Tutela procesal... cit.* p. 137.

<sup>20</sup> Esta solución ha sido recogida por el Derecho brasileño en la tutela de intereses supraindividuales. Así, la cosa juzgada producirá efectos erga omnes salvo en el caso en que la demanda sea rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el que produce efectos secundum eventum litis. Cfr. en este sentido PELLEGRINI GRINOVER, A., "El nuevo proceso brasileño del consumidor", *Estudios sobre Consumo*, 1992, núm. 25, pp. 13-24. En sentido contrario, GIDI, A., "Cosa juzgada en acciones colectivas", *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, pp. 273-274, señala que estos efectos secundum eventum litis se forman precisamente cuando la sentencia es favorable a la pretensión deducida, y no cuando es desfavorable, como suele señalar la doctrina. La sentencia tendrá una extensión de sus efectos de cosa juzgada de acuerdo a esta fórmula cuando la acción colectiva es acogida por el tribunal, de modo tal que dicha sentencia hará cosa juzgada erga omnes o ultra partes para tutelar el bien colectivo, vinculando a la comunidad o al colectivo titular del derecho supraindividual, y vinculando también, positivamente y en su esfera individual, a los titulares de derechos individuales homogéneos que pertenecen a esa comunidad o colectivo. Ése sería el sentido, a juicio de este autor, de la extensión de los efectos de cosa juzgada secundum eventum litis.

<sup>21</sup> Nos parece que la principal motivación para que una sentencia pueda producir efectos erga omnes es la de evitar la repetición constante de juicios posteriores al proceso colectivo, y cuya fundamentación última la constituye la economía procesal. Ya señalaba la Ley en el artículo 51, N° 2 que el juez determinará las correspondientes indemnizaciones conforme al mérito del proceso y que no procedería la reserva prevista en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.



Contra la sentencia definitiva procede el recurso de apelación, que se concede en ambos efectos.

Una vez ejecutoriada producirá efectos erga omnes, con excepción de aquellos consumidores que hayan hecho reserva de sus acciones en alguna de las oportunidades que la ley señala<sup>22</sup>.

### c) *La acción ejecutiva en el proceso de consumidores y usuarios*

La tendencia normativa era la de incluir una norma que regulara específicamente la ejecutividad de la sentencia dictada en procesos de consumidores y usuarios. Se ponía de manifiesto la necesidad de permitir condenas abiertas en cuyos procesos de ejecución pudieran comparecer los afectados que acreditaran su calidad de miembros del grupo y que pudieran beneficiarse de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia.

Aunque la extensión de los efectos de la sentencia a terceros es característica del sistema estadounidense de las class actions<sup>23</sup> y del sistema inglés de la representative litigation<sup>24</sup>, la verdad es que la extensión solamente se produce "secundum eventum litis", lo que a juicio de la doctrina resulta "perturbador y nada fácil"<sup>25</sup>. En los mencionados sistemas anglosajones, se permite que cualquier miembro del grupo de afectados inste la ejecución de la sentencia condenatoria, y esta posibilidad es consustancial al régimen de acciones colectivas.

El objetivo es evitar que los consumidores y usuarios que no hayan comparecido en el proceso tengan que iniciar un nuevo proceso declarativo para obtener individualmente una sentencia favorable, y por lo tanto, "el consumidor que no ha intervenido en el proceso y que entienda reunir los caracteres o requisitos establecidos en la sentencia de condena para extender a su propia situación jurídica los efectos de la misma, puede obtener el reconocimiento de su derecho de una manera sencilla, rápida y directa, sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento de declaración contra

<sup>22</sup> Que se encuentran contempladas en los artículos 53 y 54 C y a las que ya hemos hecho referencia.

<sup>23</sup> En lo relativo a las class actions, hay que traer a colación la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, el 12 de Noviembre, en el asunto Hansberry y Lee. En esta sentencia el ponente Mr. Justice Stone afirmó que "Es un principio de aplicación general en la jurisprudencia anglo-americana que un sujeto no puede quedar vinculado por la decisión in personam dictada en un proceso en el que no se le atribuyó la condición de parte o en el que no fue convertido en parte por un acto de notificación...", agregando luego que "existe una excepción generalmente reconocida a estas reglas generales, que no ha sido precisamente definida por la jurisprudencia, según la cual la decisión dictada para resolver una acción 'de grupo' o 'representativa', la que son parte algunos miembros del grupo, puede vincular a miembros del grupo o a las personas que fueron representadas y que, sin embargo, no fueron parte en el procedimiento".

<sup>24</sup> La regla 19.6 (4) de las Civil Procedures Rules inglesas de 1999 afirma que la sentencia que se dicte como consecuencia de una acción representativa vincula a todas las personas afectadas, aunque no hubieran sido directamente parte en el proceso. Y la regla 19.7 (3) establece que quien no ha sido parte en el litigio pero pertenece al grupo de afectados demandante puede instar la ejecución de la sentencia previa autorización del tribunal. Sobre el tratamiento de la cosa juzgada en el Derecho Comparado europeo, vid. TROCKER, N., "La cosa juzgada civil y sus límites objetivos y subjetivos: apuntes de Derecho Comparado", *Estudios de Derecho procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp. 561-573.

<sup>25</sup> Cfr. en este sentido SABATER MARTÍN, A., "Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados", *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M. A.; Rifá Soler, J. M. y Valls Gombau, J.), Lurgium, Barcelona, 2000, p. 2494. Cfr. en este mismo sentido TAPIA FERNÁNDEZ, I., "Artículo 221...", op. cit., pp. 807-808 y GARNICA MARTÍN, J., "Artículo 221...", op. cit., p. 857. También GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados", *Derecho del consumo. Acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, op. cit., p. 196.



el deudor declarado en la sentencia, el que ha puesto en el mercado los bienes o servicios que han ocasionado el perjuicio<sup>26</sup>.

Para efectos del pago de las indemnizaciones o reparaciones, la sentencia condenatoria será notificada mediante avisos publicados a lo menos en dos oportunidades distintas, en los diarios que el juez determine, con un intervalo no inferior a tres ni superior a cinco días entre las publicaciones. En el caso de que el número de afectados sea pequeño, el juez podrá disponer otra forma de notificación, que permita asegurar el conocimiento de todos ellos. Las menciones que debe contener el aviso se encuentran señaladas en el artículo 54 A de la ley<sup>27</sup>.

En esta etapa los interesados deben presentarse a ejercer sus derechos en el plazo de noventa días contados desde el último aviso, y podrán comparecer personalmente o patrocinados por un abogado, pero si se ha designado un procurador común, deberán actuar a través de éste y de acuerdo con las reglas generales<sup>28</sup>. La presentación que haga el interesado se limitará a acreditar su condición de miembro del grupo afectado.

Vencido el plazo de 90 días al que hace referencia el artículo 54 C, se dará traslado de todas las presentaciones al demandado, para que controvierta la calidad de miembro del grupo de uno o más de los interesados en el plazo de 10 días, plazo que puede ampliarse por resolución fundada y a petición de parte.

Podrá abrirse un término especial de prueba si el juez estima que existen hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos, el que se regirá por las reglas de los incidentes. Contra la reposición que falla el incidente procederá la reposición y la apelación en subsidio de la reposición, y una vez fallado este incidente, queda fijado de modo permanente el monto global de las indemnizaciones o reparaciones que deberán pagarse por el demandado.

En cuanto al tribunal que debe conocer del incidente, como el artículo nada dice, hay que estar a la regla contenida en el 231 del Código de Procedimiento Civil, de lo que cabe deducir que el juez competente es el que haya conocido de la demanda colectiva en primera instancia, que además será competente para conocer de la correspondiente ejecución.

En relación con el pago de las indemnizaciones, el demandado debe efectuar las reparaciones o consignar el monto íntegro de las indemnizaciones dentro del plazo de 30 días corridos, contados desde aquel en que se haya fallado el incidente promovido en relación con la acreditación de la calidad de interesados.

Si a juicio del tribunal el pago de estos montos globales produce en el demandado un detrimento patrimonial significativo de modo que pudiera estimarse que quedará próximo a la insolvencia, el juez podrá establecer un programa mensual de pago de

<sup>26</sup> MORENO CATENA, V., "Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados", *El proceso civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios* (coord. Escribano Mora, F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 4371. Esta solución ya había sido introducida por los artículos 110 y 111 de la LJCA. El artículo 110 se refiere a la posibilidad de que los efectos de una sentencia dictada en materia tributaria y de personal de servicio de la Administración Pública, y que ha reconocido los efectos de una situación jurídica individualizada en favor de una o varias personas, puedan extenderse a otras si concurren las circunstancias descritas en ese precepto, y el artículo 111 prevé la posibilidad de que el Tribunal que conoce de la ejecución de la sentencia extienda a los afectados por la suspensión de la ejecución del fallo por un recurso de apelación pendiente, los efectos de las sentencias firmes que hayan recaído en recursos ya resueltos. Cfr. también ROSENDE VILLAR, C., *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 159 y ss.

<sup>27</sup> Entre las que destacan la identificación del grupo y la forma y el plazo en que los interesados deben hacer efectivos sus derechos, y las instituciones a las que los interesados podrán concurrir en busca de orientación e información.

<sup>28</sup> Entendemos que las reglas generales son las contenidas en los artículos 18 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

indemnizaciones completas para cada demandante o bien determinar una forma de cumplimiento alternativo del pago, pudiendo exigir alguna forma de fianza u otra caución si la situación económica del demandado así lo permite<sup>29</sup>.

Si la sentencia no es cumplida por el demandado, la ejecución se efectuará a través del procurador común en un único procedimiento, por el monto global de las indemnizaciones o reparaciones o por el saldo total insoluto, efectuándose el pago a los interesados a prorrata de sus derechos declarados en la sentencia definitiva.

d) *Supuesto en que se Rechace la Pretensión Contenida en la Demanda*

El artículo 54, inciso final, se refiere a la posibilidad de que se niegue lugar a la demanda y dispone que en ese caso "cualquier legitimado activo podrá interponer, dentro del plazo de prescripción de la acción, ante el mismo tribunal y valiéndose de nuevas circunstancias una nueva acción, entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo. El tribunal declarará encontrarse frente a estas nuevas circunstancias junto con la declaración de admisibilidad de la acción dispuesta en el artículo 52".

Esta norma parece encontrar su antecedente inmediato en el Derecho brasileño, en el que la única posibilidad de iniciar un nuevo proceso colectivo se produce si la sentencia que niega lugar a la demanda se funda en la insuficiencia de pruebas derivada de la mala instrucción del proceso, pudiendo cualquier legitimado proponer la misma acción presentando en el nuevo juicio nuevo material probatorio, debiendo convencer al magistrado de que la prueba es efectivamente nueva<sup>30</sup>.

6. *Procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos en la ley general de urbanismo y construcción*

El 23 de noviembre de 2010, se ha publicado en el Diario Oficial la Ley 20.443, la que aplica el procedimiento de demandas colectivas a juicios por daños o perjuicios en la calidad de las construcciones. En caso de que el inmueble de que se trata comparta un mismo permiso de edificación y presente fallas o defectos de los señalados en el artículo anterior, será aplicable el procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores establecido en el Párrafo 2º del Título IV de la ley N° 19.496, con algunas particularidades, entre las que destacan:

1. El número de consumidores afectados bajo un mismo interés a que se refiere la letra c) del N° 1 del artículo 51 de la ley N° 19.496 no podrá ser inferior a 6 propietarios;
2. las indemnizaciones podrán extenderse al lucro cesante y al daño moral. Tanto éste como la especie y monto de los perjuicios adicionales sufridos individualmente por cada demandante serán determinados de acuerdo a lo establecido en los incisos segundo y tercero del artículo 54 C de la ley N° 19.496. Mientras se sustancia el juicio quedará suspendido el plazo para demandar este daño, y
3. la sentencia definitiva producirá efectos respecto de todas las personas que tengan el mismo interés colectivo.

<sup>29</sup> Las sentencias que se dicten en relación con la forma en que debe procederse al pago no son susceptibles de recurso alguno.

<sup>30</sup> Cfr. GIDI, Antonio, "Cosa juzgada en acciones colectivas", *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica* (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003, pp. 280 y ss. Señala el autor que "Si la 'nueva prueba' se limita a reafirmar lo que ya se sabe y no añade nada a la convicción del magistrado, no debe ser considerada como 'nueva prueba'. El criterio que debe implementar el aplicador del derecho debe ser sustancial y no meramente formal. La nueva prueba debe ser sustancialmente innovadora y no apenas formalmente nueva".

## LES PROCÈS COLLECTIF

par SORAYA AMRANI MEKKI\*

### I. Generalites

#### 1. L'existant

1. L'action de groupe est une demande récurrente en France, notamment des associations de consommateurs qui voient là un passage obligé de l'effectivité du droit de la consommation. Pour l'heure, elle n'existe pas en tant que tel. Il est cependant possible aux associations d'agir en justice pour la défense d'un intérêt collectif<sup>1</sup> même sans habilitation législative<sup>2</sup> ou de l'intérêt d'autrui, de demander la suppression de clauses abusives ou de cesser un agissement illicite<sup>3</sup>, d'agir en représentation conjointe<sup>4</sup>, et même bénéficier d'une action en cessation d'agissement illicite au niveau européen<sup>5</sup>. Ces différentes possibilités sont cependant insuffisantes à satisfaire le souci d'effectivité de l'accès au juge que manifeste l'existence d'action de groupe.

\* Professeure agrégée à l'Université Paris Ouest Nanterre La défense. Membre du centre de droit pénal et de criminologie (EA 3982).

<sup>1</sup> Article L 421-1 C. cons. "Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statuaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs. Les organisations définies à l'article L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles sont dispensées de l'agrément pour agir en justice dans les conditions prévues au présent article".

<sup>2</sup> V. notamment Cass. civ. 1, 8 septembre 2008, N° 06-22.038, Bull. civ. 2008, I, N° 201, JCP 2009, I 133, N° 3, obs. STOFFEL-MUNCK, P., 1, 142, N° 5, obs. SERINET, Y.-M.

<sup>3</sup> V. not art. L 421-2 C. cons. "Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite".

<sup>4</sup> Article L 422-1, C. cons. "Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs".

<sup>5</sup> Article L 421-6, C. cons. "Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs peuvent agir devant la juridiction civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée.

"Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur".

2. Premièrement, l'action en suppression des clauses abusives ne vaut que pour l'avenir<sup>6</sup>. Elle ne bénéficie qu'aux potentiels futurs consommateurs et non à ceux qui ont déjà conclu leurs contrats. De plus, si en cours de procès le professionnel supprime les clauses litigieuses, l'action en justice devient sans objet<sup>7</sup>, ce qui prive l'action des associations de tout effet dissuasif. Il suffit pour le professionnel d'attendre qu'une action soit engagée et de ne supprimer les clauses qu'en dernier recours! En outre, la clause n'est abusive que pour un modèle de contrat déterminé et ne peut s'étendre à d'autres contrats.

3. Deuxièmement, l'action en cessation de l'illicite est prévue à l'article L 421-6 C. cons. L'alinéa 1 concerne les agissements contraires aux directives transposées mais il n'y a pas d'exemple d'action exercée en ce domaine. L'alinéa 2 ne sert que rarement de fondement à l'action des associations<sup>8</sup>.

4. Troisièmement, l'action en représentation conjointe qui permet à une association de consommateurs d'agir suppose l'obtention de deux mandats de consommateurs devant remplir des exigences formelles strictes mais qu'il n'est pas possible d'inciter par voie de publicité. De fait, il n'y a eu pour l'heure que 5 actions en représentations conjointes exercées ce qui justifie sa qualification d'action "mort née"<sup>9</sup>. Les associations ont bien tenté de contourner les règles, notamment en incitant l'intervention des consommateurs via des sites Internet mais la Cour de cassation a récemment rappelé, dans un arrêt du 26 mai 2011, l'irrégularité d'une telle procédure pour non respect de l'interdiction de publicité<sup>10</sup>.

5. Quatrièmement, l'action des associations dans l'intérêt collectif des consommateurs a l'avantage aujourd'hui de ne plus exiger d'habilitation législative. Il suffit que l'action soit conforme à l'objet social ainsi que l'affirme la Cour de cassation: "même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social"<sup>11</sup>. Le verrou semble avoir sauté, ce qui ne va pas sans dangers car le risque d'augmentation de contentieux est réel. Surtout, il est possible de se demander comment réagir face à l'action de plusieurs associations ayant le même objet social mais ne souhaitant pas le défendre de la même manière. C'est pourquoi certains auteurs restent attachés à l'agrément en matière de

<sup>6</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, n° 03-16905, *Bull. civ.*, I, n° 59: "Mais attendu que si les associations agréées de défense de consommateurs sont en droit, dans l'exercice de leur action préventive en suppression de clauses abusives devant les juridictions civiles, de demander la réparation notamment par l'octroi de dommages-intérêts, de tout préjudice direct ou indirect porté à l'intérêt collectif des consommateurs, la cour d'appel qui, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, a constaté, d'une part qu'à la date à laquelle elle statuait le contrat litigieux initialement destiné aux particuliers n'était plus proposé qu'à des professionnels et, d'autre part, que preuve n'était pas apportée que, comme le prétendait l'UFC 38, le contrat eût été proposé à des particuliers postérieurement à l'introduction de l'instance, en a justement déduit que l'action de l'UFC 38 initialement recevable, était devenue sans objet relativement à la demande de suppression de clauses abusives et dépourvue de fondement quant à l'indemnisation du préjudice prétendument causé à l'intérêt collectif des consommateurs et que l'association devait être déboutée de sa demande en dommages-intérêts; que le moyen n'est pas fondé".

<sup>7</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, n° 03-16935, publié au bulletin, Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 8 janvier 2009, n° 06-17630.

<sup>8</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 2010, n° 09-12678, F-B + B + I.

<sup>9</sup> Borebore, L., "L'action en représentation conjointe: class action française ou action morte?", *D.* 1995, chron., p. 267.

<sup>10</sup> Cass. Civ. 1, 26 mai 2011, n° 10-15.676, P+B+I, *Contrats, commerce électronique*, 2011, com. 77, *debet a.*; *Rev. bancaire et financière*, 2011, com. 156, LAGARDE, X., CCC 2011, com. 201, RAYMOND, G.

<sup>11</sup> A rapprocher de l'arrêt Cass. Civ. 2, 27 mai 2004, *Bull. Civ.* II, n° 239. V. déjà. Cass. 3e civ., 26 sept. 2007, *JCP G* 2008, II, 10020, note PARANCE, B.

consommation en considérant que les associations déjà agréées (UFC Que choisir principalement) sont suffisantes et bien armées<sup>12</sup>.

Elle conserve cependant l'inconvénient de ne pas supprimer le profit illicite du professionnel et de ne pas avoir d'effet comminatoire pour rendre le droit de la consommation effectif. En effet, l'indemnisation est limitée au préjudice collectif et ne s'étend pas aux préjudices individuels subis par les consommateurs victimes. Non seulement l'indemnisation des associations est parfois ressentie comme un enrichissement sans cause, mais encore l'absence d'indemnisation des victimes directes fournit une critique de poids à ses détracteurs. En matière de téléphonie mobile, pour 7.320.000 euros de profit réalisé, l'association UFC Que choisir a perçu 1.524,49 euros au titre de son préjudice collectif. Aussi, même si la jurisprudence est plus libérale en n'exigeant plus que les associations aient une habilitation législative pour agir, les effets de l'action demeurent limités.

6. Cinquièmement, s'il y a parfois des actions efficaces qu'il faut saluer, ainsi de l'action en cessation de l'illicite au niveau européen, elles ont un domaine trop restreint. Au niveau communautaire, il manque un mécanisme permettant la réparation des préjudices. "La procédure d'action en cessation instaurée par la directive ne permet pas aux consommateurs lésés par une pratique illicite d'obtenir réparation du préjudice qu'ils ont subi<sup>13</sup>". Le rapport de la Commission concernant l'application de la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs précise d'ailleurs qu'elle est largement ineffective.

## 2. Prospective

7. Si l'action de groupe est souhaitable et souhaité en France. Elle a fait l'objet de nombreux projets et propositions dont la dernière en date est la proposition dite Bétéille du 22 décembre 2010<sup>14</sup>. On a souvent objecté à son intégration en France de nombreux principes.

La liberté d'agir en justice affirmée par le conseil constitutionnel le 25 juillet 1989 suppose de recevoir le consentement de toutes les parties au procès. Elle exclut donc une action avec opt out. Pourtant, certains auteurs tels que le constitutionnaliste M. Verpeaux considèrent que la décision du conseil constitutionnel portant sur l'action d'un syndicat pour autrui, un salarié, pourrait être limitée à cette hypothèse et laisser plus de souplesse dans le cas d'une action de groupe. De plus, la décision n'impose

<sup>12</sup> En ce sens, v. AZAR BAUD, M. J., *Les actions collectives en droit de la consommation. Etude de droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, CADIET, L., LORENZETTI, R. (dir.), Soutenue à l'université de Paris 1 le 9 décembre 2011.

<sup>13</sup> Rapport de la Commission concernant l'application de la directive 98/27/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, COM(2008)756 final, point 5.

<sup>14</sup> Pour ne citer que les plus importants: Projet CALAIS AULOY, J., *Proposition pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990; Projet CABALLERO, F., figurant en annexe de la thèse de Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, pp. 467 et s.; Proposition GUINCHARD, S., "Une class action à la française?", *D.* 2005, pp. 2180 et s.; CERUTTI, G. et GUILLAUME, M. (dir.), *Rapport sur l'action de groupe*, La documentation française, 2005; Projet de loi du gouvernement en faveur des consommateurs, n° 3430, LPA, 17 janvier 2007, Doct. P. 3 et s.; Proposition des sénateurs socialistes n° 322 sur le recours collectif enregistré le 25 avril 2006 puis en 2009; Proposition des députés communistes et républicains n° 3755 du 13 mars 2007; Rapport ATTALI, J. du 1<sup>er</sup> octobre 2007 sur la relance de la croissance et du pouvoir d'achat, <http://www.libération-delacroissance.fr/rapports>; Rapport COULON, J.-M., sur la dépénalisation de la vie des affaires, La documentation française, 2008, pp. 93 et s.; Rapport d'information du Sénat BÉTÉILLE YUNG, <http://www.sénat.fr/rap/r09-499.html> et la proposition du 22 décembre 2010.

pas un accord express de la partie mais qu'elle soit avertie et qu'elle ne s'y oppose pas, ce qui pose le problème de la publicité.

La règle "nul ne plaide par procureur" dont la compréhension jurisprudentielle a évolué dans le temps. Aujourd'hui, elle signifie que l'on doit indiquer dans les actes de procédure la personne pour laquelle on agit en justice. A défaut, il y aurait vice de forme (dont le régime rend difficile l'application). Là encore c'est le seul système d'opt out qui est écarté.

Le principe du contradictoire qui ne serait pas respecté pour le défendeur qui ne pourrait, par exemple, pas se défendre contre des demandeurs non identifiés, ce qui ne vaut que pour les contentieux subjectifs selon M.-A. Frison Roche. De plus, une seconde phase individualisant la procédure permet d'y pallier.

La nécessité d'individualiser les préjudices, qui suppose au moins une seconde phase du règlement du litige permettant cette individualisation.

La difficulté à financer ces actions car les associations ont peu de moyens et craignent d'engager leur responsabilité en cas d'action abusive. Au Québec, il est prévu un fonds de financement. Un tel fonds n'existe pas en France. On a pu penser à l'aide juridictionnelle mais elle n'a pas suffisamment de ressources et son budget est d'ores et déjà en constante diminution. Cela répond à la question du coût du procès dans la décision d'intenter un procès. Le recours aux nouvelles technologies est alors évoqué comme remède à cette difficulté. C'est la raison pour laquelle UFC QUE Choisir a nettement pris partie pour les nouvelles technologies permettant de faciliter la communication avec les consommateurs et d'alléger les coûts.

Si l'action de groupe était engagée par un avocat, cela poserait en outre le problème de l'interdiction du pacte de quota litis. Plus précisément, il n'est pas possible de prévoir une rémunération uniquement au résultat mais il est possible de prévoir un fixe et des honoraires de résultats (qui peuvent être plus élevés mais restent soumis au contrôle du bâtonnier). Le second problème concerne l'interdiction pour les avocats de faire de la publicité.

8. Pour ce rapport national, c'est surtout le problème de l'autorité de la chose jugée qui se pose. En effet, l'autorité de chose jugée est relative, ce qui suppose de connaître les parties au procès. Cependant il est possible de prévoir une phase d'individualisation de la procédure permettant l'extension de la décision de responsabilité par exemple aux personnes qui se seront manifestées. Là encore, seul l'opt in semble compatible avec le système français.

Il faut préciser qu'en France, le débat s'est surtout focalisé sur la dichotomie opt in et opt out alors que là n'est pas le véritable problème. En effet, la question de l'autorité de la chose jugée est bien plus liée au type d'action de groupe exercée et c'est plus sur la distinction entre actions déclaratives, en injonction ou de responsabilité qu'il aurait fallu se concentrer. Le fait que l'action de groupe n'a longtemps été envisagée qu'en matière de responsabilité des professionnels vis à vis des consommateurs a sans doute été la cause que cette absence de réflexion plus large.

9. Le problème de la délimitation de l'autorité de la chose jugée implique de s'interroger sur la notion de partie et de représentant qui n'ont pas été suffisamment théorisées en procédure civile française. Admettre une action de groupe serait admettre une action exercée par une personne pour obtenir la protection d'un droit dont il n'est pas titulaire<sup>15</sup>. Et pourtant, il s'agit de bien plus que d'un simple représentant.

<sup>15</sup> CAPELLETTI, M., "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (métamorphose de la procédure civile)", *RIDcomp*. 1971, pp. 571 et s, n° 3 p. 575: "Le refus de la 'justiciabilité' des situations juridiques diffuses ou collectives, refus que les tribunaux de nombreux pays prononcent trop souvent encore aujourd'hui, est la conclusion logique et cohérente de la prémisse conceptuelle d'après laquelle l'action vise la défense d'un droit dont le demandeur est ou se prétend, titulaire. Ce refus est toutefois, en même temps, une offense aux exigences les plus vitales de la réalité contemporaine".



Quel est le statut juridique de ce porteur de l'action de groupe? Messieurs Cornu, G. et Foyer, J. considèrent que "la représentation dans l'action entraîne, d'ailleurs, un dédoublement de la notion de partie en cause (et nul n'a jamais prétendu que l'avocat était en quelque sens que ce soit partie au procès). Le représenté est partie intéressée sans être partie agissante. Le représentant partie agissante est –en principe– personnellement désintéressé. Chacun des deux est, en un sens, partie (l'expression partie ou représenté l'atteste)<sup>16</sup>".

10. Cette difficulté qui existe à distinguer partie et représentant se retrouve techniquement dans la distinction délicate de la qualité et du pouvoir. Classiquement, la qualité est exigée de la partie au procès, le pouvoir de son représentant. Outre les confusions terminologiques, on parle du fait d'agir "es qualité", la distinction est parfois délicate. Par exemple, le mandataire judiciaire défend un intérêt qui ne lui est pas personnel. La loi pallie ce défaut d'intérêt en lui conférant qualité pour agir<sup>17</sup>. Certains auteurs préfèrent parler de pouvoir plutôt que de qualité du fait qu'il n'est pas réellement partie, c'est bien plus un représentant *ad agendum*<sup>18</sup>. Cette qualification de pouvoir est elle-même critiquable en ce qu'il ne représente pas à proprement parler les créanciers. C'est d'ailleurs l'une des raisons du changement de sa dénomination puisqu'il était anciennement qualifié de représentant des créanciers. Il s'agit bien plus d'un organe de la procédure que d'une partie stricto sensu. Souvent, "la personne n'est plus véritablement partie: elle est agent d'intérêt général qu'elle sert par la visée de son intérêt particulier, à côté du ministère public, qui recherche l'intérêt général pour lui-même<sup>19</sup>". La question de distinction de la notion de partie et de celle représentant *ad agendum* se pose avec d'autant plus de difficultés lorsqu'il s'agit d'une action de groupe.

11. Ces difficultés peuvent être mise en exergue dans l'hypothèse où c'est un avocat qui agit pour le groupe, ce qui est parfois proposé. Dans ce cas, l'avocat risque d'avoir un intérêt personnel au succès de l'action. L'intérêt direct et personnel est ici une mauvaise chose. En effet, le risque est qu'il n'aille pas forcément dans le sens de l'intérêt des autres membres du groupe. Concrètement, l'intérêt est d'ordre financier et correspond aux honoraires perçus. Malgré la prohibition du pacte de quota litis, la prescription d'honoraires de résultats pourrait suffire à faire craindre ce conflit d'intérêts. C'est ainsi qu'aux Etats-Unis, une class action a pu être déclarée irrecevable parce que l'avocat qui la menait était aussi le père de l'une des victimes<sup>20</sup>. Plus largement, "dans

<sup>16</sup> CORNU, G. et FOYER, J., *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 3<sup>ème</sup> éd., 1996, spéc. n° 114, p. 511.

<sup>17</sup> V. art. L. 622-20, C. Com.: "Le mandataire judiciaire désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers". V. sur cette question, CADIET, L. et JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, 4<sup>ème</sup> éd., Litec, 2004, spéc. n° 487, p. 275: "Ce qui est caractéristique ici, est que le représentant des créanciers est titulaire du droit d'agir"; Com., 7 juin 1997, *D.*, 1997, p. 517, n. DERRIDA, F., *J. C. P.*, 1998, I, 311, spéc. n° 15, obs. CABRILLAC, M.; Com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18-422; A. P., 9 juillet 1993, *D.*, 1993, p. 469, concl. JEOL, M., n. DERRIDA, F., *J. C. P.*, 1993, II, 22122, n. POLLAUD-DULIAN, F.

<sup>18</sup> En ce sens, v. SOLUS, H. et PERROT, R., *Droit judiciaire privé, notions fondamentales*, t. I, Sirey, 1961, n° 262 et s., pp. 243 et s.

<sup>19</sup> FRISON ROCHE, M.-A. et GUILLOT, J.-L., "La réforme des voies de recours par la loi du 10 juin 1994", *P. A.*, n° 110, 1994, pp. 113 et s., spéc. n° 51, p. 119. L'action en justice a, selon certains auteurs, une nature particulière. Elle n'est plus un droit subjectif processuel mais "un 'pouvoir attribué' es qualites, à raison des fonctions remplies pour la satisfaction d'un intérêt autre qu'individuel, et en conséquences précaires, et en tous les cas non personnel"; V. not. MELEDO BRIAND, M., *op. cit.*, spéc. n° 393, p. 243. *Contra*: HEBRAUD, P., *R. T. D. civ.* 1949, p. 444: "Si l'on comprend, au contraire, l'action en justice comme une prérogative particulière tendant à l'exercice et à la protection des droits, elle est toujours identique, dans sa nature, quel que soit le droit exercé, et ne reçoit une qualification que par effet".

<sup>20</sup> LANDERS, S., "Discours", in *Pour mieux réparer les préjudices collectifs : Une class Action à la française?*, table ronde organisée par Droit et Démocratie, *Gaz. Pal.*, 2001, pp. 1475 et s.,



un contentieux où un avocat a cent mille clients, à vrai dire il n'a aucun client: il est son propre client et il est maître du litige. C'est l'avocat qui a vraiment l'intérêt économique le plus important dans le contentieux<sup>21</sup>. Toute la difficulté provient encore de la difficile distinction entre la notion de partie et de représentant.

Après ces quelques généralités permettant de présenter le contexte français, il convient de répondre au questionnaire soumis.

## II. Conditions pour approuver des accords obtenus lors d'actions de groupe

12. Parce qu'il n'existe pas de réglementation actuellement sur les actions de groupe, de tels accords ne font l'objet d'aucune disposition légale et encore moins de jurisprudence. Cependant, on peut essayer de raisonner à partir de ce qui existe relativement aux accords obtenus dans des litiges classiques (I). De plus, la question a été posée à la France dans le cadre du questionnaire de la commission européenne sur les recours collectifs<sup>22</sup>. Elle se pose plus largement dans les propositions d'intégration d'un modèle d'action de groupe en France (II).

### 1. Le contrôle du juge sur les accords obtenus dans le cadre d'un procès classique

12. Un accord obtenu suite à une conciliation (entendue au sens large c'est-à-dire comme une notion mère) n'a que la valeur d'un contrat. Il peut donc être contesté en première instance et donner lieu à des difficultés d'exécution.

Si l'accord est qualifié de transaction (art. 2044 et s. C. civ.), il s'agit alors d'un contrat nommé du code civil qui est soumis à un régime particulier. Il éteint une contestation née ou à naître en cas de concessions réciproques et empêche un procès sur le même objet. On parle d'exception de chose transigée. Par ailleurs, la transaction ne peut être attaquée pour erreur de droit ni lésion (art. 2052 al. 2 C. civ.).

Si l'accord est contresigné par les avocats, il s'agit de ce qui est dénommée depuis peu un acte d'avocat qui a la particularité d'avoir alors la force probante d'un acte authentique mais n'a pas la force exécutoire<sup>23</sup>.

13. Pour renforcer la valeur de l'accord, plusieurs textes prévoient le passage devant le juge. Cependant, il règne ici une certaine confusion car, selon les textes et le type d'accord, les conditions et les effets ne sont pas identiques.

En cas de transaction extrajudiciaire, celle-ci peut donner lieu à la demande d'une seule partie à la saisine du président du tribunal de grande instance sur requête pour qu'il donne à la transaction extrajudiciaire force exécutoire<sup>24</sup> (art. 1441-4, CPC). Il lui est reproché son manque de garanties car la procédure n'est pas contradictoire et

spéc. p. 1475 "dans le premier dossier de 'class action' dont j'ai eu à traiter, le demandeur était en fait le fils de l'avocat et la 'class action' n'a pas été certifiée parce que le Tribunal a jugé qu'il n'avait pas les mêmes intérêts que les autres dans le groupe, l'avocat étant son père l'intérêt du demandeur était surtout de gagner des honoraires pour son père".

<sup>21</sup> Discours de LANDERS, S., *op. cit.*, 2001, pp. 1475 et s., spéc. p. 1476.

<sup>22</sup> PRIETO, C. (dir.), *Réponse de Trans Europe Expert à la consultation publique de la commission européenne: "renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectif"*, éd. SLC, coll. TEE, 2011.

<sup>23</sup> Art 66-3-1 à 66-3-3 de la loi du 31 décembre 1971 telle que modifiée par la loi du 28 mars 2011.

<sup>24</sup> La demande étant faite par voie de requête, un appel est possible en cas de rejet et un référé en rétractation est permis en cas d'admission. Civ. 2, 24 mai 2007, *JCP* 2007, IV, 2311; *procédures* 2007, n° 180, obs. PERROT, R., *JCP*, 2007, I, 200, spéc. n° 14, obs. CLAY, T., *JCP*, 2007, II, 10172, n. CROZE, H. et FRADIN, O., *Procédures*, 2007, com. n° 180, PERROT, R., *Dr et patrim.* 2008, pp., obs. AMRANI-MEKKI, S.

qu'aucun contrôle ne semble devoir intervenir de la part du juge si ce n'est la vérification de la conformité à l'ordre public<sup>25</sup>.

En cas d'accord obtenu suite à la rédaction d'une convention de procédure participative (article 2066, C. civ.), les parties peuvent d'un commun accord demander au juge d'homologuer l'accord obtenu. Les parties le font alors ensemble et on parle d'homologation et non du seul fait de délivrer un titre exécutoire<sup>26</sup>. On peut se demander du fiat de cette précision si l'article 1441-1, CPC est applicable en cas d'accord obtenu à la suite d'une convention de procédure participative car les textes parlent d'accord et non de transaction.

14. La question se pose de la nature de l'acte après intervention du juge. S'agit-il d'un jugement ou d'un simple titre exécutoire qui ne serait pas pour autant un jugement? Une partie de la doctrine considère qu'il s'agit toujours d'une transaction car il ne s'agit pas de dire le droit et qu'il n'y a pas de vérification juridictionnelle à opérer. "Un principe d'économie et de simplicité devra présider au choix des solutions en partant du postulat qu'il ne s'agit pas ici d'une activité relevant de la *jurisdictio* mais de l'*imperium*<sup>27</sup>". Pour d'autres, la loi N° 99-957 du 22 novembre 1999 précise que l'accord est un titre exécutoire. Le fait de l'avoir indiqué dans un alinéa relatif aux décisions de justice amène à le qualifier de jugement<sup>28</sup>.

15. Pour y répondre, on serait tenté de faire référence au rôle du juge dans le contrôle qu'il opère. Cependant, les textes ne sont pas clairs. En effet, on parle tantôt de donner force exécutoire, tantôt d'homologuer. La récente ordonnance du 16 novembre 2011 est venue transposer en droit français la directive de l'union européenne du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale mélange quant à elle les deux puisque le nouvel art. 21-5 de la loi du 8 février 1995 qu'elle modifie dispose désormais que "l'accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l'homologation du juge, qui lui donne force exécutoire".

16. De plus, lorsque l'accord est obtenu dans une médiation judiciaire ou une conciliation devant le Tribunal d'instance, on précise que l'homologation relève de la matière gracieuse (art. 132-1 CPC et 832-8 al 2, CPC) alors qu'on parle seulement d'homologation quand elle est le fait du juge de la mise en état (art. 768 al 2, CPC).

Sa qualification demeure cependant incertaine et devrait dépendre de la teneur du contrôle exercé par le juge. On peut penser que le contrôle sera nécessairement léger pour éviter de tomber dans un contrôle juridictionnel de l'accord. Il ne faut pas perdre d'un côté ce qu'on a gagné de l'autre<sup>29</sup>.

## 2. Les propositions textuelles concernant l'action de groupe

17. La proposition de loi tendant à renforcer la protection des consommateurs par la création d'une action de groupe fondée sur l'adhésion volontaire présentée par

<sup>25</sup> V. en ce sens, PERROT, R., "L'homologation des transactions", *Procédures*, 1999, Chr. 10; DAILLE-DUCLOS, B., "Le décret du 28 décembre 1998: Une véritable réforme de la procédure civile", *J. C. P. (E)*, 1999, pp. 409 et s.: "C'est d'autant plus grave que le juge sera saisi par requête unilatérale, et ne pourra donc recueillir l'avis de l'autre partie". Pour une application de la procédure sur requête, v. not., T. G. I., Paris (JEX), 20 mars 2000, *Procédures*, juin 2000, com. n° 145, n. CROZE, H., Nécessité d'une signification de l'ordonnance avant l'exécution de celle-ci.

<sup>26</sup> AMRANI-MEKKI, S., "La convention de procédure participative", *D.* 2011, pp. 3007 et s., spéc. n° 30 et s.

<sup>27</sup> CADIET, L., *JCP*, 1999, I, 130, N° 18. En ce sens égal. JAROSSON, C., *RGDP*, 1999, p. 135 et.

<sup>28</sup> DESDEVISES, Y., *op. cit.* Cette loi modifie l'alinéa 2 de l'article 3 de la loi du 9 juillet 1991 relatif aux décisions de justice.

<sup>29</sup> V. *contra*: G'SELL, F., "Vers la justice participative? Pour une négociation «à l'ombre du droit»"; *D.* 2010 spéc. 2459: "on peut toutefois espérer qu'en pratique le juge se livrera à un

L. Bétaille, 22 décembre 2010 prévoit une section 2 intitulée: "Médiation organisée dans le cadre d'une action de groupe".

*"Art. L. 412-11. Seule l'association requérante ou l'association désignée conformément au second alinéa de l'article L. 412-1, est recevable à participer à une médiation au nom du groupe.*

*"Art. L. 412-12. Le juge peut, à tout moment de la procédure, inviter le professionnel et l'association requérante ou l'association désignée conformément au second alinéa de l'article L. 412-1, à se soumettre à une médiation conduite par un tiers qu'il désigne, afin de parvenir, sur les points non encore tranchés, à un accord sur la reconnaissance du préjudice causé aux consommateurs, sur la liste des consommateurs lésés ou les critères de rattachement au groupe des plaignants, ou sur les modalités de leur indemnisation.*

*"Art. L. 412-13. Tout accord négocié au nom du groupe est soumis à l'homologation du juge, qui vérifie qu'il est conforme aux intérêts des consommateurs susceptibles d'y appartenir.*

*"Toutefois, les termes de l'accord ne sont pas opposables aux consommateurs qui n'y ont pas expressément consenti.*

*"L'homologation prononcée par le juge donne force exécutoire à l'accord négocié, qui constitue, pour les parties auxquelles il s'applique, un titre exécutoire au sens de l'article 3 de la loi N° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution".*

18. Dans cette proposition, on voit que la rédaction n'est pas la même que celle des articles précités. En effet, le rôle du juge y est précisé puisqu'il est indiqué qu'il vérifie que l'accord est conforme aux intérêts des consommateurs susceptibles d'y appartenir. L'indicatif vaut impératif et c'est donc une obligation pour lui.

La formule pose question car, en principe, pour conserver une efficacité du mode alternatif au juge, on considère que le juge ne doit pas juger l'affaire. Dans le cas contraire, le gain de temps et le désencombrement des juridictions seraient illusoire. Ici, il ne se contente pas de vérifier que l'accord existe bien et qu'il est conforme à l'ordre public. L'exigence est plus précise car il doit vérifier que cela est conforme à l'intérêt des consommateurs. On use alors d'une notion à contenu variable "l'intérêt des consommateurs", vague, qui laisse un large pouvoir d'appréciation aux juges du fond. La notion est tellement vague qu'elle pourrait s'apparenter à l'équité. Il y a là une manifestation de défiance à l'égard des accords obtenus et la volonté d'ériger le juge en protecteur des membres du groupe.

19. De plus, afin de protéger ceux-ci, l'accord ne vaudra que pour ceux qui y auront expressément consentis. Le silence ne vaut pas acceptation. D'autres projets ou propositions attestent de ce souci de prémunir les membres du groupe contre un accord déséquilibré. C'est ainsi qu'une proposition de loi des sénateurs Zeller, Stasi et Proriol datant de 1988 envisageait quant à elle dans un nouvel article 324-9, CPC une possible substitution d'un membre du groupe au représentant qui ne serait pas en mesure "d'assurer une représentation correcte"<sup>30</sup>. Il s'agit alors une garantie supplémentaire pour parer à d'éventuels conflits d'intérêts entre le porteur de l'action et les membres du groupe. En effet, il y a un problème de légitimité du porteur de l'action à transiger qui fait poindre le risque de conflit d'intérêts au sein d'un groupe. Un avocat avait lui-même concédé que lorsqu'on représente cent clients, en réalité, on ne représente personne<sup>31</sup>. Cela est d'autant plus vrai si celui qui agit au nom du groupe est

contrôle réel, de manière à apporter une garantie supplémentaire quant à l'équité des conventions ainsi homologuées".

<sup>30</sup> Article 324-9, NCPD proposé: "tout membre du groupe peut intervenir à l'instance à condition de soutenir l'action de son représentant. Toutefois, si celui-ci n'est pas en mesure d'assurer une représentation correcte des membres du groupe, l'intervenant peut lui être substitué. Il peut également lui être adjoint pour représenter ceux qui ont intérêt à une représentation séparée".

<sup>31</sup> LANDERS, S., "Discours", in Pour mieux réparer les préjudices collectifs: Une class Action à la française?, table ronde organisée par Droit et Démocratie, *Gaz. Pal.*, 2001, p. 1475 et s., spéc. p. 1476: "Dans un contentieux où un avocat a cent milles client, à vrai dire il n'a aucun client: il est

directement partie prenante. Il faut donc prévoir qu'un membre du groupe peut décider de s'en extraire au cas où il ne souhaiterait pas accepter la conciliation envisagée.

20. Enfin, l'indication selon laquelle il s'agit d'un titre exécutoire après homologation ne renseigne pas précisément sur la nature de l'acte. On peut se demander ainsi si la décision du juge serait susceptible d'appel.

### III. La chose jugée

21. L'autorité de la chose jugée est en France traitée tant dans le Code civil que dans le Code de procédure civile. Elle est considérée comme une présomption de vérité légale que l'on ne peut combattre que par les voies de recours. Attribut du jugement, elle a un effet négatif qui rend irrecevable une action au cas où une triple identité de parties, d'objet et de cause existerait (article 1351, C. civ.).

#### 1. Les conditions de l'autorité de chose jugée

22. Il faut une identité de parties prises en la même qualité.

Concrètement, cette règle signifie que seules peuvent se voir opposer l'autorité de la chose jugée les personnes qui ont participé à l'instance au fond, que ce soit pour une règle de fond ou une exception de procédure. Sont également concernées les personnes qui sont intervenues dans le procès de manière volontaire ou non (par exemple un assureur qui est appelé en garantie dans un litige de responsabilité) puisqu'elles ont été en mesure de faire valoir leurs droits. On considère également qu'un mineur représenté à une instance par son tuteur peut se voir opposer l'autorité de chose jugée.

Encore faut-il, aux termes de l'article 1351 du Code civil, qu'il y ait également une identité de partie prise en la même qualité. Ainsi, il n'y a pas autorité de la chose jugée lorsqu'une personne est jugée à titre personnel puis à titre de mandataire social d'une société.

23. Il faut également une identité d'objet. Cette identité est appréciée largement pour réduire le nombre d'actions. La jurisprudence se contente ainsi d'une identité de finalité économique et sociale, l'expression technique de l'objet importe peu.

Il n'y a pas identité complète d'objet lorsqu'un la victime d'un accident de la circulation demande un nouvel octroi de dommages et intérêts lorsqu'elle justifie d'un préjudice nouveau (apparition de douleurs au dos consécutivement à l'accident).

La jurisprudence considère en général que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée que lorsque le demandeur réclame un même droit sur une même chose<sup>32</sup>. Ainsi, une demande d'annulation d'un contrat vicié n'a pas le même objet qu'une demande de résiliation de cette convention pour inexécution contractuelle<sup>33</sup>.

24. Enfin, il faut une identité de cause. Cette notion est tellement difficile à concevoir que les rédacteurs du Code de procédure ont préféré en faire l'économie.

Alors que l'objet est ce qu'on demande, la cause est ce pourquoi on le demande.

On peut percevoir la cause comme le fondement juridique de la demande. Le pourquoi est ici juridiquement entendu.

On peut aussi concevoir la cause comme un ensemble de faits au soutien de la prétention.

Enfin, il est possible d'y voir un ensemble de faits juridiquement qualifiés.

*son propre client et il est maître du litige. C'est l'avocat qui a vraiment l'intérêt économique le plus important dans le contentieux" et p. 1475: "dans le premier dossier de 'class action' dont j'ai eu à traiter, le demandeur était en fait le fils de l'avocat et la 'class action' n'a pas été certifiée parce que le Tribunal a jugé qu'il n'avait pas les mêmes intérêts que les autres dans le groupe, l'avocat étant son père, l'intérêt du demandeur était surtout de gagner des honoraires pour son père".*

<sup>32</sup> Cass. soc., 30 juin 1982, *Bull. civ.* V, n° 428.

Classiquement, au regard de l'appréciation de l'autorité de la chose jugée, la cause était perçue comme le fondement juridique. C'est pourquoi un arrêt d'Assemblée plénière du 3 juin 1994 avait affirmé qu'il était possible d'engager un premier procès sur le fondement d'une action en responsabilité et un second sur un fondement différent. Cette conception de la cause avait pour intérêt d'assurer le droit au juge en permettant de changer de stratégie judiciaire, de réparer d'éventuelles erreurs et d'étendre le rôle du juge sur les différents fondements. Malgré tout, il demeurait l'inconvénient de permettre une succession de procès sur des fondements différents.

25. C'est la raison pour laquelle le fameux arrêt *Césaréo* d'Assemblée plénière du 7 juillet 2006<sup>34</sup> a opéré un revirement de jurisprudence en indiquant qu' "il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci".

Désormais, il n'est plus possible d'intenter un nouveau procès sur un nouveau fondement juridique sauf si celui-ci est apparu après le premier procès.

Est-ce à dire que la cause a disparu et avec elle la règle de la triple identité? Certains l'affirment dénonçant par là même une jurisprudence *contra legem* en ce qu'elle remet en cause le texte de l'article 1351 C. civ. Il est toutefois possible de concevoir non une disparition, mais un renouvellement de la notion de cause qui deviendrait un ensemble de faits dont on ne sait s'ils sont juridiquement qualifiés ou non. Par conséquent, si la situation de fait évolue, il pourrait être admis une nouvelle action. L'idée force de l'arrêt *Césaréo* est d'éviter l'encombrement des juridictions mais aussi d'inciter à la loyauté comme le suggère la référence à la notion de temps utile.

26. Cependant, cette solution devrait être limitée aux situations où le plaideur avait connaissance de tous les éléments au moment de l'introduction de la demande initiale. Sinon, elle risque d'être considérée comme contraire au droit à un procès équitable au sens de l'article 6 § 1, Conv.EDH.

C'est, semble-t-il, l'interprétation qu'il faut retenir d'un arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation en date du 25 avril 2007. Dans cette décision, les magistrats estiment que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice (annulation de l'arrêté préfectoral sur lequel reposait la décision antérieure).

La Cour de cassation a également admis la recevabilité d'une nouvelle action lorsqu'une partie réitère sa demande sur le fondement d'un droit né postérieurement au premier procès<sup>35</sup>. En l'espèce, la partie conteste un second commandement de payer, fait suite à la déchéance du premier, sur de nouveaux fondements.

Surtout, la nouveauté des faits doit permettre un second procès. Il faut cependant vérifier leur nouveauté, ce qui n'est pas le cas d'une demande d'autorisation d'exploiter déposée après la décision refusant de valider un congé pour reprise dans le cadre d'un bail rural<sup>36</sup>.

## 2. Les effets de l'autorité de la chose jugée

27. Effet relatif. L'autorité de la chose jugée a en France un effet relatif qui veut que seules les parties au procès peuvent subir ou profiter de la décision rendue.

Il faut donc avoir été partie ou représenté à l'instance. "Apparemment, le critère de distinction entre les parties et les tiers est d'ordre purement formel: sont parties à l'instance les personnes qui ont pris l'initiative d'agir en justice ou qui ont été appelées

<sup>33</sup> Cass. Civ. 1, 11 avr. 1995, *Bull. civ. I*, n° 172.

<sup>34</sup> Cass. AP 7 juillet 2006, n° 04-10672, *D.* 2006. 2135, note WEILLER, L.; Mélanges WIEDERKEHR, G., 2009, p. 379, étude GUINCHARD, S., *RDI* 2006, p. 500, obs. MALINVAUD, P., *RTDciv.* 2006, p. 825, obs. Perrot, R.

<sup>35</sup> Cass. Civ. 2, 10 juin 2010, *Procédures*, com 305, PERROT, R.

à y défendre, par opposition aux tiers qui sont Étrangers au procès<sup>37</sup>. Sont donc parties les demandeurs, défendeurs, intervenants volontaires ou forcés. Au contraire, lorsqu'une personne n'a pas figuré à l'instance, elle ne peut se voir opposer la chose jugée.

“En réalité, le critère formel n'est pas toujours suffisant pour déterminer les parties à l'instance et il est parfois nécessaire d'étendre la qualité de parties ou, au contraire, de la restreindre<sup>38</sup>. Il est possible d'étendre la chose jugée à celui qui n'a pas été entendu ou dûment appelé dans certaines hypothèses en recourant aux notions de représentation mutuelle (A), d'autorité ou d'opposabilité absolue (B), voire d'autorité positive de chose jugée (C).

#### A) *La notion de représentation mutuelle*

28. Extension de la chose jugée par la notion de représentation mutuelle. La jurisprudence utilise la notion de représentation ou de communauté d'intérêt<sup>39</sup>, mais qui ne suffit plus à elle seule<sup>40</sup>, pour étendre les effets de l'autorité de la chose jugée. L'objectif est notamment de limiter la possibilité d'exercer une tierce opposition. “Il faut rejeter l'idée selon laquelle la 'communauté d'intérêts' permet, en l'absence de loi, de présumer de manière irréfragable l'existence d'une représentation mutuelle de ses membres. Cependant, il faut admettre que la 'communauté d'intérêts' crée un contexte particulièrement propice à l'existence d'un mandat tacite. Les membres se regroupant afin d'atteindre un but, il est plausible que certains agissent au nom de tous, sans pour autant obtenir un consentement exprès. La proximité créée par certaines 'communautés d'intérêts' peut conduire à estimer que les agissements des uns ne peuvent se faire sans l'assentiment des autres, ratifiant nécessairement la gestion qui est faite. Il est alors légitime que la jurisprudence prenne en considération tous ces éléments afin de les considérer comme révélateurs du consentement tacite au mandat<sup>41</sup>. Cette représentation a alors une part de fiction.

En jurisprudence, elle s'applique parfois en raison de la nature des biens en cause. C'est le cas pour les actions relatives aux biens de la communauté conjugale. Récemment, la Cour de cassation a rappelé “que chacun des époux, en sa qualité d'administrateur de la communauté, agit au nom de cette dernière de sorte que la décision relative au sort d'un bien de communauté, rendue à l'égard d'un des époux, a autorité de chose jugée à l'égard de l'autre<sup>42</sup>”.

La jurisprudence utilise encore cette notion de représentation entre co-intéressés qui ont une communauté d'intérêts dans l'action exercée. C'est le cas des codébiteurs solidaires<sup>43</sup>, indivisibles, ou de la caution et du débiteur garanti<sup>44</sup>, du débiteur avec ses créanciers chirographaires<sup>45</sup> ou avec les créanciers hypothécaires ou privilégiés<sup>46</sup>, pour les ayant cause à titre particulier (acheteur, donataire, cession-

<sup>36</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 janv. 2010, n° 08-70.206, *JCP* 2010, SERINET, Y.-M.

<sup>37</sup> SOLUS, H. et PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, Sirey 1991, t. 3, n° 10, p. 12.

<sup>38</sup> PERROT, R., FRICERO, N., Mise en jour DOUCHY OUDOT, M., “Autorité de la chose jugée, autorité de la chose jugée au civil sur le civil”, *J-CI Proc., civ*, fasc. 554, spéc. N° 135.

<sup>39</sup> THERON, J., “De la communauté d'intérêts”, *RTDciv.* 2009, p. 19.

<sup>40</sup> Cass. Civ. 2, 5 mai 1993, *JCPG* 1993, II, 22171, note DU RUSQUEC, E.: “La communauté d'intérêts ne saurait suffire à caractériser une représentation”.

<sup>41</sup> THERON, J., *op. cit.*, spéc. n° 33.

<sup>42</sup> Cass. Civ. 2, 21 janvier 2010, n° 08-17.707, *Bull. civ.* 2010, II, n° 14.

<sup>43</sup> Cass. Com., 25 novembre 2008, n° 07-14.583, *Bull. civ.* IV, n° 199; Cass. Com. 30 octobre 2007, n° 04-16.655, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 229.

<sup>44</sup> Cass. com., 6 juin 1961: *Bull. civ.* 1961, III, n° 258. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mars 1978: *Bull. civ.* 1978, I, n° 125 sauf s'il s'agit d'une exception purement personnelle au débiteur.

<sup>45</sup> Cass. com., 18 novembre 1958, *Bull. civ.* 1958, III, n° 397; Cass. Civ. 2, 5 juin 1959, *Bull. civ.* 1959, II, n° 281.



naire...<sup>47</sup>) si l'instance a été introduite avant la mutation ou avant la publicité de la mutation si celle-ci est requise, les ayants cause universels ou à titre universel<sup>48</sup>. Dans ce dernier cas, cela se justifie par le fait que l'ayant cause universel, ou à titre universel, qui accepte la succession continue la personne du défunt et est soumis aux décisions de justice rendues pour ou contre le défunt.

Dans ces hypothèses, la personne qui n'a pas comparu au procès pourra se voir opposer la chose jugée alors même qu'elle n'aura pu se défendre elle-même. C'est pourquoi la jurisprudence française a quelque peu évolué ces dernières années.

29. Limites. Elle a admis notamment qu'un associé de SCI ne soit pas représenté par la société et puisse contester un jugement par la voie de la tierce opposition<sup>49</sup>. C'est alors la garantie du droit d'agir en justice qui prime.

"La philosophie des droits de l'homme, des droits fondamentaux et des droits de la défense ainsi que l'influence plus globale de la Cour européenne des droits de l'homme rayonnent sur la tierce opposition, qui interdisent qu'un tiers subisse l'opposabilité sans faille des effets substantiels du jugement et les conséquences préjudiciables qui en découlent éventuellement, sans pouvoir se défendre à un moment quelconque de l'instance. C'est le sens de l'élargissement constant en matière contentieuse"<sup>50</sup>.

Des hésitations apparaissent cependant à ce sujet car il semble que les différentes chambres de la Cour de cassation n'ont pas la même conception de la communauté d'intérêts.

#### B) *La notion d'autorité absolue de chose jugée ou d'opposabilité*

30. Extension par la notion d'autorité absolue de chose jugée ou d'opposabilité absolue. La décision ne peut normalement pas avoir d'effets sur des tiers mêmes placés dans une situation similaire<sup>51</sup>.

Il faut ici distinguer l'effet des décisions de justice et leur opposabilité qui suppose que les tiers doivent respecter une situation juridique issue d'une décision de justice ce qui a maladroitement été qualifié parfois d'autorité absolue de chose jugée<sup>52</sup>. L'opposabilité absolue a lieu en matière de filiation puisque les jugements rendus "sont opposables même aux personnes qui n'y ont point été parties, mais celles-ci ont le droit d'y former tierce-opposition<sup>53</sup>". Pour certains auteurs, cette opposabilité dépasse le strict cadre du droit des filiations et peut être érigée en principe général, ce que confirme en effet l'usage qui en est fait par la jurisprudence<sup>54</sup>. Mais il n'est pas simple, alors, de distinguer opposabilité du jugement et ce qu'il est convenu de dénommer autorité absolue de chose jugée.

<sup>46</sup> Cass. Civ. 2, 20 octobre 1965, *Bull. civ.* 1965, II, n° 765.

<sup>47</sup> Cass. Civ. 1, 12 mars 1974, *Bull. civ.* 1974, I, n° 83, Cass. Civ. 2, 17 nov. 1977, *D.* 1978, inf. rap. p. 413, obs. JULIEN, P.

<sup>48</sup> Cass. civ., 30 mai 1969, *JCP A* 1969, IV, 5569.

<sup>49</sup> Cass. Com., 19 décembre 2006, n° 05-14.816, *JCP*, G, 2007, II, 10076, n. CHOLET, D., *Procédures*, 2007, com. 43, obs. LUCAS, F. X., *Bull. Joly* 2007, p. 466, note CAGNOLI, P. et VALLANSAN, J.

<sup>50</sup> LECOURT, A., "Tierce opposition, Nature, conditions de recevabilité", Fasc. 738, *JCI Proc. Civ.*, 2010, Spéc. n° 23.

<sup>51</sup> V. notamment: *RTDciv.* 1955, p. 696, obs. HEBRAUD, P.; BOYER, L., "Les effets des jugements à l'égard des tiers", *RTDciv.* 1951, p. 163.

<sup>52</sup> V. notamment: VIZIOZ, H., *Études de procédure*, éd. Bière, 1956, p. 250; GLASSON, E., TISSIER, A. et MOREL, R., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire et de procédure civile*, t. 3, 3e éd., 1926, p. 106, n° 776.

<sup>53</sup> C. civ., art. 324: "les jugements relatifs à la filiation sont opposables, même aux personnes qui n'y ont pas été parties". Cass. Civ. 1, 7 juin 1995, *Bull. civ.* 1995, I, n° 237, *D.* 1996, somm. p. 149, obs. GRANET-LAMBRECHTS, F., *RTDciv.* 1995, p. 610, obs. HAUSERJ., *Defrénois*, 1996, p. 329, obs. MASSIP, J.

<sup>54</sup> Voir p. ex. Cass. com. 23 janv. 2007, *RTD civ.* 2007, 383, obs. PERROT, R.: "si une



31. Justifications. Qualité de la décision. Cette autorité absolue a pu être expliquée par les soins particuliers pris pour rendre la décision. La qualité de la décision rendue en certaines matières permettrait son rayonnement au-delà des seules parties<sup>55</sup>. Si l'analyse en termes de qualité renforcée peut étonner, elle est pourtant la justification classiquement donnée à l'autorité absolue des décisions répressives. Cette autorité des décisions pénales sur les décisions civiles s'expliquerait par les moyens supplémentaires dont disposent les juges répressifs pour atteindre la vérité. Pourtant, les juges civils comme administratifs ont des pouvoirs de plus en plus importants dans la recherche des preuves, ce qui limite l'argument.

32. Nature de la décision prise. En vérité, il semble que l'extension de la chose jugée se justifie plus par la nature de la décision elle-même que par les moyens procéduraux mis en œuvre. L'illustration du recours pour excès de pouvoir en contentieux administratif est ici éloquent<sup>56</sup>. Lorsqu'il est accueilli, le recours pour excès de pouvoir entraîne l'annulation de l'acte, qui disparaît ainsi de l'ordonnement juridique, ce qui implique qu'il ne pourra plus être invoqué par quiconque<sup>57</sup>. Cela justifie la pratique, depuis 1974, de faire mention au Journal officiel des arrêts annulant un texte ayant lui-même été publié. Il en est de même lorsque l'acte est annulé à la suite d'une exception d'illégalité ou d'une action en appréciation de légalité. La décision du juge administratif est ainsi respectée par l'ensemble des juges civils et répressifs<sup>58</sup>. Pourtant, curieusement, de manière contestable et contestée, la jurisprudence administrative n'admet pas une extension à tous de l'autorité de la chose jugée sur une exception d'illégalité ou une appréciation de légalité. La déclaration d'illégalité d'un acte "n'est pas revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée qui se serait attachée à l'annulation pour excès de pouvoir du même acte<sup>59</sup>". Dans ces hypothèses, elle considère que le juge n'a que constaté la nullité sans la prononcer. La solution étonne et la doctrine administrative dans son ensemble souhaite une évolution de la jurisprudence car "il y a là, sans doute, la conséquence d'une surestimation de l'importance [...] du prononcé d'une annulation<sup>60</sup>". Un acte ne saurait être valable pour certains et nul pour d'autres. En revanche, lorsque le recours pour excès de pouvoir est rejeté, il n'a pas autorité de chose jugée. En effet, l'annulation pourrait être obtenue sur un autre fondement<sup>61</sup>.

Il en est de même en matière pénale car l'objectif de la décision pénale, qui est d'ordre public, implique son respect absolu. Comme le souligne Philippe Théry, "pour des raisons d'ordre public et bien qu'aucun texte ne l'impose, il a paru impossible d'admettre que dans l'exercice de cette mission répressive, indispensable au maintien

*sentence arbitrale n'a autorité de la chose jugée qu'eu égard au litige qu'elle tranche, elle n'en est pas moins opposable aux tiers*".

<sup>55</sup> Sur cet aspect, voir LAGARDE, X., *op. cit.*, spéc. n° 247, p. 388.

<sup>56</sup> Sur l'autorité de la chose jugée en cassation par le Conseil d'Etat.

<sup>57</sup> CE 22 mars 1961, *Simonet*, *Rec.* 289. Cass. com. 19 mai 1953, *Société La Ruche picarde*, S. 1954, 1, note Drago. Cass. civ. 1, 25 oct. 1962, *ONIC*, D. 1963, somm. 1. Cass. civ. 1, 25 juin 1985, *Cochin*, D. 1985, 517.

<sup>58</sup> Cass. crim. 4 déc. 1930, *Abbé Gautrand*, D. 1931, 1, 33, rapp. Bourdon, note Appleton. Cass. civ. 1, 19 juin 1985, *Office national de la chasse*, D. 1985, 426, rapp. SARGOS (jurisprudence antérieure: Cass. ass. plén. 25 févr. 1966, D. 1966, somm. p. 88, arrêt peu clair et Cass. soc. 30 janv. 1969, *Gaz. Pal.*, 1969, 1, 225, note b.d. contre cette autorité absolue).

<sup>59</sup> CE 3 juill. 1996, *Min. c/Société ABG Engineering*, *Rec.* 259. CE sect, 27 mai 2002, *SA Transvolver service*, *Rec.* p. 176; D aff. 2002, 2188, note LIENHARD et CAA Lyon, 11 févr. 2003, *Compagnie des grandes sources*, *AJDA* 2004, 87.

<sup>60</sup> CHAPUS, R., *Contentieux administratif*, 13<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2009, spéc. n° 1211, p. 1097. SEILLIER, B., *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, thèse, Paris II, 1995, p. 727 sq. MELLERAY, F., "L'étendue de l'autorité de chose jugée des déclarations d'illégalité d'actes administratifs opérées par le juge administratif", *AJDA* 2004, 138.

<sup>61</sup> CE 27 oct. 1965, *Blagny*, *Rec.* 559. Cass. crim. 18 juill. 1957, *Bull. crim.*, n° 564. Cass. crim. 24 févr. 1976, *Loubeyre*, D. 1976, IR 123. Cass. crim. 4 mars 1986, *Morera*, *Gaz. Pal.* 1986, 2, 711, note J-P. D.

de tout ordre social, l'autorité du juge pénal puisse se trouver ébranlée par des décisions de justice desquelles il résulterait que doit être réputé innocent celui qui a été condamné ou coupable celui qui a été acquitté<sup>62</sup>.

Il n'en va pas différemment en procédure civile. Le rayonnement de la décision dépend de sa nature. Lorsqu'il s'agit d'une décision sur la nationalité ou sur un lien de filiation, elle est de nature à intéresser l'ordre public; elle doit être respectée par tous. Pour certains, ce n'est pas tant la nature de la décision que l'objet auquel elle s'applique qui justifie l'étendue de ses effets. Ainsi, pour Philippe Théry, "plutôt que de l'autorité de chose jugée, la question ne relève-t-elle pas du droit substantiel? [...] Le contentieux de la propriété fournit en droit civil un exemple comparable. Personne ne conteste que le jugement sur la propriété n'ait autorité de chose jugée qu'entre les parties et si un tiers se prétend propriétaire, il lui suffit d'agir en revendication contre celui qu'un précédent jugement aura désigné comme tel. Il n'en reste pas moins que celui qu'un jugement aura désigné comme propriétaire pourra exercer son droit erga omnes, parce que telle est sa nature. Sur ce point, la distinction de l'autorité de la chose jugée et des effets substantiels de la décision est éclairante<sup>63</sup>".

33. Nature constitutive ou déclarative du jugement. L'idée a été défendue que l'autorité absolue de chose jugée serait liée aux jugements constitutifs. Créant une nouvelle situation juridique, celle-ci devrait être respectée par tous, au contraire des jugements déclaratifs<sup>64</sup>. La distinction de ces deux types de jugements n'est pourtant pas nette et ne clarifie pas l'analyse. L'autorité absolue de la chose jugée a aussi été rattachée au droit substantiel en cause.

34. Destinataires du jugement. Lorsqu'il s'agit d'une décision qui efface une norme, qui condamne un prévenu, qui déclare un lien de filiation ou un lien de nationalité, elle s'adresse à la société en son entier et intéresse l'ordre public. Cette lecture a priori simple et évidente buterait cependant sur la coordination des procédures. L'autorité de la chose jugée serait ébranlée lorsque le juge civil s'est prononcé avant les poursuites pénales ou lorsqu'un appel n'est interjeté que sur les intérêts civils et que la solution diffère au civil et au pénal. Pourtant, plus qu'une question d'autorité de chose jugée stricto sensu, la question est alors celle de la compatibilité des décisions de justice, qui est plus large et plus pragmatique<sup>65</sup>. L'objet des deux mécanismes n'est pas le même. Surtout, la solution rendue sur l'action civile et sur l'action pénale n'a pas les mêmes destinataires.

### C) *La notion d'autorité positive de chose jugée*

35. Extension par la notion d'autorité positive de chose jugée. Classiquement, une autorité positive de chose jugée revient à permettre à une partie d'invoquer la chose jugée dans un autre procès, sans pour autant qu'il y ait respect de la règle de triple identité car il ne s'agit justement pas du même procès. C'est la raison pour laquelle certains considèrent que l'autorité de chose jugée se réduit à son aspect négatif<sup>66</sup>.

L'autorité positive de chose jugée renverrait alors à une autre notion: la décision a un effet normatif qui peut être invoqué; elle a une efficacité substantielle<sup>67</sup>.

36. Cette querelle d'écoles doctrinales n'est pas que théorique; elle a des incidences pratiques sur l'étendue de la chose jugée. L'école de Caen soutient qu'il faut distinguer la vérification juridictionnelle du juge (confrontation des faits au droit), qui a

<sup>62</sup> CE ass, 8 janv. 1971, *Min. c/Dame Desamis*, Rec. 19; *AJDA* 1971, 297, concl. THERY, P.

<sup>63</sup> THERY, P., Rapport de synthèse, *Procédures* 2007, Etude 22, spéc. n° 9.

<sup>64</sup> LAGARDE, X., *op. cit.*, n° 253, p. 398.

<sup>65</sup> MAROTTE, J., *L'incompatibilité des décisions de justice en droit judiciaire privé interne, européen et international*, thèse, Paris X, 2001.

<sup>66</sup> FRISON ROCHE, M. A., *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse, Paris II, 1988, spéc. p. 100.

<sup>67</sup> V. not. BLERY, C., *L'efficacité substantielle des jugements civils*, LGDJ, 2000.

seule autorité de chose jugée, et la norme qui en résulte. "Pour nous, ce qui a autorité de chose jugée, c'est ce qui a fait l'objet de cette vérification juridictionnelle. Ce qui est décidé, c'est l'effet substantiel du jugement et c'est tout autre chose<sup>68</sup>". Il en découle que cette vérification juridictionnelle ne se réduit pas au seul dispositif mais implique la décision dans son ensemble dont les motifs sont le siège le plus évident. L'autorité de chose jugée s'étendrait donc aux motifs de la décision, ce à quoi s'oppose la jurisprudence de la Cour de cassation, du moins en matière civile. Cependant, cette école admet volontiers les limites de son raisonnement qui impliquerait la possibilité de recourir sur les motifs d'une décision.

37. Au concret, l'autorité positive de chose jugée se vérifie lorsqu'il s'agit de concevoir l'autorité d'une décision d'une juridiction sur une autre.

Les ordres de juridictions n'évoluent pas en vase clos; ils peuvent ainsi être amenés à connaître d'aspects différents d'une même affaire. C'est ici l'autorité positive de chose jugée qui est sollicitée car il s'agit de savoir si, dans un autre procès, il est permis d'invoquer la solution dégagée par une autre juridiction. On sait que l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'impose aux différents ordres de juridiction et s'étend même à ses motifs<sup>69</sup>. Pour le reste, les juridictions respectent leurs décisions respectives.

38. Les décisions pénales s'imposent aux autres juridictions lorsqu'elles émanent des formations de jugement, qu'elles soient motivées ou non, de condamnation, d'acquittement ou d'absolution<sup>70</sup>. Plus précisément, ce sont les faits constatés et constituant le soutien nécessaire de la décision pénale qui s'imposent par leur autorité positive<sup>71</sup>. Ainsi que l'écrivait Huguency, l'autorité appartient "aux points sur lesquels la juridiction répressive s'est en fait prononcée et sur lesquels elle était tenue de se prononcer<sup>72</sup>". Tout ce qui est surabondant au regard de la décision pénale n'a pas autorité, qu'il s'agisse de l'évaluation du préjudice<sup>73</sup> ou encore de la détermination d'une cause étrangère. En outre, il convient de distinguer selon le sens de la décision pénale. En effet, si la condamnation implique l'autorité de la décision sur la faute commise, il n'en est pas de même de l'acquittement ou de la relaxe du fait de la nature différente de la faute requise au civil. Par ailleurs, en cas d'exemption de peine, la reconnaissance de la culpabilité peut néanmoins permettre une indemnisation civile.

Les décisions répressives sont ainsi respectées par les juridictions administratives<sup>74</sup>, même si on a pu faire remarquer, dans le contentieux fiscal, que "tant l'Administration que les contribuables l'invoquent souvent à tort<sup>75</sup>". Les décisions administratives

<sup>68</sup> LE BARS, T., "Autorité positive et autorité négative de chose jugée", *Procédures* 2007, Etude 12, spéc. n° 4.

<sup>69</sup> Cons. const., déc. 62-18 DC, 16 janv. 1962, *Rec.* 31. Cons. const., déc. 88-244 DC, 20 juill. 1988, *Rec.* 119. Cons. const., déc. 89-258 DC, 8 juill. 1989, *Rec.* 48. Cons. const., déc. 92-312 DC, 2 sept. 1992, *Rec.* 76.

<sup>70</sup> L'autorité *erga omnes* des décisions pénales est limitée aux décisions statuant au fond sur l'action publique: Cass. ch. mixte. 10 oct. 2008, *JCP* 2008, II, 10199, note WALTHIER, rejetant toute autorité de chose jugée à une décision d'un juge d'instruction qui statue sur un incident de procédure et non sur le fond de l'action publique. V. cep. les articles 495-3 et 528-1 CPP en ce qui concerne l'ordonnance pénale rendue par le juge correctionnel ou de police en matière de contravention et contre laquelle il n'a pas été formé opposition; elle n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de l'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction.

<sup>71</sup> Cass. civ. 28 juin 1949, *D.* 1950, 93. Cass. com. 26 oct. 1976, *D.* 1977, IR 47. Cass. civ. 1, 8 juill. 1994, *Bull.* I n° 239. Cass. soc. 6 juill. 1999, *Bull.* V, n° 325.

<sup>72</sup> HUGUENCY, L., note sous Civ. 20 févr. 1931, *S.* 1932, 1, 273.

<sup>73</sup> Cass. civ. 2, 17 avr. 2008, *D.* 2008, p. 1351.

<sup>74</sup> CE. ass., 5 mai 1976, *Lequemain*, *Rec.* 229. CE Sect., 28 juill. 2000, *Préfet de police c. Diagola*, *Rec.* 340. CE 29 nov. 1999, *Mme Wach*, *Rec.* 368; *DA* 2000, n° 162, obs. C. D.

<sup>75</sup> DAVID, C., FOUQUET, O., PLAGNET, B., et RACINE, P. F., *Les grands arrêts de la*

de nature répressive ont également une autorité absolue de chose jugée, ainsi des contraventions de grande voirie<sup>76</sup>. L'autorité de chose jugée ne s'étend qu'aux constatations de faits qui sont le soutien nécessaire de la décision des juges répressifs<sup>77</sup>. De plus, elle ne s'impose que pour les faits constatés. Il n'y a donc pas d'autorité de chose jugée attachée aux "motifs d'un jugement de relaxe tirée de ce que les faits reprochés ne sont pas établis ou de ce qu'un doute subsiste sur leur réalité<sup>78</sup>". Autrement dit, le juge administratif pourra retenir des faits considérés comme incertains par le juge répressif. Enfin, le juge administratif, au contraire du juge civil, n'est pas tenu par le criminel, ce qui n'implique aucune obligation de sa part de surseoir à statuer<sup>79</sup> et favorise, du coup, le risque de décisions incompatibles. En ce cas, l'administration admet alors, malgré le caractère irrévocable de la décision prise, de réexaminer la décision<sup>80</sup>.

39. L'autorité des décisions pénales s'impose également aux juridictions civiles depuis la jurisprudence Quertier de 1855<sup>81</sup>. Ce respect implique d'ailleurs la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état. Le récent tempérament à la règle du sursis à statuer posé par la loi du 5 mars 2007 n'est en réalité qu'une exception motivée par des considérations de célérité de la justice<sup>82</sup>. Le sursis y est limité au cas où la juridiction civile est saisie d'une demande en réparation mais est exclu l'action à un autre objet tel qu'un divorce, une indignité successorale, autant d'actions dites "à fins civiles" à pour lesquelles "le législateur envisage expressément le risque de contrariété de deux décisions et l'accepte d'avance, au mépris de l'éventuelle autorité du jugement pénal à venir<sup>83</sup>". Cette autorité positive de chose jugée souffre cependant quelques exceptions<sup>84</sup>. De plus, la loi du 10 juillet 2000 a rompu avec l'identité des fautes civiles et pénales<sup>85</sup> pour admettre la possibilité d'une sanction civile en dehors de toute culpabi-

*jurisprudence fiscale*, Dalloz, 4<sup>ème</sup> éd. 2003, th. 7, "La place des principes généraux du droit en matière fiscale", § 16 sq. Voir not. CE 5 mai 2008, *Procédures* 2008, n° 254, obs. PIERRE.

<sup>76</sup> CE 27 juill. 1988, *Bellay*, *Rec.* 301; *AJDA* 1988, 763, obs. Auby.

<sup>77</sup> Voir cep., lorsque la légalité de l'acte administratif dépend de l'existence d'une infraction, CE. 10 oct. 2003, *Procédures* 2004, n° 40, obs. Deygas.

<sup>78</sup> CE sect., 11 mai 1956, *Chomat*, *Rec.* 200; *D.* 1956, 469, concl. Laurent.

<sup>79</sup> V. p. ex. CE 6 oct. 2008, req. n° 299933, *Caigny et a.*: *JCP* 2008, act. 630.

<sup>80</sup> CE 3 mai 1963, *Alaux*, *Rec.* 261, concl. COMBARNOUS.

<sup>81</sup> Cass. civ. 7 mars 1855, *D.* 1855, 1, 81. Cass. civ. 23 mars 1953, *JCP* 1953, II, 7637, note R. Savatier: "il n'est plus permis au juge civil de méconnaître ce qui a été nécessairement et certainement décidé par le juge criminel sur l'existence d'un fait incriminé qui forme la base commune de l'action civile et de l'action pénale, sur sa qualification et la culpabilité de celui à qui le fait est imputé". Voir GIUDICELLI, G., "Principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil", *RSC* 2003, chron. 125; REBUT, D., "Vers la fin du caractère absolu de l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil?", note sous Cass. ch. mixte 3 juin 1998, *D.* 1998, 575.

<sup>82</sup> Art. 4 CPP, réd. L. n° 2007-291, 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale.

<sup>83</sup> ROBERT, J. H., L'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, *Procédures* 2007, Etude 17, spéc. n° 27.

<sup>84</sup> Il en est ainsi en cas d'indemnisation de préjudice résultant de morsures, distincte de l'infraction de divagation d'animal féroce (Cass. civ. 2, 22 mars 1995, *Bull.* II n° 95) ou encore en matière de délit de presse (Cass. ch. mixte 3 juin 1998, *D.* 1998, 575, note Rebut).

<sup>85</sup> Identité affirmée par Cass. civ. 18 déc. 1912, *Brochet et Deschamps*, *D.* 1915, 1, 17, note L. S.; S. 1914, 1, 249, note Morel. Voir GIUDICELLI, A., "Dualité des fautes civile et pénale", *RSC* 2001, 613. LE TOURNEAU, P. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2008/2009, n° 582 et 696 sq. Rapp., FORTIS, E., "Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit pénal", *RSC* 2001, 738. VINEY, G., "La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000. Conclusion au colloque organisé le 1er févr. 2001 par le Centre de recherche en droit privé de Paris I", *RSC* 2001, spéc. pp. 767 sq. Adde, DOSNER DOLIVET, A., "Que devient le principe de l'identité des fautes civile et pénale après la loi du 10 juillet 2000?", *Dr. prospectif* 2002, n° 1, pp. 199 sq.

lité pénale<sup>86</sup>, mais il ne s'agit pas à proprement parler d'exception à la règle de l'autorité de la chose jugée<sup>87</sup> puisque les juges n'ont pas à statuer sur la même faute. En cas de relaxe, le juge civil peut donc tout à fait reconnaître une faute civile et condamner la partie. En revanche, en cas de condamnation pénale, la faute pénale étant plus restreinte que la faute civile, elle implique a fortiori reconnaissance d'une faute au civil. En effet, la faute pénale est soit "une violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement", soit une "faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité que l'auteur ne pouvait ignorer". L'autorité de la chose jugée s'applique donc dans toute son étendue. C'est ce que reconnaissait un auteur dès 1869, soulignant que "le juge criminel a uniquement pour mission de rechercher le fait générateur du délit, c'est-à-dire une imprudence assez grave pour motiver l'application de la loi pénale. S'il nie toute l'imprudence, il empiète sur le domaine du juge civil auquel il appartient de rechercher s'il n'a pas été commis une imprudence trop légère pour qu'il y ait lieu d'appliquer une peine, mais assez grave pour que la responsabilité de son auteur soit engagée. Il y a en quelque sorte une imprudence criminelle et une imprudence civile. La négation de la première n'exclut pas la seconde<sup>88</sup>".

40. L'autorité positive de chose jugée, si elle était admise, permettrait aux membres du groupe de profiter d'une décision rendue alors que la condition d'identité de partie ferait défaut. Le principe de la faute du professionnel par exemple, serait ainsi acquis pour toutes les victimes potentielles.

Surtout, elle aurait pour avantage de permettre de profiter de décisions obtenues devant des autorités administratives indépendantes. Celles-ci ont des moyens d'actions plus intéressants que les juridictions civiles (notamment au regard de la preuve). Cependant, parce qu'elles ne sont pas saisies par les mêmes parties, que leur objet est différent et que leur nature juridictionnelle elle-même ose question, il n'est pas possible de profiter de l'autorité de leur décision. Cela est regrettable alors que certains pays tel que l'Allemagne l'admettent. L'autorité positive de chose jugée serait une manière de profiter de cette autorité et de favoriser ainsi l'action de groupe.

Le rapport sénatorial prévoit pour l'heure une obligation de surseoir à statuer du juge civil dans l'attente de la décision de l'autorité de la concurrence qui tient donc le civil en l'état. Pourtant, il ne va pas au bout de sa logique en considérant que la décision rendue ne liera pas le juge civil "même s'il est peu probable qu'elle s'en écartera en pratique<sup>89</sup>". Cette position est difficilement compréhensible dans la mesure où on peut alors se demander quelle est la justification de la suspension d'instance.

41. Enfin, il convient de préciser qu'il n'existe pas en droit français chose jugée "secundum eventum litis".

#### IV. Exécution et liquidation de la solution

42. Parce qu'il n'existe pas d'action de groupe en France, cette question ne se pose pas. Cependant, dans la proposition de loi dite Béteille du 22 décembre 2010, les problèmes d'exécution sont envisagés en ces termes.

<sup>86</sup> Cass. civ., 30 janv. 2001, *RSC* 2001, 613, note GIUDICELLI, A., *D.* 2001, 2232, note JOURDAIN, P., *RTDciv.* 2001, 376, obs. JOURDAIN, P., *JCP* 2001, I, 338, n° 4 sq, obs. VINEY, G., *Resp. civ. et assur.* 2001, n° 16, obs. AGARD: "la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence".

<sup>87</sup> *Contra*: PRADEL, J., *Procédure pénale*, Cujas, 14<sup>ème</sup> éd., 2008/2009, spéc. p. 845.

<sup>88</sup> GRIOLLET, G., note sous Cass. req. 27 janv. 1869, *DP*, 1869, 1, 170 cité par GIUDICELLI, A., "La déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence", *RSC* 2001, 613.

<sup>89</sup> Cf. RAPP, Sénat, loc. cit. p. 85.

*“Art. L. 412-7. À l'expiration du délai ouvert pour former un recours contre la décision mentionnée à l'article L. 412-5, le jugement devient exécutoire pour les indemnisations individuelles qui n'ont pas fait l'objet de contestation.*

*”Art. L. 412-8. L'association requérante ou l'association désignée conformément au second alinéa de l'article L. 412-1 peut agir, sauf opposition de leur part, au nom et pour le compte des plaignants ayant déposé une demande d'indemnisation, en cas de contestation ou de difficulté d'exécution, pour ce qui les concerne, de la décision mentionnée à l'article L. 412-5.*

*”Pour assurer le recouvrement des sommes dûes par le professionnel aux consommateurs figurant sur la liste établie par le juge en application du premier alinéa de l'article L. 412-5, elle peut mandater des huissiers de justice à l'effet de diligenter des procédures d'exécution et saisir le juge aux fins de prononcé d'une astreinte”.*

43. Il n'y a donc pas de distinctions opérées selon le type de décisions rendues. L'exécution est requise par le membre du groupe constitué mais la représentation par l'association vaut sauf opposition de leur part pour la phase d'exécution de la décision.

Au vrai, comme les différents projets limitent le domaine de l'action de groupe le plus souvent à des actions sans responsabilité, il n'y a pas eu de réflexions sur l'exécution de la condamnation sinon pour permettre à l'association de continuer à véhiculer les intérêts des membres du groupe.



## O PROCESSO COLETIVO NO DIREITO BRASILEIRO ATUAL

por SÉRGIO CRUZ ARENHART\*

### 1. Questões gerais

O ordenamento jurídico brasileiro possui vários diplomas legais que tratam do tema da tutela coletiva.<sup>1</sup> Essa multiplicidade de microsistemas torna difícil realizar uma sistematização adequada de todo o processo coletivo nacional. Todavia, é possível identificar um sistema “padrão” para o processo coletivo brasileiro, que será eleito como o modelo para a análise dos temas sugeridos.

Esse regime padrão é representado pela conjugação de duas leis federais, a saber, a Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). O art. 21 daquela<sup>2</sup> e o art. 90 desta<sup>3</sup> apontam, cada qual, para o outro diploma, de forma a gerar um sistema de processos coletivos, que é aplicado, no direito brasileiro, a todas as situações não disciplinadas por legislação específica.

Nos termos desse sistema, oferece-se a proteção coletiva a dois tipos de direitos: a interesses genuinamente coletivos e a interesses individuais de massa. Os primeiros foram subdivididos no direito brasileiro em duas categorias: os interesses difusos, qualificados pelo art. 81, parágrafo único, inc. I, da Lei n. 8.078/90, como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” —e os interesses coletivos— definidos pelo art. 81, parágrafo único, inc. II, daquela mesma lei, como “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Por outras palavras, ambas as categorias são qualificadas como sendo subjetivamente transindividuais e objetivamente indivisíveis. Não podem ser titularizadas por uma única pessoa, nem podem ser fracionadas em partes efetivas ou ideais para gozo individual. Os interesses coletivos foram apartados dos difusos porque, nestes, o interesse pertence a um grupo indeterminado de sujeitos, enquanto naqueles a titularidade é determinada, pertencendo a um grupo, categoria ou classe.

A diferença entre os direitos difusos e coletivos, no ordenamento brasileiro, é empregada, exclusivamente, para fundamentar uma suposta distinção entre o regime de coisa julgada estabelecido para cada figura, como se verá adiante. Rigorosamente, porém, são categorias que poderiam ser reunidas —como fazem outros ordenamentos

\* Professor de Direito Processual Civil na Universidade Federal do Paraná, Brasil.

<sup>1</sup> Há, por exemplo, dentre tantos outros, regime específico para a proteção da probidade administrativa (Lei n. 8.429/92), para relações de trabalho coletivas (Leis n. 4.725/65 e 7.701/88), para a salvaguarda de crianças e adolescentes (art. 208 e ss., da Lei n. 8.069/90) ou para a tutela do idoso.

<sup>2</sup> “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

<sup>3</sup> “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.



ou mesmo o código modelo para iberoamérica— já que, ao que parece, a distinção não traz consequências práticas, não possuindo relevância ou utilidade algumas.

Ao lado desses interesses tipicamente coletivos, a tutela coletiva brasileira também pode incidir sobre interesses individuais “idênticos”, denominados de “direitos individuais homogêneos”. Estes são descritos pela lei como “os decorrentes de origem comum” (art. 81, parágrafo único, inc. III, da Lei n. 8.078/90). A definição legal é pobre e incapaz de estabelecer com precisão as características necessárias para qualificar um interesse como individual homogêneo. Por isso, doutrina e jurisprudência se esforçam em fixar contornos mais claros para esses direitos, oferecendo requisitos não previstos em lei para essa “tutela coletiva de direitos individuais”.<sup>4</sup> Alguns veem a diferença entre os direitos individuais (simples) e os individuais homogêneos a partir do critério da preponderância, típico do direito norte-americano.<sup>5</sup> Outros entendem que os interesses individuais homogêneos são interesses “originalmente” coletivos, que se convertem em interesses individuais quando de sua liquidação e execução.<sup>6</sup> Há, enfim, diversas opiniões que buscam identificar essa categoria de interesses, separando-a dos interesses individuais clássicos.

Parece, porém, que o esforço é desnecessário. Na realidade, os interesses individuais homogêneos são, em essência, interesses individuais quaisquer, que devem receber proteção pela via coletiva apenas porque assim a tutela jurisdicional será mais adequadamente prestada. Razões como a multiplicidade de sujeitos envolvidos, o pequeno valor dos danos individualmente sofridos, a implicação da decisão judicial de um caso sobre a esfera jurídica de terceiros, poderão recomendar o tratamento coletivo desses interesses individuais. Aí haverá o espaço para a tutela coletiva e de seu regime. Não se trata, portanto, de categoria jurídica nova, ou diversa das clássicas noções de direito subjetivo e interesse individual. Trata-se, apenas, de uma “abordagem processual otimizada” desses interesses, em prol das partes e da própria atuação jurisdicional.

Em que pesem algumas diferenças de procedimento, a tutela oferecida para os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é substancialmente a mesma. Por outras palavras, é possível buscar a proteção de qualquer desses direitos por meio de ação coletiva (chamada no Brasil de “ação civil pública”) que pode veicular qualquer espécie de pretensão e provimento, seja preventivo ou repressivo, seja declaratório, constitutivo, condenatório, mandamental ou executivo.<sup>7-8</sup>

<sup>4</sup> A expressão é de Teori Albino Zavascki (v. Albino Zavascki, T., *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo, 2006).

<sup>5</sup> Seriam individuais homogêneos os interesses sempre que as questões comuns preponderassem sobre as questões individuais; do contrário, seriam caracterizados como interesses individuais simples, a reclamar tutela pela via estritamente individual. V., sobre o tema, Pellegrini Grinover, A., “Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”, *Revista de processo*, v. 101, jan-mar/2001; Lenza, P., *Teoria geral da ação civil pública*, São Paulo, 2003.

<sup>6</sup> Assim, v. Munhoz da Cunha, A., “A evolução das ações coletivas no Brasil”, *Revista de processo*, v. 20, n. 77, jan-mar/1995. Na jurisprudência, este também foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal (v., por exemplo, STF, Pleno. RE 163.231/SP. Rel. Min. Maurício Correa. DJU 29/06/01).

<sup>7</sup> Há, todavia, na doutrina brasileira, quem sustente que a tutela dos direitos individuais homogêneos é muito diversa daquela oferecida aos direitos difusos e coletivos. A partir de uma interpretação restritiva dos arts. 91 e ss., do Código de Defesa do Consumidor, para esta corrente, a tutela dos direitos individuais homogêneos (que se daria por meio da chamada por estes “ação civil coletiva”) seria sempre feita por meio de uma sentença condenatória genérica, seguida de execuções preferencialmente individuais. Já a tutela dos direitos difusos e coletivos não imporia o emprego desse mecanismo, podendo dar-se (empregando a “ação civil pública”) por qualquer espécie de provimento judicial. Sustentando essa visão, v. Albino Zavascki, T., *Processo coletivo*, cit., *passim*; Batista de Almeida, J., *Aspectos controvertidos da ação civil pública*, 2ª ed., São Paulo, 2009, *passim*.

<sup>8</sup> A par desse instrumento “geral”, é possível o emprego de medidas específicas para a proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tais como o mandado de

Basicamente, a ação civil pública tem restrições quanto a algumas matérias –não pode veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias e fundos institucionais (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85)– e é isenta de custas processuais e honorários de sucumbência (salvo em caso de comprovada má-fé, nos termos do que preveem os arts. 18, da Lei n. 7.347/85, e 87, do Código de Defesa do Consumidor). São legitimados para esta demanda, concorrentemente, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, entidades e órgãos da Administração Pública direta e indireta, mesmo sem personalidade jurídica, e associações constituídas há pelo menos um ano<sup>9</sup> que incluam entre seus fins institucionais a defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (arts. 5º, da Lei n. 7.347/85, e 82, do Código de Defesa do Consumidor). Todos esses legitimados têm a prerrogativa de requerer de qualquer autoridade certidões e informações para subsidiar sua atuação. Em especial, o Ministério Público pode instaurar procedimento preparatório (chamado de inquérito civil público), para colher informações e documentos para o ajuizamento da demanda coletiva, com amplos poderes de investigação. A provocação da atuação desses legitimados pode ser feita por qualquer pessoa (e deve ser feita por qualquer servidor público), inclusive por juízes (arts. 6º e 7º, da Lei n. 7.347/85).

Embora seja tradicional o emprego do rito comum ordinário para a ação civil pública, é possível o emprego de procedimentos especiais e mesmo de formas distintas de processos (execução e cautelar).

O sistema brasileiro atual de processos coletivos serviu, em grande parte, de inspiração para o Código Modelo de Processos Coletivos para Iberoamérica, de modo que muitos dos institutos previstos nesse diploma encontram eco na legislação nacional. Por outro lado, várias recentes iniciativas tentaram reformar a legislação atual, propondo seja a criação de um código brasileiro de processos coletivos, seja apenas a reforma da legislação sobre a ação civil pública. Tais projetos de lei, porém, não tiveram sucesso, tendo sido arquivados pelo Poder Legislativo federal.<sup>10</sup>

## 2. O acordo em ações coletivas

A lei brasileira não trata, propriamente, do acordo em ações coletivas. E o faz por uma razão: supõe-se, na esteira da doutrina majoritária,<sup>11</sup> a indisponibilidade generalizada dos interesses metaindividuais e, ao menos para os legitimados para a ação coletiva, dos interesses individuais de massa.

Todavia, essa vedação à transação (a respeito do conteúdo do direito) comporta certos temperamentos. Admite-se, por isso, certa margem de “discricionariedade” na estipulação da “forma” e do “prazo” para a satisfação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Vale dizer que, se não pode o legitimado coletivo transacionar sobre o conteúdo do direito em si, pode, em certos limites, acordar a respeito do prazo para cumprimento de certas obrigações ou sobre a forma de satisfazer o direito.

segurança coletivo (Lei n. 12.016, arts. 21 e 22) e a ação popular (Lei n. 4.717/65), cada um com suas finalidades, seus requisitos e seu regime próprio.

<sup>9</sup> Esse requisito pode ser dispensado pelo juiz, à vista do manifesto interesse social evidenciado pela extensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido (arts. 5º, § 4º, da Lei n. 7.347/85, e 82, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor).

<sup>10</sup> Sobre essas questões, v. Rodrigues Carvalho, A., *et alli. Em defesa de um novo sistema de processos coletivos. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. Coord. Gozzoli, M. C., Cianci, M., Calmon, P., Quartieri, R., São Paulo, 2010; Pellegrini Grinover, A., *et alli. Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. Coord. Pellegrini Grinover, A., Gonçalves de Castro Mendes, A., Watanabe, K., São Paulo, 2007.

<sup>11</sup> V., a respeito, Camargo Mancuso, R., *Ação civil pública*, São Paulo, 2004, p. 316 e ss.

Para tanto, a lei disciplina a figura do “compromisso de ajustamento de conduta”,<sup>12</sup> que serve como instrumento para que se possa, extrajudicialmente, estipular prazo e forma para a adequação da conduta do suposto infrator de interesses metaindividuais e individuais de massa aos ditames legais. Note-se que o mecanismo não serve para dispor sobre o direito, mas apenas para negociar condições para a prevenção ou para a recomposição do ilícito. De outro lado, é incabível o emprego desse compromisso no tocante a atos de improbidade administrativa, como expressamente dispõe o art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/92.

Podem valer-se do compromisso de ajustamento de conduta apenas aquelas entidades “de direito público” que são legitimadas para a ação civil pública, de modo que as associações não dispõem desse instrumento (art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/85). Esse compromisso, que pode estipular cominações para o não cumprimento, é título executivo extrajudicial, dispensando o ajuizamento de ação coletiva de conhecimento para ser executado.

Diante da insuficiência da legislação a respeito do tema, os órgãos legitimados a tomar referido compromisso tratam, de forma interna, de disciplinar seu emprego. No Ministério Público Federal, por exemplo, a matéria é disciplinada pela Resolução n. 87, de abril de 2010, a partir de seu art. 20, devendo o compromisso tomado pelo agente ser comunicado a uma Câmara de Coordenação e Revisão (órgão de coordenação da atividade dos agentes vinculados a essa instituição), para acompanhamento.

### 3. A coisa julgada coletiva

O desenho legal da coisa julgada no sistema jurídico brasileiro dá a impressão de que ele é muito diferente do regime tradicional das demandas individuais. Todavia, as diferenças não são tão grandes como parecem, aplicando-se muitos dos princípios da tutela individual também à coisa julgada coletiva. Assim, por exemplo, o regime de “desconstituição” da coisa julgada coletiva obedece os mesmos parâmetros fixados para o processo individual. Por isso, também no processo coletivo é admissível o emprego da “ação rescisória” (art. 485 e ss., do Código de Processo Civil), que é o instrumento empregado no Brasil para afastar a coisa julgada em casos de vícios graves, como o impedimento do juiz ou a ofensa a literal disposição de lei.

Basicamente, a extensão objetiva da coisa julgada coletiva é a mesma atribuída, no direito brasileiro, à coisa julgada individual. Assim, a coisa julgada atinge a parte dispositiva da sentença, não abrangendo o relatório ou a fundamentação.

Uma grande diferença, porém, é digna de nota nesse particular. A lei brasileira prevê a extensão “in utilibus” da coisa julgada coletiva em favor (e apenas para beneficiar) eventuais pretensões individuais ligadas àquela exposta na ação civil pública (art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor). Significa dizer que a sentença que julga procedente demanda a respeito de direitos difusos ou coletivos é capaz de beneficiar vítimas e seus sucessores do mesmo evento, que estão dispensadas de ajuizar ação de conhecimento, podendo valer-se da sentença coletiva para proceder à liquidação e à execução individual de seus prejuízos.

#### 1. *Os limites subjetivos da coisa julgada coletiva e as demandas sobre direitos difusos e coletivos*

Em se tratando de ações coletivas que têm por objeto a tutela de interesses difusos e coletivos, a coisa julgada formada se estende a toda coletividade, ou a todo grupo, classe ou categoria, tanto no caso de procedência como no caso de improcedência. Ressalva-se, porém, como já dito, a hipótese de improcedência por insuficiência de prova, caso em que a ação coletiva poderá ser reproposta, desde que fundada em prova nova.

<sup>12</sup> Sobre o instrumento, v. Assis Rodrigues, G., *Ação civil pública e termo de compromisso de ajustamento de conduta*, Rio de Janeiro, 2002, *passim*.

Diz o art. 103, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor, que a coisa julgada, em ações que discutam interesses difusos, será “erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova”. Já em se tratando de direitos coletivos, a coisa julgada é qualificada como “ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior”. A diferença entre os qualificativos empregados (“erga omnes” e “ultra partes”) tem o único propósito de adequar a “extensão subjetiva da coisa julgada” ao grupo de sujeitos que pode ser afetado pela decisão. Como se viu anteriormente, os direitos difusos são qualificados, no ordenamento brasileiro, pela indeterminabilidade da coletividade a que pertencem. A seu turno, os direitos coletivos, embora transindividuais, são titularizados por um grupo, categoria ou classe determinado. Por isso, dizer-se que a coisa julgada em demandas que debatem direitos difusos é “erga omnes” (abrangendo toda a coletividade), enquanto aquela incidente sobre demandas que tratem de direitos coletivos é “ultra partes” (já que atinge o grupo “substituído”, mas não toda sociedade).

Como se vê facilmente, a lei incide em claro erro, ao confundir a noção de coisa julgada com a dos efeitos diretos da sentença.<sup>13</sup> A rigor, a imutabilidade da sentença coletiva se impõe à coletividade substituída não por conta da coisa julgada, mas antes pela falta de legitimação, para seus membros, que os autorizem a discutir tal decisão.

A coisa julgada coletiva, portanto, nesses casos, não apresenta grande divergência em relação ao regime individual – exceto pela possibilidade de rediscussão em caso de insuficiência de prova. No âmbito subjetivo, atingidos pela coisa julgada coletiva serão, então, os co-legitimados para a ação (exaurindo-se a ação daqueles legitimados concorrentes que não atuaram no feito), que não poderão, em conta da imutabilidade, rediscutir a sentença prolatada. É nesse sentido que – como afirmado anteriormente – a distinção entre direitos difusos e coletivos, como proposto pela legislação brasileira, perde valor. A diferença entre a coisa julgada “erga omnes” e “ultra partes” constitui artificialidade sem nenhum valor, que poderia bem ser dispensada pelo ordenamento nacional.

## 2. *Os limites da coisa julgada coletiva e as demandas sobre direitos individuais homogêneos*

No que se refere à proteção dos interesses individuais homogêneos, a solução dada pelo direito brasileiro foi diferente. Segundo prescreve o art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, nesses casos, a coisa julgada é “erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores”. Por outras palavras, caso a sentença seja de improcedência, não há coisa julgada, de modo a não prejudicar as pretensões individuais, que poderão ser objeto de demandas autônomas. Excetua-se dessa previsão apenas aqueles indivíduos que tiverem intervindo no processo coletivo, em relação a quem a sentença de improcedência faz coisa julgada normalmente, comportando-se como o regime tradicional de demandas individuais (art. 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor).

A solução dada pela lei brasileira tem escopo muito claro. Porque o ordenamento brasileiro atribuiu a proteção desses direitos (na via coletiva) a entidades específicas, sem, todavia, estabelecer um regime de controle da representatividade adequada, e considerando que se trata da tutela de direitos tipicamente individuais, pertencentes a sujeitos determinados, entendeu-se que a coisa julgada apenas em caso de procedência responderia melhor à garantia de acesso à Justiça, prevista no texto constitucional

<sup>13</sup> V., por todos Tullio Liebman, E., *Eficácia e autoridade da sentença*, Rio de Janeiro, 1945, p. 103 e ss.; Batista da Silva, O., *Sentença e coisa julgada*, Porto Alegre, 1988, p. 93 e ss.; Camargo Mancuso, R., *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, São Paulo, 2007, p. 247 e ss.; Gidi, A., *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, 1995, *passim*.

brasileiro (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República). No entender da doutrina dominante, outra solução tornaria inconstitucional o regime da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, pois impor a tutela de direitos individuais por terceiros, sem se facultar ao titular do direito o poder de promover, por si, tal proteção.

Logicamente, quanto aos indivíduos que tiverem participado da demanda coletiva (na forma do que autoriza o art. 94, do Código de Defesa do Consumidor) o problema não se apresenta, já que eles não foram “substituídos” no processo, promovendo por sua própria conta a tutela de seus interesses. Daí a razão da ressalva acima mencionada.

### 3. A limitação territorial da coisa julgada coletiva no sistema brasileiro

Questão de particular interesse no direito brasileiro atual, a respeito da coisa julgada coletiva, diz respeito à limitação territorial de sua extensão, operada pelo art. 16, da Lei n. 7.347/85.<sup>14</sup> Segundo prevê o dispositivo, a coisa julgada em ações civis públicas é “erga omnes”, mas apenas se opera “nos limites da competência territorial do órgão prolator”. Ou seja, pretende o dispositivo limitar a extensão de decisão coletiva apenas ao território em que o magistrado exerce sua atividade jurisdicional.

Mais uma vez se vê clara a confusão entre efeito de sentença e coisa julgada. Mais grave do que isso, porém, é a falta de distinção, no preceito, entre a tutela de interesses difusos e coletivos e a proteção de interesses individuais homogêneos. Se, em tese, se pode imaginar a factibilidade dessa limitação no campo dos direitos individuais homogêneos (porque divisíveis), o mesmo não se dá, jamais, com os direitos coletivos e difusos. Já que esses direitos são, por definição legal, indivisíveis, é totalmente absurdo pensar em uma limitação (apenas a certa comarca, a determinada região, ou a um Estado da federação) da extensão da decisão judicial.

Em que pese a chancela do Supremo Tribunal Federal –que entendeu pela constitucionalidade da regra<sup>15</sup>– a doutrina tem severamente criticado o dispositivo, seja qualificando-o como inconstitucional, seja lhe negando eficácia diante da interpretação de outras regras legais. Afirma-se, por exemplo, que a regra em tela viola diversas garantias constitucionais, como os postulados da isonomia, da duração razoável do processo e da inafastabilidade da jurisdição.<sup>16</sup> Diz-se também que o dispositivo seria inócuo, pois incidiu sobre norma já revogada, pois o tema da coisa julgada coletiva, a par de ser tratado pelo art. 16, da Lei n. 7.347/85, também é disciplinado pelo art. 103, do Código de Defesa do Consumidor, que é norma mais recente.<sup>17</sup>

Não obstante o peso de tais críticas, a jurisprudência nacional tem dado aplicação ao dispositivo, concluindo, em alguns julgados,<sup>18</sup> que para extrapolar os limites da competência territorial do juiz (ou, mais, para ter eficácia nacional) a demanda coletiva deve ser ajuizada em capital de Estado ou no Distrito Federal, ou, em outros, que essa

<sup>14</sup> Essa regra foi inserida na lei por força do disposto no art. 2º, da Medida Provisória n. 1.570-5/97, convertida na Lei n. 9.494/97.

<sup>15</sup> O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da regra, negou a liminar pretendida para sustar os efeitos da regra, entendendo, portanto, como legítimo (ainda que em juízo provisório) o dispositivo (v., STF, Pleno. ADI 1.576 MC/UF. Rel. Min. Marco Aurélio. DJU 06/06/03, p. 29).

<sup>16</sup> V. g., Gonçalves de Castro Mendes, A., *Ações coletivas*, São Paulo, 2010, p. 279-281; Silva Araújo Filho, L. P., *Ações coletivas*, Rio de Janeiro, 2000, p. 165-166; Menezes Vigliar, J. M., “A Lei 9.494, de 10/09/97, e a nova disciplina da coisa julgada nas ações coletivas: inconstitucionalidade”, *Revista dos tribunais*, v. 745, São Paulo, nov./1997, p. 67-72.

<sup>17</sup> Assim, Pellegrini Grinover, A., “Ação civil pública refém do autoritarismo”, *Revista de processo*, v. 24, n. 96, São Paulo, out.-dez/1999, *passim*; Ferreira, R., *Coisa julgada nas ações coletivas*, Porto Alegre, 2004, p. 137 e ss.

<sup>18</sup> STJ, 3ª Turma. REsp 1.101.057/MT. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 15.04.11; STJ, 2ª Turma. REsp 448.470/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe 15.12.09.



dimensão regional ou nacional depende da revisão da decisão coletiva por um tribunal de abrangência regional ou nacional.<sup>19</sup>

#### 4. A liquidação e a execução da sentença

Também no que toca à efetivação do provimento jurisdicional, o sistema brasileiro tem regras diferentes aplicáveis à tutela de direitos difusos e coletivos e à tutela de direitos individuais homogêneos. A diferença, porém, tem sobretudo o propósito de adequar o procedimento para autorizar execuções individuais de sentença proferida em ação coletiva que trata de direitos individuais homogêneos, o que seria natural, já que aqui se está diante de direitos nitidamente individuais.

O direito brasileiro não impõe como via exclusiva para a tutela dos direitos metaindividuais e individuais de massa a via condenatória. Como já se disse, admite-se qualquer espécie de provimento jurisdicional, como expressamente prevê o art. 83, do Código de Defesa do Consumidor. Conta-se, aliás, com poderoso instrumento, disciplinado pelo art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, capaz de impor, efetivamente, prestações de fazer e de não fazer, com o recurso a meios de indução e de sub-rogação, a exemplo da multa coercitiva ou da intervenção judicial.<sup>20</sup> Esses instrumentos, obviamente, são muito mais alinhados à tutela coletiva de direitos, pois dispensam a participação individual (do beneficiário) no processo e são capazes de fornecer tutela específica –muito mais adequada do que a tutela pelo equivalente monetário– seja aos direitos metaindividuais, seja aos direitos individuais de massa.

De fato, os direitos difusos e coletivos, por sua natureza, normalmente não se adaptam à tutela pecuniária, o que torna mais recomendável a proteção por meio da imposição de condutas de fazer ou não fazer, capazes de impedir a sua violação ou, ao menos, remover os efeitos perniciosos do ilícito ou do dano causado. Quanto aos direitos individuais homogêneos, embora possam ser protegidos pela via da condenação pecuniária, também é certo que esse sistema (condenação genérica seguida de execuções individuais) traz problemas sérios para a proteção adequada de muitos desses interesses. Nos casos em que o dano individual é de pequena expressão, por exemplo, dificilmente haverá interessados em proceder à execução individual da condenação. Já nas situações em que a tutela coletiva é empregada para evitar a presença em juízo de muitos indivíduos (com suas demandas isoladas) a abarrotar o serviço judiciário, o emprego da execução individual apenas faz postergar o problema, já que, embora esses sujeitos não compareçam na fase de conhecimento do processo, haverão de apresentar-se quando da execução. Por isso, mesmo em relação a esses direitos é recomendável a adoção de providências capazes de impor a prestação de medidas diretamente aos afetados, sem, todavia, obrigá-los a apresentar-se em juízo. Novamente, portanto, as técnicas de imposição de conduta –com a garantia por meio de medidas de indução ou de sub-rogação– é preferível ao sistema que estimula a execução individual do julgado.

Apesar disso –e conquanto se veja experiências bem sucedidas no emprego das técnicas acima descritas– ainda é muito comum o emprego da solução tradicional, com a condenação pecuniária pela lesão aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> STJ, 3ª Turma. AgRg no REsp 755.429/PR. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJe 18/12/09; STJ, 3ª Turma. REsp 1.034.012/DF. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJe 07/10/09; STJ, 3ª Turma. REsp 944.464/RJ. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJe 11/02/09.

<sup>20</sup> Sobre essas questões, v. Cruz Arenhart, S., *Perfis da tutela inibitória coletiva*, São Paulo, 2003, p. 341 e ss.; Cruz Arenhart, S., “La intervención judicial y el cumplimiento de la tutela específica”, *Revista peruana de Derecho Procesal*, v. 16, Lima, 2011, *passim*; Cruz Arenhart, S., “A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia”. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*, org. Pellegrini Grinover, A., Gonçalves de Castro Mendes, A. e Watanabe, K., São Paulo, 2007, p. 216 e ss.

<sup>21</sup> Para mais detalhes, v., Venturi, E., *Execução da tutela coletiva*, São Paulo, 2000, *passim*; Shimura, S., *Tutela coletiva e sua efetividade*, São Paulo, 2006, *passim*.

Para tanto, o ordenamento nacional prevê disciplina bastante minuciosa desse regime, em especial no que tange à tutela dos direitos individuais homogêneos.

Em relação à tutela ressarcitória de direitos difusos e coletivos, pouca diferença há em relação ao processo individual. A liquidação e a execução seguem os parâmetros tradicionais, podendo ser iniciadas por qualquer dos legitimados para a ação coletiva. Em se tratando de ação coletiva ajuizada por associação, caso esta não proceda à execução do julgado em sessenta dias, a contar do trânsito em julgado da sentença, toca ao Ministério Público o dever de fazê-lo, facultada a mesma iniciativa aos demais legitimados (art. 15, da Lei n. 7.347/85). O produto dessa execução é destinado a um Fundo público, gerido por um conselho federal ou conselhos estaduais (com participação do Ministério Público e de integrantes da comunidade), que deve aplicar esses recursos na recomposição dos bens lesados (art. 13, da Lei n. 7.347/85).<sup>22</sup>

O funcionamento desse Fundo é muito criticado, seja pela escassez de recursos (oriundos de demandas coletivas), seja pela falta de foco na aplicação desse dinheiro. O Fundo trabalha com a aprovação de projetos que se destinam a tratar com interesses relevantes. Porém, nem sempre os projetos que são aprovados visam, exatamente, à recomposição dos bens que foram lesados, de modo que, não raras vezes, esses interesses permanecem sem proteção, enquanto o dinheiro é destinado a outro bem. Também por isso se enfatiza a necessidade de recorrer a outras formas de execução, mais adequadas a tratar de forma efetiva com lesões a interesses coletivos e individuais de massa.

No que se refere à execução pecuniária de sentenças coletivas para a tutela de interesses individuais homogêneos, prevê a lei que, em regra, a sentença condenatória seja “genérica”, limitando-se a fixar “a responsabilidade do réu pelos danos causados” (art. 95, do Código de Defesa do Consumidor). A partir dessa condenação genérica, abre-se espaço para que as vítimas (ou seus sucessores) possam liquidar e executar, de forma individual, esse título.<sup>23</sup>

Caso, no prazo de um ano, não se habilitem vítimas para a execução em número compatível com a gravidade do dano, os legitimados para a ação coletiva poderão promover liquidação e execução do valor total da indenização devida, cujo produto reverterá em favor do Fundo acima indicado (art. 100, do Código de Defesa do Consumidor).

No concurso entre créditos destinados ao Fundo e aqueles referentes às indenizações individuais, estes preferem àqueles (art. 99, do Código de Defesa do Consumidor).

<sup>22</sup> O Fundo federal, denominado de Fundo de Defesa de Direitos Difusos, é vinculado ao Ministério da Justiça e é regulamentado pela Lei n. 9.008/95.

<sup>23</sup> Esta execução individual pode ser feita também de forma coletiva, por meio de substituição pelos legitimados para a ação coletiva, abrangendo todas as vítimas cujas indenizações tiverem sido fixadas em sentença de liquidação (art. 98, do Código de Defesa do Consumidor), sem, porém, que isso prejudique o ajuizamento de outras execuções.



## LEGITIMAÇÃO PARA AS AÇÕES COLETIVAS. REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA. CERTIFICAÇÃO. AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS. BRASIL

por ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES\*

SUMÁRIO: 1. Legitimação para as ações coletivas. 2. Representatividade adequada e certificação. 3. Ações coletivas passivas.

### 1. Legitimação para as ações coletivas

A história da tutela coletiva no mundo vem apontando para a existência de vários modelos e combinações possíveis, diante dos aspectos que cercam o processo coletivo (competência, legitimação, coisa julgada etc.). No entanto, em termos de legitimação, as soluções cogitadas podem ser agrupadas, conforme a natureza da pessoa autorizada, em três espécies de legitimados: indivíduos, órgãos públicos e associações. A aceitação de mais de um tipo de legitimado é bastante comum.

No Brasil, constata-se inicialmente a assunção do padrão individual, com a autorização dada ao cidadão para o ajuizamento da ação popular. O objeto de proteção da ação popular, nos termos do art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição da República e da Lei n. 4.717/65, embora tenha sido alargado para abranger a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, deixa ao largo os demais interesses, notadamente os direitos do consumidor, dos funcionários públicos, dos trabalhadores, dos aposentados, dos contribuintes e das vítimas de atos ilícitos.

O regime central adotado, por conseguinte, em termos de legitimação para as ações coletivas, encontra-se disposto na Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), art. 5º, e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), art. 82. Os dois estatutos prevêem basicamente os mesmos legitimados: órgãos públicos e associações. Na Constituição da República, encontram-se os sindicatos e partidos políticos com representação no Congresso Nacional também autorizados a agirem coletivamente em juízo.

O Ministério Público ocupa clara posição de destaque, na medida em que a sua participação é obrigatória em todas as ações coletivas, seja na condição de autor seja na de *custos legis*, nos termos dos art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/85 e art. 92 da Lei 8.078/90. Na prática, a atuação do Ministério Público também é predominante, para não dizer absoluta. Estudos realizados nos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo acusaram a iniciativa do *parquet* em cerca de noventa por cento dos processos coletivos,<sup>1</sup> embora este quadro tenha se alterado nos últimos anos, diante da nova previsão de legitimidade das Defensorias Públicas e de uma maior atuação dos sindicatos e associações.

\* Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (Unesa).

<sup>1</sup> Os aspectos relacionados com a legitimação do Ministério Público serão abordados *infra*.

Encontram-se legitimados, ainda, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, bem como as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos. A propositura de ações coletivas pelos entes ou órgãos públicos previstos nos incisos II e III do art. 82 da Lei 8.078/90 é caso menos frequente, na verdade. Há que se ressaltar, em parte, a atuação de órgãos públicos, criados pelos Municípios ou Estados, com o intuito de dar proteção aos consumidores, denominados geralmente de PROCONs. Mas, ainda assim, a atividade desses órgãos desdobra-se principalmente no âmbito extrajudicial.

Na esfera dos entes públicos, tem assumido maior relevância, nos últimos tempos, a possibilidade da atuação das Defensorias Públicas,<sup>2</sup> não apenas para suprir a capacidade postulatória de associações,<sup>3</sup> mas como autoras de ações coletivas, em sintonia com a previsão constitucional que lhes confere a incumbência da “defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”, nos termos do art. 134 da Constituição da República e do disposto no art. 82, III, da Lei 8.078/90, que já previa a legitimidade para as “entidades e órgãos da administração pública”, como supramencionado.<sup>4</sup> Por fim, a Lei 11.448/2007, publicada em 16.01.2007, alterou a redação do art. 5º da Lei 7.347/85, para prever expressamente a Defensoria Pública, no inciso II do rol dos legitimados para a propositura de ação civil pública, deixando de lado qualquer dúvida que ainda pudesse haver em relação à referida possibilidade.

As associações também foram legitimadas, com fulcro no art. 5º, XXI, da Constituição da República, art. 5º, V, da Lei da Ação Civil Pública, e art. 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Em regime semelhante, os sindicatos, com base no art. 8º, III, da Magna Carta. Em termos de mandado de segurança coletivo, a Constituição da República, no art. 5º, inciso LXX, e a Lei n. 12.016/2009 conferem legitimidade para os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

### 1.1. *Legitimação do Ministério Público*

O Ministério Público é, com fulcro no art. 127 da Constituição da República, instituição permanente, considerada essencial à função jurisdicional, tendo por incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129, por sua vez, enumera suas atribuições institucionais, dentre as quais, no inciso III, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, bem como, com fulcro no inciso IX, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Suas funções institucionais encontram-se, assim, gizadas constitucionalmente.

<sup>2</sup> Nesse sentido, recomenda-se vivamente a leitura da dissertação de mestrado *A defensoria pública e a tutela coletiva: o encontro das ondas renovatórias potencializando o acesso à Justiça*, defendida por Adriana Silva de Brito no programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

<sup>3</sup> Como expressamente previsto no art. 179, V, e, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro: “...patrocinar ação civil pública em favor das associações que incluam entre suas finalidades estatutárias a proteção ao meio ambiente e a de outros interesses difusos e coletivos”. O dispositivo foi objeto da ADIn 558/RJ, proposta pelo Procurador Geral da República, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido liminarmente “restringir provisoriamente a aplicação do dispositivo à hipótese em que se cuide de entidade civil desprovida de meios para o custeio do processo”, como se pode extrair da ementa do julgado.

<sup>4</sup> A Constituição do Estado do Rio de Janeiro previu, no próprio *caput* do art. 179, para a Defensoria Pública, “a postulação e a defesa [...] dos direitos e interesses individuais e coletivos dos necessitados, na forma da lei”.

Tendo em vista que o inciso III do art. 129 da Constituição menciona expressamente apenas a possibilidade de defesa de outros interesses difusos e coletivos, além do patrimônio público e social e do meio ambiente, colocou-se em discussão a possibilidade de o Ministério Público atuar na proteção de interesses e direitos individuais homogêneos. Estava em jogo, afinal, a própria constitucionalidade e alcance do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que dispõe sobre a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos, *stricto sensu*, sem afastar desse rol os direitos fincados no inciso III do parágrafo único do art. 81 da Lei 8.078/90.

Diante do texto constitucional, parte da jurisprudência entendeu por bem afastar de modo peremptório a atuação do Ministério Público em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos.<sup>5</sup>

Com o tempo, contudo, a doutrina e a jurisprudência evoluíram no sentido de reconhecer a existência de interesses e direitos individuais homogêneos que assumiam, pelas suas proporções, pela relevância do bem jurídico em litígio, pela condição das pessoas afetadas ou outro fator, uma dimensão social. A interpretação afastava, por um lado, a aceitação irrestrita de legitimação ao Ministério Público diante de qualquer interesse ou direito individual disponível, mas, por outro, admitia a inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, dentro da abertura oferecida no inciso IX do art. 129 da Constituição da República, compatibilizando-a nos termos do *caput* do art. 127, ou seja, como interesses sociais. Nessa direção, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: “Recurso especial – Ação civil pública – Legitimidade ativa do Ministério Público – Danos causados aos trabalhadores nas minas de Morro Velho – Interesse social relevante – Direitos individuais homogêneos. 1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante. 2. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público. 3. Recurso especial conhecido e provido”.<sup>6</sup>

O Supremo Tribunal Federal, embora se tenha equivocado em alguns acórdãos quanto à classificação do interesse, chancelou, aparentemente, a distinção baseada na relevância social. Desse modo, vem admitindo a legitimação do Ministério Público para a proteção de direitos de relevância social, como a educação, permitindo-lhe assim o ajuizamento de ações coletivas voltadas para o controle do reajuste de mensalidades. É o que se pode extrair, *v.g.*, da ementa do *leading case* julgado pela Corte Constitucional, em 1997:

“5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do órgão do Ministério Público, pois, ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual, como dispõe o art. 129, III, da Constituição Federal.

<sup>5</sup> Nesse sentido, por exemplo, decidiu a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em julgamento proferido em 23.05.1995: “Ação civil pública – Ilegitimidade ativa do Ministério Público – Direitos individuais homogêneos. 1. A ação civil pública, pela sua própria natureza, não se presta a proteger direitos individuais disponíveis. 2. Direitos individuais afetados a determinados estamentos sociais não estão elencados como alcançados pelos efeitos da ação civil pública. 3. A homenagem que o Ministério Público sempre presta à Carta Magna não lhe autoriza a exceder as suas atribuições no tocante ao seu direito de provocar, como sujeito ativo ou substituto processual, a atividade jurisdicional. 4. É parte ilegítima o Ministério Público para a propositura de ação civil pública quando não se visa proteger interesses difusos ou coletivos. Com estes não devem ser confundidos os que, tipicamente, possuem características individuais de um grupo de determinado setor social. 4. Apelação improvida. Sentença mantida” (ApCiv 05076860-5).

<sup>6</sup> Resp 58.682, j. 08.10.1996, RDA 207/283.

”5.1 Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal”.<sup>7</sup>

O Superior Tribunal de Justiça, consignando expressamente a tese do interesse social e a qualificação de interesses individuais homogêneos, aplicou o raciocínio também em relação aos reajustes das prestações dos planos de saúde, como se pode ver em julgado proferido no ano de 1999 e relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar: “Plano de saúde – Legitimidade do MP. O MP tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). CDC, 82, I. Precedentes”.<sup>8</sup>

Por outro lado, não excluindo a possibilidade de tutela coletiva, mas tão-somente a legitimidade do Ministério Público, decidiu o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal pelo descabimento da persecução em causas de natureza tributária: “Ministério Público – Ação civil pública – Taxa de iluminação pública do Município de Rio Novo-MG – Exigibilidade impugnada por meio de ação pública, sob alegação de inconstitucionalidade – Acórdão que concluiu pelo seu não-cabimento, sob invocação dos arts. 102, I, a, e 125, § 2º, da Constituição. Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros da sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido”.<sup>9</sup>

Por fim, cabe assinalar que as objeções feitas por Mauro Cappelletti em relação à perspectiva de atuação do Ministério Público nas ações coletivas, ao menos quanto ao Brasil, não se confirmaram, diante do desenvolvimento e atuação prática da instituição. O dia-a-dia vem revelando a atuação corajosa e aguerrida dos membros do Ministério Público, bem como a predominância do seu papel diante dos processos coletivos em tramitação no Brasil.

Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer, nas palavras do eminente processualista italiano, a correta preocupação em torno da concentração de poderes e atribuições nos órgãos do Estado, ainda quando providos de independência funcional. As ações coletivas, como invocado por Vincenzo Vigoriti, representam a ampliação da participação da sociedade no processo e devem, por isso, estabelecer padrões comportamentais condizentes com indivíduos esclarecidos e organizados. Para tanto, o quadro de legitimados deve continuar a ser ampliado, para que se configure uma realidade ainda mais pluralista e aberta à participação e ao acesso à Justiça.

## 1.2. Legitimação das associações e sindicatos

A legitimação das associações encontra dupla previsão: constitucional e legal. Na primeira, situada no inciso XXI do art. 5º, dispôs-se que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

O constituinte utilizou-se de duas expressões –*legitimidade* e *representar*– designativas de institutos jurídicos diversos, ensejando, assim, principalmente junto ao Supremo Tribunal Federal, certa dificuldade de interpretação.

<sup>7</sup> RE 163.231/SP, 2ª Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, *Boletim do STF* 3.

<sup>8</sup> 4ª Turma, Resp 177.965/PR, DJU 23.08.1999.

<sup>9</sup> RE 213.631-0, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 07.04.2000.

Observe-se, ainda, que o termo representação não foi empregado no art. 5º, LXX, da Constituição, quando reconheceu que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”; bem como no art. 8º, III, quando previu que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. A distinção foi observada e realçada pela Corte Constitucional: “Constitucional – Mandado de segurança coletivo – Substituição processual – Autorização expressa – Desnecessidade – Objeto a ser protegido pela segurança coletiva – CF, art. 5º, LXX, b – Mandado de segurança contra lei em tese – Não cabimento – Súmula 266-STF. I – A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX. II. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º da CF, que contempla hipótese de representação”.<sup>10</sup>

Comentando a legitimação das associações, asseverou José Carlos Barbosa Moreira: “O que é particularmente interessante é a possibilidade que se abre às entidades associativas de agir em juízo, em nome próprio, embora na defesa de direitos e de interesses que não pertençam a elas, às próprias entidades, e sim aos seus filiados. Ao dizer isso, estou tomando posição sobre a natureza dessa figura jurídica: a mim parece que não se trata de uma hipótese de representação, ao contrário do que sugere o teor literal do dispositivo, logo adiante, quando usa o verbo ‘representar’. Penso que aqui houve um cochilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em direito processual, de sorte que não é de espantar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade desse ponto de vista. Mas o meu pensamento é o de que se trata, na verdade, de legitimação extraordinária, que poderá dar lugar, isto sim, a um fenômeno de substituição processual, e não a um fenômeno de representação; porque, se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria, na verdade, agindo em juízo seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante, e o fenômeno nada teria de curioso, ou de merecedor de maior atenção”.<sup>11</sup>

Em julgado proferido em 15.09.1999, na Ação Originária 152/RS, a natureza do instituto previsto no art. 5º, XXI, da Constituição foi objeto de discussão no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. O tema veio à tona na medida em que o relator, Min. Carlos Velloso, fiel ao entendimento anteriormente esposado, nos termos da ementa supramencionada, pugnava pela exigibilidade de autorização expressa dos filiados, ao argumento de se tratar de representação. Tendo em vista que havia, nos autos, procurações e autorizações concedidas apenas por parte da classe, defendeu o relator que o julgado atingisse tão-somente aos que deram permissão expressa, voto que acabou sendo vencido quanto a este aspecto. Os ministros do Excelso Tribunal seguiram, na ocasião, as reflexões do Ministro Sepúlveda Pertence que, citando os argumentos de Barbosa Moreira, acima expendidos, asseverou:

“Nem desconheço que, levada às últimas consequências a menção do dispositivo questionado à representação e entendida esta conforme a noção corrente do Direito Privado ordinário e pré-constitucional, seria difícil fugir à conclusão restritiva ora prestigiada pelo em. Ministro Presidente.

”Estou, porém, *data venia*, em que a conclusão padece de um pecado mortal: o de reduzir a nada o alcance da norma constitucional inovadora, sem a qual –se se reclama para legitimar a associação a autorização individual de cada filiado– as coisas continuariam tal e qual.

<sup>10</sup> MS 22.132/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 18.11.1996.

<sup>11</sup> Ações coletivas na Constituição Federal de 1988, cit., p. 190.

"De fato, antes da Constituição, a ninguém jamais ocorreu contestar, à luz da disciplina ordinária do mandato, que à pessoa jurídica pudessem ser outorgados poderes de representação de terceiros no processo, que contêm em si o de outorgar mandato *ad judicium* a profissional habilitado.

"Ora, o que se pretende reclamar (e o que está contido nas centenas de autorizações reunidas no apenso) são verdadeiras procurações, instrumentos de mandato, cuja validade e eficácia, por conseguinte, independeriam da regra constitucional permissiva, que seria, pois, de rotunda ociosidade: por isso, assinalou Barbosa Moreira, na conferência referida (*RePro* 61/190)".

"Essa ociosidade, no entanto, não é de presumir em preceito de inspiração inovadora, até pelos antecedentes históricos da sua gestação, que parte da resistência jurisprudencial a todo ensaio de legitimação processual das formações sociais intermediárias, cuja necessidade já se sentia.

"A cada dia mais me convenço de que o misoneísmo na hermenêutica constitucional —na qual, como notou Barbosa Moreira (*RF* 304/151.152), 'o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente'— é um dos maiores obstáculos à efetividade da Constituição".<sup>12</sup>

### 1.3. A situação do indivíduo diante dos interesses coletivos: inafastabilidade da prestação jurisdicional e legitimação extraordinária

A Constituição da República, de 1988, insculpiu, no inciso XXXV do art. 5º, o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Nelson Nery Jr. esclarece que, embora "o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir a pretensão".<sup>13</sup>

Ressalte-se que o dispositivo constitucional acoberta a proteção jurisdicional diante da "lesão ou ameaça a direito", sem qualquer qualificação restritiva, razão pela qual devem ser considerados sob o manto da inafastabilidade os direitos ou interesses individuais e coletivos.

A Magna Carta chegou mesmo a assegurar, de modo expresso, a tutela coletiva, nos arts. 5º, XXI, LXX e LXXIII, 8º, III, e 129, III. Todavia, não o fez no sentido de limitar a defesa coletiva a estas hipóteses. Até porque, o instituto da legitimação extraordinária não representa matéria constitucional em sentido estrito, encontrando-se regulado no Código de Processo Civil<sup>14</sup> e na legislação extravagante.<sup>15</sup> Nesse sentido, decidiu

<sup>12</sup> A íntegra da ementa foi publicada no *DJU* 03.03.2000, com a seguinte redação: "Constitucional – Administrativo – Processual civil – Supremo Tribunal Federal – Competência originária – CF, art. 102, I, n – Ação ordinária coletiva – Legitimação – Entidade de classe – Autorização expressa – CF, art. 5º, XXI – Servidor público – Remuneração – Correção monetária. I. Ação ordinária em que magistrados do Rio Grande do Sul pleiteiam correção monetária sobre diferença de vencimentos paga com atraso. Interesse geral da magistratura gaúcha no desfecho da ação. Competência originária do Supremo Tribunal Federal: CF, art. 102, I, n. II. Ação ordinária coletiva promovida por entidade de classe: CF, art. 5º, XXI: inexistência de autorização expressa dos filiados. Voto vencido do Relator: aplicabilidade da regra inscrita no art. 5º, XXI, da CF: necessidade de autorização expressa dos filiados, não bastando cláusula autorizativa constante do Estatuto da entidade de classe. III. Diferença de vencimentos paga com atraso: cabimento da correção monetária, tendo em vista a natureza alimentar de salários e vencimentos. Precedentes do STF. IV. Ação conhecida e julgada procedente".

<sup>13</sup> *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 94.

<sup>14</sup> Art. 6º.

<sup>15</sup> Principalmente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, além de outras leis especiais, conforme descrição feita no capítulo sobre a evolução das ações coletivas no Brasil, *supra*.



a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal: “Substituição processual – Natureza da matéria. De início, a substituição processual não tem contornos constitucionais. Pouco importa, na espécie, que se tenha feito referência a normas estritamente legais como a regulamentar o inciso III do art. 8º da Carta da República. O preceito nele incluído não veda a possibilidade de o legislador ordinário incluir no cenário jurídico outras hipóteses em que possível demandar em nome próprio na defesa de direito alheio”.<sup>16</sup>

É de se notar que na Constituição encontram-se previstos diversos legitimados para o exercício da tutela coletiva: o Ministério Público, nos termos do art. 129, III; as associações, com base no art. 5º, XXI e LXX; os sindicatos, com fulcro no art. 8º, III; e os cidadãos, conforme disposto no art. 5º, LXXIII. Não se pode dizer, por conseguinte, que o constituinte tenha consignado qualquer vedação a possíveis legitimados, em particular quanto às pessoas e instituições supracitadas.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, ao contrário de países como os Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Canadá e Austrália, não atribuiu, de modo amplo e equiparado aos demais entes e órgãos, a legitimação ao indivíduo para a propositura de ações coletivas. Qual a situação do indivíduo, em termos de legitimação, diante dos interesses coletivos *lato sensu*?<sup>17</sup>

A categoria dos interesses e direitos individuais não oferece maiores dificuldades em relação à questão, tendo em vista a indivisibilidade do objeto e a possibilidade lógica e legal da persecução individual, como expressamente veiculado, por exemplo, no art. 81, *caput*, e art. 103, *in fine*, do Código de Defesa do Consumidor. O princípio da inafastabilidade estará preservado, na medida em que qualquer pessoa poderá buscar a respectiva tutela jurisdicional diante da lesão ou ameaça ao seu hipotético direito.

A situação é completamente diversa em relação aos interesses denominados de “essencialmente coletivos”. Os fatores primordiais da diferenciação, como visto anteriormente, são a indivisibilidade do objeto e a transindividualidade subjetiva. A lesão ou ameaça de lesão, na espécie, não afeta apenas uma única pessoa, e a providência judicial, por outro lado, não poderá ser dirigida, igualmente, somente a uma única pessoa ou parte da coletividade, grupo, classe ou categoria.

O caráter “coletivo” reflete, na verdade, esfera de problema que, de maneira mais ou menos ampla, possui dimensão social, repercutindo e mexendo muitas vezes, entretanto, com direitos individuais também agasalhados singularmente. Questões relacionadas ao meio ambiente podem fornecer exemplos incontroversos da existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual, que deve merecer proteção ampla e não restrita, sob pena de serem maculados valores juridicamente amparados. O art. 225 da Constituição, *v.g.*, prevê que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Não é difícil imaginar, *e.g.*, uma determinada atividade ou obra, de responsabilidade do Município, provocando a poluição sonora junto a uma pequena comunidade, desprovida de associação de moradores ou de defesa do meio ambiente, cuja Promotoria esteja com o cargo de promotor vago. Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo promotor, ou teriam de formar uma associação para serem admitidos em juízo? Da mesma forma, não estaria o morador de bairro residencial legitimado para ajuizar uma ação pleiteando a cessação ou limitação do barulho, em face de determinada instituição religiosa que celebre cultos, durante os finais de semana, a partir das seis horas da manhã, impedindo a tranqüili-

<sup>16</sup> AGRAG 157.797/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.05.1995.

<sup>17</sup> A indagação que se apresenta, nesta seção, diz respeito principalmente à legitimação. Os aspectos relacionados com a litispendência e a coisa julgada serão analisados no capítulo seguinte.



dade e o descanso de toda a família? O proprietário de um imóvel situado numa praia até então paradisíaca nada poderia fazer em face de indústria poluidora recém-instalada, salvo aguardar a consumação dos prejuízos, para que, depois, fosse a juízo pleitear a indenização em razão dos danos causados?

Os interesses acima ventilados seriam coletivos, mais precisamente difusos. Por conseguinte, a limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5º da Lei 7.347/85 ou no art. 82 da Lei 8.078/90, estaria apta para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal.

A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produzam efeitos apenas em relação ao autor individual.

A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual,<sup>18</sup> demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto da ação popular, alcançado o próprio meio ambiente, mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.

O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à Justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao Judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, devido à redução do número de feitos; preservação do princípio da igualdade etc. Mas em termos de interesses de natureza indivisível, o resultado é a denegação absoluta de Justiça.

O entendimento esposado acima não tem sido, ainda, entretanto, agasalhado pela doutrina e jurisprudência, embora, na prática, tem-se admitido a postulação de pretensões transindividuais indivisíveis, como a de rampas de acesso para deficientes, formuladas individualmente por pessoas interessadas.

#### 1.4. *A Defensoria Pública*

É de se salientar a função essencial à Justiça exercida pela Defensoria Pública e que esta deve ser interpretada de modo amplo e condizente com a sua plena atuação. Não há nada que justifique a limitação do seu desempenho ao mero patrocínio de causas individuais.<sup>19</sup> Pelo contrário, a potencialização do seu agir será de maior

<sup>18</sup> J. A. Jolowicz, no trabalho *The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation English law*, p. 223, apontou para a imbricação, com as seguintes palavras e exemplo: "The distinction is not an easy one to draw: it depends ultimately on the motives with which the proceedings are begun, and litigation which conforms in all respects to the traditional bipolar pattern may be used with the ulterior or even the primary purpose of securing judicial protection for the diffuse and fragmented interests of a substantial and ill-defined group of people. A simple illustration is afforded by an action for nuisance brought by a householder in a residential neighbourhood against the owners of a nearby industrial undertaking. If an injunction is issued at the suit of that householder requiring, for example, that noisy operations be restricted to normal working hours, the benefits flowing from the injunction will accrue as much to his neighbours as to himself".

<sup>19</sup> A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), contudo, ajuizou a ADIn 3943, pugnano pela inconstitucionalidade da previsão de legitimidade da Defensoria

eficiência se as suas atividades corresponderem de modo reflexo à natureza dos conflitos pertinentes. Portanto, a Defensoria deverá atuar de modo individual quando estiver diante de casos individuais de hipossuficiência, mas, naturalmente, haverá pouca eficácia se oferecer um patrocínio meramente particularizado para fazer frente a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos pertinentes a necessitados.

A atuação da Defensoria Pública, na esfera coletiva, poderá se dar no âmbito do patrocínio judicial, agora não mais apenas para suprir a capacidade postulatória de associações, mas também para a de indivíduos, para o ajuizamento de postulações pertinentes a interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, porque, neste aspecto, a ampliação da legitimidade do indivíduo para as ações coletivas poderá ter repercussão também na esfera da atividade da assistência judiciária. Haverá, por certo, casos em que os indivíduos estarão dispostos a assumir a autoria da ação coletiva, limitando-se, nestas hipóteses, a atividade da Defensoria Pública ao patrocínio judicial. No entanto, em determinadas ocasiões a assunção por indivíduos poderá ser temerária ou arriscada, por razões diversas, fazendo com que haja a necessidade da propositura da demanda coletiva pela própria Defensoria Pública, afastando-se, assim, o que poderia ser um entrave legal e social para o acesso à Justiça e a resolução coletiva e mais efetiva do conflito de massa.

## 2. Representatividade adequada e certificação

Como exposto acima, a representatividade adequada, no Brasil, é estabelecida centralmente *ope legis* e não *ope judicis*. O legislador estabeleceu, assim, o rol dos legitimados, ou seja, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, entes e órgãos da administração pública e associações, com os respectivos requisitos, cabendo, portanto, ao juiz a verificação da existência ou preenchimento destes elementos.

Em termos estruturais, difere, portanto, do modelo dos Estados Unidos da América, no qual o juiz procura aferir se o postulante possui uma representatividade adequada a partir de vários aspectos, como o histórico de atuação, a capacidade financeira do advogado etc.

De *lege lata*, a hipótese de dispensa, pelo juiz, do requisito da pré-constituição pelo tempo mínimo de um ano, nos termos dos artigos 5º, § 4º, da Lei n. 7.347/85, e 82, § 2º, da Lei n. 8.078/90, chega a ser apontada como um caso de controle de representatividade adequada pelo magistrado.<sup>20</sup> Entretanto, o próprio legislador indicou, nos referidos dispositivos, que a dispensa poderá ocorrer quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Por conseguinte, ao que parece, a aceitação de associação com menos de um ano de constituição está relacionada com a relevância do objeto da demanda e não propriamente com a análise de uma representatividade adequada demonstrada pelo legitimado.

É certo, contudo, que há vozes, na doutrina brasileira,<sup>21</sup> que levantam, a necessidade e conveniência em se adotar o controle da representatividade adequada, principalmente no que diz respeito às associações.

Pública para as ações coletivas, contida no inciso II do art. 5º da Lei 7.347/85, inserido por força da Lei 11.448/2007. Em consulta ao *site* do Supremo Tribunal Federal, em 17.02.2012, os autos se encontravam conclusos à relatora, não havendo, portanto, até a data da consulta, qualquer decisão liminar ou definitiva sobre a questão.

<sup>20</sup> Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, *Código brasileiro de defesa do consumidor*, vol. II, p. 96 e 97.

<sup>21</sup> Além do autor deste informe nacional, Cassio Scarpinella Bueno, As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta, *Revista de Processo*, n. 82, p. 130.

Registre-se que, no sistema brasileiro, a atuação do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica (*custos legis*), é cogente em todos os processos coletivos,<sup>22</sup> quando o órgão do *Parquet* não é parte, servindo, assim, de modo indireto, ao controle em concreto da atuação dos demais legitimados coletivos.

Quanto à certificação, o processo coletivo brasileiro não dispõe de uma fase própria e prolongada neste sentido, de modo peculiar. Naturalmente, os órgãos do Poder Judiciário devem efetuar o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, nesta última se inserindo a verificação da legitimidade das partes.

A ausência de pressupostos processuais e de condições da ação enseja, em regra, a extinção do processo, sem o julgamento do processo, nos termos do art. 267, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil, de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição, segundo o § 3º, do supramencionado dispositivo. O controle deve ser feito, no entanto, o quanto antes. Há, contudo, a previsão de que, em casos de desistência, abandono ou de irregularidade sanável, possa outro legitimado ou o Ministério Público<sup>23</sup> assumir a titularidade da demanda.<sup>24</sup>

Pode-se, concluir, portanto, que as duas questões objeto do presente tópico (representatividade adequada e certificação) estão relacionadas. Por conseguinte, no modelo brasileiro, a ausência expressa da primeira conduz também à falta de uma fase inicial mais prolongada e específica de certificação para o controle da representatividade adequada e de outros requisitos típicos de outros modelos capitaneados pelos Estados Unidos da América.

### 3. Ações coletivas passivas

No Direito Processual brasileiro, as ações coletivas foram pensadas, inicialmente, sob o prisma da atuação da defesa dos interesses coletivos no âmbito do polo passivo da demanda. Isso fica claro, por exemplo, no próprio texto constitucional vigente, quando se menciona que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular”, nos termos do art. 5º, inciso LXXIII, da Carta Magna, ou, conforme inciso LXX, que “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por”, bem como, no art. 129, inciso III, ao dispor, como função institucional do Ministério Público, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. A redação refletia, por certo, o estado ainda embrionário da doutrina em torno dos processos coletivos nos idos do final da década de oitenta do século passado, quando ainda se davam os primeiros passos no sentido da afirmação da possibilidade de legitimação extraordinária para a defesa de interesses coletivos, em sentido lato.

Entretanto, o próprio comando constitucional também se utilizou de fórmula ampla, quando enunciou, no art. 8º, inciso III, da Lei Maior, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”, não limitando esta atuação ao lado ativo ou passivo.

Esta concepção autoral do interesse coletivo se fazia presente também na legislação infraconstitucional, como se pode perceber especialmente nas Leis n. 4.717/65 e 7.347/85, que se referem à legitimidade ativa para a propositura das ações populares e civis públicas, respectivamente. Entretanto, a Lei n. 8.078/90 começou a ensaiar um

<sup>22</sup> Nos termos dos artigos 6º, § 4º, da Lei n. 4.717/65, 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85, 92 da Lei n. 8.078/90 e 12 da Lei n. 12.016/09.

<sup>23</sup> A referência expressa ao Ministério Público está relacionada especialmente às ações populares, pois nestas apenas o cidadão dispõe de legitimidade ativa originária, surgindo a legitimidade superveniente do Ministério Público apenas na hipótese do cidadão desistir ou não suprir irregularidade passível de extinguir o processo.

<sup>24</sup> Em conformidade com o art. 9º da Lei n. 4.717/65 e do art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, aplicável às hipóteses do Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 90, da Lei n. 8.078/90.

novo tratamento, ao mencionar que a “defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”, bem como elencando o rol de legitimados concorrentemente, sem que houvesse, em diversos dispositivos, delimitação expressa ao polo ativo. Por outro lado, o mesmo estatuto também fez referência a expressões, como propor ou ajuizar, nos artigos 91 e 92, bem como estabeleceu um sistema de coisa julgada calcado na proteção, e presunção, de que os interesses coletivos estariam figurando, em regra, no lado autoral. Não por outro motivo, em julgado proferido em 2010, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça sufragou entendimento pela inadmissibilidade da ação coletiva passiva.<sup>25</sup>

As primeiras vozes interpretativas da legislação processual coletiva, até os idos do final da década de 1980 e início da de 1990, também acentuavam à legitimação ativa para a defesa dos interesses e direitos coletivos, diante, principalmente, da falta de menção expressa do cabimento de ações coletivas passivas no ordenamento nacional. Como indicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., “parte da doutrina brasileira afirma que o art. 82 do CDC, uma das principais fontes normativas da legitimação coletiva, apenas autorizaria a legitimação ativa dos entes ali mencionados, que não poderiam figurar como réus em ação coletiva”.<sup>26</sup>

Kazuo Watanabe, com acerto, pondera, entretanto, que “hoje, a doutrina posiciona-se a favor do reconhecimento, ‘de lege lata’, da ação coletiva passiva”.<sup>27</sup> Por certo, esta nova realidade foi fruto, em primeiro lugar, dos estudos desenvolvidos em torno do modelo norte-americano, especialmente no que diz respeito à *defendant class action*, e, posteriormente, do Código Modelo Ibero-americano de Processo Coletivos, desenvolvido pelo Instituto Ibero-americano de Processos Coletivos, que, ao prever, expressamente, a ação coletiva passiva, reforçou os estudos acadêmicos em torno do instituto. Isso se materializou principalmente nos projetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que foram formulados respectivamente nas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo (USP), sob à coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade Estácio de Sá (Unesa), sob a coordenação do autor deste informe nacional.

Em brilhante monografia defendida no programa de pós-graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e posteriormente publicada na Coleção de

<sup>25</sup> “Processo civil. Recurso especial. Ação coletiva ajuizada por sindicato na defesa de direitos individuais homogêneos de integrantes da categoria profissional. Apresentação, pelo réu, de pedido de declaração incidental, em face do sindicato-autor. Objetivo de atribuir eficácia de coisa julgada à decisão quanto à extensão dos efeitos de cláusula de quitação contida em transação assinada com os trabalhadores. Inadmissibilidade da medida, em ações coletivas.

”—Nas ações coletivas, a lei atribui a algumas entidades poderes para representar ativamente um grupo definido ou indefinido de pessoas, na tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A disciplina quanto à coisa julgada, em cada uma dessas hipóteses, modifica-se.

”—A atribuição de legitimidade ativa não implica, automaticamente, legitimidade passiva dessas entidades para figurarem, como réus, em ações coletivas, salvo hipóteses excepcionais.

”—Todos os projetos de Códigos de Processo Civil Coletivo regulam hipóteses de ações coletivas passivas, conferindo legitimidade a associações para representação da coletividade, como réus. Nas hipóteses de direitos individuais homogêneos, contudo, não há consenso.

”—Pelo panorama legislativo atual, a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas é incompatível com o pedido de declaração incidental formulado pelo réu, em face do sindicato-autor. A pretensão a que se declare a extensão dos efeitos de cláusula contratual, com eficácia de coisa julgada, implicaria, por via transversa, burlar a norma do art. 103, III, do CDC.

”Recurso improvido (Resp 1051302/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 28/04/2010)”.

<sup>26</sup> *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, Salvador: Jus Podium, 2007.

<sup>27</sup> *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, vol. II, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Direito Processual Coletivo, sob nossa coordenação, Diogo Campos Medina Maia, relacionando o tema da representatividade adequada com o da ação coletiva passiva, conclui, com propriedade, que:

"Em sede de tutela coletiva podemos nos deparar com dois sistemas de legitimidade, um *ope legis* e um *ope judicis*, podendo-se falar até de reconhecimento de um sistema híbrido. Tanto em um sistema como em outro, apenas terá legitimidade para defender interesses e direitos coletivos aqueles que, presumida ou efetivamente, tiverem potencial para defendê-los como se fossem os próprios titulares destes interesses e direitos.

"No sistema *ope judicis* a legitimidade aferida é *real*, ao passo que no sistema brasileiro (*ope legis*) a avaliação da representatividade adequada não é real, mas presumida.

"A defesa da *representatividade adequada real* para o controle da legitimidade na *ação coletiva passiva* é, ao que nos parece, a melhor solução a ser efetivada, de *lege ferenda*, mas não de *lege lata*, pois haveria desproporção entre o esforço despendido para sua efetivação integrativa e o benefício gerado pela sua implementação.

"De *lege lata*, a primeira e principal forma de justificar a legitimidade para a *ação coletiva passiva* é a questão minimalista da preservação do *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. Esta é a essência justificadora das hipóteses não previstas expressamente na lei, devendo ser conjugada com as circunstâncias do caso concreto para permitir a legitimação de entes não previamente legitimados para responder como réus no processo coletivo, no lugar de seus membros.

"A segunda hipótese de legitimação passiva da coletividade encontra garrida na situação dos sindicatos: por expressa previsão legal.

"A terceira hipótese de legitimação passiva do grupo se traduz nas hipóteses de *ações coletivas passivas incidentes* ou *derivadas*. Na hipótese de reconvenção ou ação declaratória incidental, a legitimidade do réu coletivo se dá na mesma medida da legitimidade de qualquer outro ente coletivo para figurar no polo passivo de ação coletiva passiva. No caso de ações rescisórias, cautelares incidentais, embargos do executado ou de terceiro, a legitimação para figurar como réu nestes tipos de ações incidentes se justifica pelo direito fundamental a um provimento jurisdicional justo e efetivo, podendo-se admitir todas as hipóteses de legitimados que tenham originariamente figurado no polo ativo da ação coletiva ativa principal.

"A quarta hipótese é a dos grupos organizados, com ou sem personalidade jurídica. Nestes casos, a legitimação é mais difícil de se efetivar. Não havendo previsão expressa para a capacitação processual do grupo organizado, imperioso se faz reconhecê-la pelos instrumentos disponíveis no direito processual, em especial, através da figura da *sociedade de fato*, que permite o reconhecimento da *associação de fato*".<sup>28</sup>

É de se salientar que as ações coletivas poderão ser classificadas como ativas ou passivas, de acordo com o lado em que se encontram os interesses ou direitos coletivos, ou seja, defendidos pelo autor ou pelo réu. Mas, poderá ocorrer que existam interesses coletivos em ambos os lados da demanda, caracterizando-se, assim, uma ação duplamente coletiva, o que historicamente é até frequente.<sup>29</sup>

Na prática, os casos de ações coletivas passivas nos tribunais não têm sido volumosos, mas vêm, gradativamente, aflorando, ainda que modo pontual.

Em primeiro lugar, há um grupo de ações coletivas passivas que podem ser denominadas de derivadas ou decorrentes da própria ação coletiva ativa, em razão da

<sup>28</sup> *Ação coletiva passiva*, coleção direito processual coletivo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

<sup>29</sup> Vide *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, 2ª ed., São Paulo: RT, 2009, especialmente na parte relacionada à evolução histórica dos processos coletivos na Inglaterra, páginas 38 a 43.

inversão dos polos. Isso porque, no curso ou em razão de processo coletivo em que figurava inicialmente um legitimado coletivo como autor, são propostas demandas incidentais ou mesmo como meios de impugnação. São exemplos deste tipo de ações coletivas passivas os embargos à execução ou de terceiros, as reconvenções e ações declaratórias incidentais em geral e mandados de segurança e ações rescisórias como meios impugnativos.<sup>30</sup>

Em segundo lugar, é possível separar as ações coletivas passivas nas quais o sindicato figura como réu. Isso porque, como supramencionado, a Constituição da República, ao dispor, no art. 8º, sobre os sindicatos, estabeleceu, de modo amplo, a sua “representatividade”, para a defesa dos interesses da categoria, sem limitação ao polo ativo ou passivo da demanda. Os seguintes julgados expressam, de modo evidente, este entendimento, como se pode constatar nas referidas ementas:

“CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – REAJUSTE DE VENCIMENTO/PROVENTOS NO PERCENTUAL DE 26,05% (URP DE FEVEREIRO DE 1989) – DECRETO-LEI Nº 2.335/87 – MEDIDA PROVISÓRIA Nº 32/89, CONVERTIDA NA LEI Nº 7.730, DE 31/01/89 – VIOLAÇÃO A TEXTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS – ART. 485, V, DO CPC – SÚMULAS Nº 343 DO STF E 134 DO TFR – INAPLICABILIDADE – DIREITO ADQUIRIDO INEXISTENTE – SÚMULA Nº 28 DO TRF/1ª REGIÃO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO SINDICATO, NA AÇÃO RESCISÓRIA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – ART. 8º, III, DA CF/88. I. A jurisprudência do colendo STF e do TRF/1ª Região firmou-se no sentido de que o óbice ao cabimento da rescisória, aludido nas Súmulas nº 343 do STF e 134 do TFR, não se aplica quando o pleito rescisório fundamenta-se em ofensa a dispositivo constitucional, e não em interpretação controvertida de lei, que pode variar de um para outro Tribunal (RE nº 89.108/GO, in RTJ 101/207; RE nº 101.114-SP, in RTJ 108/1369; AR nº 95.01.22832-0/DF, 1ª Seção TRF/1ª Região, in DJU de 23/11/98). II. A Constituição Federal, em seu art. 8º III, ao conferir ao Sindicato legitimidade para atuar como substituto processual dos seus filiados, não distinguiu entre legitimação ativa e passiva. III. Em se tratando de legitimação extraordinária, a parte, na substituição processual, é o Sindicato-substituto, e não os substituídos –diferentemente da representação processual, na qual a parte é o representado– pelo que, sendo parte, na ação ordinária em que proferida a sentença rescindenda, não poderia o Sindicato, substituto processual, deixar de figurar no polo passivo da ação rescisória, a fim de prosseguir na defesa dos interesses dos servidores por ele substituídos, já que defende, em nome próprio, direito alheio. IV. O colendo STF firmou entendimento no sentido de que inexiste direito adquirido ao reajuste de salários, vencimentos, soldos, proventos e pensões, pelo índice de 26,05%, relativo à Unidade de Referência de Preços, que deveria ter sido aplicado em fevereiro de 1989, porquanto a sistemática de reajuste, pela URP, instituída pelo Decreto-lei nº 2.335/87, foi revogada pela Medida Provisória nº 32/89, convolada na Lei nº 7.730, de 31/01/89, antes do início do mês de fevereiro de 1989, vale dizer, antes da prestação do trabalho naquele mês, elemento indispensável à aquisição do direito ao reajuste mencionado (ADin nº 694-1/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio). V. Também a jurisprudência do TRF/1ª Região firmou-se pela inexistência de direito adquirido ao reajuste dos salários, vencimentos, proventos, soldos e pensões, pelo índice de 26,05% relativo à URP de fevereiro de 1989 (Súmula nº 28 do TRF/1ª Região). VI. A sentença rescindenda, ao reconhecer direito adquirido em situação de mera expectativa de direito, e ao impor, ao autor da rescisória, obrigação não mais prevista em lei e em relação à qual inexistia direito adquirido do servidor público, violou o art. 5º II e XXXVI, da CF/88, a Medida Provisória nº 32/89 e a Lei nº

<sup>30</sup> Vide, nesse sentido, os julgados: AR 20030020101674, TJDF, Rel. Des. Haydevalda Sampaio, DJU 30.06.2005; AR 112.501-5, TJRJ, Rel. Des. Munir Karam, julg. 23.06.2005; AR 2002.006.00106, TJRJ, Rel. Des. Paulo Sérgio Fabião, DJU 01.09.2004; AR 2001.006.00160, Rel. Des. Fernando Cabral, DJ 19.12.2002; e AR 110.068-7, TJDF, Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, jul. 18.04.2002.



7.730, de 31/01/89, tal como previsto no art. 485, V, do CPC, improcedendo, pois, a ação ordinária, em iudicium rescissorium. VII. Preliminares rejeitadas. Ação rescisória admitida e julgada procedente”.

(AR 199701000051661, Juíza Assuete Magalhães, Trf1 – Primeira Seção, DJ Data: 02/10/2000, página: 02)

“Processual civil. Ação rescisória. Legitimidade passiva do sindicato. Desnecessidade de duplo grau de jurisdição em relação a sentença proferida contra autarquia. Ação rescisória não conhecida. 01. É acatada na jurisprudência trabalhista a legitimidade tanto ativa quanto passiva do sindicato nas demandas em que a lei autoriza a sua participação. 02. O interesse processual dos membros da categoria profissional se resolve pela substituição processual do sindicato. Caso contrário, retirar-se-ia a utilidade prática da figura da substituição processual. 03. Não se beneficiam as autarquias do duplo grau de jurisdição obrigatório, exceto nos casos de sucumbência em execução de dívida ativa. 04. Inteligência das súmulas 620-stf e 34-tfr. 05. A inconformidade da parte com o julgamento de mérito esposado na sentença rescindenda não autoriza a modificação da mesma, posto que a enumeração do art. 485, do cpc, traz as únicas hipóteses capazes de propiciar tal rescisão. 06. Preliminares rejeitadas. Ação rescisória não conhecida”.

(AR 9305293395, Desembargador Federal Araken Mariz, TRF5 – Pleno, DJ – Data: 03/02/1995).

Vem se tornando comum também o ajuizamento de demandas, em face de entidades sindicais, incluindo federações e até associações de funcionários públicos, nas hipóteses de greve, em que se pede alguma medida em face da categoria, como, por exemplo, a manutenção de um percentual para a realização de serviços essenciais.<sup>31</sup>

Por fim, uma terceira possibilidade de ação coletiva passiva trabalharia com a legitimidade ampla de associações para defender os interesses dos seus associados ou mesmo de toda a classe. Esta última hipótese, segundo a doutrina, exigiria a análise e constatação de uma “representatividade adequada” por parte do demandado e, diante da falta de uma previsão legal mais ampla na legislação brasileira, ainda encontra maiores dificuldades para uma aplicação geral, razão pela qual vem sendo admitida, apenas em caráter excepcional, especialmente quando dificultada a identificação das pessoas naturais ou jurídicas envolvidas, como em invasões de imóveis<sup>32</sup> ou em conflitos envolvendo torcedores de futebol.<sup>33</sup> Do mesmo modo, quando caracterizada uma representação de empresas ou patronal, em que se pede uma providência institucional em face do segmento.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Vide Proc. n. 2.960.075.476, TRT-SP e Proc. n. 2004.34.00.010685-2, 7ª Vara Federal do DF.

<sup>32</sup> Proc. n. 2005.51.01490285-5, 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro.

<sup>33</sup> Nesse sentido, Ap. 30.133.4/6, TJSP, j. 1.7.98.

<sup>34</sup> Como menciona Kazuo Watanabe, “são duas ACPs movidas por associação (ADOC) contra a União e a Associação Brasileira de bebidas – ABRABE, ambas da 3ª Turma do TFR da 4ª Região, em que realmente foram colhidos os membros do grupo: com efeito, reformando a sentença de primeiro grau, a Turma julgou a primeira demanda procedente em relação a ambos os réus, condenando a Associação a realizar a publicidade institucional às suas associadas e ao público em geral a respeito dos riscos do álcool, durante seis meses, em três jornais de grande circulação; e, na segunda, também reformando a decisão de primeiro grau, condenou a ABRABE a expedir a todos os associados e aos demais produtores de alcoólicos a informação de condenação da União à obrigação de exigir rótulos de advertência nas bebidas alcoólicas produzidas em todo o País”, in *Código brasileiro de defesa do consumidor*, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 2011.



## LOS RECAUDOS PARA APROBAR UN ACUERDO, LA COSA JUZGADA Y LA LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN EN LOS PROCESOS COLECTIVOS EN BOLIVIA

por PRIMITIVO GUTIÉRREZ SÁNCHEZ\*

### Generalidades

Indudablemente, el desmoronamiento del socialismo en el concierto mundial ha derivado en la permanencia solitaria del sistema capitalista y sin un competidor antagónico de real valía. Ocurre que la dialéctica de la *“lucha de los contrarios”* del sistema liberal capitalista ha trasladado la pugna al interior mismo del sistema. Naturalmente, las economías de *“escala”* fundadas en el componente de orden *“económico-comercial”* han sido el catalizador exclusivo y central de la *“competitividad”* imperante y la atención colateral o marginal de los demás componentes, particularmente el de naturaleza social. Bajo esta perspectiva, el desgaste y resultado del modelo competitivo ha sido previsible y los efectos lacerantes han sido de mayor alcance en los países del tercer mundo –como Bolivia– con una escasa probabilidad de competir en los mercados internacionales y que ha derivado en el cierre de las empresas y un incremento desmedido del desempleo. La respuesta al escenario descrito ha sido la propia dialéctica de la negación del sistema liberal y plasmado en la reacción de los movimientos sociales de masa o de grupos, en menor o mayor grado a los que vive Bolivia en la actualidad y de manera gradual.

La *“responsabilidad social”* ha sido diseñada como una de las respuestas del modelo liberal o del sistema capitalista a través de la participación (real y efectiva) de los sectores de trabajadores en el proceso productivo y de los beneficios que resulten. La formulación y efectiva participación ha dejado de ser personal o individual y ha sido convertida en una petición de grupos o de manera colectiva y que concierne a los derechos de tercera generación, denominados: *derechos de solidaridad*, entre ellos el derecho de los consumidores, medio ambiente y otros. En la actualidad, la *“normativa sustantiva”* (que parte de las propias Cartas Fundamentales de los Estados y la diversidad de las leyes pilares) responde o debe responder y garantizar los derechos de las mayorías o de naturaleza colectiva. Como consecuencia implícita de aquello, la *“normativa adjetiva o procesal”* ha de tener que responder al re-planteamiento de los derechos de tercera generación convertidos en tendencias o corrientes actuales que conllevan una alta dosis de tutelar derechos difusos, colectivos y homogéneos y que carecen de normatividad procesal clara y precisa para su tutela efectiva al impartir *“justicia”*. Lo que lleva a colegir que los efectos de la *“competitividad”* han provocado un socavamiento de los cimientos clásicos del derecho procesal –particularmente– civil y que han sido fuente de la normatividad procesal especial.

### Código Modelo de Procesos Colectivos y los referentes previos en Bolivia

En el mes de octubre del año 2004 ha sido aprobado por la Asamblea Ordinaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>1</sup> el ***“Código Modelo de Procesos***

\* Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

<sup>1</sup> La Asamblea Ordinaria del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal materializada en

**Colectivos para Iberoamérica**". Por corresponder al relato nacional, no ha menester considerar los referentes previos en los países vecinos al nuestro, latinoamericanos e iberoamericanos, lo que ha sido motivo de otro trabajo.

En Bolivia se han dado referentes previos, con algún esporádico componente de los elementos sustanciales que conciernen al "proceso colectivo" en sí. En el área laboral o social las acciones colectivas incoadas por las directivas sindicales que asumen la representación de sus afiliados que en el momento de la interposición de la demanda constituyen trabajadores activos y que en la sustanciación del proceso dejan de serlo —por renunciaciones voluntarias a sus funciones— o aquellos trabajadores que son incorporados por efecto de la afiliación con posterioridad al inicio de la acción y que el resultado —positivo o negativo— del proceso les favorece como les perjudica sin haber sido trabajadores en el momento de la interposición de la demanda social o laboral. En el área comercial la quiebra y el concurso de acreedores; en ambos procesos jurisdiccionales durante un determinado plazo y mediante publicaciones en la prensa escrita nacional existe la convocatoria a los acreedores de diferente naturaleza, tipo y clase —desde los simples quirografarios hasta quienes gozan de privilegios— para su participación de la calificación o gradación de acreencias y la decisión final del operador de justicia, sin participar en forma directa en todos los actos procesales, debido al nombramiento por el juez de la causa, de los apoderados que asumen su representación. La Constitución Política del Estado sancionada en 1967 ha sido objeto de una segunda Reforma en la gestión 2004 y la incorporación del novedoso instituto del "Defensor del Pueblo" que ha sido investido de las facultades de interposición de recursos de inconstitucionalidad, directos de nulidad, amparos constitucionales, hábeas corpus y sin necesidad de mandato específico alguno y en representación de todos los ciudadanos o de los sectores sociales específicos, en resguardo de la defensa, promoción y divulgación de los derechos humanos. Al igual que el Defensor del Pueblo, el Poder Ejecutivo y los miembros del Congreso Nacional (de forma individual o conjunta) han sido impregnados del derecho de interposición de recursos directos de inconstitucionalidad de las leyes y normas legales en general, de modo que la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma legal por el Tribunal Constitucional ha dado lugar al efecto *erga omnes* o en beneficio de la generalidad de los ciudadanos bolivianos, sin haber participado en ningún momento de la tramitación del recurso directo de inconstitucionalidad aludido. La Constitución Política del Estado sancionada y promulgada el día 7 de febrero de 2009<sup>2</sup> ha incorporado de forma expresa y precisa la "Acción Popular" que puede ser interpuesta por una persona o varias a título individual o en representación de una colectividad; de forma obligatoria el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo y como consecuencia de la vulneración o amenaza a los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, espacio, la seguridad y salubridad pública, medio ambiente y otros de similar naturaleza; no requiere que previamente sea agotada la vía judicial o administrativa; el procedimiento, advierte la norma constitucional, corresponde a la acción de amparo constitucional. La nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 —promulgada el 6 de julio de

la ciudad de Caracas-Venezuela del 27 al 29 de octubre de 2004 ha aprobado el "Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica". Las justificaciones de orden doctrinal y teóricas han sido desarrolladas en la "Exposición de Motivos" del aludido Código Modelo que igualmente ha sido aprobado por la Asamblea. Instrumentos que se hallan a disposición de los interesados para su análisis.

<sup>2</sup> En Bolivia, a partir del mes de enero de 2006, ha sido elegido el Presidente de raíz indigenista y con tendencia socialista Juan Evo Morales Aima, bajo el auspicio del partido político: MAS. Luego de incidentes previos de conocimiento del orbe internacional, ha sido sancionada y promulgada el 7 de febrero de 2009 la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, que tiene la inspiración de corrientes socialistas diversas. De allí que en la Carta Magna ha sido incluida la Acción Popular, indudablemente, no bajo la inspiración de los procesos colectivos, sino de la orientación socialista.

2010<sup>3</sup>– en cuanto a la Acción Popular o bajo nuestra óptica Acción Colectiva advierte que debe precautelar los derechos e intereses colectivos relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública, medio ambiente y otros de similar naturaleza; procede contra todo acto u omisión de autoridades o personas individuales o colectivas que vulneren o amenacen dichos derechos; puede ser interpuesta durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza; puede ser interpuesta por un personal en forma individual o en representación de una colectividad, sin poder expreso y de forma obligatoria el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo; en cuanto al contenido de la acción: i) acreditar su personería el accionante; ii) generales de la parte demandada o su representante; iii) exponer con claridad los hechos; iv) identificar los derechos o garantías que se consideren vulnerados; v) acompañar la prueba en que se funda la acción o señalar el lugar en que se encuentra; vi) fijar con precisión el acto u omisión que vulnera o amenaza derechos e intereses colectivos. La resolución o sentencia debe ser pronunciada en la misma audiencia pública que deber ser señalada para el efecto y luego de la información recibida por la autoridad o persona demandada y debe conceder o negar la acción interpuesta. De ser concedida la acción popular, el operador de justicia debe ordenar la anulación del acto u omisión que viole o amenace violar los derechos e intereses colectivos relacionados con el objeto de la acción y determinar la responsabilidad civil y penal, de ser el caso.

Lo anterior permite afirmar que la acción colectiva o proceso colectivo ha sido incorporado entre las acciones de restablecimiento o reconocimiento de las garantías constitucionales. A la fecha del presente relato nacional, no hemos conocido la interposición de una acción popular.

### La acción individual y colectiva

Para una precisión de orden procesal, resulta menester la diferenciación entre la **acción individual** en el Derecho Procesal Civil y la **acción colectiva**. La acción individual responde a cuatro teorías desarrolladas por ilustres y consagrados cultores del derecho procesal: i) *monista*; ii) *de la autonomía*; iii) *concreta*, y iv) *abstracta*. La alusión de las mismas ha sido necesaria aunque interesa al trabajo los alcances conceptuales del vocablo. Couture<sup>4</sup> –connotado precursor del derecho procesal– ha conceptualizado a la **acción** como el *poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión*. El ilustre profesor uruguayo Vécovi<sup>5</sup> ha puntualizado que la **acción** *consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el Poder Judicial, los tribunales)*. *Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poner en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: la sentencia*. Por su parte, Arazi<sup>6</sup> ha definido también a la **acción** como el *poder jurídico que el Estado concede al individuo para obtener del órgano jurisdiccional la formación de un proceso tendiente a la aplicación de la ley a un caso determinado*. Agrega como elementos esenciales para ejercitar la **acción**: i) *legitimación de las partes*; ii) *el interés*, y iii) *la vigencia* que implica al derecho no prescrito y sin sentencia ejecutoriada.

<sup>3</sup> En fecha 6 de julio de 2010 la Asamblea Legislativa Plurinacional (antiguamente el Congreso Nacional) ha sancionado la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 y promulgada por el Presidente de la República en fecha 6 de julio de 2010. La suposición obvia reside en que conlleva la corriente legislativa y doctrinal de los países vecinos y del orbe internacional. Los arts. 94 al 100 son los destinados a regular la Acción Popular.

<sup>4</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, ed. 11ª, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, p. 57.

<sup>5</sup> Vécovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, ed. 1ª, Bogotá, Ed. Temis, 1984, ps. 73-74.

<sup>6</sup> Arazi, Roland, *Elementos de Derecho Procesal*, ed. 2ª, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991, p. 76.

En tanto que la **acción colectiva** es la acción promovida por un representante (*legitimación colectiva*), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada), ha puntualizado Antonio Gidi<sup>7</sup> y como elementos esenciales ha señalado a: i) la existencia del representante; ii) la protección de un derecho de grupo, y iii) el efecto de la cosa juzgada. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica<sup>8</sup> en cuanto al ámbito de aplicación de la **acción colectiva** (art. 1º) ha previsto que se la ejerce para hacer valer pretensiones de la tutela de: i) *intereses o derechos difusos, que son así entendidos los **supraindividuales**, de naturaleza indivisible, del que sea el titular un **grupo, categoría o clase** de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria, por una relación jurídica base;* ii) *intereses o derechos individuales **homogéneos**, es decir, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un **grupo, categoría o clase**.*

Salvo la previsión constitucional (arts. 135 y 136) inherente a la Acción Popular y los arts. 94 al 100 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 de 6 de julio de 2010 con la inclusión de elementos que caracterizan a la acción colectiva, los referentes previos aludidos carecen de consideración bajo la óptica de los fundamentos teóricos de la acción colectiva/class actions.

### Recaudos para aprobar acuerdos en materia de procesos colectivos

Con excepción de la previsión constitucional inherente a la Acción Popular, brevemente puntualizada, no existe una norma legal específica relacionada con los requerimientos o condicionamientos previos a la suscripción de un acuerdo ya sea conciliatorio o transaccional directamente vinculado a los derechos difusos colectivos supraindividuales de un grupo, clase o categoría o de intereses o derechos individuales homogéneos.

Ante la ausencia normativa específica, indudablemente, resultan de aplicación las previsiones procesales que conciernen al Código de Procedimiento Civil (elevado a Ley N° 1760 en fecha 28 de febrero de 1997<sup>9</sup>) que establece la opción de "conciliación" ante la autoridad jurisdiccional, como diligencia previa propiciada por las partes o a instancia del operador de justicia durante la sustanciación del proceso. La nueva Ley del Órgano Judicial N° 025 de 24 de junio de 2010 también ha incorporado la conciliación como medio de solución inmediata y en la primera actuación procesal, el procedimiento resulta similar al previsto por el Código de Procedimiento Civil. Antes de

<sup>7</sup> Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, un modelo para países del derecho civil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, ed. 1ª, Ed. Unam, México, 2004, p. 31.

<sup>8</sup> El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, como sostiene el prof. Roberto O. Berizonce, entonces Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, a tiempo de la presentación del texto: *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en la gestión 2003*, hacía alusión a que el ilustre cultor del derecho procesal Mauro Cappelletti había anticipado treinta años atrás de manera lúcida las transformaciones que se gestaban en cuanto a la justicia, a través de sucesivas "oleadas" reformadoras con la intención de consagrar un mayor y más efectivo acceso a la justicia que requieren las sociedades postindustriales basadas en formas masivas de producción, distribución y consumo. El Código Modelo pretende responder a las inquietudes y afanes del mundo actual, como en forma clara previene el art. 1º del mismo.

<sup>9</sup> Los arts. 180 al 183 del Código de Procedimiento Civil regulan la conciliación en los procesos civiles. Restringe la posibilidad de conciliar las entidades del Estado, las municipalidades, los establecimientos de beneficencia, las entidades de orden público y a los incapaces de contratar. Los arts. 65 al 67 de la nueva Ley del Órgano Judicial N° 025 de 24 de junio de 2010 igualmente regulan la conciliación como acto inicial imperativo antes de tramitar el proceso y obligación de promoverla por el operador de justicia.

la interposición de la demanda, la parte interesada puede solicitar al operador de justicia la convocatoria a conciliación a su oponente con la pretensión expresa. A los tres días debe celebrarse la audiencia con la asistencia de las partes y sus patrocinadores, en la que el juzgador exhorta a conciliar total o parcialmente. De arribarse a un acuerdo total, juntamente con el operador de justicia se suscribe el Acta (sentencia) que tiene el valor de cosa juzgada. La exigencia de cumplimiento en el proceso de ejecución. De ser parcial la conciliación, la suscripción del acta parcial y con el mismo efecto de cosa juzgada. De modo que la demanda versará sobre los puntos no conciliados. De no existir acuerdo, el juzgador da por concluida la conciliación. Si una de las partes no comparece, también por concluida. Posibilidad de postergación a solicitud de ambas partes. Hasta antes de ser emitida la sentencia, puede ser convocada la conciliación por el operador de justicia, con el mismo procedimiento descrito precedentemente. La opinión del operador de justicia en la audiencia de conciliación no son causa ni motivo de excusas ni de recusación. La limitante procesal importa que los efectos de la conciliación no obligan sino a quienes resultan ser específicamente partes en el acto conciliatorio; no beneficia ni perjudica a terceros relacionados con el contenido de la conciliación o sus efectos pero que no participaron del acto judicial.

El Código Civil de Bolivia<sup>10</sup> regula la “transacción” como un acuerdo previo al proceso o durante la sustanciación del proceso aun en grado de “casación” ante el Tribunal Supremo y antes de la emisión del fallo supremo o final. La normativa explícita constriñe los efectos y alcances del contrato transaccional suscrito por las partes antes de iniciar un proceso o en el decurso del mismo, a la cosa u objeto específico transable, y no a otros por generales que sean sus alcances y en relación con los suscribientes del instrumento legal. Las personas que intervienen en la suscripción del instrumento transaccional deben tener capacidad de disposición sobre los bienes materia del acuerdo y legitimidad. Tiene efectos de cosa juzgada. Puede ser declarada nula, anulable y varias otras limitantes de orden prohibitivo. En un pleito ya decidido resulta anulable la transacción, salvo que el fallo sea ignorado por las partes.

Indudablemente, los institutos procesales de la conciliación y la transacción, brevemente descritos, resultan de escasa utilización para los acuerdos previos antes o durante la sustanciación de los procesos colectivos, debido a las restricciones o limitaciones propias detalladas.

La doctrina referida a los procesos colectivos en Bolivia está en trance de información de los postulados del Código Modelo de los Procesos Colectivos aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. La jurisprudencia resulta aún inexistente, vinculada, naturalmente, a los efectos y alcances de las acciones colectivas o class actions.

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que ha sido aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en la gestión 1988, en algunos países como Bolivia, en grado de Anteproyecto del Código del Proceso Civil, está en fase de evaluación Congresal desde el año 2000. La Ley de Abreviación Procesal Civil y de Asistencia Familiar N° 1760, promulgada el 28 de febrero de 1997, ha incorporado el instituto procesal del “proceso por audiencias” al proceso sumario de asistencia familiar. El instituto procesal del *rechazo in limine* ha sido incorporado en la Ley del Tribunal Constitucional N° 1836 el 1° de abril de 1998. La excepción de *falta de legitimidad procesal activa o pasiva* que difiere de la impersonería clásica, postulado por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988, hasta la promulgación de la Ley del Órgano Judicial N° 025 en fecha 24 de junio de 2010<sup>11</sup>, aún permanece

<sup>10</sup> Los arts. 945 al 954 del Código Civil de Bolivia vigentes desde el 2 de abril de 1976 (aprobado por un Gobierno de Facto) regulan lo concerniente a la transacción. Constituye un acuerdo de partes mediante el cual, a través de concesiones recíprocas, se dirimen derechos de cualquier clase ya para su cumplimiento o reconocimiento, ya para poner término a un litigio en proceso o para iniciar el mismo. La condición es que esté prohibida por ley.

<sup>11</sup> En fecha 24 de junio de 2010 el Presidente del Estado Plurinacional de Bolivia ha

como un instituto desconocido para los operadores de la justicia boliviana. Bajo la perspectiva puntualizada, naturalmente, la normativa especial inherente al proceso colectivo tal y como se halla normado por el Código Modelo de Procesos Colectivos de 2004, resulta aún incipiente, situación que incluye a la Acción Popular prevista en la Carta Magna de 2009 y la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional 027 de 6 de julio de 2010. Consecuentemente, paralelamente a la difusión y amplitud de información del Código Modelo, implícita y previamente, se requiere la normativa especial, específica y completa plasmada en un Código o a través de una Ley especial que contemple la variedad de institutos que conciernen al proceso colectivo, entre ellas precisamente, lo concerniente a los condicionamientos o requerimientos mínimos para la aprobación de los acuerdos previos en materia de procesos colectivos.

### **La sentencia, sus alcances y la cosa juzgada en los procesos colectivos**

Incuestionablemente, para analizar los efectos de la cosa juzgada formal y material, resulta pertinente y necesario pergeñar grosso modo lo referido a la sentencia, sus alcances tanto en el proceso civil individual como el proceso colectivo, y concluir con la posición de la normativa boliviana sobre el particular.

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica de 1988 (art. 184-2), en cuanto hace a los alcances de la sentencia, ha advertido que: "...Y concluirá con el fallo en el que se decidirán en forma expresa las cuestiones planteadas y respecto de las costas conforme con lo dispuesto en el Código". En nuestra legislación procesal, la puntualización sobre el alcance de la decisión judicial ha previsto límites más restringidos por cuanto postula que la sentencia debe contener decisiones expresas, positivas, precisas y recaer sobre las cosas litigadas en la manera en que hubieren sido demandadas bien para absolver o condenar. Es más, las disposiciones de la sentencia sólo comprenderán a las partes que intervinieren en el proceso y las que derivaren sus derechos de aquéllas (arts. 190 y 194)<sup>12</sup>. El Código Procesal Civil Modelo de 1988 también ha establecido la inmutabilidad de la sentencia, al puntualizar que producida la misma concluye la jurisdicción del tribunal respecto a la cuestión decidida, aun cuando sean presentados nuevos documentos o advierta el error incurrido. Bajo el mismo contenido se ha normado el art. 196 del Procedimiento Civil de Bolivia al prohibir su sustitución, modificación y determinar la conclusión de la competencia del juez sobre el objeto del litigio.

El Código Modelo de Procesos Colectivos de 2004 ha incurrido en posiciones de avance doctrinal (posible o no) al normar la *tutela jurisdiccional anticipada o sentencia de mérito total o parcial anticipada* (art. 5º). En las obligaciones de hacer, de no hacer y de dar, ha dispuesto que el juez deba fijar un plazo razonable para el cumplimiento de la resolución y para el caso de inobservancia una multa diaria al demandado, **independientemente del pedido del actor**. Con posterioridad al fallo, inclusive, el juez puede modificar el importe económico **de oficio**, de tornarse insuficiente o excesivo (arts. 6º y 7º). Para el caso de las acciones o pretensiones indemnizatorias, la sentencia que condene a la reparación de daños provocados al bien indivisible, el juez ha de disponer que el monto indemnizatorio sea transferido al **Fondo de los**

promulgado la Ley del Órgano Judicial N° 025 sancionada por la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia. El día 3 de enero de 2012 han sido posesionados los Magistrados del Tribunal Supremo Plurinacional, los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, los miembros del Consejo de la Magistratura y Tribunal Agrario Ambiental, de manera que entrará en vigencia la mencionada ley con algunas excepciones particulares de transición.

<sup>12</sup> El Código de Procedimiento Civil de 1976 (a decir de los procesalistas bolivianos) mantiene actualidad y no requiere sino de adecuaciones parciales. De allí que el Anteproyecto de Código del Proceso Civil permanece sin tratamiento en el Congreso Nacional. En las previsiones de los arts. 190 y 194 responde efectivamente a las corrientes doctrinales clásicas. Resulta innegable que requiere de un remozamiento imprescindible.



**Derechos Difusos e Individuales Homogéneos**<sup>13</sup> administrado por un Consejo Gestor Gubernamental. Los fondos deben ser destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o minimizar la lesión. El Fondo puede intervenir en los procesos colectivos en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción para demostrar la inadecuación del representante o en auxilio del mismo. El juez ha sido facultado para disponer del destino de la indemnización o beneficiar de cualquier otra manera. La sentencia debe condenar en costas y honorarios (art. 15). El Código Modelo ha incorporado otro elemento procesal novedoso: *la gratificación financiera* a la persona física, sindicato o asociación, si la actuación ha sido relevante en la conducción del proceso y el éxito del mismo. Este aspecto ha podido o no formar parte del *petitum* de la acción colectiva; sin embargo, el juzgador debe contemplar en la decisión de mérito. Inadmisibles, naturalmente, para la normativa fundada en la doctrina clásica, sin vuelta de hoja; sin embargo, muestra la diferencia normativa.

Para 1988 el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (art. 194)<sup>14</sup> ha incorporado una previsión referida en cuanto concierne a la cosa juzgada promovida en representación de intereses difusos y ha dispuesto su eficacia *erga omnes*. Al mismo tiempo, ha salvado el derecho para otro legitimado y en otro proceso en el caso de que la sentencia haya sido absolutoria o favorable al demandado. Esta previsión ha servido de fuente para el Código Modelo de Procesos Colectivos. En todo caso, también por disposición del art. 192 del Código Procesal Civil Modelo la eficacia de la cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal. No obstante por previsión del art. 193 del mismo Código Procesal Modelo, la cosa juzgada obtenida en proceso contencioso puede tener efecto en otro proceso, si se dan las condiciones siguientes: i) *que se trate del mismo objeto*; ii) *se funde en la misma causa que el anterior*, y iii) *se trate de las mismas partes*. En nuestra legislación boliviana, se ha previsto únicamente que las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada han de ser ejecutadas sin alterar ni modificar su contenido.

En el Código Modelo de Procesos Colectivos (art. 33) se ha normado que en los procesos colectivos la sentencia que adquiriera la calidad de cosa juzgada tendrá eficacia también *erga omnes*; si la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, y nueva prueba sobreviniente. El derecho de un nuevo proceso ha de corresponder también a quienes ostenten intereses o derechos individuales homogéneos mediante una acción individual. La situación diferente resulta para el caso de acciones por intereses o derechos difusos por daños personales o individualmente soportados, de haber sido declarados positivamente beneficiarios a las demás víctimas y sucesores de modo que pueden solicitar la liquidación y ejecución.

*“La autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, sean cuales sean, varios y diversos, según las diversas categorías de las sentencias”* ha descrito así Ada Pellegrini Grinover<sup>15</sup>, al acudir a las palabras puntualizadas por el profesor italiano

<sup>13</sup> La Caja de Reparaciones en el Código Penal de Bolivia ha sido una panacea sin real aplicación o excepcionalmente. Sin lugar a dudas el Fondo de Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, con la facultad de intervención en el proceso antes o después de la sentencia del juez y para el resarcimiento del daño resultante de acciones difusas e indivisibles, constituye una propuesta que desnaturaliza los alcances de la sentencia de mérito.

<sup>14</sup> El art. 194 del Código Procesal Civil Modelo de 1988 decía: “Art. 194 (*Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos*). La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (art. 53) tendrá eficacia *erga omnes*, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado”.

<sup>15</sup> Pellegrini Grinover, Ada, *Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo y la teoría de Liebman*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 255-259. La autora es partidaria



Liebman, en relación con los alcances de la cosa juzgada. Es algo más que se agrega a la sentencia para aumentar la estabilidad de sus efectos, ha puntualizado la autora. La inmutabilidad de la sentencia y de sus efectos, así restringida a la cosa juzgada y limitada a las partes en el proceso, no impide que terceros se opongan a la eficacia natural de la sentencia, como ocurre en el caso de los derechos individuales homogéneos que resultan derechos subjetivos clásicos, pertenecientes a determinados titulares y con la posibilidad de incoar acciones individuales, pero que por fuerza de su origen común, la ley permite que sean tratados colectivamente en un único proceso. Son derechos accidentalmente colectivos: individuales y divisibles –afirma la autora–. En tanto que tratándose de derechos esencialmente colectivos, de naturaleza indivisible (los llamados derechos difusos y colectivos) el régimen de la cosa juzgada es el régimen de la eficacia *erga omnes* –remarca la autora–.

La extensión de la cosa juzgada colectiva a casos futuros y análogos ha preocupado a algunos juristas brasileños que se dedican al estudio de la tutela de los derechos del grupo –apunta Antonio Gidi<sup>16</sup>–. Si la cosa juzgada, en las acciones colectivas, no alcanza a los hechos supervenientes a su esfera tradicional de incidencia, las acciones colectivas perderían en gran parte su propia razón de ser –concluye el autor–. Es verdad que la cosa juzgada en las acciones colectivas alcanza a quien no fue parte en el proceso (*erga omnes o ultra partes*), lo que significa que los miembros del grupo –parte o no– pueden ser beneficiados por una sentencia colectiva favorable; en tanto que las personas no citadas con la demandada colectiva no pueden ser perjudicadas con el fallo positivo o negativo, a no ser que se trate de una acción colectiva **pasiva** en la que los demandados constituyen el grupo difuso o colectivo –finaliza Gidi–.

La primera puntualización necesaria impone la alusión de que en nuestro país, a más de la incipiente y limitada regulación efectuada por la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia (arts. 135 y 136) y la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 de 6 de julio de 2010 (arts. 94 al 100), no existe normativa actual en cuanto al tratamiento de la cosa juzgada emergente de las sentencias en procesos colectivos o class actions. La sentencia o resolución dictada por el Tribunal de Garantías Constitucionales (un juez u operador de justicia o un tribunal colegiado, según corresponda) que conozca de una Acción Popular debe ser cumplida en forma inmediata o dentro de las veinticuatro horas de su conocimiento por las partes y, en términos procesales, remitidos los obrados para su *revisión* por el Tribunal Constitucional Plurinacional. La sentencia constitucional que sea emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional adquiere la calidad de cosa juzgada, no sólo formal sino material y causa estado. Ningún otro recurso posterior posibilita la inclusión, cambio o mutación del contenido de la sentencia constitucional. El Código de Procedimiento Civil en los arts. 297 al 302 del Capítulo X del Título V, Recursos, del Libro 1º, postula la revisión extraordinaria de sentencias, mediante el recurso extraordinario de revisión de una sentencia ejecutoriada en proceso ordinario, en el caso de que la sentencia hubiese sido fundada: i) en documentos falsos así declarados por otra sentencia

de la teoría *secundum eventum litis*, para el caso de rechazo de la acción colectiva. Criterio que ha originado una posición opuesta del profesor Antonio Gidi que participa del efecto *erga omnes* para las acciones colectivas.

<sup>16</sup> Gidi, Antonio, *La cosa juzgada en acciones colectivas*, publicado en el libro conjunto *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, ed. 1ª, Ed. Porrúa, México, 2003, pp. 261-293. Mantiene un criterio opuesto a la profesora Ada Pellegrini en cuanto a la tesis *secundum eventum litis*, ya que considera que en los casos por insuficiencia de pruebas “cualquier legitimado” podrá reproponer la misma acción colectiva y hasta el mismo legitimado que propuso la acción colectiva. La comunidad o la colectividad titular del derecho material (difuso y colectivo) se beneficia o perjudica de la sentencia de mérito y no el legitimado –alude Gidi–. La proposición de una nueva prueba resulta requisito esencial de admisibilidad para la reproposición de la segunda acción colectiva y corresponderá al magistrado –*in limine litis*– convencerse de que la prueba es efectivamente nueva y podrá dar, al menos potencialmente, una decisión diversa.

ejecutoriada posterior al fallo; ii) si los testigos fueran condenados por falso testimonio y las declaraciones habrían sido el fundamento para la sentencia; iii) la obtención de fallos favorables en virtud de cohecho, violencia o fraude procesal declarado en sentencia ejecutoriada; iv) si se recuperan documentos decisivos detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a quien favorece la sentencia, y mediante fallo declarativo y ejecutoriado. El plazo para interponer el recurso es de un año computable desde la fecha en que la sentencia ha sido declarada ejecutoriada. De no haber producido los fallos en el proceso respectivo, la parte debe hacer la protesta de usar el recurso extraordinario y el plazo será de treinta días posterior a la sentencia declarada ejecutoriada y que favorece al recurrente de revisión extraordinaria. Se requiere una fianza de resultas de modo que se pueda suspender el cumplimiento o la ejecución de la sentencia susceptible de recurso extraordinario de revisión. El Tribunal Supremo debe dictar nueva sentencia, en el caso de que el recurso de revisión extraordinaria sea favorable para la parte recurrente.

La probabilidad de que el perjudicado con una sentencia ejecutoriada o con calidad de cosa juzgada formal en un proceso colectivo acuda en recurso de revisión extraordinaria es previsible. Ante la ausencia, efectivamente se aplica la norma general, pero en los alcances y efectos de la aludida norma genérica. La doctrina en Bolivia está aún empapándose de la información inherente al Código Modelo de los Procesos Colectivos y la Jurisprudencia en nuestro país aún no se ha dado o resulta inexistente sobre el dicho particular. De modo que aún no se suscitan debates doctrinarios o problemas prácticos sobre el mismo.

### **Liquidación y ejecución de sentencias sobre procesos colectivos**

El Estado Plurinacional de Bolivia se halla en la fase de adecuar toda la normativa sustantiva y adjetiva a los principios y fundamentos esenciales contenidos en la Constitución Política del Estado promulgada el 7 de febrero de 2009. Para los autores y propugnadores que ostentan la administración del Estado en Bolivia, importa un cambio trascendental de una supuesta visión capitalista o individualista a una visión consustanciada con las diferentes corrientes socialistas-indigenistas. En la gestión 2010, 2011 y 2012 la perspectiva de la administración del aparato estatal tiene pergeñadas como cuarenta y siete leyes sustantivas y adjetivas para su tratamiento y sanción por la Asamblea Legislativa Plurinacional, cuyos dos tercios corresponde al partido de Gobierno. Es probable que en el tratamiento del Código de Procedimiento Civil o Código del Proceso Civil, el Código Civil y demás normas y leyes especiales se puedan vislumbrar regulaciones inherentes a la liquidación y ejecución de sentencias relacionadas con los procesos colectivos.

Ante la ausencia normativa específica para el caso de los procesos colectivos, indudablemente, son de aplicación las normas adjetivas generales relacionadas con el Código de Procedimiento Civil aún vigente y que postula que la liquidación o ejecución de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada debe ser hecha sin alterar ni modificar su contenido y decisión procesal. Situación que no condice con la liquidación o ejecución que postula el Código Modelo de Procesos Colectivos de 2004, tal y como se ha analizado en el acápite anterior.

La puntualización anticipada importa la mención de inexistencia de una sentencia de condena ilíquida en el caso de procesos colectivos. Sin embargo, en los procesos que no son de naturaleza colectiva o de intereses difusos u homogéneos, vale decir, los procesos ordinarios que se sustancian bajo la previsión procesal del Código de Procedimiento Civil y sus normas vinculadas, en Bolivia resulta común una sentencia de condena ilíquida: el operador de justicia condena al resarcimiento de los daños y perjuicios sin indicar en el fallo el monto específico al que asciende el mismo, sin embargo, ordena que en la fase de ejecución de fallos se determine el monto. La parte beneficiada con la decisión judicial solicita al juez de origen la determinación de los

daños y perjuicios en cumplimiento del fallo ejecutoriado y que causa estado. El juez de la causa abre un término probatorio de veinte días calendario, en cuya fase tanto el actor como el demandado tienen la obligación de acreditar la prueba literal, testimonial, pericial y otras, tanto de cargo como de descargo, para que el operador de justicia, en un plazo de veinte días, también emita la decisión de la determinación del importe de los daños y perjuicios. La parte perjudicada con la decisión tiene abierto el recurso de apelación. La decisión del tribunal de alzada no es susceptible de recurso de casación; de manera que el fallo adquiere la calidad de cosa juzgada; el juez de la causa debe conminar al obligado al pago hasta el tercer día de su notificación bajo conminatoria de acciones de desapoderamiento y el embargo y remate de bienes del obligado y otras prerrogativas procesales contenidas en la Ley de Abreviación Procesal Civil N° 1760 de 28 de febrero de 1997.

Específicamente en relación con los procesos colectivos no existen aún debates doctrinarios y problemas prácticos, a raíz de las puntualizaciones manifestadas en los acápites anteriores; no obstante, existen debates doctrinarios y problemas realmente prácticos e innumerables en relación con la ejecución de los fallos en los procesos ordinarios o sumarios comunes.

### **Incidencia del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica**

Indudablemente, el Código Modelo de Procesos Colectivos de 2004 ha incorporado y estructurado sistemáticamente la normativa dada en los diferentes países del orbe. Mérito indiscutible y modelo para el devenir en el género de procesos que regula y para atender de forma adecuada y sistemática los derechos de tercera generación: *derechos solidarios*. Impele a nuestro país la consideración y análisis del Código Modelo con la perspectiva de situarse –de forma apropiada y actualizada– con las tendencias contemporáneas procesales sin que implique trasladar in extenso las pautas del modelo sino adecuar las mismas a la realidad nacional, tan particular. El momento que vive el Estado Plurinacional de Bolivia resulta apropiado y eficaz para la postulación de un Código o una Ley en función de los institutos del Código Modelo de Procesos Colectivos.

Aunque implica una repetición, al presente, en Bolivia, como se ha puntualizado la ausencia de normativa sobre acuerdos previos, cosa juzgada, liquidación y ejecución de sentencia para los procesos colectivos deriva en una realidad fáctica. La doctrina aún se halla en ciernes y no se avistan en lo inmediato o mediato probables proyectos legislativos específicos en relación con los procesos colectivos.

Innegablemente, la inclusión de la Acción Popular para garantizar los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública, medio ambiente y similares en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, así como en las previsiones de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional N° 027 de 6 de julio de 2010 muestran la incidencia del Código Modelo de Procesos Colectivos, aunque sea de forma tangencial. La tarea próxima, naturalmente, implica la difusión doctrinal y la existencia de los casos concretos, cuya problemática y complejidad deriven en la posibilidad de que la Asamblea Legislativa Plurinacional considere un proyecto especial. Requiere tiempo.

## LOS RECAUDOS PARA APROBAR UN ACUERDO. LA COSA JUZGADA. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN ALEMANIA

por GUILLERMO ORMAZABAL SÁNCHEZ\*

### I. Visión panorámica y rasgos esenciales de los procesos colectivos en el Derecho alemán

En el Derecho procesal alemán no se concibe una legitimación de carácter colectivo, entendida como legitimación o poder de accionar (*Klagebefugnis*) conferida unitariamente a una pluralidad de personas con abstracción de los miembros individuales del colectivo y que pueda dar lugar a un proceso cuya sentencia vincule al colectivo como tal. Sólo las concretas personas titulares de los derechos subjetivos en juego están legitimadas para iniciar el proceso, con la excepción, claro está, de los casos de legitimación extraordinaria (*Prozessstandschaft*), en modo análogo a lo que sucede en la mayoría de los ordenamientos de Derecho continental europeo.

En concreto, son completamente desconocidas las acciones colectivas encaminadas a reclamar daños dispersos (*Streuschäden*) o masivos (*Massenschäden*)<sup>1</sup>, al estilo de las *class actions* norteamericanas, donde el proceso promovido por uno o varios damnificados, previa certificación de la acción como *class action* por parte del órgano judicial competente, puede desembocar en una sentencia o transacción cuya autoridad de cosa juzgada afecte a todos los damnificados, se hayan o no adherido al proceso, salvo que hayan ejercitado su derecho de separarse de la acción colectiva (*opt out*).

En dicho sentido es de gran interés la consulta de la resolución del *Bundesrat*, de 4 de julio de 2008<sup>2</sup>, en el que dicho órgano toma posición frente al Libro blanco de la Comisión Europea sobre acciones de daños en materia de Derecho de la competencia de la UE. En dicha resolución, en concreto, se afirma que “no cabe admitir una acción promovida por asociaciones dirigida a reclamar daños que no excluya una acción de grupo inspirada en el sistema ‘Opt-out’. Tal cosa sería difícilmente compatible con el sistema de ejercicio individual de la acción que rige predominantemente en Alemania y también en el resto de los Estados miembros de la UE. Según dicho sistema, cada daño individual debe sustanciarse (alegarse) y probarse con carácter individualizado”<sup>3</sup>.

\* Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Girona.

<sup>1</sup> Por los primeros se entiende en Alemania aquellos daños que, en su globalidad, montan una gran cantidad, pero que resultan bagatelarios o de escasa entidad para los damnificados individuales, que, sin embargo, conforman un extenso y disperso colectivo. Los *Massenschäden*, por el contrario, consisten en daños que afectan a una pluralidad de sujetos identificados o identificables, y que suponen una fuerte afectación individual. Ejemplo de este segundo caso es el de un accidente aéreo donde mueren o resultan heridos una gran cantidad de personas y se producen daños cuantiosos en propiedades. Ejemplo del primer caso podría serlo un pequeño error de tarificación cometido por una compañía telefónica que entraña cobrar injustificadamente unos pocos céntimos adicionales en la factura mensual de miles de usuarios, siendo así que sumadas las cantidades erróneamente cobradas se alcanza una cantidad millonaria.

<sup>2</sup> Drucksache 248/08.

<sup>3</sup> *Eine auf Schadenersatz gerichtete Verbandsklage, die eine “Opt-out-Gruppenklage” nicht ausschließt, ist abzulehnen. Sie ist mit dem in Deutschland und den meisten übrigen Mitgliedsta-*

Tampoco se encuentran en Derecho alemán acciones colectivas en su versión *opt in*, es decir, aquellas en que existe la posibilidad de conferir legitimación a un colectivo integrado por personas determinadas a las que pueden irse agregando por decisión propia ulteriores sujetos individuales quedando así integradas en una posición procesal colectiva.

Lo dicho, por supuesto, no significa que en Derecho alemán no quepa acudir a fórmulas tradicionales, semejantes en todos los ordenamientos de la Europa continental, para “colectivizar” o tratar de encauzar cabalmente reclamaciones colectivas de daños: acumulación de procesos, damnificados que forman un litisconsorcio activo acumulando en la misma demanda y bajo la misma dirección letrada sus reclamaciones individuales, agrupaciones de damnificados que constituyen una asociación o entidad *ad hoc* a quien ceden sus derechos individuales para que accione contra quien corresponda y les reintegre las indemnizaciones que eventualmente se logren, etc.

EICHHOLZ expresa sintéticamente lo dicho con las siguientes palabras: “en Alemania no existe ninguna clase de acción comparable a la *class action*. Existen, no obstante, mecanismos para colectivizar pretensiones procesales. En dicho sentido deben referirse, en primer término, las acciones promovidas por asociaciones (*Verbandsklage*), y entre las mismas, sobre todo, las acciones de cesación (*Unterlassungsansprüche*) en el campo del Derecho de la competencia, del Derecho de las condiciones generales de la contratación y del Derecho de los consumidores. Además, a los anteriores mecanismos hay que añadir el proceso modelo (*Musterverfahren*), que aunque despliega eficacia de cosa juzgada únicamente *inter partes*, alcanza frecuentemente un ámbito de eficacia semejante al de las acciones promovidas por asociaciones. En el caso de daños masivos<sup>4</sup>, por otra parte, cabe acudir también a mecanismos tales como los de la acumulación de procesos o acciones. Y, finalmente, también se puede acudir a la creación de comunidades de intereses (*Interessengemeinschaften*) a las que se adhieran los damnificados individuales con el objeto de coordinar las reclamaciones”<sup>5</sup>.

El concepto de legitimación procesal en el ordenamiento procesal alemán, en cualquier caso, está anclado en su concepción tradicional: fuera de los supuestos de

*aten vorherrschenden System der individuellen Klageerhebung nur schwer vereinbar. Danach ist jeder Einzelschaden individualisiert darzulegen und zu beweisen.* En la doctrina, sin embargo, no todos comparten este parecer. En concreto, FIEDLER es del parecer que una acción colectiva promovida por una asociación (*Verbandsklage*) siguiendo el mecanismo de “*opt out*” no tiene por qué resultar incompatible con los principios constitucionales si se limita a la reclamación de daños bagatelarios (*Bagatellschäden*) y, aparte de la adecuada información a los posibles interesados, se intenta obtener, aunque no se alcance en su completa extensión subjetiva y cuantitativa, una compensación directa a los perjudicados. Lo que presentaría objeciones constitucionales insuperables sería prescindir abiertamente de la tutela jurídica individual de los perjudicados, es decir, conferir a una entidad la facultad de accionar para reclamar los derechos individuales de dichos perjudicados prescindiendo completamente de su voluntad e intervención y sin, al menos, intentar una compensación individualizada de los mismos. No ignora el autor que dicha admisión parcial de una acción colectiva en su versión “*opt out*” implicaría, en cualquier caso, renunciar parcialmente al principio de que nadie puede irrogarse la tutela de derechos ajenos sin haber recibido la correspondiente habilitación por parte de su titular. Lo que sucede es que en el caso de los daños bagatelarios inferidos a un numeroso colectivo de individuos dicha tutela individual resultaría por completo ilusoria y descartable, razón por la cual aquella renuncia o afectación podría quedar justificada. Cfr. “*Class Actions*” zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts. Nutzen und mögliche prozessuale Ausgestaltung von kollektiven Rechtsschutzverfahren im deutschen Recht zur privaten Durchsetzung des europäischen Kartellrechts, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 297 y 298.

<sup>4</sup> El autor utiliza el término *Großschäden*, equivalente al de *Massenschäden*, explicado en la nota a pie núm. 1.

<sup>5</sup> Cfr. *Die US-amerikanische “Class Action” und ihre deutschen Funktionsäquivalente*, Editorial Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 225.

legitimación extraordinaria, sólo posee poder de accionar quien afirma ostentar un derecho subjetivo, y sólo a él le afecta el pronunciamiento judicial que recaiga en el proceso.

De acciones colectivas en Derecho alemán sólo cabe hablar en un sentido bien diferente al ahora expuesto. Pueden distinguirse, como se ha adelantado, dos supuestos diferentes, que a su vez incluyen modalidades diversas<sup>6</sup>. Paso a realizar una exposición de las mismas.

## II. Acciones colectivas promovidas por asociaciones (*verbandssklage*)

### 1. Acciones de cesación promovidas por asociaciones (*Unterlassungsklage*)

Existen tres modalidades de este tipo de acciones, muy semejantes entre sí:

- Las promovidas con fundamento en la Ley de Competencia Desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG*). El § 8, UWG confiere a ciertas asociaciones una acción de cesación (concretamente, *auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung*) en relación con prácticas de competencia desleal.
- Las promovidas con fundamento en la Ley de Acciones de Cesación (*Unterlassungsklagegesetz-UkLaG*). El § 1, UKLaG contempla una acción de cesación semejante a la de la Ley de Competencia Desleal ahora referida en relación con condiciones generales de la contratación aplicadas en el tráfico negocial. El § 2, UKLaG, por su parte, extiende esta modalidad de acción de cesación a cualquier supuesto en el que se alegue la vulneración de leyes tuitivas de los consumidores (*Verbraucherschutzgesetzen*).
- Las promovidas con fundamento en la Ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB*). La acción de cesación se refiere a infracciones contra infracciones al Derecho alemán o comunitario de la competencia (§ 33, GWB).

En el caso de la acción cesatoria ex § 8, UWG, las asociaciones que pueden promover la acción son:

- Asociaciones con capacidad jurídica para promover intereses comerciales o profesionales autónomos, si cuentan con número significativo de empresarios dedicados a la distribución de productos o prestación de servicios idénticos o de índole semejante en el mismo mercado, siempre que, en particular, cuenten con recursos humanos, materiales y financieros suficientes para asumir sus funciones estatutarias de promoción de intereses profesionales comerciales propios y en la medida en que la infracción afecte a los intereses de sus miembros<sup>7</sup>.
- Instituciones habilitadas que acrediten su inclusión en la lista de las entidades habilitadas, de acuerdo con el § 4, UKLaG o en el índice de la Comisión de las Comunidades Europeas previsto en el artículo 4<sup>o</sup> de la Directiva 98/27/CE del

<sup>6</sup> Puede hallarse una sintética e ilustrativa exposición al respecto en la obra de MICHAILIDOU, Chrisoula, *Prozessuale Fragen des Kollektivrechtsschutzes im europäischen Justizraum*, Editorial Nomos, Baden-Baden, 2007.

<sup>7</sup> *Rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Unternehmern angehört, die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsmäßigen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen und soweit die Zuwiderhandlung die Interessen ihrer Mitglieder berührt*



Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998 (Acciones de cesación en la protección de los intereses de los consumidores)<sup>8</sup>.

– Cámaras de Comercio, Industria o Artesanía.

Para el caso de la acción cesatoria ex UKlaG, su § 3 enumera las mismas entidades habilitadas para ejercitar la acción de cesación ex UWG. Y en el caso de las promovidas con fundamento en la Ley contra las restricciones a la competencia (GWB), el § 33 confiere legitimación a las asociaciones con capacidad jurídica para promover intereses profesionales, más arriba referidas.

## 2. Acciones de daños promovidas por asociaciones

Aunque es frecuente referirse a acciones de daños (*Schadensersatzansprüche*), se trata propiamente de una acción, prevista en el § 10, UWG, cuyo objeto es exigir al infractor del derecho de la competencia el retorno de las ganancias o beneficios obtenidos mediante el acto antijurídico (*Gewinnausschöpfungsanspruch*, *Gewinnausschöpfungsklage*) cuando dichas ganancias provengan de daños dispersos pero bagatelarios (*Streuschäden*) cuya reclamación por parte de los perjudicados individuales, a causa de su escasa entidad, resulte descartable o improbable<sup>9</sup>. La cantidad objeto de la eventual condena no se reembolsa a los perjudicados sino que se ingresa en las arcas de la Federación (*Bundeshaushalt*). La acción posee, pues, un marcado carácter disuasorio (*abschreckendes Effekt*), no resarcitorio.

El § 34a, GWB (Ley contra las restricciones a la competencia) también prevé una acción semejante a la ahora comentada del § 10, UWG (se denomina *Vorteilsabschöpfung durch Verbände*), para el supuesto de que los daños no se hagan valer por los perjudicados individuales<sup>10</sup>.

## III. Procesos modelo (*musterverfahren*). El proceso modelo previsto en la ley sobre procesos modelo en materia de litigios suscitados por inversores de capital

La técnica de los procesos modelo no es novedosa en el Derecho procesal alemán.

<sup>8</sup> *Qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) eingetragen sind.*

<sup>9</sup> § 10, Gewinnabschöpfung. (1) *Wer vorsätzlich eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern einen Gewinn erzielt, kann von den gemäß § 8 Absatz 3 Nummer 2 bis 4 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses Gewinns an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden.*

<sup>10</sup> § 34a, Vorteilsabschöpfung durch Verbände (1) *Wer einen Verstoß im Sinne des § 34 Abs. 1 vorsätzlich begeht und hierdurch zu Lasten einer Vielzahl von Abnehmern oder Anbietern einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, kann von den gemäß § 33 Abs. 2 zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten auf Herausgabe dieses wirtschaftlichen Vorteils an den Bundeshaushalt in Anspruch genommen werden, soweit nicht die Kartellbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils durch Verhängung einer Geldbuße, durch Verfall oder nach § 34 Abs. 1 anordnet. (2) Auf den Anspruch sind Leistungen anzurechnen, die das Unternehmen auf Grund des Verstoßes erbracht hat. § 34 Abs. 2 Satz 2 gilt entsprechend. (3) Beanspruchen mehrere Gläubiger die Vorteilsabschöpfung, gelten die §§ 428 bis 430 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend. (4) Die Gläubiger haben dem Bundeskartellamt über die Geltendmachung von Ansprüchen nach Absatz 1 Auskunft zu erteilen. Sie können vom Bundeskartellamt Erstattung der für die Geltendmachung des Anspruchs erforderlichen Aufwendungen verlangen, soweit sie vom Schuldner keinen Ausgleich erlangen können. Der Erstattungsanspruch ist auf die Höhe des an den Bundeshaushalt abgeführten wirtschaftlichen Vorteils beschränkt. (5) § 33 Abs. 4 und 5 ist entsprechend anzuwenden.*



Está ya implantada en la jurisdicción contencioso administrativa<sup>11</sup> y el legislador, mediante la Ley sobre proceso modelo en materia de litigios suscitados por inversores de capital (*Gesetz über Musterverfahren in Kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten. Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz-KapMuG*), ha decidido trasladarla *ad tempus* y de modo experimental al campo de los litigios relativos a las inversiones en el mercado de capitales, en concreto hasta el 31 de octubre de 2012, fecha en la que habrá de decidir si la proroga o promulga otra ley, con las reformas que crea oportunas. Existe ya, como veremos, un proyecto de ley a este respecto.

### 1. *Ámbito de aplicación*

Tal como dispone el § 1 la ley alemana sobre proceso modelo antes referida se propone facilitar a los inversores perjudicados el ejercicio de las siguientes clases de acciones:

- Acciones de daños causados por la difusión de informaciones públicas falsas, equívocas o engañosas relativas al mercado de capital o por la omisión de las informaciones necesarias en los prospectos o folletos de bolsa, balances anuales, etc. (*wegen falscher, irreführender oder unterlassener öffentlicher Kapitalmarktinformationen, etwa in Jahresabschlüssen oder Börsenprospekten*).
- Acción para exigir el cumplimiento de lo convenido contractualmente tras una oferta de adquisición de títulos valores (*Erfüllungsanspruch aus Vertrag, der auf einem Angebot nach dem Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz beruht*).

En dicho proceso modelo cabe obtener un tribunal supraordenado (*Oberlandesgericht*) que resuelva aspectos litigiosos coincidentes (orientados hacia o que pretenden lo mismo: *gleichgerichtete*), de carácter fáctico o jurídico, que constituyan el presupuesto para resolver sobre una pluralidad de procesos pendientes (a veces denominados *Parallellverfahren*) de reclamación individual, en concreto, como mínimo en número de diez. Dicha resolución (*Musterentscheid*) despliega efectos vinculantes (*Bindungswirkung*) en relación con dichos procesos. Veámoslo con mayor detalle.

### 2. *Solicitud de proceso modelo*

El proceso modelo puede ser instado por cualquiera que tenga la condición de actor o demandado durante la primera instancia en un proceso relativo a una de las pretensiones arriba señaladas (acción de daños o acción dirigida a exigir el cumplimiento de una oferta contractual) ante el tribunal que está conociendo del proceso (*Prozessgericht*). Quien lo promueve debe justificar que la decisión al respecto es trascendente o que determina el fallo de una pluralidad de litigios pendientes, aparte del suyo propio<sup>12</sup>. El solicitante, en concreto, pretende (*Feststellungsziel*) que el tribunal del escalón superior en la estructura jurisdiccional declare si concurre o no algún presupuesto o condición que determine la estimación o desestimación de la pretensión por él aducida (y las coincidentes u orientadas en el mismo sentido –*gleichgerichtete*–, que se sustancian en otros procesos pendientes, también llamados procesos paralelos) o la resolución de cuestiones puramente jurídicas, también condicionantes del fallo en aquellos procesos<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. § 93a, VwGO (*Verwaltungsgerichtsordnung*, es decir la ley de la jurisdicción contencioso administrativa o de procedimiento judicial administrativo alemana).

<sup>12</sup> § 1 (2), KapMuG. *Der Antragsteller hat darzulegen, dass der Entscheidung über den Musterfeststellungsantrag Bedeutung über den einzelnen Rechtsstreit hinaus für andere gleichgelagerte Rechtsstreitigkeiten zukommen kann. Dem Antragsgegner ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.*

<sup>13</sup> § 1 (2), KapMuG. (...) *Die Feststellung des Vorliegens oder Nichtvorliegens anspruchsbegründender oder anspruchsausschließender Voraussetzungen oder die Klärung von Rechtsfragen begehrt werden (Feststellungsziel), wenn die Entscheidung des Rechtsstreits hiervon abhängt.*

Si el tribunal ante quien se solicita el proceso modelo admite la solicitud, debe hacer pública su decisión en la edición electrónica del boletín oficial de la Federación alemana (*Bundesanzeiger*) bajo la rúbrica “registro de demanda conforme a la ley sobre proceso modelo en materia de inversores de capital” (*Klageregister nach dem Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*)<sup>14</sup>. A partir de dicho momento queda suspendido el proceso (§ 3, KapMuG).

### 3. Resolución de planteamiento de proceso modelo (“*Vorlagebeschluss*”)

A continuación el tribunal de primera instancia ante quien se planteó la primera o la única solicitud de proceso modelo habrá de dictar una resolución mediante la que se admite el planteamiento de la cuestión ante el tribunal superior y que concreta los puntos, de hecho o de Derecho, sobre los que debe versar<sup>15</sup>. Dicha resolución se denomina *Vorlagebeschluss*, que podríamos traducir aquí como resolución de planteamiento del proceso modelo. Para dictarla es preciso, además, que se hayan formulado otras nueve solicitudes de proceso modelo sobre cuestiones coincidentes (cfr. § 3 [1] 2, KapMuG) desde que se dio publicidad a la admisión de la solicitud en el registro electrónico arriba referido. La resolución de planteamiento vincula al tribunal superior (*Oberlandesgericht*), que no puede separarse de los términos en que se ha planteado la cuestión, aunque puede corregir errores u omisiones (como por ejemplo la falta de expresión de los medios de prueba de que pretenden valerse las partes)<sup>16</sup>. Además, la publicidad de dicha resolución cierra la vía al planteamiento de otros procesos modelo sobre la misma cuestión. Y cuando el tribunal superior hace pública la pendencia del proceso modelo, el tribunal de primera instancia ante el que se solicitó decreta la suspensión de los procesos sobre cuestiones coincidentes que se hallen ya pendientes o que se inicien ante él hasta que se dicte sentencia definitiva en el proceso modelo (§ 7, KapMuG).

Es importante retener que, como dispone el propio § 7 (1), KapMuG, dicha suspensión afecta a todos los procesos sobre cuestiones para cuya resolución resulte determinante la decisión que se dicte en el proceso modelo, con independencia de que hubiesen o no formulado solicitud para su planteamiento. La ley, eso sí, ordena que las partes de dichos procesos sean oídas al respecto, antes de decretar la suspensión.

### 4. Los participantes en el proceso modelo y su actuación procesal

Los participantes en el proceso modelo son, según el § 8, KapMuG, el *Musterkläger*, el *Musterbeklagte* y los posibles *Beigeladene*, que en una traducción literal y en aras de la brevedad podríamos verter al castellano como, respectivamente, “actor modelo”, “demandado modelo” y los coadyuvantes.

Según el § 8 (2), KapMuG, el tribunal del proceso modelo selecciona discrecionalmente y sin posibilidad de recurso el actor modelo entre los que hayan solicitado el planteamiento de la cuestión. A dicho fin la ley le indica que debe tomar en consideración dos factores: la cuantía de las pretensiones y el eventual acuerdo entre varios actores para que uno de ellos asuma dicho cometido.

<sup>14</sup> El anuncio debe contener la expresión de los puntos de hecho o Derecho que han de ser objeto de la sentencia modelo, la identidad del solicitante y la del emitente de los títulos valores afectados o de las inversiones de capital concernidas, etc. (cfr. § 2 [1], KapMuG).

<sup>15</sup> Más precisamente, la resolución debe contener, principalmente, la expresión de los puntos de hecho o Derecho que han de ser objeto de la sentencia modelo, los medios de prueba que proponen las partes, y una breve expresión de las alegaciones de las partes para sostener o rebatir las pretensiones ejercitadas (cfr. § 4 [2], KapMuG).

<sup>16</sup> En este sentido se ha pronunciado recientemente el 2º Senado Civil del Tribunal Supremo alemán (resolución *-Beschluss-* de 26 de julio de 2011). Véase al respecto WEBER, M., *Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2011*, NJW 5/2012, p. 278.

Los actores o demandados del resto de procesos, cuya tramitación, para entonces, habrá quedado en suspenso, deben ser invitados a participar en el proceso como coadyuvantes. De hecho, el tribunal ante quien se solicitó el proceso modelo debe informarles de esta posibilidad ya desde el mismo momento en que les notifica la suspensión.

El § 12, KapMuG concreta la posición procesal del coadyuvante: debe aceptar el proceso en el estado en que se produzca su incorporación al mismo y está facultado para realizar toda clase de actos procesales y desplegar medios de ataque o defensa en la medida, eso sí, en que no entren en contradicción con los esgrimidos por la parte (actor modelo o demandado modelo) a quien coadyuva. Ocupan, en definitiva, la posición procesal del interviniente adhesivo (*Nebenintervention*) en Derecho alemán (cfr. § 66, ZPO, que presenta un tenor literal idéntico).

Los coadyuvantes, como concreta más el § 10, KapMuG, pueden pronunciarse sobre los escritos de alegaciones (*Schriftsätze*) del actor y demandado modelo (en el supuesto en que el tribunal haya dispuesto que aquéllos evacuen dichos escritos como modo de preparación del acto del juicio). De dichas alegaciones deberá darse traslado a dicho actor y demandado, pero no al resto de los coadyuvantes. De hecho, a éstos sólo se les dará traslado de los escritos de actor y demandado cuando así lo hayan solicitado expresamente al tribunal. La sentencia recaída en el proceso modelo no debe citar a los coadyuvantes en su encabezamiento. Ni siquiera se les ha de notificar la sentencia con las solemnidades legales propias de la notificación de sentencias, sino que simplemente se les comunica de un modo informal (cfr. § 14, KapMuG).

El desistimiento del actor modelo o la decisión del demandado modelo de apartarse del proceso son completamente irrelevantes (§ 11 [1], KapMuG). En el caso del actor, el tribunal procedería a designar un nuevo actor entre los que plantearon el proceso modelo. Y, por descontado, si irrelevante es el desistimiento del actor modelo, con más razón carece de cualquier trascendencia el apartamiento del proceso por parte de un coadyuvante.

##### 5. Eficacia de la resolución recaída en el proceso modelo sobre los procesos individuales: Cosa juzgada (“*Rechtskraft*”) respecto de actor y demandado y “efecto de intervención” (“*Interventionswirkung*”) respecto de los coadyuvantes

El § 16, KapMuG dispone que la decisión recaída en el proceso modelo (*Musterentscheid*) vincula a los tribunales ante los que se hallen procesos pendientes (paralelos) en cuya resolución resulte determinante aquella decisión, tanto en cuanto a las declaraciones sobre hechos como a la resolución de cuestiones jurídicas. Concretamente, la decisión recaída en el proceso modelo está dotada de la autoridad de la cosa juzgada en la medida en que se haya pronunciado sobre los aspectos que constituían el objeto del proceso modelo<sup>17</sup>. Los tribunales que estén conociendo sobre los procesos habrán de estar a lo dispuesto en dichos pronunciamientos a la hora de decidir el sentido del fallo.

Por lo que a los intervinientes respecta, la resolución les afecta aunque se hubiesen apartado del proceso, con independencia del sentido del fallo (*non secundum eventum litis*) e incluso aunque no hubiesen tomado posición ni hubiesen pretendido nada respecto de alguno o de todos los puntos o cuestiones resueltas en proceso modelo<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> § 16, Wirkung des Musterentscheids. (1) *Der Musterentscheid bindet die Prozessgerichte, deren Entscheidung von der im Musterverfahren getroffenen Feststellung oder der im Musterverfahren zu klärenden Rechtsfrage abhängt. Der Beschluss ist der Rechtskraft insoweit fähig, als über den Streitgegenstand des Musterverfahrens entschieden ist (...).*

<sup>18</sup> § 16, Wirkung des Musterentscheids. (1) (...) *Unbeschadet von Absatz 2 wirkt der Musterentscheid für und gegen alle Beigeladenen des Musterverfahrens unabhängig davon, ob der*

En Alemania, se considera que la cosa juzgada (*Rechtskraft*) afecta sólo a las partes, mientras que los coadyuvantes o intervinientes quedan vinculados por lo que se denomina “efecto de intervención” (*Interventionswirkung*). El § 16 (2), KapMuG<sup>19</sup> transcribe el § 68, ZPO, que es el precepto que concreta en el régimen general del proceso civil en qué consiste dicho efecto de intervención, diferente de la autoridad de la cosa juzgada. Se trata, en concreto, de que los coadyuvantes no podrán en un ulterior proceso oponer frente a quien fue su adversario en el proceso modelo que la parte a quien coadyuvaron desplegó defectuosamente su estrategia procesal (*exceptio mali gesti processus*), a no ser que afirmen y justifiquen:

- Que dicha parte principal, mediante su conducta, les impidió hacer uso de ciertos medios de ataque o defensa; o
- que a causa del momento en que se incorporaron al proceso no pudieron hacer uso de ciertas oportunidades procesales, o
- que les resultaban desconocidos ciertos medios de ataque o defensa que pudieron haber utilizado y la parte principal a quien coadyuvaban no los hizo valer conscientemente o por negligencia grave.

Como señala MICHAILIDOU<sup>20</sup>, el efecto de intervención va en cierto sentido más allá de la cosa juzgada, ya que ésta sólo alcanza a la subsunción conclusiva de la sentencia (*Subsumtionsschluss*), es decir, al fallo, a lo resuelto en la parte dispositiva. El efecto de intervención, por el contrario, abarca también los pronunciamientos sobre hechos y cuestiones jurídicas. La autora señala, sin embargo, que el efecto vinculante que despliega la sentencia recaída en el proceso modelo respecto a los coadyuvantes va más allá del efecto de intervención previsto con carácter general para la intervención adhesiva (*Nebenintervention*) en el § 68, ZPO, ya que abarca también los pronunciamientos sobre hechos y cuestiones jurídicas que resulten favorables al coadyuvante, mientras que el efecto de intervención previsto con carácter general en el § 68, ZPO se entiende que afecta sólo a los pronunciamientos fácticos y jurídicos de la sentencia adversos al interviniente.

La doctrina, sin embargo, no es del todo pacífica en este punto. En concreto, LÜKE es del parecer que incluso respecto de los coadyuvantes se produce una verdadera extensión de la cosa juzgada (*Rechtskrafterstreckung*)<sup>21</sup>, debido a la peculiaridad de la sentencia recaída en el proceso modelo, cuya parte dispositiva contiene pronunciamientos resolviendo cuestiones fácticas o jurídicas. En efecto, el objeto del proceso modelo, a diferencia de cualquier otra clase de proceso, no es dirimir una controversia entre partes, reconociendo o no a éstas derechos subjetivos, sino más bien clarificar aspectos de hecho o de Derecho de los que depende el fallo de los procesos suscitados por los inversores individuales. Como quiera la cosa juzgada abarca lo dispuesto en el fallo o parte dispositiva de la sentencia y que en los procesos modelo dicha parte dispositiva o fallo no contiene el reconocimiento o denegación del derecho afirmado por el actor sino un pronunciamiento sobre cuestiones de carácter fáctico o jurídico, lo resuelto sobre dichas cuestiones quedaría fijado con la autoridad de cosa

*Beigeladene selbst alle Streitpunkte ausdrücklich geltend gemacht hat. Dies gilt auch dann, wenn der Beigeladene seine Klage in der Hauptsache zurückgenommen hat (...).*

<sup>19</sup> § 16, Wirkung des Musterentscheids. (2) *Nach rechtskräftigem Abschluss des Musterverfahrens werden die Beigeladenen in ihren Rechtsstreiten gegenüber dem Gegner mit der Behauptung, dass die Hauptpartei das Musterverfahren mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als sie durch die Lage des Musterverfahrens zur Zeit ihrer Beiladung oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden sind, Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die ihnen unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.*

<sup>20</sup> Op. cit., pp. 244 y 245.

<sup>21</sup> Cfr. *Der Musterentscheid nach dem neuen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz*, ZZP 119 (2006), p. 131, 143. Citado por MICHAILIDOU, op. cit., p. 246.

juzgada. En este aspecto, la vinculación a lo resuelto por la sentencia modelo sería idéntica tanto respecto del actor y demandante del proceso modelo como de los coadyuvantes o intervinientes en el mismo, quienes no obstante podrían, además, oponer la *exceptio mali gesti processus* en los casos arriba expuestos.

#### 6. La transacción colectiva en el proceso modelo

La finalización del proceso modelo mediante una transacción u otra fórmula consensual está terminantemente excluida en la KapMuG, a no ser que todos los participantes (incluidos los coadyuvantes) suscriban el acuerdo<sup>22</sup>. Como toda transacción judicial (*Prozessvergleich*) en Derecho alemán, la transacción trabada en el seno de un proceso modelo tampoco genera la autoridad de cosa juzgada.

El Gobierno Federal ha presentado con fecha de 20 de diciembre de 2011 un proyecto de reforma de la KapMUG, donde regula con mayor detalle la transacción en el proceso modelo (*Regierungsentwurf für das Gesetz zur Reform des Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes*)<sup>23</sup>. En los §§ 17 a 19 y 23 del proyecto se dispone sustancialmente lo mismo: para que la transacción surta efectos, es preciso que no haya ningún participante que se oponga al acuerdo. No obstante, una vez presentada la propuesta de transacción, se establece una especie de sistema de “*opt-out*”, en el sentido de otorgar a los coadyuvantes un plazo para que manifiesten su eventual disconformidad con la propuesta de transacción presentada por actor y demandado. Por otra parte, la transacción puede ser rescindida en caso de incumplimiento a instancias de cualquier participante, supuesto en el que se decretaría la continuación o reasunción del proceso modelo (cfr. § 24.3, proyecto de KapMuG).

### IV. Ejecución de las sentencias recaídas en los procesos promovidos por asociaciones y en el proceso modelo

Apenas existen especialidades referibles a la ejecución de las sentencias dictadas en los procesos colectivos a los que nos hemos referido en las líneas anteriores.

Por lo que se refiere a las acciones de cesación promovidas por asociaciones, si el condenado en la sentencia no se abstiene de desarrollar la conducta a cuya abstención queda obligado, la asociación que promovió el proceso puede instar al tribunal que le imponga las sanciones pecuniarias previstas en el § 890, ZPO para forzar el acatamiento a lo dispuesto en el título de ejecución, e incluso puede imponerse al condenado reacio a pasar por lo dispuesto en la sentencia que preste garantía para hacer frente a los daños que su resistencia a cumplir pueda ocasionar durante un espacio de tiempo determinado<sup>24</sup>. Pero nada de ello es privativo de las

<sup>22</sup> § 14, Musterentscheid. (3) *Die §§ 91a und 306 der Zivilprozessordnung finden auf das Musterverfahren keine Anwendung. Ein vergleichsweiser Abschluss des Musterverfahrens ist ausgeschlossen, sofern dem Vergleich nicht alle Beteiligten (§ 8 Abs. 1) zustimmen.*

<sup>23</sup> Véase al respecto, WEBER, M., *Entwicklung des Kapitalmarktrechts im Jahre 2011*, NJW 5/2012, p. 278.

<sup>24</sup> § 890, Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen: (1) *Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu einem Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von 250.000 Euro, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen. (2) Der Verurteilung muss eine entsprechende Androhung vorausgehen, die, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges erlassen wird. (3) Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden.*

condenas recaídas en los procedimientos que nos ocupan, sino común a cualquier condena a abstenerse o cesar en una determinada actividad.

Dos especialidades de limitada relevancia pueden traerse a colación respecto de la ejecución de sentencias promovidas por asociaciones<sup>25</sup>.

La primera es la del supuesto previsto en el § 10, UKlaG: si alguien ha sido condenado a abstenerse de utilizar ciertas cláusulas o condiciones generales de la contratación y posteriormente la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán se pronuncia admitiendo la licitud de dichas cláusulas o condiciones respecto de la misma clase de negocios jurídicos a los que se refería la condena, la persona condenada puede enervar la ejecución (*Vollstreckungsabwehrklage*) alegando esta circunstancia. La doctrina mayoritaria entiende que en este caso claudica la propia eficacia de la cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso inicial. También se ha discutido sobre si la sentencia del Tribunal Supremo que establece la licitud de las cláusulas o condiciones reputadas ilícitas en el proceso promovido por la asociación debe ser una sentencia recaída en un proceso instado también por una asociación o cabe que lo haya sido por un particular. La doctrina mayoritaria entiende que basta que dicho proceso haya sido promovido por un particular.

Otra especialidad puede darse en los procesos promovidos por asociaciones cuando hayan sido varias las que hayan obtenido una sentencia ordenando la cesación y todas ellas insten la imposición de la sanción o multa referida en el § 890, ZPO para forzar la abstención del condenado pertinaz. En estos casos, con fundamento en la prohibición general de doble sanción por hechos idénticos, se concluye que sólo puede ser decretada la sanción instada por una de las asociaciones<sup>26</sup>.

Por lo que al proceso modelo se refiere, es evidente que la sentencia en él dictada no es susceptible de ejecución propiamente dicha. El modo de desplegar su efectividad consiste en que sus pronunciamientos de hecho o de Derecho deben ser respetados y acatados en las sentencias que hayan de recaer en los procesos individuales pendientes. No hacerlo de este modo, provocaría una infracción de la cosa juzgada o del efecto de intervención que la sentencia del proceso modelo genera, en función, respectivamente, de que las partes en el proceso individual donde debe surtir efectos hubiesen tenido la condición de partes o coadyuvantes (intervinientes) en el proceso modelo.

<sup>25</sup> Sobre estas cuestiones, véase MICHAILIDOU, Chrisoula, *Prozessuale Fragen des Kollektivrechtsschutzes im europäischen Justizraum* cit., pp. 158 y 159.

<sup>26</sup> En este sentido, MICHAILIDOU, Chrisoula, *Prozessuale Fragen des Kollektivrechtsschutzes im europäischen Justizraum*, cit., p. 158.



## PROCESOS COLECTIVOS EN ARGENTINA

por ROBERTO M. PAGÉS LLOVERAS\* y JORGE A. ROJAS\*\*

### 1. Introducción

Se nos ha encomendado la tarea de hacer una revisión –desde el punto de vista legislativo– sobre la situación en Argentina respecto a tres tópicos puntuales del tema central del Evento que se desarrollará en nuestro país sobre los procesos colectivos (class actions).

Uno es el referido a los recaudos para aprobar un acuerdo, otro es el referido a la cosa juzgada y el último con relación a la ejecución de sentencia en los procesos colectivos.

Para ello conviene previamente señalar las características que tiene nuestro país porque a partir de su organización federal, existen normas de distinta índole para abordar –también con distintos alcances– los institutos a analizar.

El art. 1º de nuestra Constitución Nacional señala que en nuestro país la forma de gobierno será representativa, republicana y federal, y desde allí se genera un gobierno central conformado con poderes delegados por cada una de las provincias que integran nuestra Nación.

Esto surge expresamente de las previsiones del art. 121 de la Constitución Nacional que señala textualmente: “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

En esa línea, cada provincia reserva para sí aquellos poderes que no delegó expresamente en el gobierno central, y señala el art. 5º que entre esos poderes cada provincia se reserva su derecho a dictar una Constitución, que desde luego seguirá los principios fijados en nuestra Ley Fundamental, y que entre otras cosas le permita asegurar su propio régimen de administración de justicia.

Con lo cual como se advierte existe una doble línea a tener en cuenta, por un lado la legislación provincial o local, que rige en cada uno de los estados provinciales; y otra que resulta federal, porque está dictada por el Congreso Nacional (entiéndase leyes de derecho común aplicables en todo el país como los códigos civiles, comerciales, de trabajo, etc.); y leyes federales de aplicación en todo el territorio nacional (como la legislación en materia de estupefacientes o impositiva, o inclusive el código procesal que resulta de aplicación en el ámbito nacional o federal).

En estos casos el Congreso Nacional no actúa como legislatura local sino nacional, pues a su vez, la Ciudad de Buenos Aires, que es asiento del gobierno nacional, tiene –a partir del año 1996 y con motivo de la reforma constitucional que se llevó a cabo en nuestro país en 1994– un nuevo status jurídico que le ha brindado autonomía, y por ende con un cuerpo legislativo que actúa localmente.

Esta introducción previa consideramos imprescindible hacerla a los fines de imponer a Uds. de las razones por las cuales es probable que exista en el país normativa

\* Universidad Católica de Cuyo.

\*\* Universidad de Buenos Aires.



sumamente abundante en la materia, que se está esparciendo paulatinamente cada vez más precisamente por las razones que apuntamos.

Sirva además como ejemplo de lo expuesto, que la reforma constitucional de 1994 incorporó los llamados derechos de tercera generación o derechos de incidencia colectiva, que tanta importancia tienen en esta temática que nos ocupa.

Y de tal forma por ejemplo, el art. 41 que establece como principio fundamental el derecho a un medio ambiente sano y la obligación de preservarlo para el goce por las generaciones futuras, genera dos tipos de normas que fijan una competencia concurrente entre la Nación y las Provincias en esa materia<sup>1</sup>.

De tal modo nos encontramos –por ejemplo– en la legislación nacional con la Ley General del Ambiente N° 25.675; o mucho antes inclusive, de la nueva Constitución, con la Ley 24.051 de Residuos Peligrosos, pero aún no existe un sistema desde el punto de vista procesal dentro del cual se pueda pensar en canalizar pretensiones de esa índole, pese a que el art. 43 de la propia Constitución Nacional establece que “toda persona” puede interponer acción de amparo..., entre otras cosas para la protección del medio ambiente, no siendo en todos los supuestos ésta la vía más idónea a esos fines, aspecto que también se ha encargado de destacar la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Algo similar sucede con los derechos de incidencia colectiva en materia del consumidor y del usuario, ya que el art. 42 de la Constitución Nacional establece, habiéndose también interpretado en virtud de las previsiones del art. 43 de la Ley Fundamental que el amparo era la vía adecuada para la protección de los derechos de los usuarios y de los consumidores, al igual que en el caso de la protección del medio ambiente, precisamente por la letra de ese artículo de la Constitución que así lo establece.

Hecha esta aclaración previa, conviene analizar entonces las distintas normas que existen, tanto a nivel nacional como provincial a fin de conocer el tratamiento que le han brindado a los temas a los que se circunscribe esta tarea.

## 2. La legislación nacional

En el ámbito nacional –como fuera señalado– en materia ambiental existe la Ley 25.675 denominada “Ley General del Ambiente” (LGA), y en materia de derechos del consumidor la ley 24.240 conocida como “Ley de Defensa del Consumidor” (LDC).

Pese a ello, aún a nivel nacional no se ha regulado un proceso colectivo, más allá de que existen actualmente en el Congreso Nacional seis proyectos (dos en Diputados y cuatro en Senadores), a esos fines; que se distinga porque tenga una estructura propia y diversa a la de los procesos de conocimiento que existen en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o en la vieja ley de amparo 16.986, cuando se trata de actos u omisiones que emanan de una autoridad pública, pues el amparo contra actos de particulares está contemplado dentro del Código Procesal antes mencionado con una estructura de proceso sumarísimo (art. 321).

Si entramos de lleno en la temática propuesta para este informe, se puede advertir que la LDC regula todos los aspectos de nuestro interés. Por esa razón un punto central

<sup>1</sup> Esta circunstancia ya fue así reconocida por la Corte Suprema de Justicia, quien entendió que “corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido, conclusión que procede de la Constitución Nacional, la que, si bien establece que le cabe a la Nación “dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección”, reconoce expresamente las jurisdicciones locales en la materia, las que no pueden ser alteradas (art. 41, tercer párrafo de la Constitución Nacional) (Fallos 331:1312).

y eliminar que se presenta en estos casos, es quién resulta legitimado activo, y a su vez, cómo está representado, para lo cual el art. 54 de la ley de defensa del consumidor 24.240 con su última modificación por la ley 26.361, dispone que **“para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. 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”**.

Como se advierte de esa norma, no sólo se señala la intervención del Ministerio Público a fin de celebrar un acuerdo transaccional, sino que, además, se desprenden los otros dos aspectos a analizar en nuestra legislación, es decir el alcance de la cosa juzgada y las pautas para su cumplimiento.

En el sentido del cariz que reviste la sentencia para que pase en autoridad de cosa juzgada se sigue claramente el sistema americano de las class actions, ya que alcanzará a todo el grupo, brindándosele la posibilidad a cada interesado, de ejercitar su derecho de autoexclusión (*opt-out*), es decir apartarse de la negociación que se hubiera iniciado dejando a salvo sus derechos, con lo cual la sentencia hará cosa juzgada *secundum eventum litis*.

Y finalmente, con relación al aspecto vinculado al cumplimiento de la ejecución de sentencia, lo que es dable advertir es que la norma señala concretamente diversas alternativas para proceder a ello.

Más allá del efecto *erga omnes* de la sentencia, si tuviera contenido patrimonial –señala la norma– establecerá las pautas, sea para la reparación económica, o el procedimiento para su determinación, teniendo siempre en miras el principio de reparación integral.

Si se tratara de la restitución de sumas de dinero, se hará por los mismos medios que fueron percibidas, y si ello no fuera posible a través de sistemas que permitan a los afectados acceder a la reparación.

En caso de que los beneficiarios no pudieran ser individualizados, el juez fijará la forma en que ese resarcimiento debe ser instrumentado, propendiendo al beneficio del grupo afectado.

En cambio si se tratara de daños que corresponda diferenciar para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y aquí se cambia el ámbito de aplicación pues señala la ley que por vía incidental deberán ser ellos quienes estimen su indemnización y así la demanden en forma particular.

Sin embargo, estos criterios no se mantienen en la misma línea en la LGA, ya que dice el art. 33 de la ley 25.675 que “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos

*erga omnes*, a excepción que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias”, con lo cual –como se advierte– se sigue aquí la línea que establece el alcance de la cosa juzgada “*secundum eventum probationem*”, brindando la posibilidad de que se reitere el planteo si el rechazo se debió a defectos en materia probatoria.

### 3. La legislación provincial

Conforme lo expuesto al comienzo, a continuación se señalará –solamente por razones de espacio debido a la extensión que se ha impuesto a esta tarea– la legislación provincial en donde existe una regulación específica en materia de procesos colectivos, destacándose puntualmente cada uno de los aspectos que son de interés para el informe a través del cuadro que se desarrollará a continuación.

No obstante es de destacar que en todas las provincias, inclusive en las que se citan en el cuadro que se desarrolla seguidamente, existe una regulación específica del amparo, sistema a través del cual, por la amplitud de su concepción permitiría encauzar reclamos de índole similar a aquellos estados provinciales que cuentan con una tutela específica a esos fines.

Legislación provincial					
Provincia	Ley (materia)	Ley (Nº)	Recaudos transacción	Alcance cosa juzgada	Ejecución sentencia
Buenos Aires	Código Consumidor y Usuario	13.133	No específica - Publicidad adecuada	<i>Erga omnes</i> - D. autoexclusión - <i>Secundum eventum litis</i> - Publicidad suficiente	Vía incidental por los propios interesados
Buenos Aires	Amparo	13.928	Representación adecuada - Notificación - Publicidad litigio	<i>Erga omnes</i> - <i>Secundum eventum probationem</i>	Sin referencias
Buenos Aires	Medio ambiente	11.723	Sin referencias	<i>Erga omnes</i> - <i>Secundum eventum probationem</i>	Sin referencias
San Juan	D. consumidor y usuario	6006 y 7714	Sin referencias	<i>Erga omnes</i>	Vía incidental por los interesados
San Juan	Amparo	Cód. Procesal ley 7942	Sin referencias	<i>Erga omnes</i> - <i>Secundum eventum litis y probationem</i>	Sin referencias específicas
San Luis	Defensa consumidor	5163	Adhiere ley nacional 24.240	Adhiere ley nacional 24.240	Adhiere ley nacional 24.240
La Pampa	Amparo	1352	Sin referencias	<i>Erga omnes</i> - <i>Secundum eventum litis y probationem</i>	Sin referencias
Catamarca	Amparo	5034	Conciliación obligatoria	<i>Erga omnes</i> - <i>Secundum eventum litis y probationem</i>	Sin referencias

Legislación provincial					
Provincia	Ley (materia)	Ley (Nº)	Recaudos transacción	Alcance cosa juzgada	Ejecución sentencia
Tucumán	Amparo colectivo (Cód. Procesal Constitucional)	6944 y 8240	Conciliación facultativa para el juez	Sin referencias	Sin referencias
Río Negro	Amparo	2779	Prevé conciliación obligatoria	<i>Erga omnes - Secundum eventum litis y probationem</i>	Registro - Juez que la dictó a cargo de ejecución
Río Negro	Cód. Procesal	4142	Sin referencias	<i>Erga omnes - Secundum eventum litis</i>	Sin referencias
Chubut	Defensa consumidor	4219	Adhiere a Ley nacional 24.240	Adhiere a Ley nacional 24.240	Adhiere a ley nacional 24.240
Chubut	Amparo	4572	Sin referencias	<i>Erga omnes - Secundum eventum litis</i>	Sin referencias
Santa Cruz	D. consumidor	2465/97	Adhiere a ley nacional 24.240	Adhiere a ley nacional 24.240	Adhiere a ley nacional 24.240
Tierra del Fuego	Cód. Procesal	147	Sin referencias	<i>Secundum eventum litis</i>	Sin referencias



## EVIDENCE AND PROVISIONAL MEASURES IN COMPLEX LITIGATION AND CLASS ACTIONS - THE AMERICAN PERSPECTIVE

por LINDA SANDSTROM SIMARD

In 1937, the United States Supreme Court promulgated the Federal Rules of Civil Procedure. As part of this original code, Rule 23 described a transsubstantive mechanism for representative litigation through class actions.<sup>1</sup> Prior to the adoption of Rule 23, federal courts followed procedures inherited from English practice which allowed for representative litigation for actions in equity. The content of the original Rule 23 was an attempt to codify existing practice at the time, not to implement reform or change.<sup>2</sup> The Rule went into effect on September 16, 1938 and ushered in a flood of class action litigation in a wide variety of substantive areas. By the early 1960's the rule had become unworkable and, in 1966, it was completely revised. The revised rule remains largely intact in the modern text of Rule 23.<sup>3</sup>

### Rule 23 Requirements

In order to certify a class in federal court in the United States, it is necessary to satisfy four fundamental criteria: (1) numerosity;<sup>4</sup> (2) commonality;<sup>5</sup> (3) typicality;<sup>6</sup> and (4) adequacy of representation.<sup>7</sup>

Numerosity requires the party seeking class certification to show that joinder of all class members is impracticable.<sup>8</sup> Although this requirement typically focuses on the

<sup>1</sup> This paper focuses on the characteristics of class action practice in federal court for several reasons. First, most states have adopted rules that mirror Rule 23 and therefore much of the jurisprudence surrounding Federal Rule 23 is applied to class action practice in the state courts. Second, the Class Action Fairness Act provides an opportunity to remove a class action originally filed in state court to federal court when the amount in controversy exceeds \$ 5,000,000 and minimal diversity between the plaintiff and the defendant is satisfied. See 28 U. S. C. 1332 (d).

<sup>2</sup> Although Rule 23 was largely intended to codify existing practice, the Federal Rules of Civil Procedure generally abolished the distinction between actions at law and actions in equity. In this respect, Rule 23 in fact ushered in change by establishing that actions in law or equity could be certified as class actions. Prior to the enactment of the Rules, the class action device was used exclusively for equity actions. John G. Harkins, Jr., *Federal Rule 23, The Early Years*, 39 *Ariz. L. Rev.* 705, 705-709 (1997).

<sup>3</sup> The Rule was amended in 1998 to add subsection (f) allowing interlocutory appeal of an order granting or denying class certification, and again in 2003 adding sections (g) and (h) which detail the requirements for the appointment of class counsel. In 2003, the text of subsection (c) was also amended to provide more flexibility in the timing of the certification decision and subsection (e) was amended to strengthen the process for reviewing proposed class action settlements.

<sup>4</sup> Fed. R. Civ. P. 23(a)(1) ("The class is so numerous that joinder of all members is impracticable").

<sup>5</sup> Fed. R. Civ. P. 23(a)(2) ("questions of law or fact are common to the class").

<sup>6</sup> Fed. R. Civ. P. 23(a)(3) ("The claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class").

<sup>7</sup> Fed. R. Civ. P. 23(a)(4) ("the representative parties will fairly and adequately protect the interest of the class").

<sup>8</sup> Fed. R. Civ. P. 23(a)(1).

number of class members, courts have considered additional factors that may impact the feasibility of joinder. For example, courts may consider the geographic dispersion of the class members, the ease of identification of class members, the nature of the claim and the size of each class member's claim.<sup>9</sup> The numerosity determination is typically straightforward and rests upon affidavits, declarations or even reasonable estimates of the characteristics of the class in the briefs.<sup>10</sup>

The commonality requirement involves an evaluation of the parties' claims and defenses to determine the extent of common elements of proof. Prior to 2011, the commonality requirement of Rule 23(a) had been applied quite liberally, often enabling a determination of commonality among loosely related claims viewed from a high level of abstraction.<sup>11</sup> In 2011, the Supreme Court signalled a substantial increase in the rigor to be applied to the commonality standard of Rule 23(a). In *Wal-Mart v. Dukes*, the named plaintiffs sought certification of a class of 1.5 million female employees of Wal-Mart.<sup>12</sup> The Court held that the party seeking certification of a class must show that the class claims depend upon a common contention that is material to the outcome of the suit such that its "truth or falsity will resolve an issue that is central to the validity of each one of the claims in one stroke."<sup>13</sup> Noting that the commonality question overlapped with the merits of the case,<sup>14</sup> the Court held that the evidence failed to provide "*convincing proof* of a company-wide discriminatory pay and promotion policy" and thus concluded that the party seeking class certification had "not established the existence of any common question."<sup>15</sup>

The typicality requirement ensures cohesion between the class representative and the class members by requiring that the named plaintiff's claim arise from the same course of events and involve similar legal arguments as the claims belonging to the class members.<sup>16</sup> A class should not be certified if the named plaintiff's claim is idiosyncratic or atypical when compared to the claims of the class members.

The adequacy requirement is a critical component of the certification decision because it ensures that due process of law is provided to absent class members. Indeed, without adequacy of representation absent class members cannot be bound to a class judgment.<sup>17</sup> To satisfy the adequacy of representation requirement, the named plaintiffs must show an alignment of interests among the class members and representatives such that the named plaintiff will be able to represent the class members fairly,

<sup>9</sup> *Seidman v. J. Ray McDermott & Co.* 651 F.2d 1030 (1981).

<sup>10</sup> Manual for Complex Litigation (Fourth), sec. 21.141.

<sup>11</sup> See *Marisol A. ex rel. Forbes v. Guiliani*, 126 F.3d 372 (1997) (upholding certification of a general class, but suggesting that subclasses may be necessary because of individual issues); but see *J.B. ex re. Hart v. Valdex*, 186 F.3d 1280 (1999) (applying a more stringent standard for commonality).

<sup>12</sup> *Wal-Mart v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2547 (2011). The complaint alleged that "a strong and uniform 'corporate culture' permits bias against women to infect [...] the discretionary decision making of each one of Wal-Mart's thousands of managers, thereby making every woman at the company the victim of one common discriminatory practice." *Id.* at 2548.

<sup>13</sup> *Id.* at 2551.

<sup>14</sup> *Id.* at 2552 ("Without some glue holding the alleged reasons for all those [allegedly discriminatory] decisions together, it will be impossible to say that examination of all the class members' claims for relief will produce a common answer to the crucial question *why was I disfavored*").

<sup>15</sup> *Id.* at 2556-57 (emphasis added).

<sup>16</sup> Manual for Complex Litigation (Fourth), sec. 21.141.

<sup>17</sup> See *Hansberry v. Lee*, 311 U. S. 32 (1940). The importance of adequate representation suggests that an absent class member should be able to collaterally attack the adequacy of representation even after a final judgment has been rendered. See, Patrick Woolley, *The Availability of Collateral Attack for Inadequate Representation in Class Suits*, 79 Tex. L. Rev. 382 (2000).



adequately, and vigorously.<sup>18</sup> Adequate representation may be questioned, for example, if different state laws will be applied to different claims, if there is a significant disparity in the severity of injuries among class members, or if some class members have present injuries and while other class members merely anticipate injury as a result of exposure.<sup>19</sup> The adequacy of representation has traditionally also required a showing that class counsel is qualified, experienced and able to pursue the interests of the class.<sup>20</sup> The 2003 amendments to Rule 23 added a new section to the rule which details the standard for appointment of class counsel, suggesting that this determination is now guided by Fed. R. Civ. P. 23(g) rather than Fed. R. Civ. 23(a)(4).

As noted by the Supreme Court, the requirements of Rule 23(a) are interrelated:

“The commonality and typicality requirements of Rule 23(a) tend to merge. Both serve as guideposts for determining whether under the particular circumstances maintenance of a class action is economical and whether the named plaintiff’s claim and the class claims are so interrelated that the interests of the class members will be fairly and adequately protected in their absence. Those requirements therefore also tend to merge with the adequacy-of-representation requirement, although the latter requirement also raises concerns about the competency of class counsel and conflicts of interest.”<sup>21</sup>

Upon satisfaction of these foundational requirements, the court may certify a class action under any one of four circumstances described in Rule 23(b): (a) when a party opposing the class would otherwise face individual adjudications that would pose a risk of creating incompatible standards of conduct;<sup>22</sup> (b) when individual litigation otherwise risks the ability of class members to protect their rights or interests;<sup>23</sup> (c) when a party opposing the class has acted or refused to act in the same manner to a definable group, rendering declaratory or injunctive relief appropriate;<sup>24</sup> or (d) when questions of law or fact common to the class predominate over any individual issues that would have to be litigated, and the class action is superior to other means of adjudicating the dispute.<sup>25</sup> The first three categories focus on equitable relief and are considered mandatory class actions, offering no opportunity for class members to exit the class. Classes certified pursuant to Rule 23(b)(1)(A) or 23(b)(1)(B) are justified because individual adjudication of each claim would be impossible or unworkable. Classes certified pursuant to Rule 23(b)(2) are justified because the relief sought is singular and impacts the entire class.

The final category of class action, the 23(b)(3) class, is the most common type of class action.<sup>26</sup> This is the only category of class action that requires notice to all class

<sup>18</sup> Manual for Complex Litigation (Fourth), sec. 21.141. To the extent that this showing requires the named plaintiffs to demonstrate a similarity of interests between the representative’s claims and the class members’ claims, the adequacy of representation requirement overlaps with the typicality requirement.

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> *Id.*

<sup>21</sup> *Wal-Mart v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551 n. 5 (citing *General Telephone Co. of Southwest v. Falcon*, 457 U. S. 147, 157-58, n. 13 (1982)).

<sup>22</sup> Fed. R. Civ. P. 23(b)(1)(A) (focus is on protecting the party opposing the class from potentially inconsistent injunctive or declaratory relief).

<sup>23</sup> Fed. R. Civ. P. 23(b)(1)(B) (focus is on protecting absent class members from the risk of individual adjudication. For example, individual adjudication in a limited fund situation may exhaust the available funds and leave some individuals with no recovery).

<sup>24</sup> Fed. R. Civ. P. 23(b)(2) (intended for situations where the primary relief sought is classwide declaratory or injunctive relief, not damages. This section was intended to address civil rights litigation, but is not limited to this context). The Advisory Committee Notes specifically provide that 23(b)(2) does not apply to cases in which the relief sought is predominantly damages.

<sup>25</sup> Fed. R. Civ. P. 23(b)(3) (most damages class actions are certified under 23(b)(3)).

<sup>26</sup> See Edward F. Sherman, *American Class actions: Significant Features and Developing Alternatives in Foreign Legal Systems*, 215 F. R. D. 130, 134 (2003); Thomas E. Willging, Laural L.

members and an opportunity for class members to opt out of the class.<sup>27</sup> In order to certify an opt out class action pursuant to Rule 23(b)(3), the court must find that (1) a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the dispute and (2) common issues predominate over any questions affecting only individual class members.<sup>28</sup>

In *Wal-Mart v. Dukes*, the majority opinion distinguishes the commonality requirement of 23(a), which may be satisfied with even a single common question, and the predominance requirement of 23(b)(3), which involves a comparison of the importance of common questions relative to individual question.<sup>29</sup> By requiring that issues common to the class predominate over individual issues, the predominance requirement ensures that the proposed class is sufficiently cohesive to warrant representative adjudication.<sup>30</sup> When proof of one or more essential elements of the claim requires individual treatment, the predominance requirement will not be satisfied.<sup>31</sup>

### Timing of Certification Decision

Rule 23 requires a court to decide whether to certify a class “at an early practicable time” after a class complaint is filed.<sup>32</sup> This standard is intended to encourage resolution of the certification question after the court has sufficient information to decide whether the action meets the certification requirements of rule 23(a) and (b).<sup>33</sup> This flexible time frame allows a judge to order precertification discovery when necessary, or to rule upon precertification motions to dismiss for lack of subject matter, lack of personal jurisdiction, failure to state a claim, and motions for summary judgment.<sup>34</sup>

Every decision granting or denying class certification may be altered or amended at any time prior to final judgment.<sup>35</sup>

### Precertification Discovery

In determining whether the prerequisites of Rule 23 are satisfied, the court may order precertification discovery. Generally, discovery is not necessary “when claims for

Hooper & Robert J. Niemic, Fed. Judicial Center, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules 8*, 21 (1996); Deborah Hensler et al., *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for private Gain* 52 (Rand 2000). Thomas E. Willging, et al., *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts* 21 (1996) (approximately 10% of class action cases surveyed were certified under 23(b)(1), with an even split between 23(b)(1)(A) and 23(b)(1)(B)).

<sup>27</sup> Fed. R. Civ. P. 23(c)(2).

<sup>28</sup> Fed. R. Civ. P. 23(b)(3). The Rule suggests that the following matters may be pertinent to the superiority and predominance questions: (1) class members' interest in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (2) the extent and nature of any litigation concerning the same dispute that has already been commenced; (3) the desirability of concentrating the litigation in the particular forum; and (4) challenges that are likely to arise in managing the class action. *Id.*

<sup>29</sup> 131 S. Ct. at 2556-57.

<sup>30</sup> *In Re Hydrogen Peroxide*, 552 F.3d at 310-11.

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> Fed. R. Civ. P. 23(c)(1)(A).

<sup>33</sup> Manual for Complex Litigation, sec. 21.133. Prior to the amendment, Rule 23 stated that certification should occur “as soon as practicable.” The amendment was intended to provide additional flexibility.

<sup>34</sup> Precertification motions only bind the named parties. Manual for Complex Litigation, sec. 21.133.

<sup>35</sup> Fed. R. Civ. P. 23(c)(1)(C). Of course, a decision to decertify a class or redefine the contours of the class more narrowly or broadly, may impose significant expense on the parties due to additional notice requirements.

relief rest on readily available and undisputed facts or raise only issues of law.<sup>36</sup> On the other hand, discovery may be necessary when the facts relevant to one or more certification requirements are disputed or when the party opposing certification argues that individual issues are unavoidable.<sup>37</sup> It is not uncommon for courts to bifurcate discovery between certification issues and merits issues, with discovery relating to certification issues focusing on whether the claims and defenses are susceptible to class-wide proof and discovery relating to the merits focusing on the strength of the claims and defenses.<sup>38</sup> In light of the inherent overlap between these two issues, however, the distinction can easily become blurred.

### Standard for Certifying a Class

The decision to certify a class depends upon whether the requirements of Rule 23 are met, not on whether the class will succeed on the merits of the dispute.<sup>39</sup> To the extent that issues relating to the merits of the dispute are relevant to the determination of whether Rule 23 is satisfied, courts may consider issues relating to the merits of the dispute to resolve the certification question.<sup>40</sup> A party seeking class certification bears the burden of proving that the requirements of the rule are satisfied.<sup>41</sup>

The trial court possesses broad discretion to decide which facts and legal arguments are most important to each of the requirements of Rule 23, and thus to frame the issues for consideration at the certification stage.<sup>42</sup> The court will consider the elements of the substantive claims and defenses and may look to the allegations in the pleadings, relevant evidence and arguments of counsel to determine whether the certification requirements of Rule 23(a) and (b) are satisfied.<sup>43</sup> The judge is permitted to impose reasonable limitations on the quantity and format of the evidence received, such as limiting the number of witnesses, requiring depositions to be summarized or requesting written statements of direct testimony.<sup>44</sup> In reaching a decision to certify a class, a court must make factual findings to support each element of Rule 23.<sup>45</sup> Indeed, the certifying court must “resolve all factual or legal disputes relevant to class certifi-

<sup>36</sup> Manual for Complex Litigation (Fourth) sec. 21.14 (2004).

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> *Id.*

<sup>39</sup> *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U. S. 156 (1974) (class certification decision does not require a preliminary assessment of the merits of the case).

<sup>40</sup> *Wal-Mart v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541, 2551 (2011) (although the certification decision is not dependent upon the likelihood of success by the class, class certification “generally involves considerations that are enmeshed in the factual and legal issues comprising the plaintiff’s cause of action”, thus creating a necessity to touch on aspects of the merits to resolve the certification question).

<sup>41</sup> *Wal-Mart v. Dukes*, 131 S. Ct. at 2551.

<sup>42</sup> *In Re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F. 3d 305, 310 (3<sup>rd</sup> Cir. 2008). Indeed, a significant number of courts require the party seeking class certification to submit a trial plan that describes the issues likely to be presented at trial. Such a trial plan forms the basis for the determination of whether the issues are susceptible of class-wide proof. *Id.* at 319.

<sup>43</sup> *Id.* at 307 (3<sup>rd</sup> Cir. 2008) (“In deciding whether to certify a class under Fed. R. Civ. P. 23, the district court must make whatever factual and legal inquiries are necessary and must consider all relevant evidence and arguments presented by the parties”). See also, *Szabo v. Bridgeport Machs., Inc.*, 249 F. 3d 672, cert. denied, 534 U. S. 951 (2001) (holding that a judge should make all necessary factual and legal inquiries to determine if the requirements for certification under Rule 23(a) and (b) are satisfied).

<sup>44</sup> Manual for Complex Litigation (Fourth), sec. 21.21 at 267. In *Wal-Mart v. Dukes*, statistical evidence was submitted to the court and not excluded. 131 S. Ct. 2541.

<sup>45</sup> *In Re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F. 3d at 307, 309 (trial court must be satisfied, after a rigorous analysis, that the requirements of rule 23(a) and (b) are satisfied).

cation, even if they overlap with the merits –including disputes touching on elements of the cause of action.”<sup>46</sup> While it is clear that trial courts must take a “close look”<sup>47</sup> at the evidence and conduct a “rigorous analysis”<sup>48</sup> of the facts and law supporting class certification, the Supreme Court has not elaborated on the specific standard of proof for class certification. Recently, the Third Circuit held that factual determinations necessary for class certification must be established by a preponderance of the evidence.<sup>49</sup>

Expert testimony may be offered by either party in support of or in opposition to class certification. A certifying court must weigh conflicting testimony to determine if the court is persuaded by either (or neither) of the parties’ expert witnesses.<sup>50</sup> Although issues of credibility are generally reserved for the trier of fact, the court must resolve expert disputes –even if they involve credibility questions– to determine whether the requirements of Rule 23 have been established.<sup>51</sup> In *Wal-Mart v. Dukes*, the plaintiff offered expert opinion testimony in support of its motion for class certification and the defendant offered countervailing expert testimony in opposition to class certification.<sup>52</sup> *Wal-Mart* moved to strike the plaintiffs’ expert testimony, arguing that it would not be admissible at trial and therefore should not be considered in the certification analysis. The trial court denied the motion to strike, concluding that the evidence did not need to meet standards of admissibility at the certification stage.<sup>53</sup> On appeal, however, the Supreme Court expressed “doubt” at the trial court’s conclusion that evidence need not meet standards of admissibility at the certification stage.<sup>54</sup>

### Appeal of Class Certification Order

An appeals court may grant an interlocutory appeal from an order granting or denying class certification.<sup>55</sup> The appeals court will review factual findings for abuse of discretion<sup>56</sup> while reviewing the application of an incorrect legal standard *de novo*.<sup>57</sup>

### Post Certification: Common v. Individual Proof

Although class certification requires commonality among class members, the exis-

<sup>46</sup> *Id.* at 307. See also, *Huff v. N.D. Cass Co.*, 485 F. 2d 710, 713 (5<sup>th</sup> Cir. 1973) (“We do not accept the idea that to avoid infringing the plaintiff’s and the class’ right to jury trial district judges must be barred from making any evidentiary inquiry; we reject also the argument that the judge is inextricably bound by the face of the pleadings”).

<sup>47</sup> *Amchem Prods., Inc. v. Windsor*, 521 U. S. 591, 615 (1997).

<sup>48</sup> *Gen. Tel. Co. of Sw. v. Falcon*, 457 U. S. 147, 161 (1982).

<sup>49</sup> *In Re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F. 3d at 307.

<sup>50</sup> *Id.* at 323 (“Weighing conflicting expert testimony at the certification stage is not only permissible; it may be integral to the rigorous analysis Rule 23 demands”).

<sup>51</sup> *Id.* at 324. Although the trial court’s findings of fact for the purpose of class certification are conclusive on the topic, “they do not bind the fact finder on the merits”. *Id.* at 318.

<sup>52</sup> *Wal-Mart v. Dukes*, 131 S. Ct. at 2549.

<sup>53</sup> See also *Manual for Complex Litigation (Fourth)*, sec. 21.21 at 267 (“The judge need not decide at the certification stage whether such expert testimony satisfies standards for admissibility at trial”).

<sup>54</sup> *Wal-Mart v. Dukes*, 131, S. Ct. at 2553-54.

<sup>55</sup> Fed. R. Civ. P. 23(f) (application for interlocutory appeal must be filed within 14 days after the order granting or denying class certification).

<sup>56</sup> *In Re Hydrogen Peroxide Antitrust Litigation*, 552 F. 3d at 312 (an abuse of discretion occurs when a certification decision “rests upon a clearly erroneous finding of fact, an errant conclusion of law or an improper application of law to fact.”) (quoting *Newton v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner, & Smith, Inc.*, 259 F. 3d 154, 165 (3<sup>rd</sup> Cir. 2001)).

<sup>57</sup> *Id.*

tence of individual issues does not preclude certification of a class.<sup>58</sup> Prior to certifying a class, therefore, the court must consider how the common and individual issues will be handled. The most common techniques used to handle individual issues are subclasses<sup>59</sup> and/or severance.<sup>60</sup> For example, if the standard for calculating damages is a common issue it may be established with classwide proof. After the standard is established, individual determinations of damages for each class member may be severed and resolved later with individualized proof. Similarly, individualized issues that rest upon common questions, such as reliance, exposure, causation, statute of limitations, or fraudulent concealment, may be handled with subclasses or issue classes that determine the common questions, followed by individualized determinations as to each class member.<sup>61</sup> This technique ensures that individual issues only become relevant if the plaintiff is successful in establishing the common issues.<sup>62</sup> It is important to note that the same rules of evidence and the same substantive laws apply to classwide proof as would apply to proof of individual class members' claims.<sup>63</sup>

Several additional techniques are available to respond to the demands of damages class actions. In some circumstances, individual proof of damages can be avoided by classwide proof of aggregate damages<sup>64</sup> followed by distribution of damages by means other than individualized determinations. Aggregate damages are generally deemed acceptable in situations where monetary liability can be calculated from a mathematical formula or from aggregate evidence. Indeed, in some instances aggregate proof may tend to be more accurate and reliable than individual proof. For example, a defendant's aggregate sales records may prove to be more reliable than individualized proof of purchases based upon an estimates or recollections (i.e. when consumers have lost the records of their purchases).<sup>65</sup> In appropriate circumstances, courts are willing to rely upon statistical evidence and representative samples to determine aggregate damages, as long as evidentiary standards are met.<sup>66</sup> When a court is able to calculate the aggregate loss but is not able to calculate the precise loss to each individual class member, courts will distribute the aggregate damages through a variety of means, including average loss calculations or per capita distribution.<sup>67</sup> Alternatively, courts may

<sup>58</sup> Rule 23 refers does not require an absence of individual issues. See e.g. Fed. R. Civ. P. 23(b)(3) (requiring a "predominance" of common issues over individual issues) and Rule 23(c)(4) (authorizing maintenance of class action for specific issues and the use of subclasses). Of course, if the extent of individualized issues raises manageability problems or undercuts the value of class treatment, certification may be denied.

<sup>59</sup> Fed. R. Civ. P. 23(c)(4). It is often possible to simplify the treatment of complex individual issues through subclasses that allow for common proofs. Some courts have found that bifurcated class actions may violate the Seventh Amendment by allowing a second jury to reconsider the findings of a prior jury in the same case. Although it is clear that a second jury must respect the findings of an earlier jury in the same case, there is significant disagreement as to the applicability of Seventh Amendment concerns in bifurcated class actions.

<sup>60</sup> Fed. R. Civ. P. 42 (permitting severance of issues and split trials).

<sup>61</sup> See Newberg on Class Actions (Fourth Edition), sec. 9:62 at 451 (2002).

<sup>62</sup> *Id.* at sec. 9.59, 447; 9. 61, 449.

<sup>63</sup> Newberg on Class Actions (Fourth), sec. 10:2 at 478 ("In situations when aggregate proof of damages is sought to be proved on behalf of a class, no special or unique rules of evidence are involved; nor are any special substantive principles invoked; nor is the defendant's monetary liability increased at all from what it would be if all class members individually proved their monetary claims").

<sup>64</sup> Aggregate damages represent the collective value of claims by individual class members.

<sup>65</sup> *Id.*

<sup>66</sup> *Id.*

<sup>67</sup> *Id.* (citing employment discrimination situation where a certain number of positions represent promotion opportunities that were missed by class members, but the precise identity of the missed opportunity recipient is not known or knowable. In this situation, a court might calculate the aggregate damages and then distribute them to class members on a per capita basis).

impose mandatory injunctions that require a defendant to fix a problem rather than pay damages, for example recalling and replacing a defective part. Finally, in some situations where individual distribution of damages is not possible,<sup>68</sup> aggregate damages will be distributed on the basis of *cy pres* (“next best use”) or *escheat*.

### **Settlement**

Rule 23(e) provides that the claims, issues or defenses of a certified class may only be settled with court approval after a hearing and on finding that the settlement is “fair, reasonable, and adequate.”<sup>69</sup> Counsel for the parties submit proposed terms of the settlement, along with a description of all side agreements and the court conducts a preliminary fairness evaluation.<sup>70</sup> If the court makes a preliminary finding that the proposed settlement is fair, reasonable and adequate, the court will direct the parties to provide notice that a hearing to determine the fairness of the proposed agreement will be held. The notice must be sent to all class members who will be bound by the agreement.<sup>71</sup> At the fairness hearing, the proponents of the agreement may present witnesses, experts, or affidavits to show that the agreement is fair, reasonable, and adequate.<sup>72</sup> A class member may object to the proposal and such objection can only be withdrawn with court approval.<sup>73</sup> After the hearing, the court will enter an order specifying how the agreement meets or fails to meet the requirements of Rule 23(e).

<sup>68</sup> This may be the case when individual class members cannot be identified specifically or when the value of each individual claim is so small that individual distribution is cost prohibitive.

<sup>69</sup> Fed. R. Civ. P. 23(e)(2).

<sup>70</sup> Manual for Complex Litigation (Fourth), sec. 21:632, 320-21 (2002) (The court may appoint an expert or special master to evaluate the proposed settlement, gather information about the impact of the agreement on absent class members and assist in determining whether the settlement is fair, reasonable and adequate).

<sup>71</sup> *Id.* at 321.

<sup>72</sup> *Id.* at 322.

<sup>73</sup> *Id.* at 23(e)(5).



## **CLASS ACTIONS: SETTLEMENT APPROVAL; RES JUDICATA; CLAIMS ADMINISTRATION AND CY-PRÈS AWARDS**

por JANET WALKER\*

### **I. Introduction**

Class proceedings regimes are provided for in the rules of the Federal Court of Canada<sup>1</sup> and in the legislation of all but one Canadian province.<sup>2</sup> Class proceedings legislation has been adopted in each of these various jurisdictions because Canada is a federation with separately administered courts in the ten provinces and the three territories, and for matters subject to federal jurisdiction. The rules for civil proceedings in each of the fourteen courts are broadly similar. However, since Canada's Constitution allocates exclusive authority to the provinces to make laws in relation to civil procedure,<sup>3</sup> class proceedings legislation has been introduced independently in each of the various jurisdictions.<sup>4</sup>

The legislation, which was modelled on U.S. Federal Rule 23, provides for the certification of a claim as a class proceeding where:

- (a) the pleadings or the notice of application discloses a cause of action;

\* Professor, Osgoode Hall Law School.

<sup>1</sup> Federal Court: Rules Amending the Federal Court Rules, 1998, amending the Federal Court Rules, 1998, S.O.R. 98-106, available at <http://canadagazette.gc.ca/partII/2002/20021204/html/sor417-e.html>.

<sup>2</sup> Quebec: *An Act Respecting the Class Action*, R.S.Q. c. R-2, and *Code of Civil Procedure*, RSQ 1977, C-25, arts. 999-1051, available at <http://www.canlii.org/qc/laws/sta/r-2.1/20060412/whole.html>; Ontario: *Class Proceedings Act*, S.O. 1992, c. 6 ("Ontario CPA"), available at [http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/English/92c06\\_e.htm](http://www.e-laws.gov.on.ca/DBLaws/Statutes/English/92c06_e.htm); *Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding)*, S.O. 1992, c. 7; British Columbia: *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50 ("British Columbia CPA"), available at <http://www.qp.gov.bc.ca/statreg/stat/C/9605001.htm> see Sullivan, R., *A Guide to the British Columbia Class Proceedings Act (1997)*; Saskatchewan: *Class Actions Act*, S.S. 2001, c. 12.01 ("Saskatchewan CAA") available at <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/statutes/c12-01.pdf>; Newfoundland and Labrador: *Class Actions Act*, S.N.L. 2001, c. C-18.1 ("Newfoundland and Labrador: CAA"), available at <http://www.canlii.org/nl/laws/sta/c-18.1/20040706/whole.html>; Manitoba: *The Class Proceedings Act*, C.C.S.M. c. C130 ("Manitoba CPA"); Alberta: Following a recommendation by the Alberta Law Reform Institute in 2000, *Class Actions (Final Report No. 85)* (Alberta Law Reform Institute, December 2000), "Alberta Law Reform Institute – Work in Progress – Current Projects – Class Actions" available at <http://www.law.ualberta.ca/alri/crrntproj/classaction.html>, the legislature enacted the *Class Proceedings Act*, S.A. 2003, c. C-16.5 ("Alberta CAA"), available at <http://www.canlii.org/ab/laws/sta/c-16.5/index.html>; Nova Scotia: *Class Proceedings Act*, S.N.S. 2007 c. 28 ("Nova Scotia CPA"); New Brunswick: *Class Proceedings Act*, S.N.B. 2006, c C-5.15 ("New Brunswick CPA"); Prince Edward Island does not have class proceedings legislation.

<sup>3</sup> Section 92.14 of the Constitution Act, provides that "In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say – The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance and Organization of Provincial Courts, both of Civil and Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts".

<sup>4</sup> Branch, W., *Class Actions in Canada*, Aurora, 1998, and Eizenga, M., Peerless, M. and Wright, C., *Class Actions Law and Practice*, Markham, 1999.



- (b) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the representative plaintiff or defendant;
- (c) the claims or defences of the class members raise common issues;
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the resolution of the common issues; and
- (e) there is a representative plaintiff or defendant who,
  - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,
  - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and
  - (iii) does not have, on the common issues for the class, an interest in conflict with the interests of other class members.

However, the legislation goes further than U.S. Federal Rule 23, in providing that the following matters are not a bar to certification of the claim as a class proceeding:

1. The relief claimed includes a claim for damages that would require individual assessment after determination of the common issues.
2. The relief claimed relates to separate contracts involving different class members.
3. Different remedies are sought for different class members.
4. The number of class members or the identity of each class member is not known.
5. The class includes a subclass whose members have claims or defences that raise common issues not shared by all class members.

During the certification motion, the Court has broad discretion in defining the class and in approving the notice to be sent to the class members. Most classes are defined on an opt-out basis: persons falling within the class are permitted within a specified time to exclude themselves from the class.

## II. Settlement Approval

### 1. Legislation

The legislation in the various parts of Canada provides that proceedings that have been certified as class proceedings may be discontinued or abandoned only with the approval of the court, on such terms as the court considers appropriate.<sup>5</sup> Any settlement is binding only upon approval by the court. Once approved, the settlement binds all class members. In determining whether and on what basis to certify a class action, the court must consider whether notice should be given to the members of the class, and whether the notice should include an account of the conduct of the proceeding, a statement of the result of the proceeding; and a description of any plan for distributing settlement funds.<sup>6</sup>

Like other civil disputes, class proceedings are usually resolved before trial. In a class action, the result will usually take the form either of a proposed settlement fund from which individual plaintiffs may receive relief, or a mechanism for individuals to present their claims. Defendants may prefer to establish a settlement *fund* because it ensures that they will know how much is involved. Determining how large a fund to create may be challenging and it may require sampling or statistical evidence.<sup>7</sup> Plaintiffs

<sup>5</sup> Ontario *CPA*, s. 29; British Columbia *CPA*, s. 35; Saskatchewan *CAA*, s. 38; Newfoundland and Labrador *CAA*, s. 35; Manitoba *CPA*, s. 35.

<sup>6</sup> Ontario *CPA*, s. 17(3); British Columbia *CPA*, s. 19(3); Newfoundland and Labrador *CAA*, s. 19(3); Saskatchewan *CAA*, s. 21(3); Manitoba *CPA*, s. 19(3).

<sup>7</sup> Ontario *CPA*, c. 6, s. 23; British Columbia *CPA*, s. 30; Saskatchewan *CAA*, s. 32; Newfoundland and Labrador *CAA*, s. 30; Manitoba *CPA*, s. 30.

may prefer to have a settlement *mechanism* because they will know how much each claimant will receive, but this may create uncertainty for a defendant concerning its exposure. One compromise involves setting a cap, which, if exceeded, triggers a pro-rating of the amounts for individual claimants, known as “ratcheting down”.

## 2. Current Issues

Regardless of the complexities that must be incorporated to satisfy the parties, a settlement requires court approval to be binding.<sup>8</sup> Accordingly, counsel for the class and for the defendant must make a joint application to the court for approval of the terms of the agreement that they have reached. This part of the proceeding is often described as a “fairness hearing”.

In its 1982 Report, the Ontario Law Reform Commission anticipated special difficulties for common law courts in the management of fairness hearings. The difficulties arise out of a combination of features of class proceedings that are different from ordinary litigation. First, because the class counsel’s financial interest is out of all proportion to that of any individual class member’s interest (class counsel stands either to lose or to gain far more from the outcome than any individual class member) the class counsel’s interest in arriving at a settlement may be in conflict with the class.

For example, since the negotiations will also involve a discussion of class counsel’s fee, counsel could be tempted to compromise the recovery for the class to secure a promise of a more favourable fee. More generally, since class counsel is often responsible for bearing the expense and risk of financing the litigation through a contingency fee arrangement, counsel may be under pressure to accept a lower settlement than might otherwise be available to avoid further lengthy negotiations and uncertainty. This concern is a pervasive one. Accordingly, in certifying the claim as a class proceeding, courts are required to assess whether the proposed representative would fairly and adequately represent the class. This assessment includes an assessment of the plan for the litigation and, in this way, an assessment of class counsel. One of the concerns that is anticipated in this assessment is the potential for counsel to accept an unfavourable offer of settlement as a result of the financial strains of protracted negotiations.

There may also be differences in the interests of the various class members that emerge in the course of negotiations, and class counsel may be tempted to overlook the benefits of certain members of the class in order to obtain a prompt settlement for the class as a whole. Whatever conflicts of interest threaten to undermine counsel’s commitment to obtaining a result in the best interests of the class, the problem is made worse by the fact that members of the class are unlikely to be as involved and as well informed of the details of the negotiation as counsel.

These are the reasons for having a fairness hearing. However, there are fundamental difficulties with fairness hearings because common law judges have almost no experience in non-adversarial hearings. In almost every other situation, their role is to observe the evidence presented and follow the arguments made on each side to determine the best result. They have little if any opportunity to gain experience in developing their own lines of inquiry and the honing the skills of questioning witnesses to test their evidence during a hearing.<sup>9</sup>

Moreover, the healthy suspicion of counsel’s motivations that must form an integral feature of a civil law judges’ competencies, is an awkward attitude for a common law judge to adopt –common law judges are used to responding to counsel who seek to be helpful in order to persuade a judge to favour their client’s cause. The situation is further

<sup>8</sup> Ontario *CPA*, c. 6, s. 29; British Columbia *CPA*, s. 35; Saskatchewan *CAA*, c. C–12.01, s. 38; Newfoundland and Labrador *CAA*, c. C–18.1, s. 35; Manitoba *CPA*, s. 35.

<sup>9</sup> Jasminka Kalajdzic, *Self-Interest, Public Interest, and the Interests of the Absent Client: Legal Ethics and Class Action Praxis*, 49 *Osgoode Hall L.J.* 1 (2011).

complicated by the fact that the source for that suspicion relates to counsel's interest in maximizing fees at the expense of the client's interests, and it necessarily entails a suspicion that goes to the root of matters that, in the common law system, affect counsel's professional integrity.

All of this makes it procedurally very difficult to ensure that the proposed settlement is fair for the class. A judge will not necessarily have a clear idea what would count as a fair result independently of the explanations of counsel. All settlements involve compromise, but class actions involve claims that the claimants might not otherwise be able to bring because they are not economically viable. Accordingly, class action settlements involve compromises that may not be easy to measure against a full recovery minus the expense and risk of obtaining it, as would be the case in individual claims.

To ensure that the fairness hearing serves its purpose, it is sometimes necessary to present the proposed settlement to the court twice –first in a preliminary way as a basis for obtaining approval to circulate a notice to potential class members, and second in a more thoroughgoing way at a hearing in which potential claimants may appear and voice any objections that they may have.

Potential class members receiving the notice of the proposed settlement may be given an opportunity to forward written objections or to appear at the hearing and express their objections at that time. In addition, lawyers who may have wanted to serve as class counsel may intervene to object, and so too may consumer and other public organizations concerned with the welfare of groups such as those likely to fall within the plaintiff class.

These objectors serve a valuable, if imperfect means of assisting the court in determining whether the settlement is fair, reasonable, and adequate. The intervenors are not in the same position as counsel to appreciate all the details of the negotiations because they have not been parties to the settlement negotiations, but they may be more familiar with the various considerations and options than the court, and they will be able to raise issues that might otherwise be missed. Without them, the court has only the submissions made by class counsel whose independent judgment of the settlement may be affected a keen interest in obtaining approval for it so as to collect its fee. While the court is not in a position to re-write the agreement, if serious concerns emerge, counsel may be required to reappear on another occasion with a fresh proposal for consideration.

Where class certification and approval of a settlement are sought at the same time, particular vigilance is required on the part of the court. This is because there is a concern that defendant's counsel might have chosen the class counsel with whom it would present the settlement offer to the court on the basis of the offer counsel was prepared to accept. The prospect of choosing class counsel willing to accept the lowest offer as the counsel with whom the defendant chooses to appear is described as a "reverse auction." This situation can be avoided only through the most diligent of review on the part of the Court.

In reviewing the proposed settlement, the court will consider factors such as the likelihood of recovery, or likelihood of success; the amount and nature of discovery evidence; the settlement terms and conditions; the recommendation and experience of counsel; the future expense and likely duration of litigation; the recommendation of neutral parties if any; the number of objectors and nature of objections; and the presence of good faith and the absence of collusion.<sup>10</sup>

The court will bear in mind that "it is not the court's function to substitute its judgment for that of the parties who negotiate the settlement. Nor is it the court's function to litigate the merits of the action. [However,] [...] it is not the function of the court [to] simply rubber-stamp the proposal." In recognizing that "settlements are by their very nature

<sup>10</sup> *Dabbs v. Sun Life, Assurance Company of Canada* [1998] O.J. No. 1598 (Gen. Div.).

compromises, which need not and usually do not satisfy every single concern of all parties affected. Acceptable settlements may fall within a broad range of upper and lower limits.”<sup>11</sup>

For all the reasons discussed, the fees paid to class counsel will also be an important feature of the settlement process, both in terms of providing a practical incentive to class counsel to resolve the matter, and as an important issue in assessing the fairness of the outcome for the class.<sup>12</sup> In some settlements described as “common fund” settlements, the defendants offer a global sum to cover all of these expenses, with the costs of notice, settlement administration and the costs of the litigation being deducted from the total before the remainder is distributed to the members of the class. In other situations, the defendant offers to pay the claims of class members who come forward and, separately, the other associated expenses including costs up to an agreed amount.

In some cases, the class counsel will seek a percentage of the settlement, either of the common fund, or of the estimated total value of the claims made, while in other cases, counsel will seek an amount based on the time spent on the matter augmented by a multiplier reflecting the risk involved in the matter and the result obtained. Determining a reasonable award of fees for class counsel may be complicated by the involvement of many counsel representing different plaintiff groups and the challenge of ascertaining the work done in reaching a negotiated result.

In theory, counsel fees may be approved in the same hearing as the settlement itself or they may be approved at a separate subsequent hearing. However, addressing the fees in the course of the settlement hearing itself may give rise to concerns that the fees that class counsel hope will be approved by the court have an impact on the nature of the settlement that class counsel is prepared to recommend.

In this regard, the submissions on costs may place defendants’ counsel in an awkward position vis-à-vis their duty to their client as well. While it may be in their clients’ interest to resist the amount sought in fees by class counsel, it was in their clients’ interest during the negotiations to encourage class counsel to support the settlement proposal that they had negotiated. Accordingly, defendants’ counsel sometimes agree not to contest class counsel’s submissions on costs and disbursements up to an agreed amount.

### III. The Res Judicata Effect of Class Action Judgments

#### 1. Legislation

The legislation in the various parts of Canada provides that a judgment on common issues of a class or subclass shall set out the common issues, name or describe the class or subclass members; state the nature of the claims or defences asserted on behalf of the class or subclass; and specify the relief granted.<sup>13</sup>

A judgment on common issues binds every class member who has not opted out of the class, but only to the extent of the common issues, the claims or defences, and the relief sought that are set out in the certification order. The judgment does not bind a person who has opted out of the class, or a party to the class proceeding in any subsequent proceeding involving that person.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> *Sparling v. Southam Inc.* (1988), 66 O.R. (2d) 225 (H.C.J.) at 230-231.

<sup>12</sup> *Parsons v. Canadian Red Cross Society* [2001] O.J. No. 214 (C.A.), leave to appeal refused, [2001] S.C.C.A. No. 27; *Endean v. British Columbia (Attorney General)* [2000] B.C.J. No. 2330 (C.A.), leave to appeal refused [2001] S.C.C.A. No. 27; and *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Archer Daniels Midland Company* [2001] O.J. No. 6028 (S.C.J.).

<sup>13</sup> Ontario *CPA*, s. 27; British Columbia *CPA*, s. 25; Newfoundland and Labrador *CAA*, s. 25; Saskatchewan *CAA*, s. 27; Alberta *CAA*, s. 26.

<sup>14</sup> Ontario *CPA*, s. 27; British Columbia *CPA*, s. 26; Newfoundland and Labrador *CAA*, s. 26; Saskatchewan *CAA*, s. 28; Alberta *CAA*, s. 27.

A party may appeal from an order refusing to certify a proceeding and from an order decertifying a proceeding. A party may appeal from an order certifying a class proceeding,<sup>15</sup> but in Ontario, this may be done only with leave.

A party may appeal from a judgment on the common issues<sup>16</sup> and from orders concerning the assessment of damages, other than those relating to individual assessments where these have formed part of the outcome of the class proceeding. If a representative party does not appeal or seek leave to appeal any class member may seek leave to act as the representative for the purposes of making an appeal.

## 2. *Current Issues*

The main debates concerning the *res judicata* effects of class action judgments have arisen from the implications of this effect for the proceeding at the time of certification. This is because courts will stay any related proceedings once a class action is certified.<sup>17</sup> In anticipation of this, counsel in Canada have often established arrangements to cooperate in the certification and prosecution or settlement of the claim. Where this does not occur, the court must choose between counsel in a “carriage motion.” This has given rise to considerable debate over how the court should evaluate on a competitive basis the capacity of each team of lawyers to represent the class and, in one case, over the weight to be given to the representative plaintiff’s views.<sup>18</sup>

A further issue has arisen with respect to “bar” orders. Class actions are often commenced against more than one defendant, for example, where there are several manufacturers of a product that is found to be defective, or several parties involved in the manufacture and distribution of the product. Class counsel may reach settlements with the defendants at different times, and they may wish to seek approval for the settlement of the matter as against some but not all defendants. The settling defendants will want an order protecting them from further involvement in the suit by way of additional liability either to the claimants or to other defendants. Bar orders balance the rights of settling defendants and other parties to the suit. Their use and operation have been subject to debate, but they are now an accepted part of class actions practice.<sup>19</sup>

## IV. Administration and Distribution of Awards

### 1. *Legislation*

Under the legislation, the court may direct any means of distribution of amounts that it considers appropriate, including ordering that the defendant or some other person distribute directly to class members the money to which class member is entitled by any means authorized by the court, including abatement and credit. Alternatively, the court may direct that the defendant pay into court or some other appropriate depository the total amount awarded to the class until further order of the court. In deciding how to distribute the award, the court must consider whether distribution by the defendant is the most practical way for any reason, including the fact that the amount of monetary relief to which each class member is entitled can be determined from the records of the defendant.

<sup>15</sup> Ontario *CPA*, s. 30; British Columbia *CPA*, s. 36; Newfoundland and Labrador *CAA*, s. 36; Saskatchewan *CAA*, s. 39; Manitoba *CPA*, s. 36; Alberta *CAA*, s. 36.

<sup>16</sup> Ontario *CPA*, s. 30; British Columbia *CPA*, s. 36; Newfoundland and Labrador *CAA*, s. 36; Saskatchewan *CAA*, s. 30; Alberta *CAA*, s. 36.

<sup>17</sup> Ontario *CPA*, s. 13; British Columbia *CPA*, s. 13; Newfoundland and Labrador *CAA*, s. 14; Saskatchewan *CAA*, s. 15; Manitoba *CPA*, s. 13.

<sup>18</sup> *Fantl v. Transamerica* [2008] O.J. No. 1536 (S.C.J.); *Richard v. British Columbia* [2004] B.C.J. No. 1202 (C.A.)

<sup>19</sup> *Ontario New Home Warranty Program v. Chevron Chemical Co.* [1999] O.J. No. 2245 (S.C.J.); *Gariepy v. Shell Oil Co.* [2002] O.J. No. 4022 (S.C.J.), leave to appeal denied [2004] O.J. No. 5309 (Div. Ct.).

Where appropriate, the Court may appoint a Claims Administrator to assist in the evaluation of claims and the management of the process. In addition, the Court may appoint individuals to mediate or arbitrate claims. These individuals are usually compensated from the proceeds of the settlement or by the defendant. While the Court may delegate significant authority to them in dealing with individual claims, their work will be subject to review by the Court.<sup>20</sup>

The court may also order that all or a part of an award that has not been distributed within a time set by the court be applied in any manner that may reasonably be expected to benefit class members, even where the order does not provide for monetary relief to individual class members, if the court is satisfied that a reasonable number of class members who would not otherwise receive monetary relief would benefit from the order. The court can make such an order whether or not all class members can be identified or all of their shares can be exactly determined. It can make such an order even if the order would benefit persons who are not class members or persons who may otherwise receive monetary relief as a result of the class proceeding.

The court is required to supervise the execution of judgments and the distribution of awards and may stay the whole or any part of an execution or distribution for a reasonable period on such terms as it considers appropriate. The court may order awards to be paid in lump sums or in instalments and, where a person is administering the distribution of the award, the court may order the costs of this distribution to be paid out of the proceeds of the award. Unless the court awards otherwise, any part of an award that remains unclaimed or undistributed after the period determined by the court will revert to the person against whom the award was made.

In principle, the remedies available in class proceedings are the same as those available in ordinary litigation, including declaratory and injunctive relief. However, some additional remedies are appropriate because the matter is a class action. For example, where the costs of identifying and distributing the award to individual claimants infeasible given the amounts involved, the courts may order *cy-près* distribution of all or part of the award. The court has considerable discretion in approving the recommendations of counsel concerning the appropriate recipients of such awards. In principle such awards should benefit the class indirectly even if they fail to do so directly.<sup>21</sup>

## 2. Current Issues

A range of issues has been considered in recent years in respect of the administration of claims and distribution of awards. In general, Canadian courts have been aware of controversies that have arisen in this area in the United States and they have sought to learn from them. For example, coupon settlements, *i.e.*, where claimants receive discounts on the purchase of future goods and services from defendants have been given careful scrutiny, because these kinds of settlements may fail to compensate claimants adequately and may serve as a reward to defendants by encouraging future sales rather than as a sanction against them for their wrongdoing.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> *Nantais v. Telectronics Proprietary (Canada) Ltd.* [1995] O.J. No. 2592, 25 O.R. (3d) 331 (Gen. Div.); leave to appeal refused [1995] O.J. No. 3069, 25 O.R. (3d) 331 (Div. Ct.), at p. 347 O.R.; *Godt v. Toronto Transit Commission*, unreported (September 20, 1996), Toronto 95-CU-89529 (Ont. Gen. Div.); *Mangan v. Inco Ltd.* [1996] O.J. No. 2655, 30 O.R. (3d) 90 (Gen. Div.); *Dabbs v. Sun Life Assurance Co. of Canada* [1998] O.J. No. 2811 (Gen. Div.), appeal quashed [1998] O.J. No. 3622, leave to appeal refused [1998] S.C.C.A. No. 372; *Ernewein v. Bausch & Lomb Canada Inc.* [1997] B.C.J. No. 3175 (S.C.).

<sup>21</sup> *Sutherland v. Boots Pharmaceutical PLC* [2002] O.J. No. 1361. See also *Alfresh Beverages Canada Corp. v. Hoechst AG* [2002] O.J. No. 79 (S.C.J.). See also *Currie v. McDonald's Restaurants of Canada Ltd.* [2006] O.J. No. 813 (S.C.J.) and *Gilbert v. Canadian Imperial Bank of Commerce* [2004] O.J. No. 4260 (S.C.J.).

<sup>22</sup> *Garipey v. Shell Oil Co.* [2002] O.J. No. 4022 (S.C.J.), leave to appeal denied [2004] O.J. No. 5309 (Div. Ct.).



Similarly, there have been debates about the propriety of *cy-près* awards and the identification of the beneficiaries.<sup>23</sup>

## V. Law Reform Projects

While there are no major law reform projects underway directed at settlement approval, *res judicata* and claims administration, *cy-près* awards, *per se*, two recent projects have a bearing on these aspects of class actions. First, in 2011, the American Bar Association adopted as best practices the Protocol on Court-to-Court Communications in Canada-U.S. Cross-Border Class Actions and Notice Protocol: Coordinating Notice(s) to the Class(es) in Multijurisdictional Class Proceedings.<sup>24</sup> These protocols will have important implications for the approval of settlements and the management of claims administration. Protocols developed by a task force of the Canadian Bar Association with a similar purpose, were proposed in 2011.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> *Cassano v. Toronto-Dominion Bank* [2007] O.J. No. 4406 (C.A.).

<sup>24</sup> [http://www.abanow.org/wordpress/wp-content/files\\_flutter/1312826936101c.pdf](http://www.abanow.org/wordpress/wp-content/files_flutter/1312826936101c.pdf), available at <http://www.cba.org/cba/resolutions/pdf/11-03-A-bckd.pdf>.

<sup>25</sup> Canadian Bar Association National Task Force on Class Actions, available at <http://www.cba.org/CBA/ClassActionsTaskForce/Main>.



SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EL 31 DE MAYO DE 2012  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE IMPRENTA LUX S. A.,  
H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE (REPÚBLICA ARGENTINA)

