

ACCIONES DE CLASE PARA LA TUTELA DEL CONSUMIDOR EN ARGENTINA Y BRASIL. ANÁLISIS COMPARADO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS COLECTIVAS EXTRANJERAS

Francisco Verbic ^o



I. INTRODUCCIÓN

Una de las mayores preocupaciones de quienes están trabajando en la temática de acciones de clase y otros litigios representativos es cómo enfrentar el fenómeno de la expansión del comercio y los mercados transnacionales. Esto es, cómo crear soluciones colectivas plausibles que permitan a las partes involucradas obtener una respuesta razonable y comprensiva para el conflicto, sin importar el lugar dónde se encuentren físicamente o qué tribunal de justicia ejerza jurisdicción sobre el caso.

Particularmente durante los últimos diez años, algunos académicos estadounidenses publicaron artículos muy interesantes en los cuales abordan la problemática de las

^o El presente trabajo es la traducción de la tesis del *LL.M in International Legal Studies* que tuve oportunidad de cursar durante el año académico 2010-2011 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York gracias a una beca de la Comisión Fulbright. El trabajo de investigación aprobado para ser registrado como tesis fue supervisado por el Prof. Samuel Issacharoff, *Bonnie and Richard Reiss Professor of Constitutional Law*. Estoy sinceramente agradecido por su apoyo al proyecto de investigación y por sus opiniones críticas y recomendaciones sobre los borradores de este trabajo. Quiero agradecer también a Bernarda Hernández por su gran ayuda en la traducción del trabajo al idioma español.

acciones de clase en el actual contexto internacional.¹ Si bien enfrentan el asunto desde distintas perspectivas, hay tres características comunes que pueden identificarse en tales trabajos. Primero, hasta cierto punto todos ellos discuten similitudes y diferencias entre las acciones de clase previstas en la Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos de América (en adelante “RFPC 23”) y los mecanismos de litigio agregado de tipo representativo que pueden ser encontrados en el extranjero. Segundo, todos ellos discuten –con mayor o menor profundidad– en qué medida estos sistemas extranjeros pueden ser armonizados con el modelo de acciones de clase estadounidenses. Finalmente, casi todos orientan su análisis hacia el contexto europeo e ignoran el latinoamericano.²

El principal objetivo de este trabajo de investigación es continuar con la perspectiva comparada que caracteriza dichos trabajos, pero teniendo en cuenta el contexto latinoamericano

¹ Entre otros, ver Michael P. Murtagh “*The Rule 23(b)(3) Superiority Requirement and Transnational Class Actions: Excluding Foreign Class Members in Favor of European Remedies*”, 34 Hastings Int’l & Comp. L. Rev. 1 (2011); John C. Coffee, Jr. “*Litigation Governance: Taking Accountability Seriously*”, 110 Colum. L. Rev. 288 (2010); Samuel Issacharoff and Geoffrey P. Miller “*Will Aggregate Litigation Come to Europe?*” 62 Vand. L. Rev. 179 (2009); Richard A. Nagareda “*Aggregate Litigation across the Atlantic and the Future of American Exceptionalism*”, 62 Vand. L. Rev. 1 (2009); Stephen J. Choi and Linda J. Silberman “*Transnational Litigation and Global Securities Class Action Lawsuits*”, 2009 Wis. L. Rev. 465 (2009); Edward F. Sherman “*American Class Actions Significant Features and Developing Alternatives in Foreign Legal Systems*”, 215 F.R.D. 130 (2003); Michele Taruffo “*Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*”, 11 Duke J. Comp. & Int’l L. 405 (2001).

² Hay algunas pocas excepciones a la regla. Entre los trabajos más recientes sobre litigio agregado enfocados desde los Estados Unidos de América en comparación con Latinoamérica, vale la pena mencionar los de Antonio Gidi “*Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries*”, 51 Am. J. Comp. L. 311 (2003); y “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004. Ver también Angel R. Oquendo “*Upping the Ante: Collective Litigation in Latin America*”, 47 Colum. J. Transnat’l L. 248 (2009).

en lugar del europeo.³ Los países latinoamericanos merecen especial atención hoy en día cuando se trata de discutir sobre este tema, no sólo por la reciente recuperación económica de la región (lo cual atrajo muchas inversiones y negocios transnacionales),⁴ sino también porque es posible encontrar allí algunos de los más atractivos mecanismos de litigio colectivo actualmente vigentes en el mundo del derecho continental europeo o *civil law*.

El trabajo está dividido en tres partes principales y termina con algunos comentarios finales. En la primera parte presentaré un resumen de algunas de las características más relevantes de las acciones de clase estadounidenses previstas en la RFPC 23 y los mecanismos de litigio colectivo de tipo representativo disponibles actualmente en Argentina y Brasil. Dicho resumen estará estructurado alrededor de tres preguntas básicas: (i) quién puede iniciar una acción judicial invocando la representación colectiva de un grupo de personas que se encuentra en situación similar; (ii) cuáles son los remedios que los actores pueden solicitar a los tribunales cuando actúan en tal carácter; y (iii) cuál es el alcance de la cosa juzgada en este tipo de procesos. Debido a que el marco normativo que regula los procesos colectivos en Argentina y (al menos hasta cierto punto) también en Brasil depende del tema de fondo en discusión, el análisis estará enfocado (y limitado) al campo del

³ Idealmente, el trabajo sigue la línea propuesta por Samuel P. Baumgartner en su trabajo "*Is Transnational Litigation Different?*", 25 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 1297, 1387 (2004) [esto es, partir de "*un objetivo claramente establecido (proveer pautas sobre los valores extranjeros subyacentes a los enfoques procesales) y un tema definido (los enfoques relevantes para el litigio transnacional)*"].

⁴ Para enero de 2011 Brasil ya se había convertido en uno de los socios comerciales más importantes de los Estados Unidos de América (ver <http://www.census.gov/foreigntrade/statistics/highlights/top/top1101yr.html>). En el caso de Argentina, inmediatamente después de la devastadora crisis económica de 2001 que movilizó a la gente a reclamar la renuncia del Presidente el PBI del país era de 216.8 billiones de pesos. En la actualidad esa suma llega a un total aproximado de 442.2 billiones de pesos (información oficial acerca de la economía argentina puede consultarse en <http://www.indec.mecon.ar>).

derecho de usuarios y consumidores.

Antes de avanzar hay algunos aspectos de los sistemas argentino y brasileño que vale la pena tener en cuenta desde el principio. En el caso de Argentina, el primero de ellos es la jerarquía constitucional de la legitimación procesal para iniciar acciones colectivas. En este sentido, el art 43, 2do párr. de la Constitución Nacional Argentina (en adelante CNA) confiere a cierto tipo de ONGs, al Defensor del Pueblo y al individuo “afectado” el derecho de accionar en defensa de “derechos de incidencia colectiva”. El segundo es la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (en adelante “LDC”), operada en el año 2008 por su similar N° 26.361.⁵ Si bien la LDC puede ser considerada en principio como una ley de tipo sustancial o de fondo, la mencionada reforma incorporó a su texto numerosas disposiciones que regulan diferentes institutos del proceso colectivo (mejorando así las escasas previsiones que la versión original contenía en esta materia).⁶ El último aspecto relevante del derecho argentino en este campo es la sentencia dictada, por ajustada mayoría, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) en el caso “Halabi”.⁷ Allí, la mayoría del tribunal sostuvo que en Argentina es “*perfectamente aceptable*” iniciar una acción colectiva “*con análogos características y efectos a la existente en el Derecho norteamericano*”.⁸ En líneas generales esta decisión recibió comentarios favorables de parte de la mayoría de la doctrina argentina,⁹ aunque puede ser criticada desde

⁵ B.O. del 7 de abril de 2008.

⁶ Las nuevas disposiciones regular aspectos de la legitimación para demandar, el alcance de la cosa juzgada, la liquidación y ejecución de sentencias, los costos de litigio, la carga de la prueba y los acuerdos transaccionales (Ley N° 26.316, arts. 24, 26, 27 y 28).

⁷ CSJN en “Halabi Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional”, sentencia del 24/02/2009, Fallos 332:111. Todos los casos de la CSJN están disponibles en www.csjn.gov.ar.

⁸ Considerando 19° de la opinión de la mayoría.

⁹ Entre otros, ver Gregorio Badeni “El dinamismo tecnológico impone la creatividad judicial para la defensa de los derechos humanos” L.L. 2009-B-255; Roberto J.

distintos puntos de vista.¹⁰

Con respecto a Brasil, el marco legal en este campo es bastante diferente. En primer término cabe mencionar la existencia de un Código de Defensa del Consumidor sancionado en el año 1990 (en adelante “CDC”).¹¹ En lo que interesa a los fines de este trabajo, este Código regula tres categorías de derechos sustantivos colectivos de consumidores y usuarios (difusos, colectivos e “individuales homogéneos”).¹² Asimismo, prevé una serie de actores sociales (excluyendo a las personas individuales) a quienes confiere legitimación procesal para actuar en nombre de los consumidores cuando tales derechos se encuentran vulnerados, a saber: el Ministerio Público, el Estado (federal, local, municipal), las entidades

Boico “*La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del art. 43 de la C.N.*”, L.L. 2009-B-208; Mariana Catalano y Lorena González Rodríguez “*Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema*”, L.L. 2009-B-598; Juan C. Cassagne “*Derechos de incidencia colectiva. Los efectos ‘erga omnes’ de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva*”, L.L. 2009-B-646; Fernando De la Rúa y Bernardo Saravia Frías “*Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal*”, L.L. 06/05/2009; Fernando R. García Pullés “*Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?*”, L.L. 2009-B-186; Claudio D. Gómez y Marcelo J. Salomón “*La Constitución Nacional y las acciones colectivas: Reflexiones en torno al caso ‘Halabi’*”, L.L. Sup. Const. 2009 (mayo), 41; María A. Gelli “*La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’*”, L.L. 2009-B-565; Carlos A. Rodríguez “*Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la SCJA*”, D.J. del 25/03/2009; Ramiro Rosales Cuello and Javier D. Guiridlian Larosa “*Nuevas consideraciones sobre el caso ‘Halabi’*”, L.L. 2009-D-424; Daniel A. Sabsay “*El derecho a la intimidad y la ‘acción de clase’*”, L.L. 2009-B-401; Maximiliano Toricelli “*Un importante avance en materia de legitimación activa*”, L.L. 2009-B-202; Néstor P. Sagiúés “*La creación judicial del ‘amparo-acción de clase’ como proceso constitucional*”, SJA 22/4/2009.

¹⁰ Para una crítica de los estándares utilizados por la CSJN a la hora de evaluar si el actor reunía el requisito de ser un representante adecuado, ver Eduardo Oteiza y Francisco Verbic “*La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada*”, RePro N° 185 (2010), Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo.

¹¹ Ley N° 8078 (11 de septiembre de 1990).

¹² Art. 81 CDC.

públicas, organismos comprometidos con la defensa de los derechos del consumidor, y ONGs. Este CDC incluye una regulación específica en materia procesal para la defensa de derechos individuales homogéneos, la cual se asemeja en cierta medida a las acciones de clase previstas en el apartado (b)(3) de la RFPC 23 (conocidas como *class actions for damages*).¹³ Finalmente, como veremos, el CDC regula el efecto expansivo de la cosa juzgada de una manera muy peculiar, casi completamente diferente al modo en que lo hace el sistema establecido en la RFPC 23.¹⁴

La segunda parte de este trabajo está dedicada a demostrar que, aun siendo influidos por tradiciones jurídicas distintas, los sistemas procesales implementados en Argentina, Brasil y Estados Unidos para enfrentar conflictos colectivos tienen importantes características en común. Generalizando en pos de la comparación, veremos cómo todos ellos permiten acciones colectivas de tipo representativo en nombre de grupos de personas que se encuentran en similares condiciones, y también cómo todos ellos han encontrado maneras (si bien diferentes) de enfrentar los problemas y riesgos que este tipo de acciones presentan en materia de respeto a la garantía de debido proceso legal.

El objetivo principal de esta parte del trabajo es mostrar que las acciones de clase vigentes en los Estados Unidos, tradicionalmente consideradas como una de las principales características definitorias del “*excepcionalismo procesal estadounidense*”, se encuentran lejos de ser algo “exótico” en el contexto internacional actual (y mucho más aun dentro del continente americano).¹⁵ En pocas palabras: pretendo mostrar

¹³ Arts. 91-100 CDC.

¹⁴ Arts. 103-104 CDC.

¹⁵ Ver Scott Dodson “*Comparative Convergence in Pleading Standards*”, 158 U. Pa. L. Rev. 441, 446 (2010) (enumerando a las acciones de clase como una de las características del “*excepcionalismo procesal estadounidense*” junto con “*flexibles estándares para el planteo de las pretensiones, un flexible (y costoso) procedimiento*”).

que si bien es posible encontrar diferencias entre las acciones de clase estadounidenses y los mecanismos procesales colectivos establecidos en Argentina y Brasil, en la actualidad esas diferencias no son tan relevantes como generalmente se piensa de antemano.¹⁶

En la tercera parte presentaré un caso hipotético y discutiré en función del mismo hasta qué punto es viable que sentencias dictadas en el contexto de la RFPC 23 en materia de consumidores y usuarios puedan ser ejecutadas en Argentina y Brasil. A tal fin revisaré el alcance de las tres defensas más importantes que pueden oponerse ante quien busque reconocer la validez de una sentencia extranjera en ambos países: (i) consideraciones de política pública (orden público); (ii) cuestiones de debido proceso; y (iii) competencia del tribunal de justicia actuante en el país donde la sentencia fue dictada. Una vez realizado este análisis, argumentaré que el reconocimiento y ejecución de una sentencia colectiva estadounidense en materia de derecho del consumo, dictada contra una empresa o corporación privada, muy probablemente sea viable tanto en Argentina como en Brasil debido a las macro semejanzas existentes entre los sistemas procesales colectivos de tipo representativo allí establecidos y el regulado por la RFPC 23.

de discovery ... un juez con gran discreción para ejercer su función, la presencia del jurado en causas civiles, el otorgamiento de indemnizaciones por daños sin restricciones y la 'regla americana' en materia de distribución de costos del litigio"). Curiosamente, Chase no menciona las acciones de clase como una de las características constitutivas de lo que denomina "un excepcionalismo procesal estadounidense culturalmente constituido". Ver Oscar G. Chase "American 'Exceptionalism' and Comparative Procedure", 50 Am. J. Comp. L. 277, 287 (2002) (allí discute que el excepcionalismo estadounidense está determinado principalmente por cuatro características: "Ellas son: (i) el empleo del jurado; (ii) la existencia de una investigación previa al juicio controlada por las partes; (iii) el rol relativamente pasivo del juez durante el juicio o las audiencias; y (iv) el método para obtener y utilizar opiniones de expertos en cuestiones técnicas").

¹⁶ En esta línea ver Richard A. Nagareda "Aggregate Litigation Across The Atlantic and the Future of American Exceptionalism", 62 Vand. L. Rev. 1 (2009).

Elegí estudiar el tema desde esta perspectiva debido al hecho que, sin perjuicio de la existencia de procedimientos de litigio agregado establecidos en diferentes países del mundo,¹⁷ el sistema federal estadounidense ofrece ciertos incentivos a los litigantes extranjeros para iniciar allí sus casos internacionales colectivos. Entre ellos cabe mencionar la actitud de los tribunales de justicia estadounidenses en materia de jurisdicción y competencia en casos internacionales y la existencia de algunos mecanismos excepcionales y herramientas procesales que puede ser difícil (cuando no imposible) encontrar en otra parte.¹⁸

Terminaré el trabajo con algunos comentarios y observaciones finales. Por un lado, presentaré lo que configura a mi juicio otro punto de confluencia entre los sistemas bajo estudio: los objetivos de política pública que involucran este tipo de mecanismos procesales. Por el otro, sugeriré que en el escenario económico internacional de comienzos del siglo XXI, caracterizado por el comercio transfronterizo, las ventas por Internet y la presencia de corporaciones multinacionales cada vez más fuertes, llegó el momento de comenzar a pensar en cómo diagramar posibles mecanismos para coordinar procesos colectivos transnacionales en materia de consumidores y usuarios.

II. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS PROCESOS COLECTIVOS DE TIPO REPRESENTATIVO VIGENTES EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, ARGENTINA Y BRASIL

¹⁷ Para referencias sobre recientes desarrollos en los países europeos ver Richard A. Nagareda “*Aggregate Litigation Across The Atlantic and the Future of American Exceptionalism*”, 62 Vand. L. Rev. 1, 21-26 (2009).

¹⁸ Los más relevantes, más allá del propio sistema de acciones de clase, son: un extenso procedimiento de *discovery* previo al juicio, el empleo de jurados en determinadas causas civiles, la posibilidad de obtener condenas por daños punitivos, y la “regla americana” en lo que respecta a la distribución y asignación de los costos del proceso.

1. PANORAMA GENERAL

a. LAS ACCIONES DE CLASE ESTADOUNIDENSES

Estados Unidos de América es un país federal, cuyo Estado central coexiste con 50 Estados locales y un distrito federal. Cada Estado local retuvo el poder de dictar sus propias leyes de procedimiento civil, y casi todos ellos han sancionado mecanismos de acción de clase para tratar conflictos que involucran grandes números de personas.¹⁹ En este trabajo me concentraré únicamente en el régimen federal establecido en la RFPC 23.

Aunque los orígenes de este tipo de procesos en los Estados Unidos de América se remonta a la tradicional jurisprudencia inglesa de equidad,²⁰ su perfil actual no es tan antiguo. Hay dos hechos históricos que deben ser mencionados por haber influido fuertemente en la actual estructura formal de la norma. El primero ocurrió en 1938, cuando las acciones de clase fueron incorporadas a la RFPC 23 durante el proceso de fusión entre las jurisdicciones de derecho (*at law*) y de equidad

¹⁹ Ver Nicholas M. Pace “*Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature*”, FN2, disponible en http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/USA__National_Report.pdf (explicando que “*Sólo Mississippi carece de un proceso de acciones de clase. Virginia permite acciones de clase fundadas en el common law pero no tiene un estatuto específico sobre el tema; Iowa y Dakota del Norte siguen la Regla de Acciones de Clase Uniforme; Nebraska y Wisconsin siguen el Field Code en materia de litigio grupal (California también ha adoptado el equivalente a la RFPC 23); Missouri y Carolina del Norte siguen sus propias versiones del texto original de la RFPC 23 (este también es el caso de Georgia y Virginia Oeste, pero en los últimos años los dos Estados han adoptado una nueva versión); y el resto han incorporado, aunque sea de manera modificada, los aspectos principales de la versión actual de la RFPC 23 que permite las acciones de clase con derecho de opt-out*”).

²⁰ Stephen C. Yeazell “*From medieval group litigation to the modern class action*”, Yale University Press, New Haven and London, 1987, pp. 38 -71.

(*at equity*). A pesar de que la RFPC 23 fue considerada por entonces como un gran avance en comparación con el modo en que las acciones de clase estaban reguladas e la jurisdicción de equidad,²¹ no por ello logró escapar a las críticas. La más fuerte de éstas se fundaba en la falta de regulación respecto de cómo y en qué medida la sentencia a dictarse habría de producir cosa juzgada sobre los miembros ausentes de la clase. En este escenario la reforma de la RFPC 23 fue considerada como algo necesario, y es así como llegamos al segundo (y más importante) hecho histórico en este campo: las enmiendas y modificaciones del año 1966 que definieron la estructura actual de la RFPC 23.²²

Hoy en día podemos ver cómo esta norma configura un subsistema dentro del sistema general establecido en las Reglas Federales de Procedimiento Civil, y que se encuentra incluida allí junto con otros mecanismos para administrar procesos con partes múltiples.²³ Si bien la RFPC 23 mantiene la arquitectura básica definida por la reforma de 1966, con posterioridad a ello sufrió algunos cambios importantes en lo que respecta al régimen de notificaciones, apelación y alcance del control sobre los abogados de la clase. Sumado a esto, la *Class Action Fairness Act* del 2005 dispuso la intervención de la justicia federal en aquellas grandes acciones de clase que involucran conflictos interestatales y la aplicación de normativa local. Esta competencia federal se estableció en función de requisitos mínimos que –por lo general– siempre se cumplen en el contexto de dicho tipo de acciones.²⁴ Finalmente, la *Public Securities Litigation Reform Act* (en adelante “PSLRA”)

²¹ Primero en la *Equity Rule* 48 (1833) y luego en la *Equity Rule* 38 (1912).

²² Ver Samuel Issacharoff “*Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions*”, 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 391 (1999) (sosteniendo que la reforma de 1966 “creó por primera vez una estructura formal que permite a los tribunales determinar cuándo el tratamiento agregado del conflicto es apropiado”).

²³ Sección IV “*Partes*”, RFPC 17 a 25.

²⁴ Jack H. Friedental, Arthur R. Miller, John E. Sexton y Helen Hershkoff “*Civil Procedure*”, 9th Ed., Thomson-West, St. Paul, Minn, 2008, p. 387.

también introdujo numerosas modificaciones al régimen establecido en la RFPC 23. Modificaciones que sólo aplican para casos que involucran temas de este campo específico de derecho sustancial.

La estructura general del RFPC 23 es bien conocida y no la repetiré aquí. Lo que sí cabe recordar antes de seguir adelante es que las acciones de clase no constituyen el único mecanismo de litigio agregado disponible en los Estados Unidos de América (aunque sí es el más importante).²⁵

b. LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL PARA INICIAR ACCIONES COLECTIVAS EN ARGENTINA, LA LDC Y LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS ACCIONES DE CLASE ESTADOUNIDENSES

La República Argentina es un país federal cuyo Estado central coexiste con 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la cual tiene un status particular reconocido por la CSJN. De modo similar a lo que sucede en los Estados Unidos de América, los poderes del gobierno federal son sólo aquellos que han sido delegados por los Estados locales. El sistema político supone que todo poder no expresamente delegado queda en manos de estos últimos.²⁶ En lo que más

²⁵ Ver Richard A. Nagareda “*The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*”, Foundation Press, 2009, pp. 25-41. También ver Edward F. Sherman “*Transnational Perspectives Regarding the Federal Rules of Civil Procedure*”, 56 J. Legal Educ. 510, 519 (2006) (explicando que “*Otros países tienen procedimientos similares, pero los mecanismos estadounidenses permiten una mayor flexibilidad para apartarse del modelo tradicional de una sola parte en cada lado de la relación procesal. Los mecanismos agregados estadounidenses permiten la consolidación de casos en situaciones no siempre permitidas en otros países y también contempla acciones de clase que exceden holgadamente las limitadas formas de litigio de grupo o representativo vigentes en otros países*”). Según veremos, hoy en día esta última afirmación respecto de las acciones de clase no es completamente acertada.

²⁶ Ver la explicación de Alberto Molinario en John F. Molloy “*Miami Conference Summary of Presentations*”, 20 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 47, 49 (2003) (planteando que en Argentina “*Los padres fundadores de nuestro país se inspiraron en la*

interesa para el análisis que sigue, debemos tener en cuenta que el artículo 5 de la CNA establece como condición para el reconocimiento de la autonomía de las provincias argentinas la obligación de organizar su propio sistema de administración de justicia. Este sistema, por supuesto, incluye las pertinentes regulaciones procesales y el consiguiente poder para sancionarlas.

En lo que respecta al litigio colectivo, no es posible encontrar en el orden federal argentino un mecanismo procesal comprensivo para enfrentar conflictos que involucran grandes grupos de personas. Lo mismo sucede a nivel local.²⁷ La falta de un mecanismo procesal adecuado a nivel federal es particularmente problemática debido a dos hechos derivados de la reforma constitucional de 1994: (i) el reconocimiento constitucional de la legitimación para promover acciones en defensa de derechos colectivos; y (ii) el reconocimiento constitucional de ciertos derechos subjetivos colectivos

Constitución de los Estados Unidos de América. Por ello nuestro sistema evolucionó de la misma manera que el sistema estadounidense, ya que los Estados, que nosotros llamamos "Provincias", existieron antes del gobierno federal. Estas Provincias se reunieron en un Congreso y adoptaron una Constitución. En contraste con Argentina, la estructura gubernamental de Brasil, a pesar de que también es republicana, evolucionó de otra manera. Brasil empezó como una monarquía, un imperio, y recién luego se convirtió en una república federal".

²⁷ Hay diversas leyes locales que regulan mecanismos procesales colectivos en las Provincias argentinas. Sin embargo, ninguna de ellas provee un sistema coherente y comprensivo para enfrentar conflictos masivos. La modificación reciente al procedimiento de amparo en la provincia de Buenos Aires puede tomarse como ejemplo de ello (Ley N° 14.912, que introduce modificaciones a la Ley N° 13.928). Aun cuando todavía carece de una estructura sistémica, la versión actual estatutote dicha norma puede considerarse como un avance sobre la versión anterior porque - entre otras modificaciones- contempla el requisito de la representatividad adecuada por primera vez en la Provincia (art. 7). He criticado la versión anterior en otro lugar por su falta de consistencia y particularmente por la ausencia de disposiciones concernientes a dicho requisito fundamental de los procesos colectivos de tipo representativo (ver Francisco Verbic *"El proceso colectivo en la nueva ley de amparo de la Provincia de Buenos Aires. Falta de visión sistémica y un oportuno veto parcial del Poder Ejecutivo"*, L.L. Buenos Aires 2009, 235).

denominados “derechos de incidencia colectiva”.²⁸

Desde el año 1994, el art. 43, segundo párrafo de la CNA reconoce explícitamente que diversos actores sociales (el “afectado” y cierto tipo de ONGs) y una institución gubernamental (el Defensor del Pueblo) tienen el derecho de promover amparo colectivo en representación de grupos 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*”.²⁹ El artículo 86 de la CNA, a su turno, es aun más explícito acerca del Defensor del Pueblo: establece lacónicamente que dicha figura “*tiene legitimación procesal*”.³⁰ En lo que hace al reconocimiento de derechos colectivos en el texto constitucional, cabe destacar que el art. 42 de la CNA (también incorporado en la reforma de 1994) reconoce el derecho de usuarios y consumidores a un trato

²⁸ Para una explicación del problema, ver Eduardo D. Oteiza “*La constitucionalización de los derechos colectivos y la ausencia de un proceso que los ‘ampare’*”, en Eduardo Oteiza (coordinador) “*Procesos Colectivos*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006. Para una reseña de algunos de los precedentes más importantes en materia de tutela procesal colectiva en Argentina y una discusión más profunda acerca de los problemas ocasionados por la ausencia de medios procesales adecuados, particularmente después de la reforma constitucional de 1994, ver Leandro J. Giannini “*La Tutela Colectiva de Derechos Individuales Homogéneos*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007; José M. Salgado “*La corte y la construcción del caso colectivo*”, L.L. 2007-D, 787; Leandro Ardoy “*La defensa de los intereses colectivos. Su evolución jurisprudencial*”, D.J. 2007-I, 1; Francisco Verbic “*Procesos Colectivos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

²⁹ Art. 43, 2 párr. CNA: “*Podrán interponer esta acción 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, 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*”.

³⁰ Art. 86, 2 párr. CNA: “*El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez*”.

equitativo y digno, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, al acceso a una información adecuada y veraz, y a la libertad de elección, entre otros.³¹

Las únicas regulaciones federales disponibles en la actualidad para tratar en clave colectiva conflictos que involucran grandes grupos de personas en Argentina son la Ley General del Ambiente N° 25.675 y la LDC³². Las dos normas han sido aprobadas por el Congreso de la Nación y pueden ser caracterizadas como leyes “de fondo”. A pesar de tal caracterización, en ambas podemos encontrar ciertas disposiciones procesales aisladas que resultan aplicables, en principio, a casos que involucran conflictos colectivos en esas áreas particulares del derecho (esto es, medio ambiente y consumo). La LDC fue originalmente promulgada en 1993 y fue objeto de reformas menores en lo que respecta a su contenido sustancial hasta el año 2008³³, cuando la ley N° 26.361 introdujo relevantes modificaciones que incluyen disposiciones relativas al litigio colectivo. Llegados a este punto es importante aclarar que, aunque el poder de promulgar regulaciones procesales es reservado y exclusivo de las provincias argentinas, la CSJN ha reconocido el poder del gobierno federal para dictar este tipo de normas cuando ellas

³¹ Art. 42 CNA: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

³² Vale la pena mencionar que, luego de la reforma de 1994, el art.41 de la CNA reconoce el derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano.

³³ Leyes N° 24.568, N° 24.787 y N° 24.999.

sean consideradas absolutamente indispensables a fin de garantizar el respecto de los derechos subjetivos en cuestión.³⁴

La descripción general del estado de situación en Argentina en materia de procesos colectivos se completa con la opinión emitida por la CSJN a comienzos del 2009 en el caso “*Halabi*”.³⁵ Ernesto Halabi era un abogado y usuario del servicio de telefonía móvil e Internet. En tal carácter interpuso una acción de amparo con el objeto de obtener una declaración de inconstitucionalidad de una ley nacional que permitía la observación y revisión de conversaciones telefónicas privadas sin previa orden judicial.³⁶ El caso llegó a la CSJN con la cuestión de fondo ya resuelta. La Cámara de Apelaciones confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la ley atacada y extendió los efectos de la sentencia a todos los usuarios de empresas de telecomunicación que se encontraban en la misma situación que Halabi. Esta última fue la única cuestión que llegó a estudio de la CSJN: el alcance colectivo de la cosa juzgada de la sentencia.

A la hora de resolver el caso, como mencioné en la

³⁴ CSJN en “*Correa c/Barros*”, sentencia del año 1923, *Fallos* 138:154. Para más información acerca de la distribución del poder para promulgar leyes procesales en el sistema federal argentino, ver el clásico trabajo de Amílcar A. Mercader “*Poderes de la Nación y de las provincias para instituir normas de procedimiento*”, Ed. Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939.

³⁵ Ver nota a pié de página N° 7 más arriba. Si bien su dictado llamó la atención, puede decirse que la sentencia no fue algo inesperado. Sucede que para ese entonces la CSJN ya había emitido algunas opiniones con respecto a diferentes aspectos del litigio colectivo (la mayoría de ellas citadas en casos relacionados con el medio ambiente y los derechos humanos). Además, la línea argumental de la mayoría de la Corte en “*Halabi*” había sido insinuada, al menos en sus aspectos más relevantes, en ciertos votos (incluso disidencias) pronunciados en el marco de dichos casos. Ver en este sentido “*Mendoza I*” (causa M.1569.XL, sentencia del 20/06/06), “*Asociación de Superficiarios de la Patagonia I*” (causa A.1274.XXXIX, sentencia del 29/08/06), “*Defensoria del Pueblo*” (causa D. 859. XXXVI, sentencia del 31/10/06); “*Mujeres por la Vida*” (causa M.970.XXXIX, sentencia del 31/10/06), “*Mendoza II*” (causa M.1569.XL, sentencia del 08/07/08) y “*Asociación de Superficiarios de la Patagonia II*” (causa A.1274.XXXIX, sentencia del 26/08/08).

³⁶ Ley N° 25.873 y Decreto N° 1563/04 (denominada por la prensa como “Ley Espía”).

introducción a este trabajo, la mayoría de los jueces de la CSJN afirmaron que en Argentina es “*perfectamente aceptable*” que los legitimados colectivos deduzcan en los términos del art. 43 CNA “*una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano*” (consid. 19). Asimismo señalaron que, aun en ausencia de legislación, el art. 43 de la CNA es claramente operativo y debe ser hecho efectivo por los tribunales de justicia. En igual orden de ideas, la CSJN anunció en esta sentencia cuáles son los requisitos constitucionales mínimos para obtener una decisión colectiva válida en términos de debido proceso legal.

Luego de subrayar la ausencia de una regulación procesal adecuada en materia de acciones colectivas, la Corte formuló algunas observaciones a modo de guía para los operadores jurídicos y con el objetivo de proteger la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo en futuros procesos de esta naturaleza.³⁷ Así, la CSJN sostuvo que la “admisión formal” de cualquier acción colectiva debe estar sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) tiene que haber una identificación precisa del grupo de personas que está siendo representado en el caso; (ii) el actor debe ser un representante adecuado; (iii) el reclamo tiene que enfocarse en cuestiones de hecho o de derecho comunes y homogéneas a toda la clase; (iv) debe haber un procedimiento apto para proporcionar notificaciones adecuadas a todos aquellos que puedan tener interés en la resolución del caso; (v) dicho procedimiento debe proveer a los miembros de la clase la oportunidad de intervenir en el proceso u optar por no hacerlo; y (vi) debe haber una adecuada publicidad de la acción para evitar dos problemas diferentes pero relacionados: de un lado, la multiplicidad o superposición de procesos colectivos con causas similares; del otro, el riesgo de opiniones diferentes o incompatibles sobre el mismo asunto.

³⁷ Considerando 20° de la opinión de la mayoría.

La LDC ya contaba para entonces (gracias a la reforma del año 2008) con algunas disposiciones que imponían reaseguros procesales de corte similar a los exigidos por la CSJN en “*Halabi*”. La importancia de esta decisión finca en que, por su intermedio, la CSJN acordó jerarquía constitucional a todas las garantías procesales mencionadas hace un momento.³⁸

Para terminar con este apartado vale mencionar un asunto que puede traer complicaciones en el futuro. Me refiero a aquellos casos que involucran reclamos “individualmente recuperables”. La CSJN afirmó en “*Halabi*” que el art. 43 de la CNA es operativo y que es una obligación de los tribunales de justicia hacerlo cumplir, esto es cierto. El problema es que tal postura fue calificada en la misma opinión: la Corte continuó diciendo que el cumplimiento de dicho art. 43 CNA debe tener lugar “*cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular*” y que para que proceda la acción colectiva “*es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia*”.³⁹

De acuerdo con esta postura, los casos que involucran reclamos individualmente recuperables no calificarían para ser litigados colectivamente (porque no hay daño al derecho de acceso a la justicia, ya que el portador tiene interés suficiente para iniciar una acción individual por su cuenta). Sin embargo, a la hora de explicar este principio en la propia sentencia la mayoría del tribunal incorporó una excepción al sostener que, si bien como regla general el actor debe demostrar que el pleito individual no está “completamente justificado”, esta condición

³⁸ Ver Ricardo Lorenzetti “*Justicia colectiva*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pp. 275-276 (sosteniendo que la LDC establece una “*acción colectiva*”, pero de una “*manera muy insuficiente teniendo en cuenta el abundante material comparativo omitido por el legislador*”).

³⁹ Considerando 13° de la opinión de la mayoría.

no aplica en casos donde hubiera predominio de asuntos relacionados con temas como el ambiente, la salud y los consumidores, o bien cuando el grupo afectado pueda ser considerado como un grupo desaventajado (“*grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos*”, en palabras de la Corte).⁴⁰

Todo esto indicaría que la CSJN está preparada para admitir el litigio colectivo en Argentina sólo en casos de potencial vulneración de acceso a la justicia (no en materia de *mass torts*) y en situaciones que involucran grupos desaventajados.

c. BRASIL, SU CONSTITUCIÓN FEDERAL, LA LEY DE ACCIÓN CIVIL PÚBLICA Y EL CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Brasil también es un país federal, integrado por un gobierno central, 26 estados locales y más de cinco mil municipalidades.⁴¹ Sin embargo, en contraposición a lo que ocurre en Argentina y en los Estados Unidos de América, en Brasil existe un sólo Código Procesal Civil promulgado por el gobierno federal que resulta de aplicación en todo el país (en adelante “CPCB”). Como veremos, Brasil es uno de los pocos países tributarios de la tradición jurídica continental-europea o de *civil law* que ha desarrollado un régimen procesal sofisticado para la protección de derechos colectivos. Más aun, ha sido el primero en introducir este tipo de regulaciones procesales en América Latina.⁴²

En la actualidad los procesos colectivos de tipo

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Art. 1 de la Constitución de la República Federativa de Brasil del año 1988.

⁴² Ada Pellegrini Grinover “*Acoes coletivas Ibero-Americanas: novas questoes sobre a legitimacao e a coisa julgada*”, Relato General para el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en la Universidad Tor Vergata, Roma, Mayo 2002.

representativo se rigen allí por sus propias reglas y existe un fuerte movimiento hacia su codificación.⁴³ El régimen puede ser considerado como un subsistema dentro del más comprensivo sistema procesal civil, y ha recibido de parte de algunos el nombre de “proceso civil colectivo”.⁴⁴ Es más, de acuerdo con ciertos autores esta disciplina incluso ha desarrollado sus propios principios de interpretación.⁴⁵

De acuerdo con Gidi, es posible encontrar los orígenes del sistema brasileño en los estudios de académicos italianos durante la década de 1970.⁴⁶ La primera ley que trató este tipo de procedimientos en el área de protección de consumidores y usuarios en Brasil fue la Ley de Acción Civil Pública, promulgada en 1985 (en adelante “LACP”).⁴⁷ Desde entonces,

⁴³ Para una revisión de dos proyectos en esta línea ver Gregório Assagra de Almeida “*Codificacao do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, pp. 100-125.

⁴⁴ Ver Carolina Gallotti “*Fase Inicial do Cumprimento de Sentença – Lei N. 11.232, de 22.12.2005*”, en Patricia Borba Marchetto “*Direito Processual Civil*”, Ed. Juarez de Oliveira, Sao Paulo, 2009, pp. 76-77. También ver Gregório Assagra de Almeida “*Codificacao do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 48 (sosteniendo que el CDC y la LACP forman un subsistema que el denomina “común”; mientras que las reglas relativas al control de constitucionalidad difuso y concentrado conforman otro microsistema que el autor denomina “especial”).

⁴⁵ Ver Gregório Assagra de Almeida “*Codificacao do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, pp. 64-68. Ver también Ada Pellegrini Grinover “*Derecho Procesal Colectivo*”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2006-2, pp. 387 y ss.

⁴⁶ Antonio Gidi “*Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries*”, 51 Am. J. Comp. L. 311, 324. Ver también el trabajo de Michele Taruffo “*I Limiti Soggettivi del Giudicato e le Class Actions*”, 24 Rivista di Diritto Processuale 618 (1969) (considerado como el primer trabajo sobre acciones de clase publicado por un académico de tradición continental europea según Fabio Coco “*Class actions in Italy. Where the rubber meets the road*”, Octubre 2006, nota a pie de página N° 47, disponible en <http://www.luiss.it/siti/media/1/20061106-class-actions-coco.pdf>).

⁴⁷ Lei da Ação Civil Pública, Lei N° 7347, de 24 de julho de 1985. Con anterioridad al dictado de esta ley Brasil había ya incorporado a su régimen legal la acción popular (*actio popularis*), que permite a cualquier ciudadano iniciar una demanda con el fin de anular ciertos actos administrativos (Constitución de 1934, actualmente art. 5.LXXIII de la Constitución de 1988; Lei da Ação Popular, Lei n. 4,717, de 29 de junho de 1965).

los desarrollos más relevantes en la materia llegaron de la mano de la nueva Constitución Federal de 1988 y el conjunto de derechos subjetivos y procesales colectivos incluidos en su texto;⁴⁸ y posteriormente con el CDC sancionado en el año 1990.⁴⁹

La piedra angular del sistema procesal colectivo brasileño puede encontrarse en el art. 81 del CDC, el cual establece que la protección judicial de los derechos del consumidor puede solicitarse tanto de manera individual como colectiva. La característica distintiva entre ambas opciones es que el reclamo colectivo sólo resulta viable cuando el demandando hubiera violado al menos una de las tres categorías de los derechos subjetivos colectivos descriptos en este mismo artículo.⁵⁰

La primera categoría allí tipificada es la de “derechos difusos”, la cual comprende derechos transindividuales e indivisibles pertenecientes a grupos de individuos indeterminados relacionados entre sí por circunstancias de

⁴⁸ Entre otros: art. 5.XXI, el cual reconoce la legitimación para demandar de las asociaciones; art. 5.XXXII, el cual establece que el gobierno sancionará regulaciones para proteger a los consumidores; art. 5.XXXIII, reconoce el derecho de acceso a la información de forma individual o colectiva; art. 5.LXIX, implementa el *mandado de segurança* como un proceso expeditivo para proteger derechos líquidos y no controvertidos que no puedan ser tutelados por medio de *habeas corpus* o *habeas data* (el art. 5.LXX, a su turno, establece que el *mandado de segurança* colectivo puede ser iniciado por partidos políticos, sindicatos y asociaciones cuando haya pasado al menos un año desde su creación); el ya mencionado art. 5.LXXIII, que prevé la *actio popularis*; y el art. 129.III, que reconoce entre otras competencias del Ministerio Público la de promover la acción civil pública.

⁴⁹ Lei N° 8078, de 11 de Setembro de 1990.

⁵⁰ Ver Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz y Joao Lopes Guimaraes Júnior “*A Necessária Elaboração de Uma Nova Doutrina de Ministério Público, Compatível com seu Atual Perfil Constitucional*”, en Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz “*Ministério Público. Instituição e Processo*”, Ed. Atlas, Sao Paulo, 1977, p. 26 (explicando que –ya para ese entonces- en Brasil “*los principales medio masivos de comunicación, producción y consumo operaban a escala masiva*”, llevando a la aparición de distintos grupos con específicos intereses propios).

hecho.⁵¹ La segunda categoría se denomina “derechos colectivos”. Ésta también comprende derechos transindividuales e indivisibles, pero se diferencia de los difusos en que los derechos colectivos pertenecen a un grupo, categoría o clase de personas relacionadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base.⁵² Finalmente, el CDC reconoce un tercer tipo de derechos colectivos llamados “individuales homogéneos” y descriptos simplemente como aquellos que “*resultan de un origen en común*”.⁵³ Esta última categoría incluye derechos individuales y divisibles, colectivizados únicamente con la finalidad de ser litigados concentradamente en un sólo proceso. Por tal motivo los académicos brasileños consideran a los derechos incluidos en esta categoría como “*accidentalmente colectivos*”, mientras que los mencionados anteriormente serían derechos “*esencialmente colectivos*”.⁵⁴

Mientras la diferencia entre las dos primeras categorías no es realmente determinante (al menos para fines prácticos en materia procesal),⁵⁵ es importante distinguir ambas de la tercera porque el CDC contiene ciertas previsiones específicas que aplican sólo cuando lo que se encuentra en disputa son derechos individuales homogéneos.⁵⁶ La divisibilidad de los intereses protegidos ha sido siempre la característica básica para realizar esa relevante distinción. La posibilidad de individualizar los miembros del grupo, en cambio, sólo importa

⁵¹ Art. 81, parr. Único, I, CDC.

⁵² Art. 81, parr. Único, II, CDC.

⁵³ Art. 81, parr. Único, III, CDC.

⁵⁴ Esta distinción entre derechos colectivos “*esenciales*” y “*accidentales*” fue tomada de José C. Barbosa Moreira “*Tutela jurisdiccional dos interesses coletivos ou difusos*”, en “*Temas de direito processual (Terceira Série)*”, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 196.

⁵⁵ El Código Modelo de Procesos Colectivos desarrollado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha fusionado ambas categorías bajo la denominación de *derechos difusos* (art. 1 CM).

⁵⁶ Arts. 91-100 CDC.

para distinguir entre los dos tipos de derechos “*esencialmente colectivos*” (esto es, difusos y colectivos).⁵⁷

Más allá de las disposiciones concernientes a la legitimación para accionar, los remedios disponibles y el alcance de la cosa juzgada de la sentencia que analizaré en este trabajo, las normas generales del CDC regulan otros aspectos del proceso colectivo tales como sus costos, honorarios profesionales,⁵⁸ sanciones en caso de litigio de mala fe⁵⁹ y litispendencia.⁶⁰

Vale destacar que el CDC contiene un artículo específico por medio del cual las reglas contenidas en el CPCB y la LACP resultan aplicables en estos procesos siempre que no sean incompatibles con el contenido del CDC.⁶¹ Para terminar, es importante destacar que el CDC introdujo también una modificación en la LACP en virtud de la cual las normas del CDC se aplican a los procedimientos establecidos por dicha Ley.⁶² Tomando en consideración estas particulares remisiones entre subsistemas procesales, puede decirse que estamos ante un sistema colectivo complejo en el cual todas las disposiciones procesales del CDC son aplicables a cualquier

⁵⁷ Ver Luiz Paulo da Silva Araújo Filho “*Sobre a distinção entre interesses coletivos e interesses individuais homogêneos*”, en Luiz Fux, Nelson Nery Jr. y Teresa Arruda Alvim Wambier “*Processo em Constituição*”, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, pp. 78-79, 82.

⁵⁸ Art. 87 CDC.

⁵⁹ Art. 87, par. Único CDC.

⁶⁰ El art. 104 CDC establece que aquellas acciones colectivas previstas en los parágrafos I y II y en el Único del art.81 no generan litispendencia sobre acciones individuales. Sin embargo, la posibilidad de beneficiarse de la cosa juzgada obtenida con motivo de un fallo favorable en la acción colectiva está sujeta a una condición para los miembros del grupo: ellos deben solicitar la suspensión del proceso individual dentro de los 30 días de notificados de la existencia de la acción colectiva.

⁶¹ Art. 90 CDC.

⁶² Art. 117 CDC, el cual incorporó un nuevo art. 21 en la LAPC. Ver Gregório Assagra de Almeida “*Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, pp. 79-80 (allí sostiene que esta reforma fue “*el tercer gran momento histórico*” en el campo del derecho procesal colectivo en Brasil).

tipo de procedimiento iniciado dentro del marco del art. 1 de la LACP (daños causados al ambiente, a los consumidores, al paisaje urbano, artístico, estético, histórico, turístico y al incumplimiento del orden económico), y viceversa (esto es, las disposiciones de la LACP se aplican a todos los procedimientos promovidos bajo las reglas del CDC).⁶³

2. ¿QUIÉN SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA PROMOVER UNA ACCIÓN COLECTIVA DE TIPO REPRESENTATIVO?

a. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA: LA RFPC 23

La RFPC 23 no contiene disposiciones especiales acerca de la legitimación para accionar. Cualquier miembro del grupo afectado puede entablar una acción de clase en los Estados Unidos de América en la medida que acredite ser un representante adecuado y que sus pretensiones sean típicas en relación a las pretensiones de los restantes miembros de la clase.⁶⁴ De hecho, ha sido reconocido por especialistas en la materia que las acciones de clase por sí mismas no operan como un mecanismo para ampliar o modificar la legitimación del representante.⁶⁵

⁶³ Ver Antonio Gidi “*Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries*”, 51 Am. J. Comp. L. 311, 328 (2003) (explicando que, aun cuando las reglas se encuentran establecidas en el CDC, “*el proceso de clase incorporado en esta parte de la legislación es de carácter ‘transubstantivo’ y por ello resulta aplicable a cualquier tipo de derecho colectivo susceptible de ser litigado mediante un procedimiento de clase*”). Ver también Gregório Assagra de Almeida “*Codificacao do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 67 (sosteniendo que el CDC y la LACP introducen reglas generales que se aplican a cualquier tipo de procedimiento representativo en territorio brasileño).

⁶⁴ Samuel Issacharoff y Geoffrey P. Miller “*Will Aggregate Litigation Come to Europe?*” 62 Vand. L. Rev. 179, 192 (2009).

⁶⁵ Linda Mullenix “*New Trends in Standing and Res Judicata in Collective Suits*”, Relato General en el XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Salvador

La única excepción a esta regla puede encontrarse en el campo de las acciones de clase en materia accionaria y de valores, donde la PSLRA (promulgada en 1995) estableció una presunción a favor de los actores con grandes inversiones en acciones del demandado.⁶⁶ Fuera de este particular campo del derecho, el representante debe mostrar (como cualquiera que quiera provocar la intervención del Poder Judicial en un caso determinado) que ha sufrido una “afectación de hecho” (*injury of fact*) y que tiene un “interés personal” (*personal stake*) en la resolución del caso que lo diferencia del público en general.⁶⁷ Este es el punto de vista dominante en la materia: el requisito de ser miembro de la clase es asimilado al requisito de la legitimación para accionar colectivamente, siempre que se demuestren los recaudos tradicionalmente exigidos al efecto.⁶⁸

Estos principios permanecen inalterados incluso en el

Bahía, Brasil, 2009, pp. 21-22.

⁶⁶ Ver Andrew S. Gold “*Experimenting with the Lead Plaintiff Selection Process in Securities Class Actions: A Suggestion for PSLRA Reform*”, 57 DePaul L. Rev. 447, 449-450 (2008) (explicando que “Antes de la PSLRA los tribunales típicamente elegían a los representantes de las acciones de clase por orden de llegada. El primero en interponer la demanda se convertía en el representante de la clase. Esto resultaba en una carrera hacia los tribunales, en la cual las pretensiones eran algunas veces provocadas por una caída en el valor de las acciones de la demandada, haciendo crecer así el riesgo de procesos sin mérito. También producía una forma de litigio mayormente manejada por los abogados en este contexto. El abogado pensaba el cliente, y no al revés. Los abogados de la clase usualmente tomaban las decisiones más relevantes en el proceso -incluyendo aquellas relativas al contenido de acuerdos transaccionales- con poco monitoreo externo” Ver también Joseph A. Grundfest y Michael A. Perino “*Ten Things We Know and Ten Things We Don’t Know About the Private Securities Litigation Reform Act of 1995*”, testimonio escrito conjunto ante el Subcomité de Valores del Comité de Bancos, Vivienda y Asuntos Urbanos del Senado de los Estados Unidos de América, 24 de Julio de 1997, disponible en <http://securities.stanford.edu/research/articles/19970723sen1.html> (evaluando diversos puntos críticos de este campo de litigio, y algunos pros y contras derivados de la ley luego de su aprobación en el Congreso).

⁶⁷ Richard Marcus, Martin H. Redish and Edward F. Sherman “*Civil Procedure. A Modern Approach*”, 4th Ed., Thomson-West, St. Paul, Minnesota, 2005, pp. 93-94.

⁶⁸ Jack H. Friedental, Arthur R. Miller, John E. Sexton and Helen Hershkoff “*Civil Procedure*”, 9th Ed., Thomson-West, St. Paul, Minn, 2008, p. 390.

campo de la legitimación organizacional (*organizational standing*). En este sentido vale destacar que la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió hace poco un caso promovido por una organización ambiental contra el Servicio de Bosques de los Estados Unidos de América (“*Summers*”). En este caso la pretensión actora se fundaba en alegadas violaciones al procedimiento administrativo que debía preceder la venta de tierras federales dañadas por incendios (el proyecto *Burnt Ridge*). La Corte rechazó la legitimación del Instituto *Earth Island* aplicando los principios generales mencionados hace un momento.⁶⁹

b. LA LDC EN ARGENTINA Y ALGO MÁS ACERCA DE “HALABI”

Hasta cierto punto la versión actual de la LDC puede ser considerada como una regulación razonable, dentro del campo del derecho del consumo, de la legitimación colectiva para

⁶⁹ “*Summers v. Earth Island Institute*”, 129 S.Ct. 1142, 1149 (U.S. 2009), donde la mayoría de la Corte sostuvo que “un actor debe demostrar que se encuentra bajo amenaza de sufrir un daño concreto y particularizado; la amenaza debe ser actual e inminente, no conjetural ni hipotética; debe estar razonablemente relacionada con la conducta del demandado; y debe ser probable que la eventual decisión judicial favorable a tomar pueda prevenir o compensar el daño”. Ver también “*Friends of the Earth, Inc. v. Laidlaw Environmental Services (TOC), Inc.*” 528 U.S. 167, 169 (U.S. 2000) (sosteniendo que “Una asociación tiene legitimación para interponer una demanda en representación de sus miembros cuando éstos tuvieran legitimación para accionar por derecho propio, los intereses en juego estén relacionados con el objeto social de la organización, y tanto las pretensiones como el remedio a obtener no exijan la participación individual de los miembros del grupo”). Para mayores referencias, ver Bradford Mank “*Summers v. Earth Island Institute Rejects Probabilistic Standing, but a ‘Realistic Threat’ of Harm Is a Better Standing Test*”, 40 *Envtl. L.* 89, 137 (2010); y Brad Seligman “*Using Law for Change: Litigation to Challenge Systemic Violations*”, 44 *Clearinghouse Rev.* 483, 486-487 (2011) (explicando que “ni los individuos ni las organizaciones tienen legitimación si todo lo que alegan es un interés general en el cumplimiento de la ley o en el ambiente. En lugar de ello, para que una organización tenga legitimación debe demostrar que ella o sus miembros han sufrido o puedan sufrir un daño concreto como derivación de la conducta impugnada).

accionar ya reconocida por los arts. 43 y 86 de la CNA. En este sentido el art. 52 de la LDC establece que la *“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”*.⁷⁰

En otro orden, este artículo autoriza a las asociaciones e individuos para intervenir en el procedimiento como terceros, sujeto a la autorización del tribunal que entienda en el caso.⁷¹ Por último, también establece que en caso de desistimiento o abandono de la acción por parte de las referidas asociaciones, la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público.⁷² Revisemos ahora el alcance de estas disposiciones.

En primer lugar encontramos la legitimación colectiva del consumidor o usuario afectado. La actuación judicial de usuarios y consumidores en nombre y representación de un grupo de personas en situación similar ya era permitida en la República Argentina para el momento en que fue expresamente incorporada a la LDC por medio de la Ley N° 26.361. Esta posibilidad había sido reconocida gracias al significado acordado por los tribunales al término *“el afectado”* que está incluido en el art. 43, 2do párrafo de la CNA.⁷³

La reforma de la LDC, sin embargo, genera algunos interrogantes en torno al asunto cuando establece que los individuos pueden ejercer esta legitimación *“por su propio derecho”*. Esta expresión fue incorporada por la Ley N° 26.361

⁷⁰ Art. 52 LDC, 1er párr.

⁷¹ Art. 52 LDC, 2do párr. Para permitir su intervención el juez tiene que evaluar si ellos hubieran tenido legitimación para demandar autónomamente.

⁷² Art. 52 LDC, 4to párr.

⁷³ Ver *“Monner Sans c/ P.E.N.”*, J.Fed.Cont. Adm. N° 1, sentencia del 30/10/97, L.L. 1998-D-219; *“Yousseffian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones”*, CNac.Fed.Cont.Adm, sala IV, sentencia del 23/06/98; *“Monner Sans, Ricardo c/ Fuerza Aérea Argentina”*, SCJA, sentencia del 26/09/06, D.J. 10/25/06, 564 (sólo el voto de la Jueza Argibay, el voto de la mayoría denegó el pedido de certiorari).

y podría ser interpretada como el reconocimiento del derecho de usuarios y consumidores a iniciar acciones con el objetivo de proteger exclusivamente sus intereses personales. En los debates parlamentarios no hay nada que ayude a aclarar en qué estaban pensando los legisladores a la hora de incluir esta redacción. Sin embargo, a nuestro juicio es evidente que esta disposición de la LDC no pueda ser interpretada en el sentido indicado ya que ello equivaldría a negar el derecho constitucional establecido en el art. 43, 2do párrafo de la CNA. Además, una interpretación restrictiva de ese tipo podría generar otro cuestionamiento constitucional con base en la garantía de igualdad ante la ley (art. 16 CNA), ya que privaría a usuarios y consumidores de una legitimación colectiva para demandar que permanece libre de restricciones para personas individuales en otros campos del derecho.

¿Qué sucedió en “*Halabi*”? La legitimación del actor para promover una acción colectiva fue reconocida en el caso por su carácter de usuario del servicio de telefonía e Internet. De acuerdo con la interpretación de la mayoría del tribunal, el reclamo de Halabi estaba dirigido a hacer respetar derechos de incidencia colectiva relativos a intereses individuales homogéneos y –precisamente por esto- no estaba circunscripto a defender sólo su propio derecho a la privacidad y secreto profesional. Debido al tipo de derechos involucrados en la discusión, la mayoría entendió que la pretensión de Halabi era “*representativa de los intereses de todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones como también de todos los abogados*”,⁷⁴ y que por tal motivo la solución debía ser extendida a todo el grupo de afectados.

A pesar de estos argumentos presentados por la mayoría de la CSJN, resulta difícil encontrar motivos convincentes para explicar por qué y cómo esa mayoría pudo conferir cualidad de cosa juzgada colectiva a los efectos de la declaración de

⁷⁴ Considerando 14° de la opinión de la mayoría.

inconstitucionalidad. Digo esto ya que, tal como surge de lo dicho por el propio Ernesto Halabi en un libro publicado luego del dictado de la sentencia, él nunca petitionó una solución colectiva del asunto ni invocó algún tipo de legitimación colectiva a la hora de demandar.⁷⁵

En segundo lugar, junto a la legitimación del usuario o consumidor considerado individualmente encontramos en el sistema argentino la legitimación colectiva para accionar de cierto tipo de asociaciones civiles. Vale mencionar que esta legitimación colectiva ya estaba incluida en el texto original de la LDC, promulgado antes de la reforma constitucional de 1994.

Algunos comentarios resultan útiles para entender cómo operan estos actores en el sistema. Por un lado, hay que tener en cuenta que estas organizaciones privadas deben ser personas jurídicas y necesitan obtener una autorización por parte del gobierno para ser capaces de representar los intereses colectivos de usuarios y consumidores.⁷⁶ Por el otro, es igualmente relevante tener en consideración que en la práctica el art. 52 de la LDC establece un mecanismo de control formal y abstracto sobre estas organizaciones para habilitarlas a participar en procesos judiciales colectivos: el juez sólo se encarga de verificar si el objeto estatutario de la ONG en cuestión coincide con el contenido de la acción que se pretende promover, y si la organización está correctamente registrada de conformidad con la ley vigente (la cual requiere, entre otros requisitos, que la asociación no participe en actividades políticas partidarias, permanezca independiente en cuanto a cualquier tipo de actividad profesional o comercial, y no reciba donaciones ni otro tipo de contribuciones de parte de corporaciones comerciales, industriales o de servicios).⁷⁷

⁷⁵ Ernesto Halabi *“El derecho a la Intimidad y la Ley Espía”*, Ed. Utsupra, Buenos Aires, 2009.

⁷⁶ Arts. 55 y 56 LDC.

⁷⁷ Art. 57 LDC.

La tercera y última disposición de la LDC estrictamente relacionada con el marco constitucional mencionado anteriormente es aquella que reconoce explícitamente la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo de la Nación. Al igual que con relación a la capacidad individual de consumidores y usuarios para iniciar acciones “*por su propio derecho*”, la del Defensor del Pueblo no estaba incluida en la versión original de la LDC y fue por ello agregada por la Ley N° 26.361.

A pesar de la redacción clara de los arts. 43, 2do párrafo y 86, 2do párrafo de la CNA en esta materia, para cuando se llevó a cabo la reforma de la LDC la CSJN había denegado sistemáticamente la legitimación colectiva de la figura en esta área del derecho cuando las acciones tuviesen como fin proteger “*derechos económicos y puramente individuales*” de usuarios y consumidores.⁷⁸ La incorporación del derecho constitucional de acción en el texto de la LDC puede ser entendida como la respuesta del Congreso a esa línea de precedentes. Sin embargo, no está claro aun (a pesar de la claridad del texto actualmente vigente) cuál es el alcance de la nueva autorización legal.

Lo que es particularmente dudoso es el hecho que el Defensor del Pueblo se encuentre autorizado a involucrarse en acciones colectivas que persigan un resarcimiento económico para los miembros del grupo. Como ya he mencionado, en “*Halabi*” la mayoría reconoció que el art. 43, 2do párrafo de la CNA contempla “*derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*” (la influencia del sistema brasileño en este punto es evidente). Lo que más importa aquí

⁷⁸ En otro lugar he analizado los precedentes de la CSJN en este campo, mostrando que para aquel entonces las razones utilizadas a fin de negar la legitimación colectiva del Defensor del Pueblo eran casi absurdas (ver Francisco Verbic “*La (negada) legitimación activa del defensor del pueblo de la nación para accionar en defensa de derechos de incidencia colectiva*”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2007-I).

es que la CSJN no estableció en dicha decisión ninguna diferencia fundada en el contenido patrimonial (o no) de este tipo de derechos. Por el contrario, y como también he mencionado, el tribunal sostuvo que incluso en ausencia de legislación el art. 43 de la CNA es claramente operativo y es obligación de los tribunales hacerlo efectivo cuando se demuestra la vulneración de un derecho fundamental.⁷⁹ La jueza Highton de Nolasco formó parte de esa mayoría, pero a la vez hizo una “salvedad” con respecto a las acciones colectivas iniciadas por el Defensor del Pueblo para proteger derechos económicos y puramente individuales de los miembros del grupo afectado.⁸⁰ El alcance de esta salvedad aun está por definirse.

Una sentencia dictada por la CSJN pocos meses después de “*Halabi*” sólo sirve para aumentar la incertidumbre en este aspecto del tema.⁸¹ En el caso “*Defensor del Pueblo de la Nación*” un usuario de servicios públicos y el Defensor del Pueblo de la Nación se presentaron como actores cuestionando una regulación administrativa que establecía la forma de cobro del consumo de agua corriente a los edificios.⁸² Como resultado del pleito obtuvieron una solución favorable a sus intereses, pero durante el procedimiento de ejecución de sentencia el demandado cuestionó el alcance de la cosa juzgada. En tal sentido, sostuvo que la resolución del caso sólo debía beneficiar a los propietarios de los departamentos mencionados en el escrito de demanda, mientras que el Defensor del Pueblo se opuso a esa postura argumentado que

⁷⁹ Considerando 12° de la opinión de la mayoría.

⁸⁰ Considerando 38° de la opinión de la mayoría.

⁸¹ Un libro sobre procesos colectivos publicado por el Presidente de la CSJN 13 meses después de la sentencia dictada en “*Halabi*” no ayuda a resolver este enigma particular (ver Ricardo Lorenzetti “*Justicia colectiva*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, pp. 276-277).

⁸² CSJN “*Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - P.E.N. - M° de Eco. Obras y Serv. Púb. y otros s/ amparo ley 16.986*”, sentencia del 11/08/09, Fallos 332:1759.

debía beneficiar a todos los usuarios del servicio situados en las mismas condiciones.

Por mayoría, la Corte revocó la opinión de la Cámara de Apelaciones que había limitado los efectos de la sentencia a los departamentos individualizados en la demanda. Adoptando la opinión del Procurador General de la Nación (cabeza de un sector del Ministerio Público de la Nación que interviene en casos en trámite ante la CSJN), esa mayoría sostuvo que *“el reconocimiento implícito de su carácter de legitimado activo supone la existencia de una especial vinculación con la cuestión debatida y que las consecuencias de lo resuelto, pese a que se trata de un sujeto diferente de los afectados, producirá de todos modos efectos jurídicos”*.⁸³ De lo contrario, sostuvieron los jueces, el alcance de la intervención del Defensor del Pueblo en este tipo de procesos *“se vería limitada a acompañar al usuario”* y de esta manera privaría de sentido su participación como guardián de derechos colectivos.⁸⁴ El lector advertirá que el *holding* de este caso tiene lógica y sentido en el marco legal y constitucional descrito más arriba. Sin embargo, la sentencia crea cierta confusión si tenemos en cuenta dos cosas. Por un lado, no contiene una sola mención de *“Halabi”* (sentencia dictada sólo 6 meses antes); por el otro, el voto en disidencia fue suscripto por dos de los jueces que conformaron la mayoría en *“Halabi”* (el magistrado que preside el tribunal, Dr. Lorenzetti, y la jueza Highton de Nolasco, quien formuló la “reserva” respecto de la figura del Defensor del Pueblo en aquella oportunidad).⁸⁵

Más allá de las tres figuras reconocidas expresamente en la CNA para actuar en el campo de los procesos colectivos (el consumidor o usuario “afectado”, las asociaciones y el Defensor del Pueblo), la LDC confiere legitimación colectiva a

⁸³ Par. V de la opinión del Procurador General.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Los votos en disidencia rechazaron el recurso extraordinario con argumentos netamente procedimentales.

otros dos actores gubernamentales: las autoridades nacionales y locales de aplicación de la ley y el Ministerio Público.

La reforma operada por la Ley N° 26.361 no introdujo grandes cambios en la LDC en lo que respecta a las autoridades de aplicación.⁸⁶ Ellas ejercen el control y la supervisión que se estima necesaria para asegurar la correcta aplicación de la ley, y también están a cargo de juzgar incumplimientos de la norma en este campo de acuerdo con ciertas disposiciones y procedimientos administrativos especialmente establecidos al efecto.⁸⁷ Aunque la legitimación de tales órganos administrativos para iniciar una acción colectiva ya había sido reconocida por la LDC en su versión original, su participación en procesos judiciales en representación de grupos de usuarios y consumidores es casi inexistente.⁸⁸

En lo que respecta al Ministerio Público,⁸⁹ tanto su legitimación colectiva como su obligatorio rol de guardián de los “intereses generales de la ley” (cuando no participa en el proceso ejerciendo tal legitimación) habían sido ya reconocidos por la versión original de la LDC. Lo mismo ocurre con su (también obligatorio) rol como representante colectivo en aquellos casos en que se hubiera producido un desistimiento o abandono de la acción por parte de las asociaciones que hubieran iniciado el proceso.⁹⁰ Vale la pena subrayar que el status constitucional actual del Ministerio Público en la República Argentina proporciona un contexto interesante para

⁸⁶ La reforma sólo ha eliminado la posibilidad de delegar ese rol en las Municipalidades, alternativa que estaba disponible en la versión original de la LDC.

⁸⁷ Arts. 41 a 44 LDC.

⁸⁸ Ver Gabriel A. Stiglitz “*Acciones colectivas de los consumidores. Legitimación de la autoridad de aplicación*”, L.L. 2004-D-1215.

⁸⁹ El Ministerio Público es una institución que no tiene paralelo en los Estados Unidos de América. Para una breve reseña de su alcance y principales competencias en los países de tradición continental europea, ver Hugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi “*Schlesinger’s Comparative Law*”, 7th Edition, Foundation Press, NY, 2009, pp. 521-523.

⁹⁰ Art. 52 LDC.

que la figura pueda asumir una participación activa en este campo del derecho (después de la reforma de 1994, la CNA expresamente prevé su autonomía funcional y autarquía financiera).⁹¹ A pesar de ello, es realmente difícil encontrar decisiones judiciales que involucren casos colectivos iniciados por dicha entidad.⁹²

c. LA SITUACIÓN EN BRASIL. LEGITIMACIÓN COLECTIVA EN LA LEY DE ACCIÓN CIVIL PÚBLICA Y EL CÓDIGO DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

El art. 82 del CDC, modificado en 1995 por la Ley N° 9.008, enumera una serie de actores sociales que se encuentran autorizados para iniciar acciones colectivas en beneficio de los derechos difusos y colectivos de consumidores y usuarios en Brasil, a saber: (i) el Ministerio Público, quien es el participante más activo en este tipo de procesos;⁹³ (ii) la Unión, los sindicatos, Estados, municipalidades y el gobierno federal;

⁹¹ Art. 120 CNA.

⁹² He sostenido en otro lugar que la autonomía funcional y la autarquía financiera del Ministerio Público, ambos atributos reconocidos explícitamente en el art. 120 de la CNA luego de la reforma de 1994, son una base sólida para sostener una activa participación de la institución en la protección de derechos colectivos. (ver Francisco Verbic *“Procesos Colectivos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 235 y ss.).

⁹³ Ver Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz y Joao Lopes Guimaraes Júnior *“A Necessária Elaboração de Uma Nova Doutrina de Ministério Público, Compatível com seu Atual Perfil Constitucional”*, en Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz *“Ministério Público. Instituição e Processo”*, Ed. Atlas, Sao Paulo, 1977, p. 26 (considerando a la década de 1980 como *“el renacimiento del Ministerio Público”* debido a las nuevas perspectivas de trabajo que surgieron con motivo de la evolución institucional que significó su mayor involucramiento en el terreno del derecho privado, lo cual ocurrió en gran medida gracias a la sanción de la LACP). Para una descripción más comprensiva del rol del Ministerio Público en este campo ver Carlos Alberto de Salles *“Legitimidade para Agir: Desenho Processual da Atuação do Ministério Público”*, en Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz *“Ministério Público. Instituição e Processo”*, Ed. Atlas, Sao Paulo, 1977, 228-274.

(iii) entidades públicas y organismos destinados a actuar en defensa de los derechos de consumidores y usuarios; y (iv) asociaciones privadas, sujetas a ciertas condiciones (deben encontrarse legalmente constituidas con al menos un año de antelación al acaecimiento de los hechos que provocan el inicio del litigio, y también deben incluir la protección de los derechos del consumidor como parte de sus objetivos institucionales. El primero de estos requisitos puede ser dispensado por los tribunales cuando hubiera un interés social manifiesto con motivo en la extensión del daño o la relevancia de los derechos involucrados en la disputa).

Las disposiciones contenidas en el art. 82 del CDC también se aplican a la acción colectiva en defensa de derechos individuales homogéneos.⁹⁴ Sin embargo, existen dos diferencias respecto de las reglas que rigen el proceso cuando se discuten este tipo específico de derechos colectivos. La primera de ellas tiene que ver con el rol del Ministerio Público: cuando no actúa como representante del grupo debe intervenir para controlar la correcta aplicación de la ley (rol similar al que asume el Ministerio Público en la República Argentina según vimos hace un momento).⁹⁵ La segunda diferencia es que en este tipo de procesos el CDC permite expresamente la intervención de aquellos individuos cuyos derechos están involucrados en la disputa.⁹⁶

El CDC es complementado en materia de legitimación por el art. 5 de la LACP, el cual otorga el derecho de acción no sólo a las entidades mencionadas anteriormente sino también a la Defensoría Pública y, desde el año 2007, a las corporaciones públicas y autárquicas.⁹⁷ Hay que recordar aquí que el CDC y la LACP están íntimamente relacionados por medio de disposiciones específicas incluidas en el texto de ambas leyes.

⁹⁴ Art. 91 CDC.

⁹⁵ Art. 92 CDC.

⁹⁶ Art. 94 CDC.

⁹⁷ Art. 5, secciones II y IV.

Debido a esta particular característica del sistema brasileño, la enumeración de entidades con legitimación para iniciar una acción colectiva contenida en la LACP resulta de aplicación a los casos iniciados con fundamento en el CDC, y viceversa (esto es, los legitimados colectivos reconocidos en el CDC resultan de aplicación a las acciones promovidas con fundamento en la LACP).

Es importante subrayar que el sistema brasileño nada contempla acerca del control judicial de la representatividad adecuada. Aunque los proyectos de codificación incluyen disposiciones tendientes a hacer obligatorio este prerequisite de las acciones de clase reguladas por la RFPC 23, algunos autores piensan que es incompatible con la Constitución Federal de Brasil y también con la estructura legal actual de esta disciplina procesal. A juicio de estos críticos, la calidad del representante colectivo es decidida en Brasil por autorización legislativa, y por tanto debe considerarse cumplida *ope legis*.⁹⁸ Si bien esta postura no es compartida por diversos expertos brasileños en la materia,⁹⁹ puede decirse que es

⁹⁸ Para una breve presentación del argumento y mayores referencias, ver Gregório Assagra de Almeida “*Codificacao do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, pp. 113-116, 156 (sosteniendo en la p. 115 que exigir el control de este prerequisite de la acción colectiva implicaría “*un nuevo intento para norteamericanizar el sistema colectivo brasileño*”).

⁹⁹ Ver Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004, p. 79 (discutiendo que “*hay un temor acerca del poder, inclinación y capacidad profesional de los jueces para examinar la adecuación de representación caso por caso. Aunque es difícil lograr tal objetivo, el control de adecuación de representación no puede dejarse completamente fuera del alcance del escrutinio judicial*”). En esta misma posición, ver Ada Pellegrini Grinover “*Acciones colectivas iberoamericanas: nuevas cuestiones sobre la legitimación y la cosa juzgada*”, Relato General presentado en el Congreso Internacional de Derecho Procesal, Universidad Tor Vergata, Roma, 2002, (argumentando que a pesar de la ausencia de una disposición expresa sobre este tema “*el sistema brasileño no se opone al control por parte del Poder Judicial de la calidad del representante caso por caso*”). Pellegrini Grinover ha sostenido esta posición en muchos trabajos publicados luego de aquel relato general. Ver por ejemplo el artículo en el cual considera que la representatividad adecuada debe ser considerada como un

bastante generalizada.

3. ¿CUÁLES SON LOS REMEDIOS DISPONIBLES?

a. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La estructura de la RFPC 23 prevé diferentes tipos de acciones de clase. Si bien cada una de ellas tiene características particulares (algunas previstas en el texto de la regla, otras desarrolladas jurisprudencialmente por los tribunales), es claro que cualquier individuo puede usarlas para obtener tres tipos de remedios de parte del sistema de justicia: *equitable relief*, sentencia declarativa, o sentencia de condena por daños o restitución. Los primeros dos remedios pueden obtenerse por medio de las acciones de clase “obligatorias” (esto es, sin derecho a optar por salirse del grupo) reguladas en las secciones (b)(1)(A) y (b)(2) de la RFPC 23. En cambio, si el actor busca obtener una condena al pago de daños y perjuicios o la restitución de sumas de dinero deberá en principio canalizar su pretensión por la vía de una acción de clase del tipo previsto en el apartado (b)(3), o bien (b)(1)(B).

Debe señalarse que el representante que lleva adelante la acción puede acumular un reclamo de daños con una pretensión orientada a obtener un remedio de equidad o uno meramente declarativo. Sin embargo, para permitir tal acumulación de pretensiones prácticamente todos los Circuitos Federales (Cámaras de Apelación) en los Estados Unidos de América exigen que la solución de equidad o declarativa predomine sobre la de tipo monetario. En otras palabras, la compensación económica debe ser “incidental” con relación a aquella.¹⁰⁰ Este “requisito de predominancia” (*predomination*

“*principio colectivo procesal*” exclusivo de este campo del derecho. (Ada Pellegrini Grinover “*Derecho Procesal Colectivo*”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2006-2, pp. 387 y ss.).

¹⁰⁰ Ver “*Allison v. Citgo Petroleum Corp*”, 151 F.3d 402 (5th Cir., 1998).

requirement) tiene dos propósitos fundamentales: por un lado, proteger los legítimos intereses de posibles miembros de la clase que deseen iniciar su reclamo monetario de manera individual; por el otro preservar el interés del sistema en proveer la mayor economía procesal posible.¹⁰¹

b. ARGENTINA

Para analizar este tema es importante tener en cuenta que la separación entre jurisdicciones *at equity* y *at law* nunca existió en Argentina y Brasil. Es por ello que el concepto “remedio” no resulta muy familiar en nuestra tradición procesal, al menos si pensamos en él tal como lo hacen los operadores jurídicos estadounidenses.¹⁰²

La última reforma de la LDC trajo importantes cambios con respecto a la manera en que las indemnizaciones por daños que resultan de una acción colectiva pueden ser distribuidas entre todos los miembros de la clase representada.¹⁰³ Sin

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Sin embargo, la CSJN utilizó exactamente ese término en el marco de “*Halabi*” (ver considerandos 12°, 16° y 19° de la opinión de la mayoría). Para una discusión de los problemas terminológicos relacionados con el concepto de “remedio” en el marco de un análisis comparativo, ver Paola Bergallo “*Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina*”, disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf.

¹⁰³ De acuerdo con el art. 54, 3er párr. de la LDC, si el caso tuviera contenido patrimonial el fallo debe establecer las directrices necesarias para determinar el alcance de la indemnización económica. Cuando esto no fuera posible, deberá al menos establecer los procedimientos que deben seguirse para determinar tal indemnización. La disposición también introdujo en el sistema un mecanismo similar al del *fluid recovery* o *cy press distribution* estadounidense al autorizar que, en casos que involucran pretensiones de restitución, el juez puede ordenar a los demandados la devolución del dinero a través de los mismos medios con que dicho dinero fue ilegalmente obtenido en primera instancia. Cuando esto no fuera posible, el tribunal puede usar otros sistemas que permitan a los miembros de la clase “*acceder a la reparación*”. Finalmente, en el supuesto que los beneficiarios de la sentencia no puedan ser individualizados, la LDC confiere al juez gran discreción a efectos de implementar un mecanismo de distribución “*en la forma que más*

embargo, dicha reforma no modificó el tipo de remedios que los legitimados colectivos pueden obtener del sistema de justicia. La única cuestión novedosa que trajo en este aspecto fue haber incorporado la posibilidad de obtener una “multa civil”, instituto novedoso en el derecho argentino que guarda similitud con los daños punitivos del sistema estadounidense.¹⁰⁴ Fuera de esta “multa civil” no hay límites o disposiciones especiales en la LDC respecto del tipo de remedios que pueden reclamarse, resultando posible solicitar – al igual que en el sistema estadounidense- una solución de tipo inyuntivo, una sentencia declarativa o la condena al pago de una suma monetaria en concepto de daños o restitución.

La gran diferencia entre el sistema estadounidense y el argentino yace en que este último no prevé en el texto de la LDC ni jurisprudencialmente el *predomination requirement* como condición para acumular pretensiones monetarias y no monetarias. Por lo tanto, en principio es posible reclamar cualquier tipo de remedio en la misma demanda sin más requisitos que los establecidos en el art. 330 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CPCCN”), el cual contiene las reglas generales sobre cómo formular una demanda en cualquier proceso ordinario civil y comercial (entre ellas, identificar la causa de la pretensión, el tipo de remedio que se busca obtener y realizar una descripción precisa de los hechos que dan origen al planteo).

c. BRASIL

Como ya hemos visto, tanto las disposiciones de LACP como del CDC son aplicables a los casos que involucran la protección de derechos colectivos de consumidores y usuarios.

beneficie al grupo afectado”. Cuando el pleito involucre una pretensión de daños y perjuicios, la LDC autoriza al juez a crear subgrupos y determinar por vía incidental los daños individuales que correspondan a cada uno de los miembros del grupo.

¹⁰⁴ Ver más adelante la nota a pié de página N° 168.

El CDC se aplica principalmente en aquellos casos donde el representante busca obtener la indemnización de daños y perjuicios para los miembros individuales del grupo (derechos individuales homogéneos), mientras que las acciones que persiguen obtener una orden inyuntiva y/o daños y perjuicios para la clase considerada como un todo (derechos colectivos y difusos) están básicamente reguladas por la LACP (a riesgo de resultar tedioso, vale la pena recordar una vez más que ambas normas están estrictamente interrelacionadas por remisiones internas entre ellas).¹⁰⁵

El CDC contiene un amplio espectro de alternativas cuando se trata de determinar el remedio adecuado para cada caso particular. El principio general establece que cualquier acción “*capaz de proveer una compensación adecuada y efectiva*” será admisible para proteger los derechos de los consumidores, sean éstos difusos, colectivos o individuales homogéneos.¹⁰⁶ En aquellos casos que persiguen hacer cumplir “*una obligación de hacer o de no hacer*” (y por tanto exigen un remedio de tipo inyuntivo), el juez debe ordenar el tipo de remedio específicamente solicitado al efecto.¹⁰⁷ El CDC autoriza a transformar la obligación en una de pago de daños sólo cuando fuera imposible prever ese cumplimiento específico¹⁰⁸.

Los Tribunales también están autorizados a conceder medidas cautelares cuando el reclamo tuviera fundamentos serios y la parte interesada provea buenas razones para pensar que el fallo sobre el fondo del asunto pudiera verse privado de

¹⁰⁵ Ver Antonio Gidi “*Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries*”, 51 J. Comp. L. 311, 326-327 (2003).

¹⁰⁶ Art. 83 CDC.

¹⁰⁷ Art. 84 CDC. El par. 5 de este artículo establece que para poder lograr el cumplimiento específico de la obligación o bien un “*resultado práctico equivalente*” los tribunales pueden tomar todas las medidas que estimen necesarias, incluso acudir al uso de la fuerza policial.

¹⁰⁸ Art. 84, par.1 CDC.

su eficacia en ausencia de dicha medida.¹⁰⁹ Asimismo, para obligar a la parte a cumplir los jueces brasileños tienen el poder de imponer penas económicas diarias, tanto en las decisiones de mérito como cuando se trata de medidas cautelares.¹¹⁰

Todas estas directivas son igualmente aplicables en el contexto de la LACP, cuyo texto ya establecía en su versión original del año 1985 que: (i) la acción puede ser promovida para obtener una indemnización monetaria y para hacer cumplir una obligación de hacer o de no hacer;¹¹¹ y (ii) el juez puede imponer penas diarias y ordenar medidas cautelares.¹¹² Una característica particular de la LACP tiene que ver con el destino de los daños que pudieran ser obtenidos como indemnización. Debido al hecho que los daños globales que se puedan obtener en beneficio del grupo no serán distribuidos entre sus miembros, la LACP prevé que el dinero debe ir a un fondo especial administrado por el Consejo Federal, el cual lo destinará a la solución de problemas causados por el demandado.¹¹³

Por último es importante tener en cuenta que las acciones colectivas brasileñas en defensa de derechos individuales homogéneos “*son básicamente una issue class action*”. Sucede que la decisión dictada en este tipo de procesos sólo declara la responsabilidad del demandado, debiendo los miembros del grupo iniciar posteriormente reclamos individuales donde demostrar la relación causal y el alcance de los daños por ellos padecidos individualmente para poder acceder a una indemnización.¹¹⁴

¹⁰⁹ Art. 84, par. 3 CDC.

¹¹⁰ Art. 84, par. 3 CDC.

¹¹¹ Art. 3 LACP.

¹¹² Arts. 11 y 12 de LACP.

¹¹³ Art. 13 LACP. Una disposición similar puede encontrarse en el art. 34 de la Ley General del Ambiente de la República Argentina N° 25.675. A pesar de ello, luego de casi 10 años desde que dicha ley fue sancionada por el Congreso, el Fondo de Compensación Ambiental allí previsto aun no ha sido implementado.

¹¹⁴ Ver Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos*,

4. ¿CUÁL ES EL ALCANCE DE LA COSA JUZGADA DE LA SENTENCIA OBTENIDA POR MEDIO DE UNA ACCIÓN COLECTIVA?

a. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Una de las características más relevantes de la RFPC 23 es el amplio alcance de la cosa juzgada de la sentencia con relación a las partes involucradas en la disputa. De acuerdo con la sección (c)(3) de dicha regla federal, el fallo emitido en cualquiera de los tipos de acción de clase previstos en la sección (b) será vinculante para los miembros de la clase, ya sea favorable a sus intereses o no.

Este drástico efecto está sujeto a una condición fundamental en materia de debido proceso legal: una representación adecuada ejercida por el representante de la clase y sus abogados.¹¹⁵ En algunos casos también es necesario efectuar una notificación adecuada y acordar a los miembros ausentes de la clase el derecho de optar por excluirse del grupo.¹¹⁶

Aunque a primera vista la solución del alcance de la cosa juzgada pareciera ser simple y lineal, en realidad no lo es. De hecho, este tema y sus numerosas implicancias ha sido una de

colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil", UNAM, México, 2004, pp. 62-64 (sosteniendo que este sistema impone serias limitaciones para obtener una compensación colectiva adecuada, particularmente en el contexto de acciones de clase en reclamo de pretensiones individualmente no recuperables -también denominadas *small claim class actions*).

¹¹⁵ Ver Samuel Issacharoff "Governance and Legitimacy in the Law of Class Actions", 1999 Sup. Ct. Rev. 337, 366 (1999) (argumentando que "el asunto clave" para la legitimidad de esta solución "es la garantía de que el agente sea un guardián confiable de los intereses de la clase"). El *leading case* que estableció las raíces constitucionales del requisito de la representatividad adecuada es "*Hansberry v. Lee*" 311 U.S. 32 (1940).

¹¹⁶ "*Phillips Petroleum*", 472 U.S. 797 (1985).

las cuestiones más discutidas en este campo del derecho.¹¹⁷

b. ARGENTINA

La reforma introducida en la LDC por la ley N° 26.361 devolvió al sistema la mínima coherencia que había perdido cuando la disposición sobre cosa juzgada incluida en el texto original de la ley N° 24.240 fue vetada por el Presidente al momento de su promulgación.¹¹⁸ En su versión actual, la LDC establece que una decisión favorable al actor producirá efectos de cosa juzgada con relación al demandado y todos los usuarios y consumidores que se encuentran en la misma situación, salvo aquellos que hubieran manifestado expresamente su voluntad para evitar ser vinculados por la solución.¹¹⁹ Este sistema de

¹¹⁷ Ver Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004, pp. 95-98 (sosteniendo que la mayoría de los problemas en torno a los efectos preclusivos de las sentencias colectivas dictadas en una acción de clase no se deben a dificultades en la interpretación de la RFPC 23(c)(3), sino a la manera específica -y definitivamente mucho más compleja- en que el principio de finalidad opera en el proceso civil estadounidense). Para una revisión de las diferentes doctrinas sobre el principio de finalidad que gobierna los procedimientos estadounidenses me remito a Francisco Verbic “*La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la Ley N° 25.675*”, RePro N° 167 (Enero) 2009, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo.

¹¹⁸ Decreto N° 2089/93. La principal razón invocada para sostener el veto fue el interés público de evitar la proliferación de casos. El Decreto sostiene en sus considerandos que los costos eventuales de tales demandas perjudicarían a los comerciantes e industrias y, a través de ellos, a los propios consumidores por incrementar el costo de los productos.

¹¹⁹ Algunos de los argumentos que llevaron a este reconocimiento constitucional son presentados por Irigoyen, quien era Relator de la Comisión que trabajó en el nuevo art. 42 de la CNA durante la convención constituyente que diagramó y redactó la reforma constitucional de 1994. En un artículo publicado luego de que la reforma fuera aprobada, Irigoyen señaló que “*el alcance de res judicata en acciones de amparo deberían ser expansivas porque es evidente que la situación que provoca la aplicación de ese procedimiento involucra el interés de mucha gente, y porque no tendría sentido reconocer efectos de res judicata solo con respecto a individuos que iniciaron la demanda*” (ver Roberto Irigoyen “*Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor*”, L.L. 1994-E-1020).

cosa juzgada es considerado como uno de tipo *secundum eventum litis*.¹²⁰ En cuanto al derecho de optar por excluirse, debe ejercerse antes del dictado de la sentencia y de acuerdo con “*los términos y condiciones que el magistrado disponga*”.¹²¹

Resulta evidente que el sistema de cosa juzgada colectiva en Argentina es diferente del regulado en el contexto de la RFPC 23. Sucede que en el régimen de la LDC el fallo sólo puede beneficiar a los miembros del grupo y nunca precluir sus derechos individuales en caso que la opinión sea contraria a sus intereses. A la luz de esta particularidad, es difícil explicar por qué el legislador incluyó en la norma el derecho de exclusión ya que pareciera que éste no se corresponde con el tipo de cosa juzgada que prevé el sistema. ¿Qué incentivo puede tener un miembro de la clase para excluirse cuando un eventual fallo adverso no precluirá su derecho individual sino tan sólo su pretensión colectiva?

Sin embargo, ese derecho de autoexclusión sí tiene sentido en algunas circunstancias. Me refiero por ejemplo al contexto de pretensiones individualmente recuperables. Teniendo en cuenta que la decisión colectiva tiende a disminuir el monto de los daños y perjuicios reconocidos a los miembros de la clase,¹²² la oportunidad para excluirse permite al individuo perseguir su propia sentencia individual sin importar lo que ocurra con la acción colectiva.

Es dable destacar que la CSJN reconoció en “*Halabi*” la

¹²⁰ Ver Ricardo Lorenzetti “*Justicia colectiva*”, Rubinzal Culzoni Ed., Santa Fe, 2010, pp. 282-283.

¹²¹ Art. 54, 2do párr. LDC.

¹²² Ver Dennis E. Curtis y Judith Resnik “*Contingency Fees in Mass Torts: Access, Risk, And the Provision of Legal Services When Layers of Lawyers Work for Individuals and Collectives of Clients*”), 47 DePaul L. Rev. 425, 446 (1998) (explicando la común suposición en la doctrina relativa a litigio agregado respecto al hecho que “*en casos de daños, el proceso basado en una lógica grupal configura un medio para transferir dinero de los actores con pretensiones de mayor valor hacia actores con pretensiones económicas inferiores*”).

necesidad de superar en este campo el tradicional principio *inter partes*. A juicio de la mayoría de la Corte, el nuevo fenómeno encuentra fundamento en tres argumentos que justifican el efecto expansivo de la cosa juzgada. En tal sentido, sostuvo que la cosa juzgada colectiva: (i) es “*inherente a la propia naturaleza de la acción colectiva en virtud de la trascendencia de los derechos que por su intermedio se intentan proteger*”; (ii) “*reconoce su fuente primaria en el propio texto constitucional*” y (iii) no es una novedad sino que “*aparece como una institución ya arraigada en el ordenamiento normativo vigente*”.¹²³ Estoy completamente de acuerdo con los dos primeros argumentos, pero los términos en que se presenta el tercero de ellos me resultan algo exagerados. Sucede que por un lado este efecto expansivo no estuvo contemplado en la LDC sino hasta la reforma de 2008, y por otro lado la Ley General del Ambiente N° 25.675 -que contiene una disposición específica sobre el tema- fue sancionada por el Congreso de la Nación recién en el año 2002.

Como hemos visto, “*Halabi*” también enumeró entre los requisitos de debido proceso legal la exigencia de realizar una adecuada notificación y de proveer a los miembros de la clase el derecho de excluirse o intervenir como terceros si así lo desean. Aunque la LDC contiene en su texto el derecho de excluirse gracias a la reforma operada en el año 2008, no sucede lo mismo en lo que respecta a notificaciones.

En este punto podemos decir que la exigencia de una adecuada notificación resulta esencial para el correcto funcionamiento del sistema procesal colectivo por (al menos) una obvia razón: si los miembros de la clase desconocen la existencia del proceso, ¿cómo se supone que puedan ejercer cualquier tipo de derecho en el contexto del mismo?

Otro aspecto que merece una observación tiene que ver con la oportunidad procesal en que deben realizarse las

¹²³ Considerando 21° de la opinión de la mayoría.

notificaciones y ejercerse el derecho de autoexclusión. En “*Halabi*” la CSJN no mencionó nada acerca de esto, pero acordó al juez suficiente discreción para determinar cuándo y cómo dichas actividades procesales deben llevarse a cabo. La manera en que los jueces federales de los Estados Unidos de América han diagramado diversos sistemas de notificaciones en el contexto de acciones de clase del tipo (b)(3) puede jugar un papel relevante de orientación en este asunto.¹²⁴

c. BRASIL

El sistema brasileño de cosa juzgada colectiva prevé diferentes alcances dependiendo del tipo de derechos que se discutan en el proceso. En primer lugar debe considerarse el art. 16 de LACP, el cual establece que la decisión tendrá “*efectos erga omnes dentro del territorio del tribunal*” a menos que el reclamo fuera rechazado por falta de pruebas suficientes sobre el fondo del asunto (si se da este supuesto de excepción cualquier otro legitimado puede iniciar la misma acción colectiva, siempre y cuando ofrezca nueva prueba en su demanda).¹²⁵ Sin embargo, la principal regulación que existe sobre este tema puede encontrarse en el art.103 del CDC. Esta disposición hace explícita la interrelación entre el tipo de derechos colectivos en juego y el alcance de la cosa juzgada a que nos referimos.

¹²⁴ En un trabajo reciente exploré la conveniencia de considerar como posible fuente de ideas la experiencia de los tribunales federales estadounidenses en materia de gestión judicial, mayormente canalizada mediante la aplicación de la RFPC 23(d) (ver Francisco Verbic “*El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos*”, ponencia presentada en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Argentina, Julio de 2011. También publicado en Roberto O. Berizonce (Coordinador) “*Los Principios Procesales*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011).

¹²⁵ Art. 16 LACP, texto luego de la reforma introducida por la Ley N° 9.494 del 10/09/97.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 103 del CDC, la cosa juzgada de las sentencias dictadas en el contexto de acciones colectivas se extenderá: (i) en relación a los intereses difusos, *erga omnes* (en el mismo sentido y con la misma excepción establecida por el art. 16 de LACP, aunque el CDC no menciona ninguna limitación territorial);¹²⁶ (ii) con respecto a los derechos colectivos, *ultra partes* pero limitada al grupo, categoría o clase de personas representada por el legitimado colectivo (nuevamente aquí se contempla la excepción basada en insuficiencia probatoria);¹²⁷ y (iii) en lo que concierne a los derechos individuales homogéneos, *erga omnes* pero sólo en caso de una opinión favorable a los intereses del grupo y en la medida que sea para su beneficio.¹²⁸

La regulación sobre este tema establece expresamente que en casos que involucran derechos difusos y colectivos la cosa juzgada nunca pueden perjudicar los derechos individuales de los miembros del grupo afectado.¹²⁹ En casos que involucran derechos individuales homogéneos, a su turno, se prevé que aquellos miembros del grupo que no hubieran intervenido en el proceso podrán iniciar juicio individual si la opinión es contraria a sus intereses. Por lo tanto, podemos ver que las consecuencias de ambos subsistemas de cosa juzgada son las mismas: ningún derecho individual puede verse perjudicado por el resultado del proceso colectivo, cualquiera sea el tipo de derecho que se pretenda proteger por medio de éste.¹³⁰

¹²⁶ Art. 103, par. I CDC.

¹²⁷ Art. 103, par. II CDC.

¹²⁸ Art. 103, par. III CDC.

¹²⁹ Art. 103, § 1° CDC.

¹³⁰ Art. 103, § 2° CDC. Ver Ada Pellegrini Grinover “*The Defense of the Transindividual Interests: Brazil And Iberoamerica*”, section 12, disponible en http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/events_media/Brazil_National_Report.pdf [explicando que esta técnica “*fue ideada como un instrumento contra posibles colusiones entre la parte que promueve la acción popular y su contraria (para obtener una decisión contraria con efectos erga omnes)*”], y que “*fue tomada*

Desde otra perspectiva, puede observarse aquí otra consecuencia práctica de la distinción entre derechos divisibles (individuales homogéneos) e indivisibles (difusos y colectivos) a que nos referimos más arriba en este trabajo: para los derechos indivisibles el sistema regula la excepción basada en la falta de prueba suficiente, mientras que la posibilidad de iniciar otra acción colectiva con ese fundamento no está presente en el campo de los derechos divisibles.¹³¹

Finalmente, vale la pena insistir en subrayar la principal característica que distingue los tipos brasileños de cosa juzgada colectiva de aquel implementado en la RFPC 23(c)(3): en Brasil el fallo tendrá efectos expansivos sólo si es favorable a la clase y en ningún caso puede perjudicar los derechos individuales de los miembros del grupo. De acuerdo con Gidi, esta solución *secundum eventum litis* fue correcta en un contexto donde los miembros de la clase no son necesariamente parte del proceso y pueden no ser notificados de su existencia.¹³² Dicho autor también explica que aunque la idea de una cosa juzgada asimétrica (*one-way preclusion*) puede ser útil para entender el sistema, ella no refleja su resultado final ya que en Brasil una opinión adversa en una acción colectiva precluye definitivamente la posibilidad de iniciar la misma acción en el futuro (a menos que la excepción por falta de prueba se aplique al caso).¹³³ Por lo tanto, la opinión adversa no afecta los derechos individuales de los

del régimen de la acción civil pública y del campo de la defensa del consumidor”).

¹³¹ El alcance de la excepción es discutido en Ada Pellegrini Grinover, “*Acciones colectivas iberoamericanas: nuevas cuestiones sobre la legitimación y la cosa juzgada*”, Relato General presentado en el Congreso Internacional de Derecho Procesal, Universidad Tor Vergata, Roma, 2002, punto 6.

¹³² Ver Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004, pp. 102-103.

¹³³ Ver Antonio Gidi “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un Modelo para países de derecho civil*”, UNAM, México, 2004, pp. 100-101.

miembros del grupo, pero en lo que respecta a la acción colectiva la regla que predomina es similar a la del sistema de acciones de clase estadounidense (*rule of mutuality*).

III. ALGUNOS COMENTARIOS COMPARATIVOS

Las premisas que subyacen la manera en que Argentina, Brasil y los Estados Unidos de América hacen frente a los conflictos que involucran un gran número de personas por medio de acciones colectivas de tipo representativo son bastante diferentes. La influencia de la tradición para explicar tales diferencias es evidente.

Como es bien sabido, en la tradición continental-europea o del *civil law* la ley es principalmente interpretada, estudiada y aplicada tomando como punto de partida conceptos abstractos y definiciones dogmáticas de principios legales. Uno de esos conceptos, que puede ser considerado como la idea central de muchos de los sistemas legales tributarios de esta tradición jurídica, es la noción de “derecho subjetivo”. En el marco de esta concepción, se asume que para obtener una opinión favorable en los tribunales de justicia se necesita ser titular de un derecho subjetivo reconocido por alguna norma positiva del sistema legal. Para esta concepción, si no hay un derecho positivo que proteger no hay remedio posible para pedir al sistema de justicia.¹³⁴

Las cosas son bien diferentes dentro de los sistemas legales tributarios de la tradición anglosajona o de *common law*. Allí, como explica Thomas, los remedios judiciales realizan dos funciones clave: “*definen los derechos abstractos y hacen efectivos derechos que de otro modo serían intangibles. Los derechos por sí solos son simples expresiones de valores sociales. Es el remedio el que define al derecho*”

¹³⁴ La explicación es tomada de Antonio Gidi “*Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries*”, 51 J. Comp. L. 311, 344 -349 (2003).

tornando ese valor en algo real y tangible, proporcionando especificidad y concretizando garantías que de otro modo sólo son abstractas".¹³⁵ Este enfoque de la relación entre derechos y remedios ha hecho posible evitar que el alcance de los procesos judiciales resulte anclado a un mapa de situaciones descriptas de antemano por el sistema legal como "derechos".¹³⁶

Tener en cuenta esta fundamental diferencia entre las tradiciones jurídicas del *common law* y del derecho continental-europeo resulta de suma utilidad para comparar y entender los enfoques divergentes implicados en las acciones de clase estadounidenses, por un lado, y en los sistemas actualmente establecidos en la República Argentina y Brasil, por el otro.

La fuerte influencia de la tradición continental-europea en Brasil, por ejemplo, puede ser percibida en el primer paso que se tomó en dicho país para implementar las acciones colectivas de tipo representativo en el campo del derecho del consumo. Ese primer paso fue sancionar legislativamente derechos subjetivos colectivos en cabeza de consumidores y usuarios.¹³⁷ De acuerdo con Gidi, los juristas brasileños

¹³⁵ Ver Tracy Thomas "*Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy Under Due Process*", The University of Akron School of Law, Public Law & Legal Theory Working Papers Series N° 04-03, July 2004, p. 6, disponible en <http://ssrn.com/abstract=564302>.

¹³⁶ Luigi P. Comoglio, Corrado Ferri, Michele Taruffo "*Lezioni sul processo civile*", 4th Ed., Il Mulino Ed., Bologna, 2006, I, pp. 30-31. Ver también Hugo Mattei, Teemu Ruskola and Antonio Gidi "*Schlesinger's Comparative Law*", 7th Edition, Foundation Press, NY, 2009, pp. 636-637 (explicando la imagen tradicional de esta manera: "*El abogado de common law es práctico y pragmático. Es el producto de las necesidades prácticas de la banca en Westminster Hall. El abogado continental europeo es teórico y abstracto. Es el producto de los profesores de las universidades*").

¹³⁷ Ver Michele Taruffo "*Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*", 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 405, 415 (2001) (sosteniendo respecto de los países de tradición continental europea que "*una de las fuentes más importantes de la resistencia al cambio, específicamente en torno al modelo de acciones de clase, es la fuerza de la inercia ejercida por un grupo de conceptos tradicionales*

asumieron que si el sistema legal no reconocía dichos derechos, ningún tipo de proceso colectivo tendría razón de ser porque no tendría objeto que proteger.¹³⁸ En línea con esta explicación, se ha sostenido que en este campo del derecho brasileño debe haber una “*perfecta y mutua relación de correspondencia*” entre sustancia y procedimiento.¹³⁹

A la inversa, el peso de la tradición del *common law* en los Estados Unidos de América llevó a evitar la introducción de categorías abstractas de derechos de grupo y, en cambio, a proporcionar remedios colectivos en aquellos casos en que el conflicto puede ser subsumido en alguna de las pragmáticas situaciones descritas en la sección (b) de la RFPC 23. En otras palabras, la disponibilidad de las acciones de clase como mecanismo de solución de controversias colectivas está determinada allí no por la naturaleza de los derechos en disputa, sino por ciertas características objetivas del caso a resolver por el poder judicial.

Más allá de las diferentes tradiciones que han informado el nacimiento de estos sistemas y determinado el modo en que ellos enfrentan el fenómeno del litigio colectivo, es posible identificar al menos tres características centrales comunes a todos ellos. Estas similitudes son especialmente relevantes

usados corrientemente para definir el alcance del litigio arquetípico desde un punto de vista subjetivo y objetivo”).

¹³⁸ Ver Antonio Gidi “*Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries*”, 51 Am. J. Comp. L. 311, 360-362 (2003). Gidi también sostiene que en los primeros años del CDC aquellas definiciones de derechos “*facilitaban la aplicación judicial de las nuevas reglas procesales y ayudaban a establecer el concepto y alcance del litigio de demandas colectivas. Era importante en ese entonces, inclusive por propósitos pedagógicos, que la ley escrita estableciera y consolidara los marcos teóricos de los derechos de diversos grupos*”. En otro lugar he criticado esta manera de enfocar el fenómeno de los procesos colectivos en Argentina, bregando en pos de un enfoque más pragmático que evite un análisis del asunto en términos de *naturalezas jurídicas* y *esencias* (ver Francisco Verbic “*Los procesos colectivos. Necesidad de su regulación*”, L.L. 2010-A, 769).

¹³⁹ Ver Gregório Assagra de Almeida “*Codificacao do Direito Processual Coletivo Brasileiro*”, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2007, p. 56.

porque, como explica Nagareda, “*la dinámica estructural, no tanto las diferencias marcadas en los detalles del litigio agregado, representan la historia real de la convergencia actual*”.¹⁴⁰ Veamos cuáles son tales puntos de convergencia.

En primer lugar, Argentina, Brasil y los Estados Unidos de América no sólo toleran sino que expresamente reconocen al proceso colectivo de tipo representativo como el principal mecanismo de litigio agregado disponible para solucionar en sede judicial conflictos que involucren grandes grupos de personas.¹⁴¹ Esta característica común implica tácitamente una redefinición del derecho individual a tener “*un día en la Corte*” como tradicionalmente exige la garantía de debido proceso legal. Sucede que estos mecanismos colectivos transforman ese derecho a tener un día en la corte en un derecho a ser “representado” en el proceso por abogados e individuos, organizaciones u organismos públicos que los miembros del grupo no necesariamente eligieron al efecto, y que pueden en ciertos supuestos actuar incluso contra su voluntad.

En segundo lugar, los tres sistemas muestran una profunda preocupación por la protección de los derechos de los

¹⁴⁰ Richard A. Nagareda “*Aggregate Litigation Across The Atlantic and the Future of American Exceptionalism*”, 62 Vand. L. Rev. 1, 8 (2009). De acuerdo con Nagareda, la dinámica estructural del litigio agregado surgen de la relación entre tres cuestiones: (i) la naturaleza de la actividad impugnada que es objeto del litigio; (ii) el alcance del efecto preclusivo de la sentencia; y (iii) el alcance territorial del poder del gobierno donde se encuentra el tribunal en que se desarrollan los procesos.

¹⁴¹ Ver Fabrizio Cafaggi y Hans-W. Micklitz “*Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community*”, EUI Working Papers, LAW 2007/22, pp. 25-26, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1024103&http://search.foxtab.com/?s=1&chnl=irn&q=cafaggi%20micklitz%20consumatori&cd=2XzutCtN2Y1L1QzutC0CyE0B0DyC0Azy0Ezz0E0AtN0C0Czu0U0StN0D0TzutBtDtCtDtAtBzz&cr=2024437772 (explicando el alcance de las “acciones representativas” y “acciones de grupo” en el campo del derecho del consumo, y considerando las acciones de clase estadounidenses como una acción colectiva que tiene “*características muy especiales que no existen en el modelo europeo de acciones de grupo*”).

miembros ausentes de la clase, y regulan las características del proceso colectivo en consecuencia. En el caso de los Estados Unidos de América y la República Argentina, el debido proceso legal de los miembros ausentes está protegido por el control de la representatividad adecuada, un sistema razonable de notificaciones y el reconocimiento del derecho de excluirse (*right to opt-out*) o intervenir en la discusión si el miembro de la clase así lo desea.

En el sistema brasileño la protección es en gran medida más flexible ya que no existe allí prevista la necesidad de controlar la calidad del representante de la clase por parte de los jueces en cada caso concreto. El sistema asume que la manera en que está diagramado el proceso resulta suficiente para proteger la garantía individual de debido proceso legal de los miembros del grupo. Se considera que tal objetivo es logrado por medio de la negación de legitimación colectiva a los individuos, el control *ope legis* sobre las organizaciones que pueden promover una demanda representativa, el fuerte rol que asume el Ministerio Público en procesos de esta naturaleza, y una regulación de la cosa juzgada en virtud de la cual –como vemos- nunca pueden perjudicarse los derechos individuales de los miembros ausentes.

Finalmente, los tres sistemas reconocen una cosa juzgada de carácter expansivo en este contexto. Según vimos, Brasil cuenta con un régimen complejo de distintos tipos de cosa juzgada dependiendo del tipo de derecho que se esté discutiendo en el proceso colectivo. Esta particular característica del sistema brasileño puede ser entendida como un corolario de la mayor flexibilidad (en comparación con los sistemas estadounidense y argentino) en lo que respecta a la protección de la garantía de debido proceso legal de los miembros ausentes. Se podría decir que Brasil contempla el mejor reaseguro para proteger tales derechos. Esto es, no vincular derechos individuales salvo cuando los miembros de

la clase así lo deseen para poder beneficiarse de una sentencia favorable a sus intereses.

Por el contrario, los efectos de las sentencias dictadas en el contexto de la RFPC 23 son dispositivos para los miembros de la clase, sean favorables a sus intereses o no. Esta solución encuentra legitimidad constitucional en el ya mencionado estricto control de la representatividad adecuada por parte de los jueces en cada caso concreto y, en algunos supuestos, también en el envío de notificaciones y el reconocimiento del derecho para excluirse o intervenir en el proceso de acuerdo con las circunstancias.¹⁴²

El caso de Argentina es particularmente inusual. Aunque pareciera ser obvio que las sentencias dictadas en el marco de procesos colectivos de tipo representativo deben expandir sus efectos sobre los miembros del grupo representado por el legitimado colectivo (ya que de otro modo sencillamente no podrían ser considerados procesos representativos en absoluto), esto estuvo lejos de ser claro hasta la decisión del caso “*Halabi*”. Recién entonces la CSJN reconoció expresamente la índole constitucional de la cosa juzgada colectiva.¹⁴³ Desde ese momento, todo indica que el sistema argentino presenta un tipo de enfoque híbrido sobre el asunto: por un lado, adopta jurisprudencialmente similares resguardos procesales a los establecidos en la RFPC 23 (lo que podría considerarse suficiente para sostener la constitucionalidad de un sistema de cosa juzgada *pro et contra* como el estadounidense); por el otro, contempla en la LDC un sistema de cosa juzgada que no puede perjudicar los derechos individuales de los miembros ausentes (similar, en cierto punto, a la solución brasileña).

En resumen, antes de continuar debemos tener presente que los tres sistemas analizados comparten la principal forma en que hacen frente al litigio colectivo (acciones de tipo

¹⁴² “*Phillips Petroleum Co. v. Shutts*”, 472 U.S. 797 (1985).

¹⁴³ Considerando 21° de la opinión de la mayoría.

representativo), la principal preocupación constitucional implicada en este tipo de procesos (posible vulneración de la garantía de debido proceso legal de los miembros ausentes), y el modo de abordar dicha preocupación constitucional para evitar que la cosa juzgada expansiva pueda dañar a los miembros de la clase en nombre de la economía procesal: establecimiento de reaseguros procesales (cuyas características –a su turno- tienen directa incidencia sobre el modo de regular la cosa juzgada).

Como veremos en la próxima parte de este trabajo, estos puntos de convergencia son particularmente relevantes a la hora de evaluar la viabilidad de ejecutar en Argentina y Brasil decisiones tomadas por jueces federales estadounidenses en el contexto de acciones de clase en defensa de consumidores y usuarios.

IV. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN ARGENTINA Y BRASIL DE SENTENCIAS COLECTIVAS DICTADAS EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. EL CASO HIPOTÉTICO

Hasta ahora he analizado algunas de las principales características de los mecanismos procesales disponibles en los Estados Unidos de América, Argentina y Brasil en materia de litigio colectivo de tipo representativo. Con lo dicho hasta aquí creo haber demostrado que las acciones de clase previstas en la RFPC 23 estadounidense están lejos de ser algo “exótico” en el contexto internacional actual, y más particularmente en el continente americano.

El objetivo de esta última parte del trabajo es evaluar las consecuencias derivadas de las similitudes entre sistemas cuando se trata de hacer cumplir en Argentina o Brasil una sentencia dictada en los Estados Unidos de América en el

contexto de una acción de clase en defensa de consumidores y usuarios. En particular, evaluaré los tres argumentos más importantes que podrían utilizarse en Argentina y Brasil para evitar el reconocimiento y ejecución de este tipo de sentencias en su territorio: (i) consideraciones de política pública (“orden público”); (ii) garantía de debido proceso legal; y (iii) ejercicio apropiado de jurisdicción en el país donde el fallo fue dictado. A fin de abordar el asunto utilizaré un caso hipotético.

Pensemos en una empresa cuyas oficinas centrales se encuentran ubicadas en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Esa empresa fue constituida en Nueva York, sus acciones cotizan en la Bolsa de Valores de Nueva York y, si bien esporádicamente, también hace negocios en Nueva York. El negocio principal de esta compañía es vender computadoras portátiles a precios muy bajos. Hace seis años la empresa vendió 4000 computadoras defectuosas en Buenos Aires, 1000 en San Pablo y otras 1000 en Nueva York. Todas ellas tenían el mismo problema: si el usuario escuchaba música desde Internet, las máquinas se sobrecalentaban y reiniciaban automáticamente luego de unas pocas horas.

Un comprador argentino se mudó a Nueva York dos meses después de adquirir una de estas computadoras y, con el consejo de una reconocida firma de abogados, inició una acción de clase del tipo previsto en la RFPC 23(b)(3) (*class action for damages*). Como resultado de tal proceso judicial obtuvo un fallo favorable contra la compañía, en beneficio propio y de los otros 5999 compradores del producto defectuoso. La Cámara de Apelaciones de Nueva York confirmó la sentencia y la Corte Suprema denegó el *certiorari* pedido por la empresa. Como resultado, el actor cuenta hoy con una sentencia que condena a la compañía a pagar el valor de la computadora y una indemnización por daños y perjuicios, más intereses. La empresa tiene todo su capital en bienes ubicados en Buenos Aires y San Pablo.

2. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN: REGLAS GENERALES

a. EL *EXEQUATUR* EN ARGENTINA

Como ya fuera explicado, uno de los poderes no delegados al gobierno federal por parte de las Provincias argentinas es el de promulgar códigos procesales. Es por ello que en dicho país hay un Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) que se aplica básicamente en juzgados federales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, junto con los 23 códigos sancionados por las distintas provincias (que se aplican en el territorio de éstas). Si bien la versión original del CPCCN fue adoptada sin modificaciones por la mayoría de las provincias, lo cierto es que ha adquirido un perfil diferente debido principalmente a reformas de su articulado que se sucedieron en las últimas tres décadas,¹⁴⁴ y al hecho que muchas provincias han reformado también sus sistemas procesales (sancionando nuevos códigos que difieren en gran medida del CPCCN).

Más allá de las diferencias existentes entre el CPCCN y sus pares provinciales, vale destacar aquí que los principios que gobiernan el trámite de *exequatur* son considerados parte del derecho internacional argentino y sus implicaciones centrales resultan similares en el orden nacional y local.¹⁴⁵ Es por ello que, aun cuando el análisis que sigue se enfoca en el CPCCN, debemos tener presente que los códigos locales no contienen diferencias sustanciales en esta materia.

El art. 517 del CPCCN regula el *exequatur*, imponiendo las condiciones que un fallo extranjero debe cumplir para ser

¹⁴⁴ Especialmente las reformas introducidas por las Leyes N° 22.434 y N° 25.488.

¹⁴⁵ La única cuestión relevante a tener en cuenta en este aspecto tiene que ver con el requisito de reciprocidad. Mientras que el CPCCN ya no lo exige, algunas provincias todavía lo hacen.

reconocido y/o ejecutado en Argentina. Como ha señalado con claridad una Cámara de Apelaciones, el *exequatur* “es el acto jurisdiccional en virtud del cual se consiente en nombre de la ley argentina la aplicación de una sentencia extranjera en territorio nacional”.¹⁴⁶ Esta orden judicial “Recae sobre la propia sentencia y la inviste de los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces nacionales sin necesidad de entrar en la revisión del juicio”.¹⁴⁷

El procedimiento (que también recibe el nombre de *exequatur*) no implica el análisis de la relación sustancial debatida en el tribunal extranjero donde el fallo fue dictado, ni siquiera cuando dicho fallo aplica derecho argentino.¹⁴⁸ Así, ha sido caracterizado sencillamente como un “examen de índole procesal” necesario para verificar la aptitud de la sentencia para ser reconocida o ejecutada en Argentina.¹⁴⁹ Más allá del alcance de este análisis, antes de decidir el asunto el tribunal debe brindar a la contraparte la oportunidad de discutir si los requisitos se cumplen en el caso.¹⁵⁰

Antes de avanzar sobre el estudio de las condiciones impuestas por el CPCCN, es importante notar que las previsiones de este código en la materia sólo se aplican cuando no hay un tratado internacional que vincule el país donde el fallo fue dictado con la República Argentina.¹⁵¹ El tratado más

¹⁴⁶ “G.B., S. M.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sentencia del 10/06/2010, AR/JUR/40218/2010 (citas internas omitidas). En la misma línea “M.A.A.E. y Y.S.G. c/ M.C.B.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, sentencia del 21/03/89.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Ver “Cameron, Claudia Elizabeth s/ Exequatur”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, sentencia del 03/07/01.

¹⁴⁹ “Meier Astrid, Adelaida E. y otro”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, sentencia del 21/03/89, L.L. 1989-E-475.

¹⁵⁰ “Grado Francesco c/ Sunzeri de Di Prospero”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, sentencia del 10/09/02.

¹⁵¹ Esto es así incluso en el contexto de todos los códigos procesales locales (ver Juan Carlos Hitters “Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros”, L.L. 1996-A-954).

importante ratificado por Argentina en esta materia es la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.¹⁵² También fueron suscriptos acuerdos bilaterales con Brasil, Italia y Francia.¹⁵³ En lo que más interesa para el presente trabajo, no hay ningún tratado que vincule a la República Argentina con los Estados Unidos de América en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. De hecho, los Estados Unidos de América no son parte de ningún acuerdo internacional del género.¹⁵⁴ Por eso, cuando se trata de determinar si el consumidor de nuestro caso hipotético puede ejecutar en Argentina la sentencia obtenida en el marco de la acción de clase debemos regirnos por el art. 517 del CPCCN. Veamos cuáles son los requisitos que impone esta norma.

En primer lugar, la sentencia tiene que haber sido dictada por un tribunal competente y debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada en el país de origen.¹⁵⁵ En segundo lugar, el condenado tiene que haber sido debidamente notificado de la demanda, y el procedimiento que condujo a la sentencia debe haber respetado su garantía de debido proceso legal.¹⁵⁶ En tercer lugar, el CPCCN requiere que el fallo no afecte el orden

¹⁵² OEA, CIDIP II, Montevideo, 1979. Argentina también forma parte de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (“Convención de Nueva York”, ONU, Nueva York, 1958), pero esto no es relevante para los propósitos del presente trabajo ya que dicha convención no aplica a las sentencias judiciales.

¹⁵³ Ver Juan Carlos Hitters “*Efectos de las sentencias y de los laudos arbitrales extranjeros*”, L.L. 1996-A-954. Para una enumeración de los diferentes tratados ratificados por Argentina en este campo ver Enrique Falcón “*Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Leyes Complementarias*”, II, Abeledo-Perrot Ed., Buenos Aires, 1998, pp. 839-840.

¹⁵⁴ Jacques de Lisle y Elizabeth Trujillo “*Consumer Protection in Transnational Contexts*”, 58 Am. J. Comp. L. 135, 142-143 (2010). El reconocimiento y ejecución de fallos extranjeros en los Estados Unidos de América se rige por el derecho estatal. La mayoría de los Estados han adoptado, con algunas modificaciones, la *Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act*.

¹⁵⁵ Art. 517 inc 1° CPCCN.

¹⁵⁶ Art. 517 inc 2° CPCCN.

público argentino.¹⁵⁷ Finalmente, la decisión no debe ser incompatible con otra anterior o concomitante dictada por algún tribunal de justicia argentino.¹⁵⁸

Entre todos estos requisitos, los verdaderamente “*esenciales*” y más complejos para evaluar a la hora de resolver la petición de *exequatur* pueden ser resumidos de la siguiente manera: “*a) autenticidad; b) legalidad del proceso; c) orden público internacional. El primer presupuesto estriba en determinar si el documento acompañado es auténtico (...) En segundo lugar se verifica a través de la propia documentación acompañada si ha habido un debido proceso, lo cual se deduce cuando ha intervenido un órgano jurisdiccional y no aparece menoscabada la garantía de la defensa enjuicio; finalmente se cuida que la sentencia no vulnere el orden público*”.¹⁵⁹

b. LA HOMOLOGACIÓN EN BRASIL

El procedimiento por medio del cual una sentencia extranjera es reconocida para su ejecución en Brasil se denomina “homologación”. La Constitución Federal de 1934 dotó al Supremo Tribunal Federal (en adelante “STF”) con competencia originaria y exclusiva para homologar las decisiones dictadas por tribunales extranjeros. Dicha competencia también fue incluida en la Constitución Federal de 1988, pero el art. 105.i. (según la reforma operada en el año 2004) ha reasignado este poder ubicándolo en cabeza del Superior Tribunal de Justicia (en adelante “STJ”).¹⁶⁰

¹⁵⁷ Art. 517 inc 4° CPCCN.

¹⁵⁸ Art. 517 inc 5° CPCCN. El art. 517 inc. 3° también exige ciertos requisitos formales que deberían tenerse en cuenta, aunque no ameritan un mayor análisis para los fines de este trabajo.

¹⁵⁹ “*Meier Astrid, Adelaida E. y otro*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, sentencia del 21/03/89, L.L. 1989-E-475.

¹⁶⁰ El art 102.h. de la Constitución Federal de 1988 incluyó en la competencia originaria del Supremo Tribunal Federal “*a homologação das sentenças*

Esta particularidad representa una diferencia sustancial con el sistema argentino, donde el procedimiento de *exequatur* puede ser iniciado ante los tribunales federales u ordinarios de primera instancia. A propósito del mecanismo brasileño, Jardim de Santa Cruz Oliveira considera que su diagrama concentrado aparece importantes ventajas en términos de previsibilidad y consistencia en las resoluciones dictadas en la materia. Sin perjuicio de ello, la misma autora advierte que el STJ está afrontando una sobrecarga de casos y que por tal motivo su competencia “*debería ser restringida a importantes asuntos federales*”.¹⁶¹

El proceso de homologación se rige por la disposición constitucional ya mencionada, el art.15 de Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño¹⁶² y la resolución N° 9/2005 (dictada por el STJ luego de reforma de la CFB operada en el año 2004).¹⁶³ Al igual que el *exequatur* en Argentina,

estrangeiras e a concessão do exequatur às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”. Este poder fue transferido al STJ mediante la reforma constitucional N° 45 de 1 año 2004. El texto actual establece en su Art. 105.i. que el STJ tiene competencia para entender en “*a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias*”.

¹⁶¹ Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira “*Recognition and Enforcement of United States Money Judgments in Brazil*”, 19 N.Y. Int'l L. Rev. 1, 6-8 (2006).

¹⁶² *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, originalmente denominada, “*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*” (“Ley de Introducción al Código Civil Brasileño”), disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del4657.htm>.

El art. 15 de esta ley dice lo siguiente: “*Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:*

- a) haver sido proferida por juiz competente;*
- b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;*
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução o lugar em que foi proferida;*
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;*
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal”*

¹⁶³ Disponible en <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/368>. El Código Procesal Civil (Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973) contiene sólo un artículo sobre este tema. Su art. 483 establece que las sentencias de tribunales extranjeros solamente tendrán eficacia en Brasil luego de haber sido homologados por CSJ, y que el procedimiento

para arribar a dicha homologación será regulado por la propia CSJ. Sin embargo, cabe señalar que el proyecto de reformas que llevaría a la sanción de un nuevo código procesal civil ha sido recientemente aprobado por el Senado brasileño (el 15 de diciembre de 2010) y se encuentra a la espera de ser discutido en la otra Cámara. Este proyecto, en el cual la Prof. Teresa Arruda Alvim actuó como Relatora General, introduce algunas reformas en el área del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras que conviene tener en cuenta (si bien no parecen modificar las premisas básicas del sistema actual, ya que principalmente incorporan al código los requisitos establecidos en la Resolución N° 9/2005). El texto del Proyecto se encuentra disponible en

<http://asadip.files.wordpress.com/2010/09/anteprojeto1.pdf>. En lo que respecta al tema en análisis el proyecto contiene las siguientes disposiciones:

“Art. 878. A homologação de decisões estrangeiras será requerida por carta rogatória ou por ação de homologação de decisão estrangeira. Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Art. 879. As decisões estrangeiras somente terão eficácia no Brasil após homologadas.

§ 1º São passíveis de homologação todas as decisões, interlocutórias ou finais, bem como as não judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza jurisdicional.

§ 2º As decisões estrangeiras poderão ser homologadas parcialmente.

§ 3º A autoridade judiciária brasileira poderá deferir pedidos de urgência, assim como realizar atos de execução provisória, nos procedimentos de homologação de decisões estrangeiras.

§ 4º Haverá homologação de decisões estrangeiras, para fins de execução fiscal, quando prevista em tratado ou em promessa de reciprocidade apresentada à autoridade brasileira.

Art. 880. São passíveis de homologação as decisões estrangeiras concessivas de medidas de urgência, interlocutórias e finais.

§ 1º O juízo sobre a urgência da medida compete exclusivamente à autoridade jurisdicional requerente.

§ 2º A decisão que denegar a homologação da sentença estrangeira revogará a tutela de urgência.

Art. 881. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:

I – ser proferida por autoridade competente;

II – ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;

III – ser eficaz no país em que foi proferida;

IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

V – não haver manifesta ofensa à ordem pública.

Parágrafo único. As medidas de urgência, ainda que proferidas sem a audiência do réu, poderão ser homologadas, desde que garantido o contraditório em momento posterior.

Art. 882. Não serão homologadas as decisões estrangeiras nas hipótesis de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Art. 883. A decisão extraída dos autos da homologação será efetivada em conformidade com as regras

este procedimiento transforma el fallo extranjero en un título doméstico, y de esta manera permite a la parte interesada llevar adelante su ejecución como si fuera una sentencia dictada por un tribunal local (ejecución que tiene lugar en un procedimiento completamente diferente).¹⁶⁴ Otra similitud entre ambos sistemas puede advertirse en el alcance del análisis efectuado por el tribunal respecto de la sentencia extranjera: los jueces brasileños, como sus pares argentinos, no pueden como regla general revisar el mérito de la decisión sino tan sólo los requisitos externos y formales de la decisión.¹⁶⁵

Más allá del carácter concentrado que reviste el procedimiento de homologación en Brasil y de las recién mencionadas similitudes entre los mecanismos establecidos en ambos países, es relevante tener en consideración que existen

que regem a execução de sentença estrangeira.”

¹⁶⁴ El art. 484 del Código Civil Procesal dice que, una vez que la CSJ homologó la sentencia, su ejecución debe promoverse por medio de las mismas vías y procedimientos que se aplican a la ejecución de sentencias domésticas. De acuerdo con el art. 4 de la Resolución N° 9/2005, a su turno, ausente la homologación las sentencias extranjeras no tienen eficacia en el territorio brasileño (misma redacción del art. 483 del Código Procesal Civil). Ver Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira “*Recognition and Enforcement of United States Money Judgments in Brazil*”, 19 N.Y. Int'l L. Rev. 1, 2 (2006). Ver también Nadia de Araujo “*Dispute Resolution in MERCOSUL: The Protocol of Las Lenas and the Case Law of the Brazilian Supreme Court*”, 32 U. Miami Inter-Am L. Rev. 25, 46 (2001) (explicando que “*Si la sentencia fue dictada por una corte de justicia de algún país del MERCOSUR deberá acudir directamente a la Corte Suprema Brasileña para obtener el exequatur de la carta rogatoria. Si fue dictada por un tribunal de un país que no integra el MERCOSUR, la parte que triunfó debe buscar su homologación por parte del Presidente de la Corte Suprema*”).

¹⁶⁵ Esto, a su vez, se ve reflejado en las defensas disponibles para la parte que se opone a la pretensión de homologación. El art. 9 de la Resolución N° 9/2005 sostiene en tal sentido lo siguiente: “*Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução*” (“en el proceso de homologación de sentencias extranjeras y respecto de las cartas rogatorias, la defensa sólo podrá fundarse en la autenticidad de los documentos, el alcance de la decisión y la observancia de los requisitos establecidos por esta resolución”).

algunas diferencias menores en lo que hace a las condiciones que la sentencia extranjera debe reunir para poder ser homologada por el STJ en Brasil.

En este aspecto, el art. 5 de la Resolución N° 9/2005 contiene una lista de cuatro “*requisitos indispensables*”. Ellos son: (i) la sentencia extranjera debe haber sido dictada por una autoridad con competencia suficiente para juzgar la controversia;¹⁶⁶ (ii) las partes deben haber sido adecuadamente notificadas del inicio del proceso;¹⁶⁷ (iii) la sentencia tiene que ser definitiva y haber pasado en autoridad de cosa juzgada;¹⁶⁸ y (iv) el documento debe estar autenticado por el cónsul brasileño y ser acompañado de una traducción oficial.¹⁶⁹ Esta lista de condiciones es complementada por el art. 6 de la Resolución N° 9/2005, el cual establece que una sentencia extranjera no será homologada en Brasil si ofende “*la soberanía o el orden público*”.¹⁷⁰

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, puede advertirse que las únicas diferencias de relevancia entre el régimen argentino y el brasileño en este aspecto son dos. Por un lado, el sistema brasileño no contempla expresamente ningún requisito en términos de debido proceso legal; por el otro, este sistema también carece también de disposiciones que prohíban la homologación cuando hay otra sentencia incompatible dictada por algún tribunal local sobre la misma causa. A pesar de tales diferencias en el texto de las normas aplicables, vale destacar que los tribunales brasileños han sostenido que la vulneración de la garantía de debido proceso legal se considera implícita en

¹⁶⁶ Resolución N° 9/2005, art. 5 parr. I

¹⁶⁷ Resolución N° 9/2005, art. 5 parr. II

¹⁶⁸ Resolución N° 9/2005 art. 5, parr III (“*ter transitado em julgado*”)

¹⁶⁹ Resolución N° 9/2005, art. 5, parr. IV. El art. 3, a su turno, establece que la petición de homologación debe estar acompañada por un certificado o copia auténtica de la sentencia completa y de cualquier otro “*documento indispensable*”, todos ellos con sus pertinentes traducciones.

¹⁷⁰ Resolución N° 9/2005, art. 6 (“*soberanía ou a orden pública*”).

la noción más amplia de orden público.¹⁷¹

Una última observación antes de continuar: el derecho procesal colectivo brasileño carece de normas especiales acerca del reconocimiento y ejecución de sentencias (excepto alguna limitada regulación sobre quién tiene legitimación para petitionar la ejecución y cuál es el destino de los daños y perjuicios contenidos en la decisión cuando ese dinero debe aplicarse a la reparación de un daño global). En virtud de ello, el reconocimiento y ejecución de una sentencia colectiva dictada por un tribunal extranjero se rige en Brasil por las mismas reglas aplicables al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de tipo individual.¹⁷² Exactamente lo mismo ocurre en la República Argentina.

3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN: ANÁLISIS DE LAS DEFENSAS MÁS RELEVANTES

Dejando a un lado el requisito formal relativo a la autenticidad del documento y su traducción, las siguientes secciones de este trabajo evalúan el alcance de las tres defensas que pueden ser consideradas como las más importantes en este campo a la hora de evitar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia extranjera: (i) vulneración del “orden público”; (ii) vulneración de la garantía de debido proceso legal; y (iii) ausencia de jurisdicción de los tribunales de justicia del país donde el fallo fue dictado.

Antes de avanzar cabe hacer una breve digresión acerca de una cuestión relacionada con este tema pero que, al igual que el requisito formal de autenticación del documento, no será abordada en detalle. Ella tiene que ver con el requisito de que la decisión que se pretende ejecutar sea una “sentencia

¹⁷¹ Ver más abajo, secciones “a” y “b”.

¹⁷² Ver Carolina Gallotti “*Fase Inicial do Cumprimento de Sentença – Lei N. 11.232, de 22.12.2005*”, en Patricia Borba Marchetto “*Direito Processual Civil*”, Ed. Juarez de Oliveira, Sao Paulo, 2009, pp. 76.

definitiva”. Tanto en Argentina como en Brasil este recaudo implica que la sentencia haya adquirido efectos de *res judicata* en el país donde fue dictada, lo que significa que ninguna apelación ordinaria debe estar disponible para la parte contraria.

a.

ORDEN PÚBLICO

La idea de orden público es usualmente invocada en este contexto como argumento para justificar la negativa a aplicar ciertas leyes, incluso cuando los principios y normas de derecho internacional privado que rigen la materia sugieran que corresponde su efectiva aplicación. Se trata de un principio “*que existe en todos los sistemas legales, incluso en ausencia de precedentes específicos*”.¹⁷³

El alcance de la noción de orden público en Argentina está principalmente definido por dos disposiciones. Por un lado el art. 19 de la CNA, el cual determina que el orden y la moral pública son los límites de las acciones privadas de los hombres. Por otro lado el art. 21 del Código Civil, que refleja este concepto en el área de los contratos estableciendo que en el marco de los acuerdos entre las partes ellas no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia esté interesado el orden público y las “*buenas costumbres*”. El principio que gobierna la materia desde hace décadas es que los jueces argentinos no reconocerán ni permitirán la ejecución de una sentencia extranjera si ella supusiera una fuerte violación al derecho argentino y a los intereses por éste protegidos.¹⁷⁴

A la luz de la sentencia dictada por la CSJN en “*Halabi*” y las consiguientes similitudes existentes entre Argentina y los Estados Unidos de América respecto de la forma en que operan

¹⁷³ Osvaldo Marzorati “*Los límites del acuerdo arbitral*”, L.L. 2010-B-946.

¹⁷⁴ Enrique Falcón “*Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Leyes Complementarias*”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Tomo II, p. 842.

las acciones colectivas de tipo representativo en el campo del derecho del consumo, todo parece indicar que desde una perspectiva de orden público no debería haber problema para reconocer y ejecutar en la República Argentina la decisión obtenida por el consumidor de nuestro caso hipotético contra una empresa privada en los tribunales federales de Nueva York. Más aun, desde la reforma de la LDC operada en el año 2008 puede decirse que incluso una condena al pago de daños punitivos podría ser ejecutada en Argentina. Ello así porque el nuevo art. 52 bis de la LDC expresamente permite a los jueces imponer “multas civiles” en casos de defensa del consumidor. Sin embargo, respecto de este último punto debe tenerse presente que la ley argentina prevé un límite de 5 millones de pesos en este aspecto (aproximadamente 1.25 millones de dólares), razón por la cual resulta por lo menos dudoso si los tribunales argentinos autorizarían la ejecución de daños punitivos que superen dicha suma.¹⁷⁵

Los principios establecidos por la doctrina y los precedentes jurisprudenciales brasileños en torno a esta noción de orden público, a su turno, no son muy diferentes de los explicados hace un momento respecto de la República Argentina. En Brasil se distinguen tres niveles de orden público. El primero de ellos es fundamentalmente interno o doméstico, y está representado por aquellas reglas legales y principios que no pueden ser dejados de lado por acuerdo entre los individuos. El segundo nivel es el de derecho internacional, manifestado en disposiciones que permiten a las autoridades denegar la aplicación de normas jurídicas y fallos extranjeros

¹⁷⁵ Para una breve reseña de la nueva ley y algunas críticas al respecto ver María I. Rúa “*El daño punitivo en la reforma de la ley de Defensa del Consumidor*”, L.L. 2009-D-1253. Ver también un precedente que considera a los costos excesivos y honorarios de abogados regulados en el extranjero como una violación del orden público incluso cuando tales costos y honorarios puedan ser considerados legítimos en el país donde la sentencia fue dictada, ver “*Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor E. y otro*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E, sentencia del 20/092004, L.L. 2005-B-21.

cuando contravienen los principios del derecho interno o doméstico. Es en este nivel donde la defensa del orden público contra una pretensión de homologación debe ser analizada. Por último encontramos el tercer nivel, que describe un conjunto de principios globales aplicables a las relaciones internacionales.¹⁷⁶

El orden público de segundo nivel comprende principios y reglas tanto sustantivas como procesales. Si bien tanto el art. 15 de de la Ley Introductoria a las Normas del Derecho Brasileño como la Resolución N° 9/2005 contienen expresas disposiciones relacionadas con algunos aspectos del debido proceso (jurisdicción del tribunal que dictó la sentencia y correcta notificación del traslado de la demanda), tales cuestiones no agotan el alcance de una posible defensa basada en una violación de tan fundamental garantía constitucional. Cualquier violación al debido proceso que involucre algo más que falta de jurisdicción y una correcta notificación del traslado de demanda puede ser invocada para impedir la homologación en Brasil bajo el rótulo de vulneración al orden público.

Uno de los más importantes precedentes en este aspecto, al menos en el contexto de nuestro caso hipotético, es aquel en el cual el STF sostuvo que el uso de jurados en los juicios civiles estadounidenses no va en contra del orden público brasileño.¹⁷⁷

Aquí también, como en el caso de Argentina, las similitudes existentes entre los sistemas procesales colectivos brasileño y estadounidense en el área del derecho del consumo apuntan fuertemente hacia el rechazo de una defensa basada en vulneración del orden público en el contexto de nuestro caso hipotético.

¹⁷⁶ Ver Carmen Tiburcio “*A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras*”, en Luiz Fux, Nelson Nery Jr. y Teresa Arruda Alvim Wambier “*Processo e Constituição*”, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, pp. 209-213.

¹⁷⁷ STF, SEC 4415/EU, Tribunal Pleno, 11/12/96.

b. DEBIDO PROCESO
LEGAL

Otra razón por la cual los tribunales en Argentina y Brasil podrían negar el reconocimiento o la homologación de las sentencias extranjeras está fundada en la garantía de debido proceso legal. En Argentina, esta posibilidad está prevista expresamente en el art. 517 del CPCCN, mientras que en Brasil ha sido considerada incluida en el amplio concepto de orden público tal como vimos hace un momento.¹⁷⁸

¿Cuáles son las consecuencias que se derivan de las similitudes existentes entre los regímenes procesales colectivos de los tres países respecto de esta defensa? Analicemos primero la situación en Argentina.

Si comparamos los requisitos establecidos en la LDC y los enunciados en “*Halabi*” con aquellos impuestos por la RFPC 23 y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el precedente “*Phillips Petroleum v. Shutts*”, podremos advertir que son bastante similares.¹⁷⁹ De hecho, el sistema argentino podría ser considerado más estricto que el estadounidense ya que para garantizar el debido proceso legal

¹⁷⁸ Aun cuando en Argentina esta defensa se encuentra explícitamente enumerada en el art. 517 del CPCCN, algunos tribunales han sostenido, en la misma línea que sus pares brasileños, que el principio de debido proceso legal “*integra el orden público nacional*” (ver en tal sentido “*Ogden Entertainment Services Inc. c. Eijo, Néstor E. y otro*”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala E, 20/09/2004, L.L. 2005-B-21).

¹⁷⁹ Pero ver también Debra L. Bassett “*Implied ‘Consent’ to Personal Jurisdiction in Transnational Class Litigation*”, 2004 Mich. St. L. Rev. 619 (argumentando que “*la presencia de actores no estadounidenses en litigios de clase exige protecciones adicionales para no vulnerar el debido proceso. En particular, este artículo concluye que las nociones tradicionales de consentimiento a la jurisdicción personal no sobreviven el escrutinio a que debe ser sometidos las acciones de clase transnacionales, las cuales requieren un procedimiento de optar por entrar a la clase para poder vincular a los miembros del grupo que no son estadounidenses por medio de una sentencia de clase dictada por una corte estadounidense*”).

de los miembros del grupo “*Halabi*” exige aun más que una representación adecuada, notificaciones y el derecho de autoexclusión (requisitos impuestos por “*Shutts*” y las decisiones que siguieron sus aguas).

Debido a estas particularidades, un tribunal argentino que enfrente una sentencia colectiva como la de nuestro caso hipotético en el marco de un procedimiento de *exequatur* no debería tener problemas serios para descartar defensas basadas en vulneraciones al debido proceso cuando ellas estén fundadas en las características del mecanismo procesal utilizado para arribar a la decisión.

Avancemos ahora sobre Brasil. Allí, la defensa basada en vulneraciones al debido proceso legal no está expresamente prevista en la legislación con carácter general. Esta legislación, como vimos, sólo contempla dos supuestos específicos en la materia: (i) la ausencia de una adecuada notificación del traslado de demanda; y (ii) la ausencia de jurisdicción del tribunal de justicia que dictó el fallo. Sin embargo, como también expliqué en la sección anterior de este trabajo, la posibilidad de invocar vulneraciones al debido proceso más allá de tales supuestos específicos “*está ciertamente incluida*” en el principio de orden público.¹⁸⁰

Sucede que la garantía de debido proceso legal se encuentra reconocida en el art. 5, LIV de la CFB, y abarca algunos corolarios de importancia como el derecho a poder desplegar una defensa adecuada del caso, contradecir los argumentos y la prueba producida por la parte contraria, y obtener decisiones motivadas.¹⁸¹ Dentro de este contexto, a la luz de las principales características del sistema procesal colectivo brasileño es altamente probable que no se encuentren

¹⁸⁰ Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira “*Recognition and Enforcement of United States Money Judgments in Brazil*”, 19 N.Y. Int’l L. Rev. 1, FN 189 (2006).

¹⁸¹ Ver Carmen Tiburcio “*A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras*”, en Luiz Fux, Nelson Nery Jr. y Teresa Arruda Alvim Wambier “*Processo e Constituição*”, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2006, p. 221.

dificultades para homologar y luego ejecutar en San Pablo la sentencia obtenida por el consumidor de nuestro caso hipotético.

Claro que si el contexto fuera otro, la situación sería diferente. En el supuesto de tratarse de una sentencia colectiva adversa al grupo de consumidores afectados, la corporación que busque homologar una decisión del género para oponerla a los consumidores brasileños muy probablemente se vería impedida de hacerlo. Lo que ocurre es que, en este escenario hipotético alternativo, el sistema de cosa juzgada *pro et contra* establecido en los Estados Unidos de América difícilmente pueda considerarse respetuosa del debido proceso legal brasileño. Ello así por cuanto, como ya hemos analizado, las sentencias colectivas dictadas en Brasil sólo pueden beneficiar a los miembros ausentes de la clase, pero nunca perjudicar sus derechos individuales.

c. JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL QUE DICTÓ LA SENTENCIA

Aun cuando podría considerarse como parte integrante del debido proceso legal, tanto en Argentina como en Brasil la falta de jurisdicción apropiada en cabeza del tribunal a cargo del proceso donde se dicta la sentencia extranjera se encuentra expresamente contemplada como una defensa en contra de su reconocimiento u homologación y eventual ejecución.

Resulta interesante ver cómo esto configura un punto más de convergencia con el sistema estadounidense, donde la falta de jurisdicción es una defensa disponible para evitar el reconocimiento en un Estado de las decisiones tomadas por tribunales de justicia de otro Estado (reconocimiento que, de otro modo, se produce casi automáticamente a la luz de la *Full Faith and Credit Clause*, art. IV de la Constitución Federal de

los Estados Unidos de América).¹⁸²

En Argentina y Brasil este tema es evaluado a la luz del principio internacional de jurisdicción concurrente.¹⁸³ Esto significa que el fallo extranjero debe haber sido dictado por un tribunal que, de acuerdo con los principios de derecho internacional privado vigentes en ambos países, tuviera jurisdicción suficiente para adjudicar la disputa. La única excepción a este principio en Brasil puede encontrarse en el art. 89 del CPCB, el cual acuerda el Poder Judicial jurisdicción exclusiva sobre casos que conciernan bienes inmuebles situados en ese país y ciertos asuntos relacionados con procesos sucesorios. En el caso de Argentina, su Código Civil contiene la misma excepción con respecto a los bienes inmuebles¹⁸⁴ y también una disposición que hace obligatoria la jurisdicción argentina cuando una persona muere dejando sólo un heredero y éste se domicilia en territorio del país.¹⁸⁵

Volviendo a Brasil, encontramos en el art. 88 del CPCB ciertas disposiciones específicas en materia de jurisdicción internacional. De acuerdo con este artículo, los tribunales brasileños tienen competencia para adjudicar disputas

¹⁸² “Art. IV: Full faith and credit shall be given in each State to the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. And the Congress may by general laws prescribe the manner in which such acts, records and proceedings shall be proved, and the effect thereof”. Ver “*Faunterloy v. Lum*”, 210 US 230, 236 (1908), citando la doctrina clásica de Marshall en la materia y considerándola “correcta” en un caso en el cual la causa de la pretensión que llevó al dictado de la sentencia era ilícita según las leyes del Estado en las cuales se buscaba el reconocimiento de la decisión).

¹⁸³ Ver Enrique Falcón “*Comentario al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y Leyes Complementarias*”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, Tomo II, p. 840; Maria Angela Jardim de Santa Cruz Oliveira “*Recognition and Enforcement of United States Money Judgments in Brazil*”, 19 N.Y. Int'l L. Rev. 1, 12 (2006).

¹⁸⁴ Art. 10 del Código Civil. Para una versión en inglés del Código ver Julio Romanach Jr. “*Civil Code of Argentina*”, Lawrence Publishing Co., Baton Rouge, 2001.

¹⁸⁵ Art. 3285 del Código Civil. Hay otras disposiciones relativas al juicio de divorcio pero no son relevantes a los propósitos de este trabajo.

internacionales en tres situaciones: (i) cuando el demandado se encuentra domiciliado en territorio brasileño, sin perjuicio de cual sea su nacionalidad;¹⁸⁶ (ii) cuando la obligación tiene que ser cumplida allí;¹⁸⁷ y (iii) cuando la causa de acción proviene de un hecho ocurrido en ese territorio.¹⁸⁸ Esta norma también contiene un párrafo especial por el cual las empresas extranjeras se consideran domiciliadas en Brasil si cuentan con una filial o compañía subsidiaria establecida en dicho territorio.

En Argentina no existe ninguna disposición similar en materia de jurisdicción internacional. Sin embargo, la CSJN ha sostenido que la solución adecuada está en reconocer “*una pluralidad simultánea de foros para garantizar el derecho de las partes de acceder a la justicia*”. La Corte también ha sostenido que en ausencia de una solución más específica y convencional la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos se justifica “*a fin de dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes y asegurar, de ese modo, el derecho de las partes a acceder a la justicia*”.¹⁸⁹

Ambos países adoptan una concepción amplia en torno a esta cuestión jurisdiccional y no se advierten en principio mayores problemas derivados del hecho de tratarse de una sentencia colectiva. Más aun, todo indica que no debería haber problemas para reconocer y ejecutar la decisión del consumidor de nuestro caso hipotético si tenemos en cuenta que la competencia de los tribunales federales de Nueva York (basada principalmente en el test establecido en “*International Shoe*” y los precedentes que siguieron su línea)¹⁹⁰ sería aceptable en Argentina y Brasil porque llevaría a una solución similar a la

¹⁸⁶ Art. 88, par. I del CPCB.

¹⁸⁷ Art. 88, par. II del CPCB.

¹⁸⁸ Art. 88, par. III del CPCB.

¹⁸⁹ Ver “*Cri Holding Inc. c/ Compañía Argentina de Comodoro Rivadavia S.A. s/ exhorto*”, CSJN, sentencia del 03/11/09, *Fallos* 332:2435; y “*Holiday Inns Inc. c/ Ebsa Exportadora Buenos Aires S.A.*”, CSJN sentencia del 05/04/05, *Fallos* 328:742.

¹⁹⁰ “*International Shoe Co. v. Washington*”, 326 U.S. 310 (1945).

que podría obtenerse en caso de aplicar los principios generales vigentes en ambos países (lugar donde la compañía tiene su domicilio social y donde además lleva a cabo parte de su actividad).

V. COMENTARIOS FINALES: OBJETIVOS COMUNES DE POLÍTICA PÚBLICA Y COORDINACIÓN DE LITIGIOS PARALELOS EN UNA SOCIEDAD DE MASAS

A lo largo de este trabajo he discutido diversas cuestiones. En primer lugar abordé las principales características de los mecanismos procesales colectivos de tipo representativo vigentes en la República Argentina, Brasil y los Estados Unidos de América para hacer frente a conflictos que involucran grupos de usuarios y consumidores. Luego comparé tales características y sostuve que estos mecanismos comparten ciertas características centrales, a pesar de las diferentes tradiciones legales que informan el contexto donde han sido diagramados e implementados. Finalmente, sostuve que dichas similitudes convergen en gran medida para hacer más probable que no el reconocimiento y ejecución, en Argentina y Brasil, de sentencias colectivas dictadas por un tribunal federal de los Estados Unidos de América a favor de consumidores y en contra de empresas privadas bajo el régimen de la RFPC 23. A la hora de las conclusiones me gustaría agregar un par de comentarios finales.

El primero de ellos se relaciona con otra característica fundamental compartida por los sistemas legales analizados: los objetivos de política pública que subyacen la implementación de este tipo de mecanismos procesales. Sucede que en mayor o menor medida todos persiguen las siguientes finalidades: (i) proveer un medio a fin de obtener la solución definitiva del conflicto para todas las partes

involucradas; (ii) producir grandes ahorros de recursos en el sistema de administración de justicia; (iii) poner a disposición de los ciudadanos un mecanismo eficaz de acceso al (alarmantemente costoso) sistema judicial;¹⁹¹ y (iv) desalentar conductas ilícitas colectivas a través de la efectiva protección de los derechos involucrados.

Las mencionadas finalidades de política pública se imponen aun frente a las diferencias que existen entre las tradiciones jurídicas y culturales que informan la sociedad de los Estados Unidos de América, Argentina y Brasil. Es que la principal causa que subyace la problemática de la tutela colectiva en el derecho del consumo (y probablemente también en otros contextos) va más allá de tales diferencias y puede encontrarse en la forma en que los negocios se llevan a cabo en el mundo contemporáneo.

¹⁹¹ Respecto a la situación en los Estados Unidos de América ver el Informe de la Corporación de Servicios Legales “*Documenting the Justice Gap in America*”, disponible en http://www.lsc.gov/pdfs/documenting_the_justice_gap_in_america_2009.pdf (mostrando que, de acuerdo con los estudios realizados a nivel estatal, menos de uno de cada cinco de los problemas legales experimentados por gente de bajos recursos son enfrentados con la ayuda de un abogado). Debe mencionarse que los programas financiados por dicha corporación no pueden iniciar acciones de clase debido a una prohibición establecida por el Congreso (ver Helaine M. Barnett “*Justice for All: Are we Fulfilling the Pledge?*”, 41 Idaho L. Rev. 403; Jessica A. Roth “*It is Lawyers We are Funding: A Constitutional Challenge to the 1996 Restrictions on the Legal Services Corporation*”, 33 Harv CR-CL L Rev 107, 156 (1998); Francisco Verbic “*La irrazonable restricción que impide a programas financiados con fondos federales brindar asistencia jurídica gratuita mediante acciones de clase en los Estados Unidos de América*”, Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni, 2011-2). En lo que respecta a la República Argentina, ver la investigación empírica realizada por Roberto O. Berizonce “*Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia*”, E.D. 114-860 (demostrando que los costos de los procesos judiciales ascienden aproximadamente al 61% del contenido económico total de la disputa); en términos más generales ver María S. Sagüés “*Falencias del Acceso a la Justicia en la Tutela del Consumidor en Argentina: Problemáticas y Perspectivas*”, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/32/pr/pr6.pdf> (discutiendo las barreras de acceso a la justicia y sugiriendo algunas posibles maneras de enfrentar el problema).

Como explica Taruffo, el aumento del comercio transnacional ha cambiado dramáticamente las características de los conflictos a resolver por el Poder Judicial.¹⁹² La globalización de la economía, la producción masiva de bienes y servicios y la consiguiente aparición de empresas multinacionales haciendo negocios en todo el planeta han establecido un escenario donde (cada vez con mayor frecuencia) miles de personas se ven afectadas en forma similar sin importar los límites políticos territoriales. Para hacer frente a este fenómeno, los tres países han decidido ya que hay buenos argumentos para justificar el uso del litigio colectivo de tipo representativo en las democracias constitucionales contemporáneas. Aun mas, han decidido también que las ventajas que aparejan este tipo de litigios superan sus aspectos negativos. Y por ello cuentan con regulaciones especiales en la materia.

Desde una perspectiva comparativa podemos ver en lo que acabo de mencionar otro punto de conexión entre la tradición continental europea y el *common law* en este campo del derecho procesal civil. El fenómeno más llamativo es que el contexto económico globalizado a que hicimos referencia ha profundizado el salto desde un modelo de adjudicación individual de conflictos hacia uno de tipo colectivo en una forma que los profesores de derecho, abogados y jueces probablemente jamás hubieran imaginado.

Algunos podrán decir que este tipo de procesos colectivos de tipo representativo está atravesando una fase experimental y de pleno desarrollo en la República Argentina.

¹⁹² Ver Michele Taruffo “*Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective*”, 11 Duke J. Comp. & Int'l L. 405, 420-421 (2001) (remarcando que “en un mundo globalizado, un creciente número de relaciones y situaciones jurídicas no puede ser más interpretado sólo en el contexto del Estado-Nación o bien de sistemas jurídicos nacionales. Muchas cuestiones legales y transacciones que solían ser típicamente nacionales en el pasado, o aun de menor escala, ahora se convierten frecuentemente en problemas legales a nivel transnacional y en ciertas oportunidades alcanzan nivel mundial”).

Y ello puede ser verdad. Sin embargo, tanto el texto de la CNA luego de la reforma de 1994 como la sentencia dictada por la CSJN en “*Halabi*” han brindado fuertes fundamentos constitucionales al sistema. Dicha decisión judicial, de hecho, produjo un aceleramiento en el proceso de consolidación de esta área del derecho. Tan es así que el dictado de una regulación adecuada en la materia aparece como algo inexorable en un futuro cercano. Con respecto a Brasil, en cambio, encontramos más de 20 años de práctica con este tipo de mecanismos procesales. Caracterizado también por una fuerte raíz constitucional, el procedimiento civil colectivo brasileño ha evolucionado tan rápido y consistentemente que en la actualidad hay un fuerte movimiento hacia su codificación. Tanto las reglas brasileñas como las argentinas, a su vez, han sido sin duda influenciadas por las acciones de clase estadounidenses. Si bien la RFPC 23 no encuentra explícitas raíces en el texto de la Constitución de los Estados Unidos de América, muchos precedentes de la Corte Suprema de dicho país han sujetado la legitimidad constitucional del mecanismo al cumplimiento de fuertes condiciones en materia de debido proceso legal.¹⁹³

De allí que, tal como sostuve en la Parte III de este trabajo, la confluencia entre los tres sistemas analizados también puede observarse en que: (i) la principal preocupación gira en torno a cómo proteger los derechos de los miembros ausentes de la clase; y (ii) si bien de diferentes maneras, todos ellos enfrentan dicha preocupación primero y principalmente en términos de debido proceso legal y reaseguros procesales para proteger tal garantía. En otras palabras, los tres países consideran que la legitimidad de sus sistemas procesales colectivos encuentra raíces en la Constitución Federal, y todos ellos han estado de acuerdo en sacrificar una porción de la

¹⁹³ Ver “*Hansberry v. Lee*”, 311 US 32 (1940); “*Phillips Petroleum Co. v. Shutts*”, 472 US 797 (1985); and “*Amchem Products, Inc. v. Windsor*”, 521 US 591 (1997).

autonomía individual de los miembros de la clase para obtener un mayor bien común.

El segundo y último comentario que quiero presentar tiene que ver con los problemas que pueden surgir en situaciones que involucran múltiples procesos colectivos iniciados en diferentes países con el fin de obtener sentencia sobre un mismo conflicto transnacional. El caso hipotético presentado al principio de la Parte IV de este trabajo fue iniciado exclusivamente en los Estados Unidos de América y por parte de un solo legitimado. Sin embargo es evidente que los hechos que dan lugar al conflicto permitirían la existencia de litigios paralelos y superpuestos, no sólo dentro de los Estados Unidos sino también en Argentina y Brasil.¹⁹⁴ Una vez más, la principal razón de esta particularidad puede encontrarse en las prácticas comerciales contemporáneas ya descriptas.

El problema de litigios colectivos paralelos y superpuestos no es ajeno al sistema de acciones de clase estadounidense. Ello se debe en gran medida a la ausencia de reglas sobre litispendencia en un contexto de estructura política federal (lo cual permite que exista superposición entre acciones de clase federales, acciones de clase estatales, y acciones de clase federales y estatales). Como explicaba Miller a mediados del año 1990, la solución del problema que dispara este fenómeno de superposición de procesos requiere arribar a un compromiso entre dos valores: una aplicación eficiente de la ley y el respeto a los principios de múltiple soberanía inherentes al sistema federal.¹⁹⁵

Soy consciente que la tensión entre tales valores resultaría en principio aun más fuerte en casos internacionales

¹⁹⁴ Es probable que tanto los tribunales argentinos como sus pares brasileños tengan competencia para juzgar las acciones de la compañía si una acción de clase fuera iniciada en cualquiera de dichos países.

¹⁹⁵ Geoffrey P. Miller "Overlapping Class Actions", 71 N.Y.U. L. Rev. 514, 516-517 (1996).

que involucren grupos de personas afectadas domiciliadas en diversos países, lo cual –a su turno- puede tornar sumamente complicado el logro de los acuerdos necesarios para manejar la coordinación de aquellos procesos colectivos que puedan surgir en este contexto. Sin embargo, en un mundo caracterizado por el comercio global y las ventas por Internet parece evidente que ha llegado el tiempo de discutir posibles mecanismos para coordinar litigios agregados transnacionales. Mecanismos que por un lado serían útiles para evitar los problemas y preocupaciones que giran en torno al *forum shopping* y la incompatibilidad de normas procesales entre los diferentes sistemas;¹⁹⁶ y por el otro también permitirían arribar a soluciones colectivas más sólidas y eficientes en materia de conflictos masivos.¹⁹⁷



¹⁹⁶ Para un ejemplo relativamente reciente de los problemas implicados en las acciones de clase que involucran personas de diferentes países ver “*In re Vivendi Universal, S.A. Securities Litigation*”. La clase en este caso es descripta de la siguiente manera: “*Si eres de los Estados Unidos de América, Francia, Inglaterra u Holanda y compraste o adquiriste acciones ordinarias o American Depository Shares de Vivendi Universal S.A. entre el 30 de Octubre de 2000 y el 14 de Agosto de 2002 eres miembro de esta acción de clase*” (ver <http://www.vivendiclassaction.com>).

¹⁹⁷ Nuevamente, pienso que la experiencia que tienen los Estados Unidos de América en materia de litigio paralelo puede aportar pautas interesantes para seguir en la materia. Algunos de los instrumentos actualmente empleados para lidiar con la coordinación de acciones de clase interestatales son: *Class Actions Fairness Act*, 28 USC 1711 y ss. (2005); (ii) *Removal*, 28 USC 1441(a); (iii) *Multidistrict Litigation*, 28 USC 1407(a); (iv) *Full Faith and Credit Clause*, art. IV, Sección 1 de la Constitución federal estadounidense; (v) *Full Faith and Credit Act*, 28 USC 1738; y (vi) *Anti-Injunction Act*, 28 USC 2283.