



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

TESIS DE MAGISTER EN DERECHO

CON ORIENTACIÓN EN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

DERECHO DEL CONSUMIDOR, DAÑOS MASIVOS Y ACCIONES DE
INCIDENCIA COLECTIVA

GUILLERMO CRISTIAN RÍOS

BAHÍA BLANCA

ARGENTINA

2014



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR

TESIS DE MAGISTER EN DERECHO

CON ORIENTACIÓN EN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

DERECHO DEL CONSUMIDOR, DAÑOS MASIVOS Y ACCIONES DE
INCIDENCIA COLECTIVA

GUILLERMO CRISTIAN RÍOS

BAHÍA BLANCA

ARGENTINA

2014

PREFACIO

Esta Tesis se presenta como parte de los requisitos para optar al grado Académico de Magister en Derecho con Orientación en Análisis Económico del Derecho, de la Universidad Nacional del Sur y no ha sido presentada previamente para la obtención de otro título en esta Universidad u otra. La misma contiene los resultados obtenidos en investigaciones llevadas a cabo en el ámbito del Departamento de Derecho durante el período comprendido entre el 25/08/2009 y el 04/07/2014 bajo la dirección del Doctor Matías Irigoyen Testa.

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR
Secretaría General de Posgrado y Educación Continua

La presente tesis ha sido aprobada el 04/12/2014, mereciendo la calificación de 10
(Sobresaliente)

DEDICATORIA

Dedico esta tesis a mi querida madre, Susana, quien me acompañó paciente y amorosamente durante el transcurso de su realización.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco al Dr. Matías Irigoyen Testa por la guía y dirección de este trabajo. A las autoridades de la Universidad Nacional del Sur, que contribuyeron mediante una Beca de Iniciación a la Investigación para Egresados otorgada en el año 2009. A las autoridades del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur y de la carrera de Maestría de Derecho que generosamente me abrieron las puertas para iniciar y desarrollar esta investigación y gracias a quienes pude efectuar un abordaje interdisciplinario que en otras circunstancias no habría sido posible realizar. A los integrantes de los Grupos de Investigación “Análisis Jurídico y Económico de los Derechos del Consumidor” y “Análisis Económico del Derecho de Daños: Incentivos e Instituciones Jurídicas”, en cuyo ámbito se expusieron y debatieron muchas de las ideas aquí plasmadas. Finalmente, a las señoritas bibliotecarias del Departamento de Derecho (Luciana y Ana) y a las señoritas bibliotecarias de la Embajada de los Estados Unidos en Buenos Aires por el tiempo empleado en la búsqueda de material.

RESUMEN

El objetivo principal de esta investigación consiste en describir las funciones sociales que realizan las reglas en materia de acciones de incidencia colectiva en el Derecho del consumidor argentino. Los objetivos específicos son:

1.- Identificar las funciones sociales que esas reglas fomentan acudiendo a la metodología que brinda el Análisis Económico del Derecho en su vertiente *positiva*.

2.- Analizar los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional argentina, la Ley de Defensa del Consumidor, las reglas jurisprudenciales que emanan del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Halabi” y los principales estatutos provinciales.

3.- Completar las lagunas jurídicas que puedan identificarse en ese sistema, contemplando otras normas en el Derecho argentino, normas del Derecho comparado, normas de proyectos de ley y doctrina.

4.- Caracterizar e identificar distintas funciones sociales que promueven esas normas, tales como el acceso a la justicia, la prevención de daños, la compensación de los damnificados, la reducción en los costos de administración del proceso y la eficiencia.

En este trabajo demostraremos las siguientes hipótesis principales:

1.- Las conductas de los consumidores, usuarios y proveedores inciden sobre la probabilidad y gravedad de los daños masivos.

2.- Las reglas del Derecho procesal inciden sobre la conducta de los consumidores afectados, proveedores, asociaciones de defensa de los consumidores, otros legitimados colectivos y operadores del Derecho (abogados, jueces y fiscales).

3.- El proceso civil clásico o individual es una herramienta ineficaz para dar cumplimiento a ciertos objetivos sociales al menos en dos situaciones problemáticas: los daños de menor cuantía, característicos de las relaciones de consumo y los daños masivos.

4.- El instituto de las acciones de incidencia colectiva, regulado en la Ley de Defensa del Consumidor es un instrumento que promueve distintas funciones sociales: acceso a la justicia, la prevención y reparación de daños, la reducción de costos de administración y la resolución eficiente de los conflictos colectivos.

5.- Las alternativas existentes en materia de legitimación, facultad de optar por la exclusión del proceso, extensión de los efectos de la cosa juzgada, notificación, obligatoriedad de la mediación prejudicial, requisito de pluralidad relevante, regulación de honorarios, costas y pautas para la reparación económica impiden efectuar una descripción unívoca de los efectos

sociales de las acciones de incidencia colectiva y obligan a describir un amplio sistema de consecuencias que las distintas reglas jurídicas provocan.

ABSTRACT

The main goal of this investigation is to describe the social functions that rules about class actions in Argentine Consumer Law promote. The specific goals are:

1.- To identify the social functions that those rules promote by using the positive Economic Analysis of Law method.

2.- To analyze articles 42 and 43 of the Argentine National Constitution, Argentine Consumer Statute, the judicial doctrine of Supreme Court's leading case "Halabi" and the main province statutes.

3.- To fill the legal gaps that could be identified in the system, considering other rules in Argentine Law, Compare Law, Statute Law projects and doctrine.

4.- To characterize and identify different social functions that those rules promote, such as access to Justice, deterrence, compensation, reduction in administrative costs and efficiency.

In this work we will demonstrate the following main hypothesis:

1.- Customers and suppliers' conducts affect the probability and gravity of mass torts.

2.- Procedural rules affect the conduct of customers, victims, suppliers, consumer associations, other individuals with standing to sue and legal professionals (attorneys, judges and prosecutors).

3.- The classical or individual Civil Procedure is an inadequate tool to give accomplishment to certain social goals at least in two problematic situations: small claims, characteristic of consumer relationships, and mass torts.

4.- The class action regulated in the Consumer Statute is a tool which promotes different social functions: access to Justice, deterrence and compensation, reduction of administrative costs, and efficient solution of conflicts.

5.- The alternatives which exist in standing, opting out, res judicata, notification, mandatory prejudicial settlement, numerosity, legal fees, costs and rules of restitution make impossible to give an univocal description of the social effects of class actions and oblige to describe a wide system of consequences promoted by different legal rules.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	12
<u>II. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. DERECHO COMPARADO</u>	15
II.1. Acciones de incidencia colectiva y tutela del consumidor	15
II.2. Evolución en el Derecho argentino	21
II.3. Evolución en el Derecho Comparado	24
II.3.1. <i>Class actions</i> en Estados Unidos	25
II.3.2. Acciones colectivas y tutela de los consumidores en Brasil	32
II.3.3. Acciones de clase y tutela de los consumidores o usuarios en España	34
II.4. Estado actual de la cuestión. El Análisis Económico del Derecho Procesal y su aplicación al ámbito de las acciones de incidencia colectiva	37
II.4.1. Análisis Económico del Derecho Procesal	38
II.4.2. Presupuestos del Análisis Económico del Derecho. Problemas de aplicación	41
II.4.3. El Análisis Económico de los Procesos Colectivos	44
III. MICRODAÑOS Y DAÑOS MASIVOS	48
III.1. Introducción	48
III.2. Evolución y estado actual de la cuestión	48
III.3. Incentivos privados y promoción de acciones judiciales	49
III.3.1. En general	50
III.3.2. Crítica	51
III.3.3. Racionalidad, consumidores y litigantes	52
III.4. La divergencia entre los incentivos privados y el bienestar de la sociedad	55
III.5. Particularidades en materia de lesiones al consumidor y microdaños	58
III.6. El beneficio de gratuidad en la Ley de Defensa del Consumidor	60
III.6.1. Antecedentes	61
III.6.2. La reforma de la ley 26.361	61
III.6.3. Interpretación restringida del beneficio de justicia gratuita	62
III.6.4. Interpretación amplia del beneficio de justicia gratuita	63
III.6.5. Una visión alternativa	64
III.6.6. En la provincia de Buenos Aires	65
III.7. Costos y beneficios en las acciones de consumo	65
III.8. El interés social en la acción individual del consumidor	68
III.9. Daños masivos. El colapso de los tribunales	69
III.9.1. Introducción	69
III.9.2. Intereses colectivos o difusos, daño colectivo, e intereses individuales	70
Homogéneos	70
III.9.3. Daño masivo	72
III.9.4. <i>Mass torts</i>	77
III.9.5. Caracterización y clasificación del <i>mass tort</i> . Los problemas que importa para el sistema de administración de justicia	80
III.9.6. La tormentosa relación entre <i>mass torts</i> y <i>class actions</i>	82
III.9.7. Dificultades y críticas	84
III.9.8. En defensa de las <i>mass torts class actions</i>	85
III.10. Acciones de incidencia colectiva y daños masivos en el Derecho argentino	87
III.11. Conclusiones	89
IV. OBJETIVOS Y FUNCIONES VINCULADOS A LAS ACCIONES DE INCIDENCIA COLECTIVA	91
IV.1. Introducción	91
IV.2. Evolución y estado actual de la cuestión	91
IV.3. Origen y características de los objetivos. Distinción con las funciones sociales	92
IV.4. Objetivos valiosos vinculados a las acciones de incidencia colectiva	97
IV.4.1. Daños insignificante y acceso a Justicia	97
IV.4.2. Reparación de daños	100
IV.4.3. Desaliento de prácticas antijurídicas. Prevención de daños	103

IV.4.4. Reducción de costos administrativos	105
IV.4.5. Eficiencia. Minimización de costos sociales	106
IV.4.6. Otros objetivos	107
IV.5. Conclusiones	109
V. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y REPRESENTATIVIDAD ADECUADA	110
V.1. Introducción	110
V.2. Evolución y estado actual de la cuestión	111
V.3. Concepto	111
V.4. Legitimación en las acciones colectivas. Reglas aplicables en el Derecho argentino	113
V.4.1. El afectado, consumidor o usuario	115
V.4.2. El Defensor del Pueblo	115
V.4.3. Las asociaciones de consumidores	116
V.4.4. La autoridad de aplicación nacional o local	117
V.4.5. El Ministerio Público Fiscal	118
V.4.6. Las provincias no están legitimadas para representar a sus ciudadanos	118
V.5. Otras reglas no contempladas en el Derecho argentino	119
V.6. Otros sujetos intervinientes en el proceso	120
V.7. Legitimación activa y funciones sociales. Acceso a Justicia	121
V.8. Legitimación activa y eficiencia	124
V.9. A quiénes conferir legitimación	131
V.10. Representatividad adecuada en el Derecho argentino	133
V.11. Representatividad adecuada en el Derecho extranjero y proyectado	134
V.12. Representatividad adecuada y problemas de agencia	136
V.12.1. Relación de agencia	136
V.12.2. Relación de agencia y <i>class actions</i> en Estados Unidos	138
V.12.3. Sobre la necesidad de controlar la adecuada representatividad en un sistema de cosa juzgada <i>secundum eventum litis</i>	145
V.12.4. Criterios aplicables en el control judicial de la representación adecuada	148
V.13. Conclusiones	150
VI. COSA JUZGADA. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA	152
VI.1. Introducción	152
VI.2. Evolución y estado actual de la cuestión	152
VI.3. Concepto de cosa juzgada	153
VI.4. Cosa juzgada <i>erga omnes pro et contra</i>	156
VI.5. Cosa juzgada <i>secundum eventum litis</i>	156
VI.5.1. El Código Brasileño. El Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica	157
VI.5.2. La Ley de Defensa del Consumidor	158
VI.5.3. El Código Bonaerense de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios	160
VI.5.4. La extensión de la cosa juzgada en la doctrina "Halabi"	161
VI.6. Análisis Económico de la cosa juzgada	161
VI.7. Extensión de los efectos de la sentencia en los procesos colectivos. Cosa juzgada <i>pro et contra versus</i> cosa juzgada <i>secundum eventum litis</i>	163
VI.7.1. Extensión de los efectos de la cosa juzgada. Analogía entre la acción de incidencia colectiva y los bienes públicos	163
VI.7.2. La opción entre una extensión <i>pro et contra</i> y una limitada a los casos en que la sentencia hace lugar a la pretensión	168
VI.8. El caso del acogimiento (o rechazo) <i>parcial</i> de la demanda	175
VI.9. Conclusiones	176
VII. REGLAS PARA LA INTEGRACIÓN DEL GRUPO	179
VII.1. Introducción	179
VII.2. Evolución y estado actual de la cuestión	179
VII.2.1. <i>Class Actions</i> en Estados Unidos	179
VII.2.2. Derecho español	181
VII.2.3. Acciones colectivas en Brasil	182

VII.2.4 Derecho argentino	182
VII.2.4.1 La Ley de Defensa del Consumidor	182
VII.2.4.2 Código Bonaerense de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios	183
VII.2.4.4 Un precedente que se aparta de la tendencia expuesta	183
VII.3. La alternativa entre la inclusión voluntaria y la incorporación compulsiva	184
VII.3.1. Mecanismo para reducir costos de transacción	185
VII.3.2. Dos interpretaciones jurídicas con consecuencias que se apartan de los objetivos pretendidos y descriptos anteriormente	187
VII.3.3. Propuesta de un sistema de <i>opt-in</i> en materia de acuerdos	188
VII.4. Facultad de exclusión de la clase	189
VII.4.1. En el Derecho de Estados Unidos	189
VII.4.2. En el Derecho argentino	190
VII.5. Conclusiones	195
VIII. COSTOS, BENEFICIOS E INCENTIVOS	197
VIII.1. Introducción	197
VIII.2. Evolución y estado actual de la cuestión	197
VIII.3. Responsabilidad por los honorarios del abogado del representante	208
VIII.3.1. Responsabilidad de los integrantes de la clase por los honorarios del abogado	208
VIII.3.2. Financiación por parte de terceros	211
VIII.3.3. Pacto de cuota litis (<i>contingent fees</i>)	212
VIII.4. Responsabilidad por las costas del adversario	213
VIII.4.1. Responsabilidad del abogado de la clase por las costas del adversario	214
VIII.4.2. Seguro	215
VIII.4.3. Financiación pública o de terceros	215
VIII.4.4. Modificación o abandono de la condena en costas al vencido	216
VIII.4.5. Acerca de la posibilidad de replicar el modelo de las acciones de clase estadounidenses en el Derecho argentino	218
VIII.5. Beneficio de gratuidad	223
VIII.6. Legitimación amplia	227
VIII.7. La actuación del Estado	233
VIII.8 Costos y beneficios en la actuación de los legitimados institucionales	234
VIII.9. Conclusiones	238
IX. OTRAS CUESTIONES PROCESALES	242
IX.1. Introducción	242
IX.2. Evolución y estado actual de la cuestión	242
IX.3. Certificación. Pluralidad relevante	242
IX.3.1. El requisito de la pluralidad en el Derecho comparado	243
IX.3.2. El requisito de pluralidad en el Derecho argentino	246
IX.3.3. Los fundamentos de la regla en estudio	248
IX.4. Existencia de cuestiones comunes	250
IX.5. Subclases	253
IX.6. Mecanismos de notificación y de publicidad	254
IX.7. Litispendencia y registros de procesos colectivos	258
IX.8. Mediación y conciliación	261
IX.9. Procedimiento aplicable	267
IX.10. El rol del juez	270
IX.11. Conclusiones	272
X. PAUTAS PARA LA REPARACIÓN ECONÓMICA	274
X.1. Introducción	274
X.2. Evolución y estado actual de la cuestión	275
X.2.1. Derecho comparado. <i>Class Actions</i> en Estados Unidos	276
X.2.2 Liquidación y ejecución individual	277
X.2.3 <i>Fluid Recovery</i> o <i>Cy Pres.</i> Modalidades	278
X.2.4 Mecanismos de alteración del precio del producto o servicio (<i>fluid recovery</i>)	279
X.2.5 Mecanismos en que no se altera el precio. Reembolsos	280

X.2.6 Distribución entre los afectados que reclaman (<i>claimant fund-sharing</i>)	280
X.2.7 Creación de un fondo especial	281
X.2.8 El Estado retiene el fondo (<i>escheat</i> o doctrina <i>bona vacantia</i>)	282
X.2.9 El Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica	282
X.2.10 El Código Brasileño de Defensa del Consumidor. Otras normas	282
X. 3. Reglas aplicables en el Derecho argentino	283
X.3.1. Liquidación y ejecución individual por vía incidental en los casos de “daños diferenciados para cada consumidor o usuario”. Grupos o clases	283
X.3.2. Restitución de sumas de dinero por los mismos medios por los que fueron percibidas	287
X.3.3. Sistemas alternativos de reparación	288
X.3.4. Resarcimiento y beneficio del grupo	289
X.3.5. Reglas no contempladas en el Derecho argentino	290
X.4. Mecanismos alternativos y funciones sociales	291
X.4.1. Funciones sociales de interés	291
X.4.2. Liquidación y ejecución individual de la condena genérica	293
X.4.3. Reintegro por la misma vía	296
X.4.4. Reparación de los afectados mediante otros sistemas	297
X.4.5. El fondo detraído se distribuye entre los consumidores que reclaman (<i>claimant fund-sharing</i>)	298
X.4.6. Reparación al grupo. Creación de un Fondo de Fomento a las Asociaciones	298
X.4.7. El Estado se apropia de la reparación	300
X.4.8. Mecanismos en que se modifica el precio del producto o servicio	302
X.5 La elección entre las pautas para la reparación	303
X.6. Conclusiones	305
XI. EFICIENCIA DEL SISTEMA. EL COSTO SOCIAL DE LAS ACCIONES DE INCIDENCIA COLECTIVA	308
XI.1. Introducción	308
XI.2. Evolución y estado actual de la cuestión	308
XI.3. Acciones de incidencia colectiva e internalización de costos sociales	309
XI.4. Acciones de incidencia colectiva y reducción del costo administrativo de adjudicar conflictos masivos	312
XI.5. La elección de un conjunto de reglas. Eficiencia del sistema	315
XI.6. Conclusiones	318
XII. CONCLUSIONES	320
BIBLIOGRAFÍA	333
JURISPRUDENCIA CONSULTADA	349

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de esta investigación consiste en describir las funciones sociales que realizan las reglas en materia de acciones de incidencia colectiva en el Derecho del consumidor argentino. Los objetivos específicos son:

1.- Identificar las funciones sociales que esas reglas fomentan acudiendo a la metodología que brinda el Análisis Económico del Derecho en su vertiente *positiva*.

2.- Analizar los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional argentina, el texto de la Ley de Defensa del Consumidor tras su reforma en 2008 por la ley 26.361, las reglas jurisprudenciales que emanan del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Halabi” y los estatutos provinciales, tales como la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires.

3.- Completar las lagunas jurídicas que puedan identificarse en ese sistema, procurando hallar la alternativa más adecuada, contemplando otras normas del Derecho argentino, tales como la Constitución de la provincia de Buenos Aires, los códigos procesales de la Nación y de las provincias y las leyes en materia de amparo; normas del Derecho comparado, tales como la regulación de los procesos colectivos en Estados Unidos, Brasil, España, otros países de Europa, Colombia y Chile; el Derecho proyectado, como es el caso del Modelo de Código Iberoamericano de Procesos Colectivos y los aportes de la doctrina.

4.- Caracterizar e identificar distintas funciones sociales que promueven esas normas, tales como el acceso a la justicia, la prevención de daños, la compensación de los damnificados, la reducción en los costos de administración del proceso y la eficiencia en la resolución de los conflictos.

En este trabajo demostraremos las siguientes hipótesis principales:

1.- Las conductas de los consumidores, usuarios y proveedores inciden sobre la disminución o aumento de la probabilidad y gravedad de los daños masivos.

2.- Las reglas del Derecho procesal inciden sobre la conducta de los consumidores afectados, proveedores, asociaciones de defensa de los consumidores, otros legitimados colectivos y operadores del Derecho vinculados (abogados, jueces y fiscales).

3.- El proceso civil clásico o individual es una herramienta ineficaz para dar cumplimiento a ciertos objetivos sociales, habitualmente considerados valiosos, al menos en dos situaciones problemáticas: los daños de menor cuantía, característicos de las relaciones de consumo y los daños masivos.

4.- El instituto de las acciones de incidencia colectiva, regulado en la Ley de Defensa del Consumidor tras su reforma por la ley 26.361, es un instrumento que promueve distintas funciones sociales, en general consideradas valiosas. Estas funciones sociales son el acceso a la justicia, la prevención y reparación de daños, la reducción de costos de administración y la resolución eficiente de los conflictos colectivos.

5.- Las distintas alternativas existentes en materia de legitimación, facultad de optar por la exclusión del proceso, extensión de los efectos de la cosa juzgada, notificación, obligatoriedad de la mediación prejudicial, requisito de pluralidad relevante, requisito de escasa cuantía de la afectación individual, regulación de honorarios, costas y pautas para la reparación económica impiden efectuar una descripción unívoca de los efectos sociales de las acciones de incidencia colectiva y obligan a describir un mosaico amplio de consecuencias que las distintas reglas jurídicas vigentes y propuestas provocan.

La metodología de este trabajo es el Análisis Económico del Derecho, que aplica la teoría microeconómica al estudio de las reglas jurídicas. Éstas son observadas como instrumentos que crean distintos incentivos para la conducta de los agentes y a través de las cuales es posible conducir las acciones humanas hacia el logro de ciertos objetivos. Esta disciplina lleva a cabo dos clases de actividades. Una, de carácter positivo, pretende explicar y predecir la conducta que los agentes adoptarán dado un cierto conjunto de normas. Otra, de carácter normativo, propone la adopción de ciertas normas que conllevarían a un resultado *eficiente*.¹ La literatura en materia de acciones colectivas aborda tanto la faz positiva como la normativa. Nosotros nos concentraremos en la primera vertiente. Partiendo de esta base y en una suerte de control equivalente al que requiere la Constitución en su artículo 42, que manda al Legislador sancionar procedimientos *eficaces* para la prevención y solución de conflictos, en este trabajo observaremos si ciertas reglas del Derecho argentino son eficaces para alcanzar los objetivos enunciados precedentemente. En otras palabras, partiendo de esa metodología, identificaremos las funciones sociales que las normas vigentes promueven.

Asimismo ocasionalmente apelaremos al método de la dogmática jurídica para identificar ciertas reglas del Derecho vigente. Se realizarán investigaciones exploratorias ante ciertos problemas sólo recientemente analizados (costas, regulación de honorarios,

¹ Acerca de los fundamentos del Análisis Económico del Derecho, puede consultarse POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Boston, Little, Brown and Company, 1972 (4ª edición, 1992, pp. 3-27); SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Cambridge – London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pp. 1-5; y COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 1ª edición, Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1987 (2ª edición, 1997; traducción en castellano, *Derecho y Economía*, 1ª edición, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 11-78).

mecanismos de compensación a las víctimas) y estudios descriptivos de los principales institutos involucrados (intereses individuales homogéneos, daños masivos, legitimación procesal, beneficio de gratuidad, cosa juzgada, etc.). Se aplicarán los métodos deductivo, inductivo, de la interpretación teleológica, dogmático e histórico para identificar el Derecho vigente.

II. EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. DERECHO COMPARADO

II.1. Acciones de incidencia colectiva y tutela del consumidor

El interés del público, la Academia y los operadores del Derecho por los procesos colectivos y su aplicación como instrumento de tutela de los consumidores es un fenómeno que en nuestro país se remonta, al menos, a la reforma constitucional de 1994 y la introducción de la cláusula sobre derechos de incidencia colectiva.² Si bien existen antecedentes de esta tendencia, que reseñaremos, esta norma da un impulso formidable a la consagración de las acciones de incidencia colectiva, esto es, a los procesos judiciales en que una persona física o jurídica representa a un colectivo o clase de individuos sin que éstos le hayan conferido mandato de manera expresa. El interés se ha acrecentado en los últimos diez años y se ha manifestado en una explosión en las tres fuentes tradicionales del Derecho: doctrina, jurisprudencia y legislación.

En el campo de la doctrina la evolución ha tomado un rumbo muy interesante. Se trabaja con gran énfasis en el Derecho comparado y con especial atención a las consecuencias empíricas de la adopción de un modelo determinado de proceso colectivo. Esta tendencia también se observa en otros países. En Estados Unidos, el instituto de las *class actions* ha sido analizado en multitud de estudios durante los últimos setenta años y esos trabajos, tanto los celebratorios como los críticos, han centrado su atención en la eficacia de las reglas jurídicas para realizar ciertas políticas públicas valiosas.³ En Europa, varias comisiones y grupos de trabajo multidisciplinario han adoptado un enfoque similar para el estudio de las *representative actions* y la posible incorporación de mecanismos similares al estadounidense.⁴

² Ya con anterioridad a ese hito, la doctrina y la jurisprudencia impulsaron la adopción de mecanismos que eran usuales en el Derecho Comparado. Véase, a modo de ilustración, el capítulo II, titulado "Antecedentes en el Derecho Nacional", de la obra de MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, p. 44 y ss.

³ La bibliografía será citada a medida que el trabajo se desarrolle, por lo que aquí sólo mencionaremos algunos estudios generales y señeros: KALVEN, Harry y ROSENFELD, Maurice, "The Contemporary Function of the Class Suit", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 8, N° 4, 1941, pp. 685-721; NOTE, "Developments in the Law: Class Actions", *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976, p. 1318 y ss.; MILLER, Arthur R., "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the 'Class Action Problem'", *Harvard Law Review*, Vol. 92, N° 3, 1979, pp. 664-694; HENSLER, Deborah R., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, 1ª edición, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, 2000, 609 páginas; SILVER, Charles, "Class actions-Representative proceedings", en BOUCKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 194-240.

⁴ A modo de ejemplo podemos citar: CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *Access to Justice and the Welfare State*, 1ª edición, Firenze, European University Institute, 1981, 375 páginas; CAPPALLI, Richard B. y

Este tipo de abordajes responde preguntas distintas de las que plantea la dogmática jurídica. Esta disciplina se centra en la identificación y descripción de reglas jurídicas mediante sistemas a los que se denomina “teorías”.⁵ En este trabajo, por el contrario, nos abocaremos a describir ciertos efectos en el mundo relacionados con ciertas reglas. Hugo A. Acciarri ha propuesto denominar a este enfoque “funcionalista”, derivado de la palabra “función”, en el sentido de “relación entre variables”.⁶ Este tipo de análisis puede resultar provechoso en el momento actual.

La utilidad de esta clase de estudios radica en la necesidad de analizar los efectos de distintas alternativas normativas sobre las relaciones alcanzadas por esas reglas. La legislación argentina aún no ha resuelto un buen número de cuestiones dudosas y es por ello que en la actualidad existen distintos proyectos de ley que con diversos enfoques pretenden hacerlo. La reforma introducida en el año 2008 a la Ley de Defensa del Consumidor reglamenta mínimamente las acciones de incidencia colectiva y otras normas hacen lo mismo en el Derecho provincial, pero existe conciencia de que esas reglas son insuficientes y en ocasiones colisionan.⁷ El estudio de las consecuencias previsibles vinculadas a esas reformas brindaría al Legislador una base razonable para optar por la mejor alternativa posible.

La jurisprudencia también ha dado pasos de enorme trascendencia para resolver los vacíos de la ley, aprovechando los aportes de la doctrina. Algunos fallos en causas señeras,

CONSOLO, Claudio, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 6, 1992, pp. 217-292; STUYCK, Jules, *et al.*, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final Report*, The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law, Katholieke Universiteit Leuven, Belgium, 2007, 415 páginas; ALLEWELDT, Frank (Project director), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union. Final Report*, European Commission – DG SANCO, 2008, 179 páginas; también consultamos los artículos publicados en el número especial del *Duke Journal of Comparative & International Law*, Volumen 11, Número 2 de 2001, titulado “Debates over Group Litigation in Comparative Perspective. What Can We Learn from Each Other?”.

⁵ Una descripción de la dogmática jurídica como ciencia del Derecho puede leerse en NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1973 (2ª edición ampliada y revisada, 1995, pp. 315-347).

⁶ Véase ACCIARRI, Hugo A., *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Prevención, Reparación, Minimización de Costos Sociales*, 1ª edición, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, pp. 181-182 y 243. Del mismo modo, Steven Shavell propone distinguir dos sentidos de la palabra función (*purpose*): el primero, sería el habitualmente empleado por los operadores del derecho (en ese sentido, por ejemplo, la función del derecho de daños sería la compensación de las víctimas). El segundo sentido refiere a la diferencia que hace la presencia o ausencia del objeto de estudio en el mundo. A ese sentido funcionalista (*functional definition*) nos referimos en el texto. SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, 1ª edición, Cambridge, Massachusetts – London, England, Harvard University Press, 1987, p. 297.

⁷ Se cita a modo de ejemplo la Conclusión III.4 de la Comisión de Derecho Procesal Constitucional del XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Santa Fe en 2011: “Se considera necesaria e imperiosa la regulación legal e integral de los procesos colectivos en sus distintas variantes.”

producto de la labor desinteresada y firme de asociaciones de defensa del consumidor y agencias públicas, han delineado un tipo de proceso colectivo que hoy la ley reconoce. El fallo de la Corte Suprema en la causa “Halabi”,⁸ dictado en 2009, ha impulsado vigorosamente esta tendencia, mediante una interpretación constitucional celebrada por la doctrina.⁹

El debate en torno a la legitimidad del instituto parece haber sido superado.¹⁰ Nos queda, entonces, la difícil y apasionante tarea de discutir su diseño. Nuestro objetivo no consiste en proponer un proyecto de ley de acciones de clase,¹¹ sino en determinar qué relaciones existen entre ciertas reglas y ciertos estados del mundo y objetivos que se estiman valiosos. La idea fundamental de este trabajo es que las normas jurídicas tienen alguna aptitud para producir efectos en el mundo. Esta idea está presente en el debate contemporáneo, pero a menudo es soslayada, o da lugar a afirmaciones apresuradas. Las normas *hacen muchas cosas* y en ocasiones no hacen nada (es el caso de las “normas espectáculo”) y no todos esos efectos pueden predecirse fácilmente.

Esta actividad podría parecer trivial si se observa que gran parte de la dogmática argentina da por sentado que el proceso colectivo es una respuesta idónea a los conflictos colectivos. Valga como ejemplo la siguiente conclusión a la que se arribó en la comisión sexta del III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores, llevado a cabo en la ciudad de Buenos Aires en el año 2010: *“Tanto las acciones colectivas como las denominadas pluriindividuales homogéneas son consideradas herramientas constitucionales y procesales efectivas para la debida protección de la afectación de los derechos de los consumidores.”*¹²

Si ya se ha arribado a esa conclusión, es porque se demostró que tal eficacia o idoneidad existe. No obstante, hemos observado que en algunas ocasiones esas afirmaciones

⁸ “Halabi, Ernesto c. Estado Nacional”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009, publicado en *Fallos* 332:111; *SJA* 22/4/2009; *LA LEY*, 2009-B, 157 (Lexis N° 70051373).

⁹ ALTERINI, Atilio Aníbal, “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (el armado de un sistema)”, *LA LEY* 17/06/2009, 1 (La Ley Online, p. 1); BOICO, Roberto J., “La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del art. 43 de la C.N.”, *LA LEY* 04/03/2009, p. 1 y ss.; GALDÓS, Jorge M., “Los daños masivos y el proceso colectivo (repercusiones de Halabi)”, *RCyS* 2010-IV, 71; GÓMEZ, Claudio D. y SALOMÓN, Marcelo J., “La Constitución Nacional y las acciones colectivas: Reflexiones en torno al caso “Halabi”, *La Ley, Sup. Const.* 01/01/2009, 41.

¹⁰ Así, por ejemplo, cabe citar la doctrina judicial emanada del ya citado fallo “Halabi” y de la causa “PADEC c/Swiss Medical s/nulidad de cláusulas contractuales”, CSJN, 21/08/2013.

¹¹ Para propuestas explícitamente abocadas a esta tarea, véase DE LOS SANTOS, Mabel, “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, *SJA* 16/11/2005 – *JA* 2005-IV-1269 (Lexis N° 0003/012310); SALGADO, José María, “Una ley de procesos colectivos”, *RCyS* 2014-V, 227 (AR/DOC/638/2014).

¹² *Tercer Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores en Homenaje al Profesor Dr. Roberto M. López Cabana*, celebrado en la ciudad de Buenos Aires en septiembre de 2010, <https://docs.google.com/document/pub?id=1U0NK-cbFdx2iBbpYIDWeCiVWgm1II0Fy9HIBjDunK8Y>.

se efectúan sin una fundamentación adecuada. En primer lugar, no resulta claro qué significa “efectividad” o “debida protección”. La eficacia o efectividad sólo se determina en atención a *objetivos*: si éstos son múltiples y además contradictorios, surge un primer grupo de problemas. En segundo lugar, la eficacia se predica respecto de herramientas identificables: “proceso colectivo” no es una herramienta, es una denominación comprensiva de un conjunto de modelos alternativos y la elección por uno u otro acarreará distintas consecuencias. En tercer lugar, la eficacia requiere determinar las relaciones entre herramientas y objetivos y para ello es necesaria una teoría del comportamiento humano. La dogmática jurídica no es una teoría del comportamiento humano, por lo que requerimos un aparato analítico alternativo para enfrentar este problema. El Análisis Económico del Derecho es la teoría a la que recurriremos para afrontar el desafío.

Limitaremos nuestro análisis a las acciones colectivas que tutelan al consumidor en el marco que para estas relaciones sustantivas fija la ley nacional 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) y sus modificaciones. Las relaciones de consumo se caracterizan por la masividad. Gran número de personas en diferentes lugares y diferentes épocas consumen productos o servicios estándar: servicios públicos domiciliarios, telefonía celular, contratos bancarios, productos elaborados, etc. Cuando esos productos adolecen de un vicio, o el proveedor incurre en prácticas abusivas o un incumplimiento contractual respecto de todos o un gran número de los contratantes, podemos enfrentarnos a una lesión a intereses individuales homogéneos (y, en un sentido muy amplio, a un daño masivo). El vínculo entre masividad y relación de consumo no es necesario, porque hay daños masivos que no encuadran en la materia y afectaciones al consumidor que no configuran daños masivos, pero acontece normalmente. El fenómeno ha impactado en el sistema judicial: del total de acciones colectivas planteadas en la República Argentina en los últimos años, un gran número han correspondido a lesiones a intereses de consumidores.¹³

Las razones de este fenómeno son varias. Una primera consideración podría ser la gran amplitud del concepto *relación de consumo*. En la actualidad se ha expandido hacia ámbitos anteriormente excluidos, como el consumo inmobiliario y la contratación bancaria. La reforma de 2008 ha impulsado este fenómeno, ampliando aún más, mediante una definición muy laxa, el concepto. Por otro lado, daños que en el *common law* no configuran casos típicos de daño al consumidor (como la responsabilidad por productos) aquí sí lo son, por prescripción del artículo

¹³ Maurino, Nino y Sigal mencionan un 32% de entre 176 decisiones judiciales en materia de acciones colectivas publicadas entre 1987 y 2004, configurando una “primera minoría”. MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 88.

40 de la Ley de Defensa del Consumidor. No obstante, esta explicación no parece satisfactoria, ya que en nuestro país no se han publicitado sentencias ni acuerdos en acciones colectivas derivadas de daños provocados por productos elaborados. La mayoría de las acciones colectivas interpuestas han sido en casos de afectaciones a usuarios de servicios públicos y de servicios bancarios.

Otro punto a considerar es que en la gran mayoría de las acciones colectivas iniciadas en nuestro país por afectaciones al consumidor, el monto de reclamo individual es pequeño. Se trata de casos en que no existen incentivos individuales para iniciar un juicio individual. La relación entre microdaños y daños derivados del consumo es contingente, pero constituye el núcleo de casos que *se piensan* como colectivizables. Por el contrario, en principio se estima que en los casos en que la entidad del daño justifica la promoción de un juicio individual, basta con ese mecanismo de tutela.

Es razonable sospechar que esta primacía de la materia de consumo, en cuanto al número de acciones colectivas iniciadas en los tribunales, se mantendrá en los años por venir. La consagración legislativa de la acción de incidencia colectiva corta de raíz los fundamentos de una jurisprudencia tradicionalmente adversa. Además, la reforma de 2008 al estatuto del consumidor prevé una serie de incentivos especiales, como el beneficio de gratuidad, destinados al fomento de la litigación colectiva en esta rama del Derecho.

Pero aún luego de hacer estas observaciones podría cuestionarse la conveniencia de restringir el análisis del comportamiento de la acción de clase a la materia de consumo. Tal vez resultaría más útil analizar los efectos de las acciones colectivas en general. Las explicaciones posibles de nuestra decisión son dos. En primer lugar, la defensa del consumidor es una de las materias en cuya protección el Estado tiene un fuerte interés, tal como surge del artículo 43 de la Constitución Nacional y ha sido explicitado en el fallo “Halabi”. En segundo lugar, en el estado actual del Derecho argentino, el subsistema de *acciones de incidencia colectiva* en materia de consumo es distinto al sistema de *acciones de clase* “ordinario” que podemos entender consagrado por la Corte en “Halabi”. Si bien existe un marco común a ambos institutos (Constitución Nacional y jurisprudencia) existen diferencias de régimen (beneficio de gratuidad, legitimación, cosa juzgada, trámite aplicable al proceso, amplitud de las pautas de reparación) y diferencias en las materias comprendidas (no se comportan del mismo modo los usuarios del servicio financiero que los jubilados cuyos haberes no se actualizan). Esta última afirmación es tal vez la más polémica, pues parece remitir a oscuras cuestiones referidas a la naturaleza de las relaciones implicadas, pero a fin de cuentas es lo que justifica la distinción

efectuado por el Legislador.¹⁴ Otros regímenes jurídicos adoptan una opción legislativa distinta: crean un sistema de procesos colectivos aplicable a un cúmulo de materias sin atarlo a ninguna de ellas. Es posible que en el futuro se adopte este camino, pero no es lo que se ha observado en los últimos años en nuestro país.

En sentido contrario podría criticarse la utilidad de realizar un estudio conjunto de todas las acciones de incidencia colectiva en defensa del consumidor, pues la amplitud de la materia está dada por los distintos tipos de conflictos que involucra. Por ejemplo, es dudoso que sea útil aplicar las mismas reglas a lesiones masivas derivadas del uso de productos defectuosos y a daños económicos derivados de la inclusión de cláusulas abusivas en contratos de adhesión. Analizaremos esta cuestión, diferenciando ciertos aspectos problemáticos.

Un segundo límite autoimpuesto en este trabajo es que analizaremos exclusivamente los casos de afectaciones a intereses individuales homogéneos. Se desprende de la clasificación efectuada por la Corte en Halabi que la herramienta propia para encauzar procesalmente ese tipo de conflictos es la acción de clase, mientras que el mecanismo propio de la afectación a los derechos de incidencia colectiva referidos a bienes colectivos es el amparo colectivo. La denominación “acciones de incidencia colectiva” parecería englobar a ambos institutos. Sin embargo, dos razones pueden darse para justificar que restrinjamos nuestro estudio a las acciones de incidencia colectiva que consisten en acciones de clase. La primera razón es de orden normativo: las reglas previstas en la Ley de Defensa del Consumidor regulan el caso de múltiples afectaciones a los intereses individuales de los consumidores afectados. La segunda razón es de orden práctico: no parecen ser muchos los casos de bienes colectivos en materia de defensa del consumidor, ni necesario recurrir a hipótesis que difícilmente se planteen.

Finalmente, en este trabajo pondremos especial énfasis en las acciones de incidencia colectiva tendientes a la *reparación* de daños. El fundamento de ese especial interés radica en la novedad de esa aplicación y en las dificultades que plantea. En efecto, la posibilidad de hacer cesar una conducta ilícita con alcance general ya está implícita en el añoso instituto del amparo colectivo, mientras que la reparación de daños individuales es de reciente incorporación.¹⁵

¹⁴ Tampoco debe hiperracionalizarse la decisión del Legislador (ya hablar de esta figura es equívoco): contar con una acción de clase en materia de defensa del consumidor y no para toda materia es el resultado de contingencias ajenas al subsistema en estudio. Son más bien razones de oportunidad legislativa las que se hallan tras la trama de lo que llamamos *orden jurídico*.

¹⁵ Así por ejemplo STIGLITZ y ACCIARRI mencionaban en el año 1993 como una novedad la posibilidad de reparar daños en el proceso colectivo. Véase ACCIARRI, Hugo A. y STIGLITZ, Gabriel, “Legitimación

II.2. Evolución en el Derecho argentino

La primera referencia al proceso colectivo como mecanismo de tutela de los consumidores en el ámbito federal es el texto original de la ley 24.240, sancionado en 1993. El artículo 55 de esa norma, así como el 52, preveían la legitimación de las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, la autoridad de aplicación nacional o local y el ministerio público para iniciar acciones judiciales. Estipulaba el artículo 54 del estatuto que la sentencia dictada en un proceso no promovido por el consumidor o usuario tendría autoridad de cosa juzgada para el demandado sólo cuando la acción fuera *admitida* y la cuestión afectare un *interés general*. De esta manera, la ley de 1993 sentaba las bases del proceso colectivo: la legitimación amplia y la extensión *asimétrica* de los efectos de la cosa juzgada. Estas normas fueron vetadas por el Poder Ejecutivo.

En el año 1994 la Constitución Nacional fue reformada y se incorporó el *amparo colectivo* en el artículo 43 y la cláusula referida a la protección de los consumidores, en el artículo 42. El artículo 43 faculta al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que tiendan a esos fines, a iniciar un amparo colectivo cuando resulten afectados derechos de incidencia colectiva, entre los cuales están comprendidos los derechos de los consumidores. Con fundamento en esa norma algunas asociaciones y agencias públicas comenzaron a promover amparos colectivos, generalmente con el objeto de lograr la cesación en una conducta u omisión ilícita, contra el Estado, o contra proveedores privados. En el año 1997, mediante un pronunciamiento en la causa "AGUEERA",¹⁶ la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció favorablemente acerca de la posibilidad de iniciar otros procedimientos, distintos del amparo, para la tutela de esa clase de bienes.

En el año 2000 la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires obtuvo un pronunciamiento favorable en una acción de clase destinada a lograr una condena genérica por la responsabilidad de la empresa Edesur por los daños provocados por un corte en el servicio de energía eléctrica que se extendió durante varios días.¹⁷ Ese caso constituyó un hito, porque implicó la introducción en el Derecho argentino del instituto de la condena genérica. En el año

procesal colectiva. Las Acciones de Clase. Reparación de daños", *La Revista del Foro de Cuyo*, tomo 9-1993, p. 235 y ss.

¹⁶ "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro", CSJN, *LA LEY* 1997-C, 322.

¹⁷ "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur S.A." C.Nac.Civ. y Com. Fed., sala 1°, 16/3/2000, *JA* 2000-II-242. La causa es ampliamente comentada en MONTI, Jorge Eduardo, *El caso Edesur*, 1ª edición, Morón, Universidad de Morón, 2007, 420 páginas.

2005, la Dirección General de Defensa del Consumidor de esa misma ciudad obtuvo un pronunciamiento favorable en una acción destinada a lograr el reintegro de ciertas sumas a los clientes de un banco.¹⁸ Por la misma época, asociaciones iniciaban acciones similares. Sin embargo, parte de la judicatura rechazaba *in limine* estas demandas alegando la falta de legitimación activa de los actores, interpretando que los casos de intereses individuales homogéneos no configuraban derechos de incidencia colectiva en los términos de la normativa constitucional. En el año 2005 en la provincia de Buenos Aires se sancionó el Código de Implementación de los Derechos de los Usuarios y Consumidores. En el año 2008 la Ley de Defensa del Consumidor fue reformada incorporando las acciones de incidencia colectiva y se resolvió expresamente que éstas pueden tener contenido patrimonial.

En el año 2009 la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Halabi” reconoció que en el ámbito del amparo colectivo del artículo 43 de la Constitución Nacional puede considerarse incorporada a la acción de clase, afirmó que hay una mora del legislador en regular el instituto, e instó a los jueces a observar la experiencia del Derecho comparado.¹⁹ Nuestro máximo Tribunal explicó en esa causa que en el marco del artículo 43 de la Constitución Nacional pueden reconocerse dos tipos de bienes y dos herramientas de tutela de esos bienes: los derechos de incidencia colectiva que recaen sobre bienes colectivos, cuya tutela está dada por el amparo; y los derechos de incidencia colectiva que recaen sobre intereses individuales homogéneos, cuyo mecanismo de tutela específico es la acción de clase. En la actualidad no existe una ley general de acciones de clase, lo que constituye una mora del Legislador. No obstante, la Corte entiende que eso no obsta la posibilidad de iniciar procesos de tutela de los bienes de incidencia colectiva que recaen sobre intereses individuales homogéneos. Ante la falta de una ley, la Corte estipula algunos requisitos a los que debería someterse esa presentación. En primer lugar, para la procedencia de esta acción se requiere: (1) una causa fáctica común; (2) una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; y (3) la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, salvo en ciertos casos de fuerte interés estatal, como lo es la tutela de consumidores y usuarios. En segundo lugar, la Corte fija ciertos requisitos de admisibilidad formal: (1) la precisa identificación del grupo afectado; (2) la idoneidad del representante; (3) la existencia de un planteo que involucre cuestiones de hecho y de derecho comunes y

¹⁸ “Dirección General de Defensa del Consumidor c. Banca Nazionale del Lavoro”, Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial N° 18, 31/08/2004, *Sup. Adm.* 2005 (febrero), 24; *LA LEY* 2005-A, 819; *LA LEY* 2004-E, 962.

¹⁹ “Halabi, Ernesto c. Estado Nacional”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009, publicado en *Fallos*: 332:111; *SJA* 22/4/2009, Lexis N° 70051373; *LA LEY*, 2009-B, 157.

homogéneas al colectivo. Finalmente, la Corte determina ciertos requisitos que deben arbitrarse: (1) la adecuada notificación de quienes puedan tener interés en el litigio, a fin de que puedan optar por quedar fuera del pleito, o comparecer como partes o contrapartes; (2) adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la superposición de procesos colectivos.

En el ámbito específico de la legislación consumerista, existe un régimen especial, por lo que puede cuestionarse la directa aplicabilidad de las reglas fijadas por la Corte. El instituto creado por la reforma de 2008 se denomina *acciones de incidencia colectiva*. Este mecanismo parece comprender tanto la tutela de bienes colectivos como intereses individuales homogéneos. Nosotros centraremos nuestro estudio en estos últimos.

Amén del régimen nacional, algunas provincias cuentan con reglas en materia de amparo colectivo aplicables a todas las materias contempladas en el artículo 43 de la Constitución Nacional y regímenes especiales en materia de procesos colectivos de tutela del consumidor. En ocasiones estas reglas colisionan con el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor y con el programa normativo expuesto por la Corte en la causa “Halabi”: un ejemplo claro de esta contradicción se da entre el régimen del beneficio de gratuidad, la cosa juzgada y la facultad de optar por excluirse de la clase del régimen nacional y del régimen de la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires. Algunos autores han afirmado que las normas procesales de la Ley de Defensa del Consumidor son exclusivamente aplicables en el ámbito de la litigación nacional y federal; otros entienden, por el contrario, que al igual que en otros regímenes tales como el concursal, las normas de procedimiento de la Ley de Defensa del Consumidor son directamente aplicables en el ámbito local, por tutelar derechos explícita y específicamente amparados por normas de la Constitución Nacional.²⁰ En la práctica se observa que estos regímenes no son compartimientos estancos: en la provincia de Buenos Aires se han publicado sentencias en que los jueces aplican reglas del régimen nacional aún ante el silencio de las reglas locales. Esto nos obligará en muchos casos a describir distintos efectos según las alternativas que estudiemos.

²⁰ ROSALES CUELLO, Ramiro, “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, *LA LEY*, 23/03/2009, 1, p. 2; a favor de la aplicabilidad de las normas de procedimiento de la Ley de Defensa del Consumidor en la provincia, BERSTEN, Horacio L., “Procedimiento judicial del consumidor en la Provincia de Buenos Aires”, *LA LEY* 2004-B, 1324 (La Ley Online, p. 2); un mismo criterio y adicionales argumentos exponen VARIZAT, Andrés F., “Derechos creditorios de reducida cuantía en favor de consumidores y usuarios: dificultades para su reclamo en la provincia de Córdoba ante la denegación del beneficio de justicia gratuita (art. 53, LDC)”, *APC* 2013-09-18 (ABELEDRO PERROT N° AP/DOC/1865/2013) y GIANNINI, Leandro, “Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase”, *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, 2012, p. 13.

II.3. Evolución en el Derecho Comparado

La experiencia de otros regímenes jurídicos en materia de procesos colectivos resulta de gran importancia. Como veremos, gran parte de la literatura en la materia surge en el ámbito de las *class actions* estadounidenses, con lo que el teórico y el práctico se ven en la disyuntiva de importar o no esas conclusiones a sistemas normativos que pueden ser muy diferentes. El fallo “Halabi” destaca la importancia de esta fuente al afirmar:

Que ante la imperiosa necesidad de dar una respuesta jurisdiccional que esté a la altura de la evolución de las instituciones y a las exigencias actuales de la sociedad, no puede pasar desapercibida a los magistrados la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos. [Considerando 17. El destacado nos pertenece.]

...es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del artículo 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano... [Considerando 19. El destacado nos pertenece.]²¹

La Corte menciona como relevantes los regímenes de Estados Unidos, España y Brasil. De los términos que utiliza el tribunal se advierte que existe algún tipo de preeminencia del sistema de Estados Unidos sobre los demás. La cuestión es compleja, porque no es claro qué significa tener en cuenta la experiencia recogida en otros sistemas jurídicos, sobre todo cuando las reglas de esos regímenes son contradictorias. Tal vez las palabras de la Corte sean más un consejo a los legisladores que a los jueces, pese a lo que destacamos en el primer párrafo citado. Eso no ha impedido a algunos tribunales argentinos aplicar de manera explícita normas del Derecho extranjero, como las que regulan el instituto de la *certificación*.

En este trabajo referiremos a reglas específicas de esos regímenes jurídicos y trabajos científicos elaborados sobre el estudio de esas reglas. La elección de estos regímenes y no otros viene dada por la referencia de la Corte en el fallo indicado, pero además se funda en características propias de esos regímenes. En efecto, el sistema estadounidense de las *class actions* es pionero en el tema a nivel mundial. El Derecho español nos permitirá analizar un sistema del Derecho europeo, ajeno al *common law* y perteneciente a nuestra tradición jurídica. Finalmente, el sistema brasileño de las acciones colectivas es relevante porque el Derecho del Consumidor brasileño es referente de nuestra legislación y puede considerarse de avanzada en nuestro subcontinente.

²¹ “Halabi...”, *cit.*

En la tarea de analizar institutos del Derecho extranjero, criticarlos y discutir su adaptación al derecho local, la doctrina argentina no está aislada en el mundo. Los juristas europeos han escrito mucho material, muy valioso para nosotros, tratando de resolver qué es útil del intimidante cuerpo normativo, jurisprudencial y doctrinario que constituyen las *class actions* estadounidenses. En este capítulo realizaremos un enfoque general, para profundizar luego en cada instituto a medida que sea analizado en los capítulos posteriores.

II.3.1. *Class actions* en Estados Unidos

El sistema de acciones de clase en el ámbito federal surge de distintas normas, entre ellas la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*.²² La mayoría de los Estados tienen regímenes locales inspirados en esa norma, que en general coinciden con ella.²³ En este capítulo describiremos exclusivamente el sistema de la Regla 23, pues es el régimen mencionado por la Corte en “Halabi”, además de ser objeto de estudio en el Derecho argentino y comparado.

Según Hazard, la acción de clase es “una acción intentada por, u ocasionalmente contra, un grupo o clase de individuos que demanda o es demandada a través de un representante, quien se constituye en parte, en defensa del grupo.”²⁴

²² Prescriben, adicionalmente, la facultad de iniciar acciones de clase la “Truth in Lending Act”, la “Fair Labour Standards Act” y la “Private Securities Litigation Reform Act”, del año 1995.

²³ Según Pace, el Estado de *Mississippi* carece de regulación de las *class actions*; *Virginia* admite las *class actions* en base al *common law*, pero carece de regulación escrita (*statutory law*); *Iowa* y *North Dakota* siguen la *Uniform Class Action Rule o Model Class Actions Rule* (un modelo aprobado por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* en 1976); *Nebraska* y *Wisconsin* siguen el *Field Code rule on group litigation* (la regla federal previa a 1938); *California* sigue el *Field Code*, pero ha adoptado judicialmente un equivalente de la Regla 23; *Missouri* y *North Carolina* tienen versiones propias de la Regla 23; los demás Estados han adoptado, al menos, los elementos de la Rule 23 que permiten una *opt-out class action*. Véase PACE, Nicolas M., “Class Actions in the United States of America: An Overview of the Process and the Empirical Literature”, en http://www.law.stanford.edu/library/globalclassaction/PDF/USA_National_Report.pdf. Las principales diferencias con la Regla 23 son: a) ausencia del requisito de *typicality*; b) ausencia del requisito de predominio de las cuestiones comunes sobre las particulares de Rule 23(b)(3); c) de diversos modos, eluden la rigurosa exigencia de notificación de las *common question class actions*, prescripta por la Regla 23. Véase ROWE, Thomas D. Jr., “State and Foreign Class-Action Rules and Statutes: Differences From –And Lessons For? – Federal Rule 23”, *Western State University Law Review*, Vol. 35, N°1, 2007, p. 101 y ss.

²⁴ ACCIARRI, Hugo A. y STIGLITZ, Gabriel, “Legitimación procesal colectiva. Las Acciones de Clase. Reparación de daños”, *La Revista del Foro de Cuyo*, tomo 9-1993, pp. 235 y ss. En el mismo sentido CRAMTON, Roger C., “Individualized Justice, Mass Torts, And ‘Settlement Class Actions’: An Introduction”, *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, p. 819.

Tradicionalmente se reconocía como origen de la *class action* a un instituto de la Inglaterra del siglo XVII denominado *Bill of Peace*, hasta que el profesor Stephen Yeazell demostró que la litigación colectiva tenía un origen aún más remoto y que había surgido de múltiples modos ya en el Medioevo. El instituto de la *collective action* fue incorporada al Derecho estadounidense mediante diversas normas, hasta que en 1938 se adoptaron las *Federal Rules of Civil Procedure* y entre ellas, la Regla 23, que modificó los principios básicos de las acciones de clase.²⁵ En 1966, la Corte aprobó una nueva versión de la Regla 23, que, con modificaciones, es la actualmente vigente.²⁶ Los fundamentos de la reforma eran eminentemente técnicos: la regla de 1938 se consideraba insatisfactoria y la nueva redacción no tenía por fin modificar la sustancia del procedimiento. Los redactores de la Regla aún concebían a la acción de clase como un mecanismo para la protección de intereses individuales y el uso que se dio al instituto –de carácter eminentemente público- estaba, según Arthur Miller, fuera de los planes del Comité Asesor.²⁷

Para que un caso sea tramitado mediante el proceso de la *class action* se requiere una resolución judicial denominada *certification*. Esta resolución se dicta en tanto se den ciertos requisitos de admisibilidad (*prerequisites*), comunes a todas las categorías. La carencia de alguno de ellos, obsta a la aplicación del procedimiento.

²⁵ Para el origen del instituto puede consultarse HENSLER, Deborah R., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, 1ª edición, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, 2000, p. 10 y ss.; HAZARD, Geoffrey C., *et al.*, “An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 146, 1998, p. 1862 y ss.; MALHOTRA PASTOR, Nikita, “Equity and Settlement Class Actions: Can There be Justice for All in *Ortiz v. Fibreboard?*”, *American University Law Review*, Vol. 49, 2000, p. 785. Para las dificultades que planteaba el texto de 1938, puede consultarse KALVEN, Harry Jr., and ROSENFELD, Maurice, “The Contemporary Function of the Class Suit”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 8, 1941, p. 696; NOTE, “Federal Rules Amendments”, *Harvard Law Review*, Vol. 81, 1967, p. 380. TARUFFO, Michele, “I limiti soggettivi del giudicato e le ‘class actions’”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1969, p. 623 y ss.

²⁶ Miller advierte que el texto de la regla fue elaborado por el Comité Asesor sobre Reglas Civiles en 1961 y 1962 y que puede entenderse que su redacción reflejaba cierto consenso en la práctica entonces vigente. En marzo de 1964 comenzó a circular un borrador del proyecto, por lo que el autor considera que es a partir de esta fecha –y no de 1966- que el diseño del instituto adquirió sus características actuales. MILLER, Arthur, “Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality and the ‘Class Action Problem’”, *Harvard Law Review*, Vol. 92, p. 670. Sobre la naturaleza jurídica de la norma (observé que no se trata de un estatuto dictado por el Congreso Federal) puede consultarse BRONSTEEN, John y FISS, Owen, “The Class Action Rule”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 78, N° 5, 2005, pp. 1450-1451.

²⁷ MILLER, *op. cit.*, p. 669. Esto explica en parte la sorpresa con que fue visto el aumento exponencial en el número de acciones de clase iniciadas a partir de la década del '60. El autor cita la nota en que se explican los fundamentos de la reforma, donde se hace referencia a la necesidad de adoptar definiciones más funcionales de las acciones de clase, precisar los alcances subjetivos de la sentencia, codificar ciertas prácticas judiciales consideradas valiosas, guiar a los jueces indicándoles ciertas facultades y regular explícitamente lo atinente a la notificación.

1.- *Requisitos generales implícitos*²⁸

La jurisprudencia ha fijado ciertos requisitos implícitos para otorgar la certificación. Esos requisitos consisten en que exista una clase claramente definida, que los representantes sean integrantes de esa clase y que la pretensión no se haya extinguido.

1.a.- *Definición clara de la clase, o existencia de una clase definible.* En la presentación judicial debe efectuarse una definición precisa, objetiva y cierta del grupo o clase. Por ejemplo, la clase puede ser definida como el grupo de personas y empresas que adquirieron cierto producto de los demandados en un período determinado.²⁹ No es necesario individualizar en la demanda a todos los afectados, pero debe ser posible identificarlos en base a la definición. Si la definición no satisface estos criterios, el juez puede negarse a conceder la certificación, limitar la clase, o proceder a redefinir al grupo. Este requisito tiene un amplio impacto: determina quiénes son las personas alcanzadas por la sentencia, cuál es el alcance que debe darse a la notificación, e incide sobre el requisito de la tipicidad.

1.b.- *El representante de la clase debe ser un integrante de la clase.* En principio, el representante del grupo (*named plaintiff*) debe ser uno de sus integrantes. Sólo excepcionalmente se concede legitimación a las asociaciones en nombre de sus miembros, por ejemplo, cuando la resolución del caso no requiere tener en cuenta intereses particularizados. En otros casos, cuando los intereses son de carácter público, puede resultar aplicable la doctrina *parens patriae*, por la que se concede legitimación al Estado.³⁰

1.c.- *Vigencia del caso, o no abstracción (mootness).* Este requisito es común a todo caso judicial. Consiste en que la pretensión no se haya extinguido, que no haya tornado abstracta.

2. *Requisitos generales explícitos*

La Regla 23 enuncia ciertos requisitos que toda *class action* debe satisfacer.

²⁸ GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p. 83. Para un análisis contemporáneo a la incorporación de la regla véase DONELAN, Charles, "Prerequisites to a Class Action Under New Rule 23", *Boston College Law Review*, Vol. 10, N° 3, 1969, pp. 527-538.

²⁹ MARCUS, Stanley (ed.) *et al.*, *Manual for Complex Litigation*, 1ª edición, Federal Judicial Center, 1969 (4ª edición, 2004, p. 270).

³⁰ Un ejemplo que da Miller es el de la *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, de 1976, que autoriza a los representantes del Ministerio Público de los Estados (*state attorney general*) a demandar por ciertas prácticas monopólicas y reclamar por daños provocados a los integrantes de la comunidad. El propósito de la sanción de esta norma fue evitar consecuencias disvaliosas de la postura restrictiva de la Corte Suprema respecto a la admisibilidad de la *parens patriae class action*. Véase también GIDI, Antonio, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, pp. 312-408 y pp. 382-384.

2.a.- *La clase debe ser numerosa (Numerosity o impracticable joinder)*. Este requisito es descrito por la Regla 23(a)(1) y ha sido traducido como el caso en que la clase es tan numerosa que la actuación de todos es impracticable,³¹ o cuando la clase es tan numerosa que la comparecencia de todos los miembros es prácticamente imposible,³² o el litisconsorcio entre todos sus miembros sea impracticable.³³ La ley no fija un número mínimo de actores, por lo que el requisito resulta muy flexible, dependiente de las circunstancias del caso concreto y difícil de analizar teóricamente.³⁴ Entre los factores a considerar para determinar si existe o no esa *impracticable joinder*, se halla la dispersión geográfica de los integrantes de la clase y el carácter relativamente exiguo de sus reclamos.

En ocasiones los demandados alegan que la pretendida clase no es tal, ya que la impracticabilidad de conformar litisconsorcio deriva de la existencia de distintas clases, más pequeñas, que el actor pretende unificar en una sola. Otro problema se plantea cuando se expande el número de integrantes de la clase introduciendo a las personas que aún no han sido lesionadas pero lo serán *en el futuro*, e incluso se incorpora a las personas que aún no han tenido exposición a la sustancia tóxica dañosa. Se ha criticado esa práctica como una manera espuria de satisfacer el requisito de la *numerosity*.

2.b.- *Existencia de cuestiones comunes (Commonality)*. Describe este requisito la Regla 23 (a)(2) como la situación en que hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a la clase. No es necesario que exista *homogeneidad* entre los reclamos. En el específico caso de las (b)(3) *class actions*, las cuestiones comunes deben tener *predominio* por sobre las individuales, no así en el resto de los casos.³⁵

2.c.- *Carácter típico (Typicality)*. Consiste en que las acciones o excepciones de los representantes de la clase sean las acciones o excepciones típicas de la clase, conforme estipula la Regla 23 (a)(3). Este requisito se centra en que la pretensión del representante tenga las mismas características esenciales que la de los demás miembros de la clase. Basta con que el reclamo surja de una conducta ilícita equivalente y se funde en la misma teoría jurídica, sin que las diferencias de hecho obstenten la configuración del requisito. Se trata de que

³¹ Según CUETO RÚA, Julio, "La acción por clase de personas (Class actions)", *LA LEY*, 1988-C, 952 (La Ley Online, p. 4).

³² Según TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, "Class action. Una solución al problema de acceso a la justicia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 58, 1987, p.152.

³³ Según GIANNINI, *op. cit.*, p. 89.

³⁴ NOTE, *op. cit.*, p. 1454.

³⁵ Giannini afirma que la interpretación correcta de esta regla es la siguiente: en todo proceso colectivo las cuestiones comunes deben prevalecer sobre las particulares; si esto se aclara en las (b)(3) *class actions*, es porque en estas últimas tal prevalencia no es ontológicamente necesaria, sino contingente. GIANNINI, *op. cit.*, pp. 90-91.

exista un nexo adecuado entre la pretensión del representante y la clase.³⁶ Leandro Giannini afirma que este requisito no tiene autonomía y la doctrina lo encuentra comprendido en otros, sea en la representación adecuada, en la exigencia de que existan cuestiones comunes, o en la exigencia de que el representante sea integrante de la clase.³⁷

2.d.- *Representatividad adecuada (Adequate representation)*. Este requisito ha sido extensamente estudiado por la doctrina argentina, como veremos en el capítulo V. Lo que se pretende determinar es si los representantes protegen justa y adecuadamente los intereses de la clase. Schuwerk explica que este requisito ha sido desdoblado en dos por la jurisprudencia.³⁸ Por un lado implica la ausencia de conflicto de interés entre el representante de la clase y sus integrantes ausentes (*named* y *absent plaintiffs*, respectivamente.). En segundo lugar, implica que debe quedar claramente demostrado que los representantes tienen aptitud para defender con firmeza los intereses de la clase toda (*vigorous prosecution of the claims of the entire class*). Respecto de la primera, el cumplimiento de los requisitos de la *commonality* y *typicality* es ya un seguro que evita conflictos *groseros*. No obstante, la parte contraria a la clase puede cuestionar el cumplimiento de este prerrequisito desde distintos aspectos: falta de recursos, desconocimiento de los reclamos de los demás integrantes de la clase, incapacidad de ejercer control sobre los abogados, etc.

Respecto de la situación de los patrocinantes letrados de la clase, es habitual cuestionar este aspecto alegando la falta de experiencia en ese tipo de litigación, o la falta de recursos. No obstante, el mismo desarrollo de estos procesos torna dudosos estos cuestionamientos. En efecto, lo habitual es que el proceso se inicie mediante numerosos juicios individuales que son luego consolidados ante un juez, el que designará un abogado para la clase (*lead or liaison counsel*) observando previamente que reúna los requisitos necesarios para hacerlo apto.

Existen distintas categorías de *class actions*. En este trabajo nos interesa una de ellas, denominada *Rule 23(b)(3) class actions*, o bien *class actions for damages*. Esta categoría es la que ha tenido mayor desarrollo en las últimas décadas, la más controvertida y la que la doctrina argentina tiene en cuenta, principalmente, al analizar la resarcibilidad mediante procesos colectivos de lesiones a intereses individuales homogéneos. Es a su vez la más compleja, la que presenta las reglas más elaboradas y la que exige más atención a los jueces de la causa.

³⁶ MARCUS, *op. cit.*, p. 258.

³⁷ GIANNINI, *op. cit.*, pp. 91-92.

³⁸ SCHUWERK, *op. cit.*, p. 156.

Decimos que es la categoría más controvertida porque ya el Comité Asesor elaborador de la regla advirtió que en esta categoría no es evidentemente necesario el recurso al procedimiento de clase, como sí lo es en las otras categorías; se trata de una cuestión de conveniencia que depende en gran medida del caso particular. La acción de clase aplicada a estos casos promovería el ahorro de recursos, de tiempo y de esfuerzo y favorecería la uniformidad de las decisiones respecto de personas situadas en condiciones similares, sin por ello sacrificar los principios del debido proceso. Pero no parece ser indispensable. En consecuencia, a los requisitos propios de las demás categorías, se suman requisitos específicos. Prescribe la regla:

(3) el tribunal determina que la cuestión de derecho o de hecho común a los miembros de la clase predomina sobre cualquier cuestión que afecte sólo a miembros individuales y que la acción por la clase es superior a otro método disponible para la decisión justa y eficiente de la controversia. La materia relativa a las determinaciones incluyen:

- (A) los intereses de los miembros de la clase en el control individual de la promoción o la defensa de acciones separadas;
- (B) el alcance y la naturaleza de cualquier juicio relativo a la controversia ya iniciado por miembros de la clase o contra ellos;
- (C) la conveniencia o la inconveniencia de concentrar la sustanciación judicial de las demandas en un foro determinado;
- (D) las dificultades que probablemente se habrán de encontrar en la tramitación de una acción por clase.³⁹

1.a.- *Predominio de las cuestiones comunes (Predominance)*. A diferencia de lo que ocurre con las restantes categorías de *class actions*, que se limitan a exigir la *existencia* de cuestiones comunes, este inciso requiere que esas cuestiones predominen sobre las que no sean comunes. Según Schuwerk, ese extremo se considera acreditado cuando puede decretarse la responsabilidad del agente respecto de la clase como un todo, aún cuando existan algunas cuestiones no susceptibles de análisis conjunto.

Las notas del Comité Asesor de 1966 dan dos ejemplos sobre casos en que puede discutirse si las cuestiones comunes predominan o no sobre las estrictamente individuales. En primer lugar da como ejemplo un caso de fraude perpetrado, por ejemplo mediante publicidad engañosa. Podría considerarse un caso apto para iniciar una acción de clase, aún cuando

³⁹ El texto en inglés prescribe: "(3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members' interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action." Traducción de CUETO RÚA, *op. cit.*, p. 4.

luego se requiriera una determinación individualizada de los daños sufridos por cada integrante de la clase. Pero por otro lado, un caso de fraude podría ser inadecuado si existieran diferencias en las aseveraciones efectuadas, o en la confianza que cada consumidor tuvo en el proveedor. En segundo lugar da como ejemplo el de los accidentes masivos (*mass accidents*), en que un hecho provoca lesiones físicas a una multitud de personas. Afirma que este hecho normalmente no es apropiado para iniciar una acción de clase, porque cuestiones significativas, como la responsabilidad y las defensas serían en gran medida individuales. Analizamos este problema en detalle en el capítulo III.

1.b.- *Superioridad del procedimiento de clase (superiority)*. La aplicación del mecanismo de clase debe tener alguna ventaja con respecto a otros mecanismos disponibles. Estas otras vías comprenden la litigación individual, el litisconsorcio, o alternativas propias del proceso federal estadounidense, tales como el acuerdo para llevar a juicio un número acotado de potenciales integrantes de la clase y hacer a los resultados de ese juicio vinculantes respecto de los demás, o la limitación del tratamiento conjunto a ciertas cuestiones (por ejemplo, el período de *pretrial discovery*) para luego reenviar cada caso a su tribunal de origen para que prosiga el juicio. El criterio para determinar esa superioridad está dado por una combinación de los factores a considerar enunciados en la norma. En primer lugar se menciona el interés de los particulares en controlar la acción. Se considera que ese interés es mayor cuanto más grave sea el daño sufrido. En segundo lugar se menciona la existencia de otros procesos. En tercer lugar se menciona la conveniencia de concentrar todos los reclamos en un mismo tribunal. Pero el factor más importante parece ser el cuarto, que refiere a la aptitud para administrar el conflicto colectivo mediante una acción de clase (*manageability*).⁴⁰

Tal vez el aspecto más importante del procedimientos de las *class actions* sea el alcance de la cosa juzgada. La sentencia hace cosa juzgada respecto de todos los integrantes de la clase, sin importar que el resultado sea favorable o adverso a la pretensión planteada.⁴¹ Esta regla, que modifica el sistema anterior a 1966, es responsable directa del cúmulo de garantías que el sistema establece para los integrantes de la clase que quedan vinculados al proceso sin apersonarse: amplio y oneroso sistema de notificación individual, audiencias

⁴⁰ SCHUWERK, *op. cit.*, pp. 172-176.

⁴¹ Se desprende de la Regla 23(c)(3) (redacción del año 2003) en tanto prescribe que la sentencia en una acción de clase de la Regla (b)(1) o (b)(2) “sea o no favorable a la clase incluirá y describirá a aquellos que la Corte encuentre que son miembros de la clase”, y, respecto de la (b)(3) *class actions*, que “la sentencia, sea o no favorable a la clase, incluirá y especificará o describirá a aquéllos a los que se haya dirigido la notificación prevista en la subdivisión (c)(2) y que no hubieran requerido exclusión y a quienes la corte encuentre que son miembros de la clase.”

previas, riguroso control judicial de la representatividad del agente, amplia facultad para optar por apartarse del proceso y control judicial de todo acuerdo transaccional al que se arribe.

En los capítulos siguientes analizaremos en detalle ciertas cuestiones que resultan troncales al sistema, tales como las materias susceptibles de análisis colectivo y el régimen de costas y honorarios.

II.3.2. Acciones colectivas y tutela de los consumidores en Brasil

Explica Antonio Gidi⁴² que la primera ley brasileña que reguló un procedimiento de acciones de clase fue la *Lei da Acao Civil Pública*, n° 7.347 del 24 de julio de 1985.⁴³ Esta acción tenía por objetivo la protección del ambiente, del consumidor y los bienes de valor artístico, estético, turístico y paisajístico; posteriormente se extendería su marco de aplicación a todo derecho de carácter difuso o colectivo. La norma permitía solicitar *injunctions* y el resarcimiento de daños globales a los intereses *difusos* y *colectivos* (no así a los intereses individuales homogéneos). La Constitución federal brasileña de 1988 creó un mecanismo procesal denominado *mandado de seguranca coletivo*, una suerte de amparo colectivo. Entre 1989 y 1990 el Congreso brasileño sancionó tres leyes que brindaban protección sustantiva a grupos de personas: discapacitados, inversores bursátiles y niños. Estas leyes contenían pocas normas procesales, por lo que su carril era el de la acción civil pública de 1985.

El vuelco se dio con la sanción del Código de Defensa del Consumidor mediante la ley 8078 del 11 de septiembre de 1990. Esta ley dedica su Título III al procedimiento judicial, incorporando un detallado régimen de acciones colectivas para la reparación de daños *individuales*. Estas reglas se consideran aplicables a todo tipo de derechos grupales aptos para la litigación colectiva, sea en materia ambiental, de defensa de la competencia, daños, materia tributaria o cualquier otra rama del derecho.

El código contempla la posibilidad de que la tutela de los consumidores se realice en proceso individual o colectivo (art. 81). En este último caso, la ley prevé la legitimación concurrente del Ministerio Público, la Unión, los Estados Municipios y el Distrito Federal, entidades y órganos de la Administración Pública destinados a la defensa de los derechos del consumidor y las asociaciones legalmente constituidas con por lo menos un año de antigüedad, cuyo objeto sea la defensa del consumidor y previa autorización asamblearia (art. 82).

⁴² A quien seguimos. GIDI, *op. cit.*, p. 326 y ss.

⁴³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm

Respecto de éstas, el requisito de constitución previa puede ser dispensado por el Juez cuando exista manifiesto interés social, evidente por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico protegido.

En las acciones colectivas, no habrá adelanto de costas, emolumentos, honorarios periciales ni ningún otro gasto ni condena en costas a la asociación actora, salvo mala fe (art. 87). En ese caso serán solidariamente responsables la asociación autora y los directores responsables al pago de los honorarios de abogados y al *décuplo* de los costos, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios.

En el caso de que la pretensión tenga por objeto la protección de intereses individuales homogéneos, el Ministerio Público, si no promoviere la acción, actuará como fiscal de la ley (art. 92). Propuesta la acción, se publicarán edictos en el órgano oficial, sin perjuicio de la divulgación por los medios de comunicación que puedan efectuar los órganos de defensa del consumidor (art. 94). En caso de procedencia de la acción, la condena será genérica, fijándose la responsabilidad del demandado por los daños causados (95). La liquidación y ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima, sus sucesores y los legitimados colectivos (art. 97). La ejecución podrá ser *colectiva*, siendo promovida por los legitimados antedichos, comprendiendo a las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas por sentencia de liquidación (art. 98). Transcurrido el plazo de un año sin habilitación de los interesados en número compatible con la gravedad del daño, los legitimados colectivos podrán promover la liquidación y ejecución de la indemnización debida. El producto de la indemnización se destinará a un Fondo Público creado por ley 7347 (art. 100).

El artículo 103 prescribe que en las acciones colectivas en tutela de intereses *difusos*, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, salvo que la pretensión haya sido juzgada improcedente por insuficiencia de prueba. En ese caso, cualquier legitimado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento y valiéndose de nuevas pruebas. En el caso de los intereses *colectivos*, el efecto de la sentencia es *ultra partes*, mas limitado al grupo, categoría o clase. En caso de improcedencia por insuficiencia de prueba, se aplican las reglas anteriores. Y en el caso de los *intereses individuales homogéneos*, el efecto de la sentencia es *erga omnes* sólo en el caso de procedencia de la acción. En caso de improcedencia del pedido, los interesados que no hubieran intervenido como litisconsortes podrán proponer una acción de indemnización de carácter *individual*.

Los efectos de la cosa juzgada previstos en los dos primeros casos no perjudican los intereses y derechos individuales de los integrantes del grupo.

El artículo 104 prescribe que las acciones colectivas en los dos primeros casos no generan litispendencia para las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada no beneficiarán a los actores de las acciones individuales si no fuera requerida su suspensión en el plazo de 30 días a contar desde el conocimiento, en los autos, de la promoción de la acción colectiva.

II.3.3. Acciones de clase y tutela de los consumidores en España

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) 1/2000, promulgada el 7 de enero de 2000 y parcialmente modificada el 29 de octubre de 2002, se introduce en el Derecho español el proceso colectivo de tutela de los intereses colectivos e individuales homogéneos, destinado a la *indemnización de daños*. Con anterioridad a la sanción de esta ley, existían leyes que sólo habilitaban la tutela *inhibitoria* colectiva.⁴⁴ Existieron, no obstante, casos excepcionales en que se admitió el resarcimiento a un colectivo de personas merced a la acción de un representante extraordinario. Tal es el caso de las víctimas de envenenamiento por consumo de aceite de colza adulterado.⁴⁵

Las acciones de clase sólo fueron incorporadas en el ámbito de los daños padecidos por *consumidores o usuarios* (cuyo concepto legal, según Ley 26/1984 es “destinatario final de bienes o servicios que no se integran en un ulterior proceso de transformación o comercialización”) y no en otras materias.

La ley distingue intereses *colectivos* de intereses *difusos* y les da una protección diferente. Los intereses *colectivos* son aquéllos propios de un grupo “cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables” (art. 11.2). Los intereses *difusos* son aquéllos correspondientes a “una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación” (art. 11.3). Esta clasificación no coincide con la que postula la doctrina argentina, para la cual, intereses colectivos e intereses difusos recaen necesariamente sobre bienes indivisibles. La clasificación de la ley española es alternativa y en consecuencia, pueden

⁴⁴ MARÍN LÓPEZ, Juan José, “Las acciones de clase en el derecho español”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, Julio de 2001, en http://www.indret.com/pdf/057_es.pdf, p. 3.

⁴⁵ STS, 2ª, 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6366). En esa sentencia, el Tribunal Superior reconoció indemnización a los perjudicados que constaban identificados en el proceso *aunque no estuvieran directamente representados*. Citado por MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 4.

existir intereses colectivos o difusos que recaigan sobre intereses individuales homogéneos o sobre bienes indivisibles.⁴⁶

La tutela de los intereses *colectivos* admite una cuádruple legitimación: 1) de las asociaciones, 2) de “otras entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección” de los derechos del consumidor, 3) de los grupos de consumidores y usuarios afectados, en tanto los individuos el grupo se constituya con la mayoría de los afectados (arts. 6 y 7 LEC) y, 4) del Ministerio Fiscal y las entidades de protección del consumidor creadas en aplicación de normas del derecho comunitario (11.4). La cuarta regla sólo confiere legitimación para iniciar acciones de cesación.

Para los intereses *difusos* o *generales*, la legitimación es conferida exclusivamente a las asociaciones (11.1). También en este caso el Ministerio Fiscal y las entidades de protección tienen legitimación para iniciar acciones de cesación (11.4).

Los particulares no tienen legitimación para iniciar acciones colectivas. El artículo 11.1 prevé la “legitimación individual de los perjudicados”, lo que podría interpretarse en dos sentidos distintos: legitimación individual para iniciar acciones individuales, o legitimación individual para iniciar acciones colectivas. Giannini advierte, que la interpretación correcta es la primera. Si los particulares tuvieran legitimación individual para iniciar acciones colectivas, no resultaría coherente que se requiriera a los grupos de consumidores estar conformados por la mayoría de los afectados; cualquier integrante de ese grupo podría accionar de manera individual eludiendo tal requisito.⁴⁷

La ley no regula un procedimiento para que el consumidor o usuario afectado sea excluido del grupo (*opting out*). Se discute si se trata de un descuido del legislador, o de una decisión deliberada de favorecer la tutela colectiva y “excluir el goteo o proliferación de procesos individuales.”⁴⁸

Se establece un mecanismo de publicidad (art. 15) por el cual “se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados”, con el fin de que “hagan valer su derecho o interés individual”. Para ello, se publicará la admisión de la demanda en los medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en que se haya manifestado la lesión de

⁴⁶ Esta cuestión aún es discutida; véase GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, pp. 157-160. Aparentemente de acuerdo, BACHMAIER WINTER, Lorena, “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español, en OVALLE FAVELLA, José, (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, UNAM, 2004, p. 8.

⁴⁷ GIANNINI, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁸ BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 16.

aquellos derechos o intereses. Los gastos que se deriven de estos anuncios serán a cargo de la parte demandante, si bien pueden incluirse en la tasación de costas.⁴⁹

Cuando la acción tiene por objeto intereses colectivos, el demandante carga con la notificación de la demanda: antes de presentarla deberá haberla comunicado previamente a todos los interesados. Con la demanda deben acompañarse las justificaciones documentales de que la asociación ha cursado a todos los posibles interesados la demanda, bajo apercibimiento de no ser aceptada. Cuando se trata de intereses difusos, la notificación es un deber de oficio del juez, que suspenderá el curso del proceso por hasta dos meses para llevarla a cabo. El proceso se reanuda con la intervención de los consumidores o usuarios que acudan al llamamiento.

En los procesos promovidos por *asociaciones*, sea en tutela de intereses colectivos o difusos, la sentencia determinará individualmente quiénes son los consumidores beneficiados. Cuando esto no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos para exigir el pago e instar la ejecución. Si se hubiesen personado consumidores en el proceso, la sentencia deberá pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones. (art. 221). La ley no prevé expresamente el contenido de la sentencia en los procesos promovidos por *grupos de afectados*. Bachmaier considera que las reglas del art. 221 resultan aplicables por analogía a los procesos iniciados por otros legitimados, pero la regla es discutida.⁵⁰

Se ha discutido cuál es el alcance de la cosa juzgada en el proceso colectivo. El artículo 222.3 prescribe que la cosa juzgada afectará “a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que *fundamentan* la legitimación de las partes”. Pero explica Marín López que “[e]l derecho indemnizatorio del que es titular el consumidor o usuario que ha sufrido perjuicio derivados del hecho dañoso no ‘fundamenta’ la legitimación prevista en el artículo 11 LEC”, por lo que considera que la cosa juzgada en la acción colectiva no se extiende a los consumidores. Vázquez Sotelo considera que podría cuestionarse la constitucionalidad de la norma, en tanto podría interpretarse que establece el efecto *erga omnes* de la sentencia tanto en el caso que sea estimatoria como desestimatoria.⁵¹ Bachmaier analiza quiénes son los “sujetos no litigantes”. En los procesos promovidos por asociaciones, serían aquellos consumidores que no han hecho uso de la posibilidad de intervenir en el proceso. Pero considera que en los procesos promovidos por grupos, como el sujeto litigante es el grupo, sólo serían no litigantes

⁴⁹ BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁰ Marín López advierte que esa regla, si bien necesaria, contradiría la voluntad del legislador en el trámite parlamentario. MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 13.

⁵¹ VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”, en OVALLE FAVELLA, José, (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, UNAM, 2004, p. 189.

aquéllos particulares que solicitaran quedar excluidos de los efectos de la sentencia. La carencia de una instancia de *opt out* dificulta esta interpretación.⁵²

La ejecución de la sentencia admite distintas modalidades según el contenido que ésta revista. La sentencia que reconozca una indemnización concreta a un consumidor individualizado constituye título ejecutivo (517.2.1) y el consumidor puede instar la ejecución. Si la sentencia se ha limitado a señalar “los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago”, en una instancia posterior se personarán los particulares y previa comprobación de que reúnan los requisitos fijados en la sentencia se les fijará la indemnización.

Finalmente, el artículo 221.1 II LEC reconoce a la asociación demandante la posibilidad de instar ella misma la ejecución de la sentencia condenatoria. No es claro en qué circunstancias puede promover la ejecución y esta regla ha sido criticada por la doctrina.⁵³

II.4. Estado actual de la cuestión. El Análisis Económico del Derecho Procesal y su aplicación al ámbito de las acciones de incidencia colectiva

Esta tesis se basa en dos pilares: la dogmática jurídica sobre procesos colectivos en la República Argentina y la literatura del Análisis Económico del Derecho Procesal y de las acciones de clase. En la actualidad no existe una obra que analice, de manera integral y con las herramientas del Análisis Económico del Derecho, la regulación de las acciones de incidencia colectiva en nuestro país.

Con respecto a la dogmática jurídica, nuestro interés en esta disciplina radica en identificar las normas jurídicas aplicables en la materia y la interpretación que predominantemente se efectúa de ellas. Actualmente la emergencia de las nuevas normas de tutela del consumidor y la constante aparición de nuevos casos que plantean problemas prácticos de aplicación motivan la constante publicación de monografías en que se analizan esos problemas y se proponen soluciones fundadas en la experiencia del Derecho comparado y la prosecución de los medios más eficaces para el logro de ciertos fines. Recurriremos a obras que realizan un tratamiento integral de las acciones de incidencia colectiva en defensa del consumidor.⁵⁴ También analizaremos obras en que se analiza el sistema de acciones

⁵² BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 47.

⁵³ MARÍN LÓPEZ, *op. cit.*, p. 13; BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁴ VERBIC, Francisco, “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2009-I, pp. 145-187.

colectivas en general (y no exclusivamente en la materia en estudio)⁵⁵. Finalmente, abordaremos el estudio de otras obras que analizan aspectos parciales de la normativa procesal consumerista,⁵⁶ así como también obras en que se ha llevado a cabo estudios de los casos más relevantes en la materia.⁵⁷

II.4.1. Análisis Económico del Derecho Procesal

La literatura del Análisis Económico del Derecho sobre el proceso judicial se enmarca en el estudio del *enforcement* de las reglas de Derecho sustantivo y está abocada a resolver, entre otras, tres preguntas: por qué las personas van a juicio o no lo hacen; cuál es el diseño eficiente del juicio, esto es, aquél que minimiza los costos de administración y de error del sistema; y cómo deben modificarse las reglas jurídicas para que el interés privado de los particulares en demandar se alinee con el interés de la sociedad en minimizar los costos del proceso. Los trabajos de la materia que abordaremos son los de Steven Shavell,⁵⁸ Robert Cooter y Thomas Ulen,⁵⁹ y Richard Posner.⁶⁰ Esta rama de la literatura ha influido en algunos trabajos argentinos, como un artículo señero de Roberto Berizonce de 1995,⁶¹ un estudio de la

⁵⁵ ACCIARRI, Hugo A. y STIGLITZ, Gabriel, “Legitimación procesal colectiva. Las Acciones de Clase. Reparación de daños”, *La Revista del Foro de Cuyo*, tomo 9-1993, pp. 235 y ss.; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Amparo Colectivo*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, 276 páginas; LORENZETTI, Ricardo Luis, “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, *JA* 2000-II-235 (Lexis N° 0003/007571 ó 0003/007658 ó 0003/007578); MAURINO, NINO y SIGAL, *op.cit.*; OTEIZA, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, 512 páginas; GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, 368 páginas; MEROI, Andrea A., *Procesos Colectivos. Recepción y Problemas*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, 368 páginas; LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, 344 páginas, entre muchos otros.

⁵⁶ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Protección Procesal del Usuario y Consumidor*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, 680 páginas.

⁵⁷ MONTI, Jorge Eduardo, *El caso Edesur*, 1ª edición, Morón, Universidad de Morón, 2007, 420 páginas.

⁵⁸ SHAVELL, Steven, “Suit, Settlement, and Trial: a Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XI, enero de 1982, pp. 55-81; SHAVELL, Steven, “The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *The Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, Junio de 1997, pp. 575-612; y en un marco más general, SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Cambridge – London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, 737 páginas.

⁵⁹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 1ª edición, Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1987 (2ª edición, 1997; traducción en castellano, *Derecho y Economía*, 1ª edición, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, 687 páginas).

⁶⁰ POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Boston, Little, Brown and Company, 1972 (4ª edición, 1992, 722 páginas).

⁶¹ BERIZONCE, Roberto O., “El costo del proceso. (Como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la Justicia)”, *JA* 1995-I-955 (Lexis N° 0003/001834).

fundación FIEL de 1996,⁶² y numerosos trabajos publicados en los números especiales de Derecho y Economía de la revista LexisNexis Argentina.

El Legislador puede elegir entre diversas alternativas para lograr que los agentes cumplan las obligaciones que impone el estatuto de protección al consumidor. Se puede actuar *antes* de que ocurra el daño, o *después*; puede dejarse la acción en manos de los *particulares*, o centralizarse en *agencias públicas*; pueden instrumentarse mecanismos de acción *individual* o *colectiva*, etc. Las acciones de incidencia colectiva son un mecanismo de actuación tanto posterior a la ocurrencia del daño (pretensión resarcitoria) como previo (amparo para que cese cierta práctica ilícita), que está en manos de particulares, pero también de ciertas agencias públicas que pueden intervenir en el proceso judicial; y se caracteriza por dar una solución global a un conflicto colectivo.

El objetivo del Análisis Económico del proceso judicial en su vertiente normativa es proponer medidas para minimizar los costos del proceso. Éstos comprenden costos administrativos, o directos del proceso y costos de decisiones judiciales erróneas en la aplicación del derecho sustantivo. Si las decisiones que se obtienen mediante la aplicación del Derecho de forma no coinciden con las del Derecho de fondo, se producen distorsiones en los incentivos para prevenir, lo que se denomina *costos de error*. Conforme al Análisis Económico del Derecho de Daños, el objetivo de esa rama del Derecho consiste en generar incentivos adecuados para que las personas adopten niveles de prevención tales que se minimice la suma de los costos de prevención y de accidentes. Eso requiere adoptar un nivel de prevención óptimo, ni inferior ni tampoco superior. El proceso civil procura no distorsionar sino afianzar el objetivo del Derecho de fondo, lo que significa no generar costos de error. Pero a su vez, los distintos diseños del sistema procesal implican distintos *costos administrativos*. Es razonable pensar que a medida que éstos últimos se incrementan, se reducen los costos de error. Lo que el Análisis Económico del Derecho postula es que es necesario buscar un punto óptimo que minimice la suma de ambos.

La literatura clásica del Análisis Económico del Derecho ha demostrado cómo la existencia de sistemas de responsabilidad civil logra alcanzar resultados eficientes en materia de prevención de los daños.⁶³ De manera muy simplificada, puede decirse que al enfrentar al agente que provoca el daño con la indemnización que debería abonar, éste optará por adoptar

⁶² AA.VV., *La Reforma del Poder Judicial en la Argentina*, 1ª edición, Buenos Aires, FIEL, 1996, 279 páginas.

⁶³ SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, 1ª edición, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London, England, 1987; POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Boston, Little, Brown and Company, 1972 (4ª edición, 1992).

medidas de prevención que reducirán el valor esperado del accidente, si éstas resultan menos costosas que abonar una indemnización y no invertir en prevención. Ese resultado sería eficiente y socialmente deseable. Asimismo, como hemos indicado más arriba, es posible interpretar que, bajo ciertas circunstancias, las reglas que declaran la ineficacia de ciertas cláusulas contractuales abusivas también pueden ser consideradas eficientes. La incorporación de esas condiciones a un contrato, entonces, es ineficaz: esto significa que los derechos que hayan sido negados al particular en razón de esas cláusulas deberán ser otorgados y los montos que le hayan sido cobrados de manera ilícita deberán ser restituidos.

Precisaremos qué significa “enfrentar al agente con la indemnización”. El sistema de responsabilidad civil, ante la comisión de un ilícito, hace nacer la obligación de resarcir el daño, cuyo acreedor es la víctima y cuyo deudor es el agente que lo provocó. El acreedor tiene el derecho de ejecutar esta obligación de indemnizar sobre el patrimonio del agente. Para ello, cuenta con una acción otorgada por el ordenamiento civil.

Nacida la obligación, el acreedor es titular de un derecho que puede, opcionalmente, ejercer o no contra el deudor y éste tiene un deber jurídico específico que lo ata al acreedor. El significado de la expresión “estar obligado” es una cuestión propia de la filosofía del derecho, que no corresponde tratar aquí. Lo que sí nos concierne es que estar obligado a hacer algo significa que a una conducta determinada, o a su infracción, le ha sido impuesto, por el Derecho, un precio implícito. En nuestro caso, por ejemplo, a la conducta *dañar*, le ha sido impuesto el precio *resarcir*. A diferencia de lo que ocurre en un contrato, existe una separación temporal, que puede ser importante, entre una y otra conducta. Si la víctima pretende obtener una reparación, debe identificar al agente que le provocó el daño y debe lograr que le pague una indemnización por el daño sufrido. Con costos de transacción cero,⁶⁴ esto se realizaría sin cargo alguno para las partes. Más aún, en ese caso ideal, las partes habrían acordado con antelación a la ocurrencia del daño cómo repartir los costos. Justamente el problema de los ilícitos extracontractuales es que los costos de transacción son muy elevados, por lo que no podemos acordar *ex ante*. Pero en el mundo real la negociación es costosa. En primer lugar, puede existir desacuerdo entre las partes. En segundo lugar, puede que el agente actúe estratégicamente. Si sabe que la víctima debería asumir ciertos costos para iniciar el juicio y que esos costos normalmente excederán el beneficio derivado del proceso, estimará que la víctima no demandará. En ese caso resulta racional no prevenir, o prevenir en un nivel inferior al óptimo.

⁶⁴ Nos referiremos en detalle a la noción de costos de transacción en el capítulo VII, apartado 5.1. Aquí basta con describirlos como costos que dificultan (y frustran) que las partes lleguen a un acuerdo.

El pago de la indemnización, entonces, depende dramáticamente del accionar de la víctima. La pasividad equivale a impunidad. Esto se refleja en el precio implícito del que hablamos. No hay un 100% de certeza de que el que provoca el daño pagará la indemnización, por la posibilidad de que la víctima se mantenga pasiva, o que no identifique la lesión o al agente, o que el proceso dé un resultado erróneo. Esto, a su vez, se refleja en las medidas de precaución que adopte el agente. Sólo prevendrá si el costo de las medidas de prevención es inferior al costo esperado de no prevenir (daño multiplicado por la probabilidad de ser demandado y perder el juicio). Puede darse la situación en que el costo esperado sea inferior al costo de prevención y éste a su vez sea inferior al costo de la indemnización. En ese caso, es socialmente eficiente prevenir, para lo cual necesitamos que la víctima demande. Pero puede que no sea conveniente para el particular demandar.

En los siguientes capítulos analizaremos tanto cuestiones descriptivas como prescriptivas en torno a las acciones de incidencia colectiva. En primer lugar, señalaremos bajo qué circunstancias las víctimas de un ilícito acudirán al sistema judicial para obtener un resarcimiento. Observaremos asimismo cuáles son los obstáculos que impiden que la víctima recurra al sistema judicial. Esto último nos permitirá referir un tema clásico en la literatura, como es la divergencia entre la deseabilidad individual del litigio y su conveniencia para la sociedad. De este modo quedará planteado el siguiente punto: en ciertos casos, es inconveniente para el particular acudir a la Justicia para reclamar, aunque sea socialmente valioso hacerlo para lograr prevención de conductas ilícitas. Describiremos brevemente, a continuación, un instrumento que pueden contribuir a resolver el problema: la justicia gratuita. Analizaremos en los capítulos siguientes el modo en que actúan las acciones de incidencia colectiva. Las dos reglas fundamentales de estos procesos son la extensión de sus efectos a toda una clase de personas ajenas al proceso y la apertura de la legitimación a personas distintas a las afectadas. En ciertas circunstancias, la acción colectiva parece ser un instrumento eficaz para llevar a la Justicia reclamos que los individuos no llevarían por considerarlo individualmente inconveniente, pero cuya adjudicación resulta socialmente valiosa en términos de prevención.

II.4.2. Presupuestos del Análisis Económico del Derecho. Problemas de aplicación

El Análisis Económico del Derecho toma prestada de la microeconomía la teoría de la elección racional. La elección del consumidor es racional cuando sus preferencias son

completas, transitivas y busca *maximizar la utilidad* que obtiene de su decisión. Que las preferencias sean completas significa que el particular puede comparar y ordenar, de acuerdo a sus gustos, todas las opciones del mercado. Que las preferencias sean transitivas significa que si prefiere A a B y B a C, entonces preferirá A a C. Que busque *maximizar su utilidad* significa que, dadas ciertas restricciones tales como los precios y el ingreso, el individuo prefiere tener más a tener menos del bien del que se trate.⁶⁵

La aplicación de esta teoría a decisiones que se adoptan en mercados no explícitos (*non-market behavior*) da resultados que han sido criticados. Ulen explica que la teoría es más adecuada en mercados explícitos, por tres razones. En primer lugar, en los mercados explícitos las elecciones son frecuentes y rutinarias. En segundo lugar, las elecciones se manifiestan mediante la disponibilidad a pagar un precio en dinero, lo que facilita la medición de las preferencias. En tercer lugar, no existen problemas de transparencia, o son mucho menos importantes que en las elecciones fuera de los mercados. Estas características no parecen darse en el “mercado de accidentes” cuando un potencial dañador debe decidir cuánto invierte en medidas de prevención. No obstante, muchas decisiones concernientes a conductas jurídicamente relevantes son como elecciones en el mercado (*market-like choices*). Las reglas jurídicas fijan precios implícitos para distintas conductas y los agentes adecuan su comportamiento a esos precios más o menos del mismo modo en que se hace en los mercados explícitos. Por ejemplo, la conducta de dañar tiene fijado un precio, cual es pagar una indemnización; el precio de delinquir es la pena; el precio de defraudar al cocontratante es la pérdida de confianza, etc.

En diferentes circunstancias, la teoría neoclásica puede ser más o menos cercana a la realidad. Podemos preguntarnos si nuestro objeto de estudio elimina los problemas de esa teoría, los agudiza, o si se presentan aquí como en cualquier otro ámbito. Enfrentamos al menos dos elementos perturbadores. Por un lado nos encontramos con los *consumidores*, que presumiblemente *no saben* comportarse conforme al modelo del egoísmo racional y las *asociaciones de consumidores y agencias públicas*, que *no quieren* comportarse de manera egoísta. Estos sujetos juegan un papel protagónico en el sistema de acciones colectivas, por lo que necesitamos imperiosamente una teoría que describa precisamente su comportamiento. Parecería, en principio, que el modelo del agente racional no cumple esa función en estos casos. Sin embargo, es posible defender la viabilidad del modelo aún para estos casos.

⁶⁵ ULEN, Thomas S., “Rational Choice Theory in Law and Economics”, en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 791 y ss.; PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomics*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995 (traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, *Microeconomía*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995, p. 61).

En primer lugar, es un lugar común en la dogmática, que los consumidores no inician juicios por pérdidas ínfimas.⁶⁶ Este comportamiento es perfectamente explicable desde la teoría del consumidor racional. Desentenderse de pérdidas ínfimas no es irracional *cuando existen costos inevitables para recuperar lo perdido*. Atendiendo sólo al propio beneficio, puede que el consumidor advierta que el mero hecho de sentarse a pensar qué hacer con su problema es demasiado costoso como para accionar; la incertidumbre, la mera molestia es un costo que en estos casos puede resultar determinante. En consecuencia, institutos jurídicos que aparentemente garantizan que esto no ocurra, como el beneficio de gratuidad, no bastan para llevar ante los estrados esta clase de reclamos. No existen en el Derecho argentino contemporáneo institutos que reduzcan a cero el costo de acceder a Justicia *de manera individual*.

En segundo lugar, no es correcto descartar el modelo del agente racional para explicar el comportamiento de las asociaciones de consumidores. Éstas no parecen estar dispuestas a perder dinero en el juicio, al menos a manos de los proveedores. La dogmática argentina parece entender esto. Así, por ejemplo, en un comentario a un fallo en que se impusieron costas por su orden pese a que la asociación ganó el juicio, se dijo:

...si cuando [las asociaciones] ganan un litigio se dispone que las costas del mismo sean distribuidas por su orden, es muy difícil que quieran o puedan volver a intentar otras de semejante índole, aun cuando existan sobradas razones que lo justifiquen por las afectaciones a los usuarios y consumidores.⁶⁷

Esto significa que las asociaciones de consumidores responden a incentivos económicos. Su disponibilidad a iniciar una acción colectiva está directamente relacionada con el costo de hacerlo. Ese costo fácilmente puede equipararse a un precio de la acción: si ese precio aumenta, la demanda, esto es, la disponibilidad a accionar, se reduce.

Igualmente, se ha sostenido que existe una relación entre regulación de honorarios y número de acciones colectivas. Por ejemplo, en el año 2010 se difundió un artículo en que

⁶⁶ Carecemos de datos *empíricos* que avalen esta observación, pero daremos algunos fundamentos adicionales en el capítulo IV. Tal vez pueda considerarse satisfactoria la siguiente experiencia: ninguna búsqueda en las revistas jurídicas más prestigiosas arrojó como resultado la presencia de juicios por debajo de cierto valor. Véase VIDMAR, Seeking Justice: An Empirical Map of Consumer Problems and Consumer Responses in Canada”, *Osgoode Law Journal*, Vol. 26, N° 4, 1988, p. 757 y ss. En nuestro país, véase SAGÜÉS, María Sofía, “Falencias del acceso a la justicia en la tutela del consumidor en Argentina: problemática y perspectivas”, *Revista IIDH*, Vol. 32-33, 2000-2001.

⁶⁷ BERSTEN, Horacio L., “La tutela de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios y consumidores en Río Negro”, *LL Patagonia* 07/08/2006, 433; *RCyS* 2007-II, 100 (La Ley Online, p. 6). Consideraciones similares en torno a la imposición de costas, esta vez en los litigios en que actúa el Defensor del Pueblo, pueden hallarse en MONTI, *op.cit.*, pp. 111-113.

Ernesto Halabi cuestionaba la regulación de honorarios por la labor llevada a cabo en el *leading case* que se conoce por su nombre, al considerarla muy exigua.⁶⁸ Lo que él presenta como una crítica moral y un análisis *ex post* de los merecimientos de su trabajo en el caso, puede ser interpretado en clave de incentivos; *ex ante*, el precedente de la regulación de honorarios en Halabi desalentaría la iniciación de una acción de incidencia colectiva.

Finalmente, tampoco es necesario descartar el modelo del agente racional al analizar la conducta de las agencias públicas.⁶⁹ Órganos tales como la Dirección de Defensa del Consumidor cuentan con un patrimonio limitado, que destinan al mejor uso posible intentando reducir costos y aumentar beneficios. Esto significa, por ejemplo, que si el órgano administrativo considera necesario tutelar a los clientes de cierta institución bancaria, sólo elegirá iniciar una acción colectiva si otros mecanismos alternativos a su disposición resultan más costosos.

II.4.3. El Análisis Económico de los Procesos Colectivos

El análisis funcional de las *class actions* se remonta al trabajo de Harry Kalven Jr. y Maurice Rosenfield, publicado en 1941.⁷⁰ Ese artículo describe el problema de la falta de estímulos individuales para accionar, advierte que esa situación genera incentivos deficientes en materia de prevención y propone alternativas superadoras, entre ellas el recurso a los procesos de clase. Con posterioridad a la reforma al sistema introducida en 1966, dos trabajos señeros y con un enfoque claramente funcionalista se abocaron a su análisis: se trata del trabajo de Krier de 1976 y el de Arthur Miller, de 1979.⁷¹ En esa misma línea de grandes trabajos genéricos de evaluación de las funciones de las *class actions* puede citarse la conocida obra de Deborah Hensler, de 2000.⁷² En esos trabajos se analiza la eficacia de las *class actions* para el logro de un conjunto de objetivos de política jurídica: el acceso a la justicia, la reparación de daños de mínima cuantía, la prevención de ilícitos y la eficiente administración del sistema judicial.

⁶⁸ HALABI, Ernesto, "Honorarios de la Corte en el 'caso Halabi': una regulación mínima", *Utsupra.Com*, 2009, recuperado el 22 de junio de 2010 de http://utsupra.com/php/visorphp?id=A00275079139&base=articulos_utsupra_02.

⁶⁹ POSNER, *op. cit.*, pp. 602-604 y 608-610.

⁷⁰ KALVEN y ROSENFELD, *op. cit.*

⁷¹ NOTE, *op. cit.*; MILLER, *op. cit.*

⁷² HENSLER, *op. cit.*

Existen numerosos trabajos monográficos enfocados en aspectos puntuales de la regulación de las *class actions* y que se enrolan explícitamente en el Análisis Económico del Derecho. Uno de ellos es el de Kenneth Dam, de 1975,⁷³ que analiza el problema del exceso de trabajo con que el procedimiento de clase carga al juez y al sistema judicial y por vez primera estudia el conflicto de interés entre la clase y su representante. La cuestión del problema de agencia fue objeto de análisis en varios trabajos de John Coffee publicados en la década de los ochenta,⁷⁴ y de un exhaustivo y muy citado artículo de Jonathan Macey y Geoffrey Miller de 1991.⁷⁵ Los problemas derivados de la aplicación del instituto de las *class actions* a los daños masivos (*mass torts*) también fueron analizados, con perspectivas diversas, por el trabajo de David Rosenberg, de 1987,⁷⁶ en que se defiende su aplicación y el de John Coffee, de 1995, en que se resaltan sus inconvenientes.⁷⁷ Entre los mecanismos de reparación, el instituto de la *fluid recovery* o *cy pres* ha concitado especial interés y ha sido analizado por esta corriente: pueden mencionarse los trabajos de Anna Durand, de 1981,⁷⁸ que efectúa una crítica a los sistemas de reparación basados en la modificación del precio del producto o servicio y Natalie Dejarlais, de 1986,⁷⁹ que aboga por la creación de fondos de reparación al colectivo.

En el ámbito europeo, como hemos adelantado, la literatura combina Análisis Económico y Derecho comparado en el estudio de las *class actions* y *representative actions*.

⁷³ DAM, Kenneth W., "Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence and Conflict of Interest", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 4, No. 1 (enero de 1975), pp. 47-73.

⁷⁴ COFFEE, John C., "The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation", Center for Law and Economic Studies, Columbia Law School, New York, Working Paper N° 11, enero de 1985; "Understanding the Plaintiff's Attorney: the Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions", Center for Law and Economic Studies, Columbia Law School, New York, Working Paper N° 13, enero de 1986; "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", Center for Law and Economic Studies, Columbia Law School, New York, Working Paper N° 22, septiembre de 1986.

⁷⁵ MACEY, Jonathan R. y MILLER, Geoffrey P., "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, N° 1, 1991, pp. 1-118.

⁷⁶ ROSENBERG, David, "Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means", *Indiana Law Journal*, Vol. 62, 1987, pp. 561-596; profundiza en ROSENBERG, David, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System", *Harvard Law Review*, Volumen 97, No. 4, Febrero de 1984, pp. 849-929 y en ROSENBERG, David, "The Regulatory Advantage of the Class Action", en VISCUSI, W. Kip, *Regulation Through Litigation*, 1ª edición, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2002, pp. 244-309.

⁷⁷ COFFEE, John C., "Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action", *Columbia Law Review*, Vol. 95, No. 6, 1995, pp. 1343-1465. Son numerosos los trabajos enrolados en esta postura, pero entre los más recientes podemos citar a EPSTEIN, Richard A., "Class Actions. Aggregation, Amplification and Distortion", *Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 182 (2d series)*, 2003, pp. 1-48.

⁷⁸ DURAND, Anna L., "An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms", *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1981, pp. 173-201.

⁷⁹ DEJARLAIS, Natalie A., "The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions", *Hastings Law Journal*, Vol. 38, 1987, pp. 729-767.

Entre los trabajos de interés para esta tesis podemos mencionar el de Richard Cappalli y Claudio Consolo, de 1992;⁸⁰ el trabajo de Roger Van den Bergh y Lous Visscher sobre la función preventiva de los procesos colectivos, de 2008;⁸¹ el trabajo de Fabrizio Cafaggi y Hans-W. Micklitz, de 2007, en que comparan los mecanismos judiciales colectivos y administrativos de tutela del consumidor;⁸² el trabajo ya citado de Jules Stuyck y otros, de 2007,⁸³ y el trabajo editado por John Sorabji y otros en 2008.⁸⁴ En la materia específica de la distribución de costas y regulación de honorarios en el sistema estadounidense y continental europeo es menester citar a Thomas Rowe y su trabajo de 2003.⁸⁵ Finalmente, en materia de litigación de interés público y mecanismos alternativos al estadounidense de financiación de las acciones de clase, recurriremos a los aportes de Russell Settle y Burton Weisbrod, de 1978,⁸⁶ y de Sonja Keske, Andrea Renda y Roger Van Den Bergh, de 2010, que demuestran que es necesario contar con mecanismos de fomento a la litigación de interés público, por el carácter de bien público de sus resultados.⁸⁷

En el ámbito iberoamericano dos obras merecen ser destacadas. Una de ellas, ya clásica, es la de Antonio Gidi, publicada en 2003, sobre las acciones colectivas en Brasil.⁸⁸ Otro trabajo que pretende ser un análisis funcional del proceso colectivo en Colombia es el de Antonio Barreto Moreno, de 2004.⁸⁹ Si bien no está expresamente enrolado en el Análisis Económico del Derecho y es posible algunas críticas a su enfoque, resulta un aporte novedoso

⁸⁰ CAPPALLI y CONSOLO, *op. cit.*

⁸¹ VAN DEN BERGH, Roger y VISSCHER, Louis, "The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law", *Erasmus Law Review*, Volume 01, N° 02, 2008, pp. 5-30.

⁸² CAFAGGI, Fabrizio y MICKLITZ, Hans-W., "Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in US and the European Community", EUI Working Paper LAW N° 2007/22.

⁸³ STUYCK *et al.*, *op. cit.*

⁸⁴ SORABJI, John, NAPIER, Michael y MUSGROVE, Robert (editores), "Improving Access to Justice through Collective Actions. Developing a More Efficient Procedure for Collective Actions. A Series of Recommendations to the Lord Chancellor", *Civil Justice Council*, Julio de 2008.

⁸⁵ ROWE, Thomas D., "Shift Happens: Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms From Class Actions", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, 2003, pp. 125-149.

⁸⁶ SETTLE, Russell F. y WEISBROD, Burton A., "Financing Public Interest Law: An Evaluation of Alternative Financing Arrangements", en WEISBROD, Burton A., *Public Interest Law. An Economic and Institutional Analysis*, 1ª edición, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1978, pp. 532-549.

⁸⁷ KESKE, Sonja, RENDA, Andrea y VAN DEN BERGH, Roger, "Financing and group litigation", en TUIL, Mark y VISSCHER, Lous (eds.), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical and Economic Analysis*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 57-91.

⁸⁸ GIDI, Antonio, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, pp. 311-408.

⁸⁹ BARRETO MORENO, Antonio Alejandro, *La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo*, 1ª edición, Bogotá, Universidad de los Andes, CIJUS, 2004, 120 páginas.

a la literatura sudamericana en la materia, por su intención de realizar un análisis estrictamente funcional.

III. MICRODAÑOS Y DAÑOS MASIVOS

III.1. Introducción

En este capítulo abordaremos una cuestión que presenta dos facetas: por qué razones se considera que el proceso civil clásico no da respuestas satisfactorias ante el fenómeno de los microdaños, o lesiones de ínfima cuantía y ante la ocurrencia de daños masivos que involucran afectaciones individualmente recuperables.

Nuestros objetivos consisten en describir el modelo básico de la víctima que enfrenta la disyuntiva de iniciar o no un juicio; demostrar que esa decisión presenta ciertas particularidades en el ámbito de las afectaciones al consumidor; analizar la influencia de las reglas específicas previstas por la ley 24.240; describir el fenómeno de los daños masivos y relacionarlo con el fenómeno de los *mass torts* y los intereses individuales homogéneos; finalmente, exponer los problemas que éste último provoca sobre el sistema de administración de justicia.

La hipótesis que demostraremos es que en ambos casos existe una divergencia entre el interés social en la promoción de ciertos procesos judiciales y los incentivos que los particulares tienen para iniciar tales juicios. Esa divergencia es la razón por la cual, en el caso de los microdaños, el nivel de litigiosidad es inferior al óptimo social y en el caso de los daños masivos, es superior. Esto depende de que definamos óptimo social como realización del objetivo *eficiencia*. Esa divergencia es una explicación posible, aunque no necesariamente la única, de la inadecuación del proceso civil individual clásico y de la incorporación de reglas específicas en materia de defensa del consumidor.

La importancia de este capítulo reside en que los procesos colectivos son habitualmente propuestos como mecanismos para superar las fallas que identificaremos. El modo específico en que cumplen ese objetivo será objeto de estudio en los capítulos precedentes. Nuestro aporte consistirá en sistematizar la cuestión y observar las peculiaridades que presenta a la luz de la normativa del Derecho argentino.

III.2. Evolución y estado actual de la cuestión

El problema del acceso a la justicia ha sido abordado por dos corrientes teóricas distintas. Por un lado se encuentran los trabajos de Mauro Cappelletti y sus continuadores,

quienes advirtieron la necesidad de introducir modificaciones en el sistema procesal civil clásico a fin de garantizar el acceso a la justicia para la solución de conflictos que presentaban ciertas peculiaridades, tales como las afectaciones a intereses difusos.⁹⁰ Por otro lado se encuentran los trabajos del Análisis Económico del Derecho, sistematizados por Steven Shavell, en que se introduce la dicotomía básica entre interés privado e interés social en la promoción de la acción individual.⁹¹ Mientras que la primera corriente pone el acento en el acceso a la justicia como principio fundante, la segunda corriente considera a este objetivo simplemente instrumental para la reducción de costos sociales. Consecuentemente, si bien ambas corrientes sugieren que es necesario introducir reformas y nuevos institutos en el proceso civil, no consideran que sea necesario en las mismas circunstancias. Como la primera corriente pone el énfasis en el acceso a la justicia como bien en sí mismo, el ámbito de reforma será más amplio que para la otra postura, que lo concibe sólo en su aspecto instrumental.

La doctrina argentina ha seguido fundamentalmente la primera corriente doctrinaria y ha aplicado sus conclusiones específicamente al ámbito consumeril.⁹²

El problema de los daños masivos ha sido analizado en detalle por la doctrina estadounidense, que ha debido dar respuestas ante fenómenos dañosos de amplio alcance. La doctrina argentina recién comienza a analizar la cuestión, de manera asociada al estudio del proceso colectivo, lo que puede ser pasible de crítica. Observaremos este problema en los apartados sucesivos.

III.3. Incentivos privados y promoción de acciones judiciales

En este apartado expondremos brevemente la teoría básica que explica en qué se funda la decisión del particular de iniciar una acción ante el Poder Judicial o no hacerlo. Para ello seguiremos la exposición de Steven Shavell.⁹³ Con carácter previo expondremos la teoría del comportamiento humano sobre la cual se basa el Análisis Económico del Derecho y que aplicaremos en nuestra tesis.

⁹⁰ GIDI, Antonio, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, pp. 311-408.

⁹¹ SHAVELL, Steven, "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *The Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, Junio de 1997, pp. 575-612.

⁹² QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Amparo Colectivo*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, 276 páginas.

⁹³ SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Cambridge – London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 389 y ss.

III.3.1. En general

El Análisis Económico del Derecho, así como otras disciplinas, toma prestada de la microeconomía la teoría de la elección racional. La elección del consumidor es racional cuando sus preferencias son *completas*, *transitivas* y busca *maximizar la utilidad* que obtiene de su decisión. Que las preferencias sean completas significa que el particular puede comparar y ordenar, de acuerdo a sus gustos, todas las opciones del mercado. Que las preferencias sean transitivas significa que si prefiere A a B y B a C, entonces preferirá A a C. Que busque *maximizar su utilidad* significa que, dadas ciertas restricciones tales como los precios y el ingreso, el individuo prefiere tener más a tener menos del bien del que se trate.⁹⁴

Thomas Ulen señala que los economistas han encontrado a la teoría muy útil para elaborar hipótesis sobre el comportamiento en el mercado, por varias razones. En primer lugar, permite formular predicciones sobre el comportamiento humano que los datos confirman. Es posible que esas predicciones resulten acertadas aún cuando los presupuestos no sean realistas. En segundo lugar, cuando los hechos contradicen a la teoría, es posible explicar esas inconsistencias sin necesidad de abandonar el modelo del agente racional, incorporando ciertos refinamientos.⁹⁵ Finalmente, se observa que quienes se comportan racionalmente en el mercado, tienen mayor aptitud para sobrevivir en él; por ejemplo, sólo la empresa que busca maximizar sus beneficios (o la empresa que se comporta *como si* persiguiera ese objetivo) puede mantenerse en el mercado.

Existen dos criterios de racionalidad que la teoría económica puede aplicar. Uno de ellos se denomina *criterio de la racionalidad basada en el egoísmo*. Conforme a este criterio, las personas racionales sólo tienen en consideración los costos y beneficios que las afectan directamente. La limitación de este criterio radica en que no permite considerar motivos externos como el altruismo. El segundo criterio se denomina *criterio de la racionalidad basado en el objetivo inmediato*. Conforme a este criterio, son racionales las personas que actúan eficientemente en la prosecución de sus objetivos inmediatos, sean éstos cuales sean: puede ser la satisfacción personal, pero también puede ser el altruismo, la caridad, etc. Se critica a

⁹⁴ ULEN, Thomas S., "Rational Choice Theory in Law and Economics", en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 791 y ss.; PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomics*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995 (traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, *Microeconomía*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995, p. 61).

⁹⁵ PINDYCK y RUBINFELD, *op. cit.*, pp. 121-122. Mencionan el ejemplo del efecto *esnob*.

este criterio porque resulta demasiado amplio y podría servir para considerar racional cualquier conducta voluntaria.⁹⁶

La aplicación de esta teoría a decisiones que se adoptan en mercados no explícitos (*non-market behavior*) da resultados que han sido criticados. Ulen explica que la teoría es más adecuada en mercados explícitos, por tres razones. En primer lugar, en los mercados explícitos las elecciones son frecuentes y rutinarias. En segundo lugar, las elecciones se manifiestan mediante la disponibilidad a pagar un precio en dinero, lo que facilita la medición de las preferencias. En tercer lugar, no existen problemas de transparencia, o son mucho menos importantes que en las elecciones fuera de los mercados. Estas características no parecen darse en el “mercado de accidentes” cuando un potencial dañador debe decidir cuánto invierte en medidas de prevención. No obstante, muchas decisiones concernientes a conductas jurídicamente relevantes son como elecciones en el mercado (*market-like choices*). Las reglas jurídicas fijan precios implícitos para distintas conductas y los agentes adecuan su comportamiento a esos precios más o menos del mismo modo en que se hace en los mercados explícitos. Por ejemplo, la conducta de dañar tiene fijado un precio, cual es pagar una indemnización; el precio de delinquir es la pena; el precio de defraudar al cocontratante es la pérdida de confianza, etc.

III.3.2. Crítica

Quienes critican al modelo del agente racional consideran que no se trata de una descripción realista del comportamiento de las personas. No siempre queremos comportarnos de manera egoísta y no siempre somos capaces de elegir los mecanismos más adecuados para satisfacer nuestros deseos. En el primer caso, se trata de que deliberadamente buscamos algo distinto a la maximización de la utilidad. En el segundo caso, enfrentamos una dificultad técnica para advertir el medio eficaz para maximizar la utilidad. Se han llevado a cabo experimentos cuyos resultados han sido usados para cuestionar los presupuestos del modelo del agente maximizador de utilidad. Frente a las mentadas inconsistencias del modelo, el movimiento del *Law and Behavioral Science* propone refinar o complementar la teoría con los aportes de otras disciplinas, como la psicología cognitiva.⁹⁷ Sin embargo, por las razones que

⁹⁶ FRANK, Robert H., *Microeconomics and Behavior*, 1° ed., McGraw Hill (trad. Luis Toharía, *Microeconomía y conducta*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana, 1992, pp. 16-17).

⁹⁷ KOROBKIN, Russell B. y ULEN, Thomas S., “Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics”, *California Law Review*, Vol. 88, N° 4, 2000, p. 1074 y ss.

se reseñarán en el siguiente punto, consideramos que en esta investigación no es necesario desviarnos del modelo básico.

III.3.3. Racionalidad, consumidores y litigantes

En diferentes circunstancias, la teoría neoclásica puede ser más o menos cercana a la realidad. Podemos preguntarnos si nuestro objeto de estudio elimina los problemas de esa teoría, los agudiza, o si se presentan aquí como en cualquier otro ámbito. Enfrentamos al menos dos elementos perturbadores. Por un lado nos encontramos con los *consumidores*, que presumiblemente *no saben* comportarse conforme al modelo del egoísmo racional y las *asociaciones de consumidores y agencias públicas*, que *no quieren* comportarse de manera egoísta. Estos sujetos juegan un papel protagónico en el sistema de acciones colectivas, por lo que necesitamos imperiosamente una teoría que describa precisamente su comportamiento. Parecería, en principio, que el modelo del agente racional no cumple esa función en estos casos. Sin embargo, es posible defender la viabilidad del modelo aún para estos casos.

En primer lugar, es un lugar común en la dogmática, que los consumidores no inician juicios por pérdidas ínfimas.⁹⁸ Este comportamiento es perfectamente explicable desde la teoría del consumidor racional. Desentenderse de pérdidas ínfimas no es irracional *cuando existen costos ineludibles para recuperar lo perdido*. Atendiendo sólo al propio beneficio, puede que el consumidor advierta que el mero hecho de sentarse a pensar qué hacer con su problema es demasiado costoso como para accionar; la incertidumbre, la mera molestia es un costo que en estos casos puede resultar determinante.⁹⁹ En consecuencia, institutos jurídicos que aparentemente garantizan que esto no ocurra, como el beneficio de gratuidad, no bastan para llevar ante los estrados esta clase de reclamos. No existen en el Derecho argentino contemporáneo institutos que reduzcan a cero el costo de acceder a Justicia *de manera individual*.

⁹⁸ Carecemos de datos *empíricos* que avalen esta observación, pero daremos algunos fundamentos adicionales. Tal vez pueda considerarse satisfactoria la siguiente experiencia: ninguna búsqueda en las revistas jurídicas más prestigiosas arrojará como resultado la presencia de juicios por debajo de cierto valor. Véase VIDMAR, Seeking Justice: An Empirical Map of Consumer Problems and Consumer Responses in Canada”, *Osgoode Law Journal*, Vol. 26, N° 4, 1988, p. 757 y ss. En nuestro país, véase SAGÜÉS, María Sofía, “Falencias del acceso a la justicia en la tutela del consumidor en Argentina: problemática y perspectivas”, *Revista IIDH*, Vol. 32-33, 2000-2001.

⁹⁹ Diríamos que el costo de oportunidad, esto es, el coste correspondiente a las oportunidades que se pierden cuando no se utilizan los recursos del particular para el fin para el que tienen más valor, es mayor que el beneficio que se obtiene de esta acción. PINDYCK y RUBINFELD, *op. cit.*, p. 671.

En segundo lugar, no es correcto descartar el modelo del agente racional para explicar el comportamiento de las asociaciones de consumidores. Éstas no parecen estar dispuestas a perder dinero en el juicio, al menos a manos de los proveedores. La dogmática argentina no cuestiona esta actitud. Así, por ejemplo, en un comentario a un fallo en que se impusieron costas por su orden pese a que la asociación ganó el juicio, se dijo:

...si cuando [las asociaciones] ganan un litigio se dispone que las costas del mismo sean distribuidas por su orden, es muy difícil que quieran o puedan volver a intentar otras de semejante índole, aun cuando existan sobradas razones que lo justifiquen por las afectaciones a los usuarios y consumidores.¹⁰⁰

Esto apoya nuestra afirmación de que las asociaciones de consumidores responden a incentivos económicos. Su disponibilidad a iniciar una acción colectiva está relacionada con el costo de hacerlo. Ese costo fácilmente puede equipararse a un precio de la acción: si ese precio aumenta, la demanda, esto es, la disponibilidad a accionar, se reduce.

Igualmente, se ha sostenido que existe una relación entre regulación de honorarios y número de acciones colectivas. Por ejemplo, en el año 2010 se difundió un artículo en que Ernesto Halabi cuestionaba la regulación de honorarios por la labor llevada a cabo en el *leading case* que se conoce por su nombre, al considerarla muy exigua.¹⁰¹ Lo que él presenta como una crítica moral y un análisis *ex post* de los méritos de su trabajo en el caso, puede ser interpretado en clave de incentivos; *ex ante*, el precedente de la regulación de honorarios en Halabi desalentaría la iniciación de una acción de incidencia colectiva.

Finalmente, tampoco es necesario descartar el modelo del agente racional al analizar la conducta de las agencias públicas.¹⁰² Órganos tales como la Dirección de Defensa del Consumidor cuentan con un patrimonio limitado, que destinan al mejor uso posible intentando reducir costos y aumentar beneficios. Esto significa, por ejemplo, que si el órgano administrativo considera necesario tutelar a los clientes de cierta institución bancaria, sólo elegirá iniciar una acción colectiva si otros mecanismos alternativos a su disposición resultan más costosos.

¹⁰⁰ BERSTEN, Horacio L., "La tutela de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios y consumidores en Río Negro", *LL Patagonia* 07/08/2006, 433; *RCyS* 2007-II, 100 (La Ley Online, p. 6). Consideraciones similares en torno a la imposición de costas, esta vez en los litigios en que actúa el Defensor del Pueblo, pueden hallarse en MONTI, Jorge Eduardo, *El caso Edesur*, 1ª edición, Morón, Universidad de Morón, 2007, pp. 111-113.

¹⁰¹ HALABI, Ernesto, "Honorarios de la Corte en el 'caso Halabi': una regulación mínima", *Utsupra.Com*, 2009, recuperado el 22 de junio de 2010 de http://utsupra.com/php/visorphp?id=A00275079139&base=articulos_utsupra_02.

¹⁰² POSNER, *op. cit.*, pp. 602-604 y 608-610.

Consideramos, en conclusión, que el modelo del agente racional es una herramienta útil para describir el comportamiento de los agentes intervinientes en los conflictos que estudiaremos.

Cuando una persona provoca una lesión a otra, la víctima puede optar por iniciar una acción judicial o no hacerlo. Esa decisión se fundará en una comparación de costos y beneficios. Si aplicamos el modelo del agente maximizador de utilidad, observaremos que la víctima iniciará la acción cuando el costo en expectativa de hacerlo sea inferior al beneficio esperado. Los costos del proceso comprenden, según el caso, los honorarios de los abogados, ciertos tributos y el tiempo y las molestias que insume un juicio. En consecuencia, será más probable que la víctima inicie una acción cuanto menor sea el costo de hacerlo, mayor la probabilidad de ganar el juicio y mayor el pago en expectativa (indemnización).

Los costos que la víctima tendrá en consideración al decidir cómo actuar dependerán de las reglas procesales en materia de costas en el juicio. En el Derecho comparado existen distintos regímenes. Una alternativa es la regla estadounidense, por la cual cada parte carga con sus propias costas y no con las del adversario, independientemente del resultado del litigio. Una segunda alternativa es la regla inglesa, por la cual la parte vencida en juicio carga con las costas propias y las costas del adversario. Una tercera alternativa es la regla *favorable al actor*, por la cual si éste gana el juicio, el demandado carga con las costas propias y las del vencedor; y si pierde el juicio, sólo carga con las costas propias, pero no las del adversario.

La decisión de iniciar un reclamo dependerá de la comparación de costos y beneficios y como los costos se modifican con la regla aplicable, la decisión variará. Aplicando la regla estadounidense, el actor sólo demandará cuando el beneficio esperado (esto es, la indemnización pretendida por la probabilidad de ganar el juicio) supere los costos que debe afrontar, que son fijos. Cuando ese beneficio sea menor, no demandará. Aplicando la regla inglesa en lugar de la estadounidense, el criterio de decisión es similar, pero se modifican los costos esperados. El costo esperado equivale a las costas propias y *ajenas* multiplicadas por la probabilidad de perder el juicio. Consecuentemente, aplicando la regla inglesa, si la probabilidad de ganar el juicio es alta, habrá más juicios con esa regla que con la regla estadounidense. Por el contrario, si la probabilidad de ganar el juicio es menor, habrá más juicios con la regla estadounidense. Aplicando la regla favorable al actor, la frecuencia de juicio será aún mayor que con las otras dos reglas, tanto con una probabilidad de ganar alta como baja, porque el actor nunca asumiría un costo mayor al que existe con las otras reglas.

Luego de iniciado el reclamo, es posible que las partes intenten llegar a un acuerdo. Tanto la víctima como el agente tendrán ideas propias acerca del resultado probable del juicio.

Eso hará que la negociación se mueva entre un mínimo aceptable para el actor y un máximo aceptable para el demandado. El mínimo aceptable para el actor es el valor esperado de la sentencia *menos* el costo de ir a juicio. El máximo que el demandado está dispuesto a ceder es el valor esperado de la sentencia *más* el costo de ir a juicio. Es posible que las partes tengan distintas creencias concernientes al valor esperado de la sentencia y distintos costos de estar en juicio. Las partes *no* acordarán cuando el mínimo pretendido por el actor sea superior al máximo admisible para el demandado. Por el contrario, si el mínimo pretendido por el actor es inferior al máximo aceptable para el demandado, el resultado es contingente. Existirá un acuerdo que beneficie a ambas partes en tanto la expectativa del actor acerca de la sentencia no exceda a la expectativa del demandado por más que la suma de sus costos de juicio.

Con la regla inglesa, aumenta la probabilidad de ir a juicio y no acordar, ya que se magnifica el efecto de las divergencias acerca del resultado del juicio. No obstante ello, el resultado es ambiguo, ya que es posible que la aversión al riesgo compense ese aumento. Con la regla favorable al actor, la probabilidad de que no se acuerde y se vaya a juicio es mayor que con la regla americana, pero menor que con la regla inglesa.

III.4. La divergencia entre los incentivos privados y el bienestar de la sociedad

Al igual que en el apartado anterior, aquí seguiremos las investigaciones de Steven Shavell.¹⁰³ El análisis efectuado en el punto anterior es puramente descriptivo. Observaremos ahora cuál es el impacto de estas decisiones sobre la sociedad. El análisis será *prescriptivo*. Veremos que los incentivos de los particulares para iniciar una acción pueden no estar alineados con el interés de la sociedad en la promoción de esa acción. Esto significa que en algunos casos la víctima iniciará un juicio aún cuando eso no sea socialmente conveniente y en otros casos la víctima no irá a juicio cuando la sociedad preferiría que sí lo hiciera.

El nivel socialmente óptimo de litigiosidad se determina comparando los beneficios y costos *sociales* del juicio. El beneficio que el proceso reporta a la sociedad es la *prevención de conductas dañosas*.¹⁰⁴ Es necesario que exista una perspectiva bastante cierta de que las víctimas demandarán para que los agentes adopten medidas de prevención del daño. Entre los

¹⁰³ SHAVELL, Steven, "The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *The Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, Junio de 1997, pp. 575-612.

¹⁰⁴ Como analizaremos en detalle en un capítulo posterior, nos referiremos indistintamente a los conceptos de prevención de daños y reducción primaria de costos sociales en términos de Calabresi, siguiendo su obra CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1^a edición, London, Yale University Press, 1970, 340 páginas.

costos sociales del proceso se encuentran los costos de la víctima, los costos del demandado y los costos del Estado. En otras palabras, la decisión del actor de acudir al sistema judicial tiene externalidades *positivas* y *negativas*.¹⁰⁵ La sociedad sólo quiere que el particular demande cuando los beneficios sociales de ese juicio superen a los costos sociales. Pero la víctima no funda su decisión en la comparación entre beneficios y costos sociales, sino en la comparación entre beneficios y costos privados. Eso implica que puede existir un *exceso de litigiosidad*, socialmente indeseable, o un nivel de litigiosidad *inferior al óptimo*.

En algunos ámbitos, la divergencia entre los incentivos privados para demandar y la preferibilidad social puede ser amplia. Shavell brinda dos ejemplos. En primer lugar refiere a los casos de responsabilidad por accidentes de tránsito y por productos elaborados defectuosos. En el primer caso el beneficio que la sociedad obtiene del proceso judicial en términos de prevención no es significativo, porque existen incentivos más fuertes para adoptar la prevención adecuada: las sanciones del Derecho penal y la posibilidad de que el agente sufra en carne propia las consecuencias del accidente. En el segundo caso, afirma que las empresas tienen un motivo más importante que el litigio para prevenir, cual es la reputación que desean conservar si pretenden continuar con su actividad (lo que se denomina juegos repetidos). En esos dos casos, sin embargo, el volumen de litigiosidad es importante y con ello los costos administrativos. Se trata de situaciones en que la divergencia entre el interés del particular y el interés de la sociedad provoca un nivel de litigiosidad superior al óptimo. En segundo lugar, Shavell hace referencia a una situación que estudiaremos detenidamente. Se trata de los daños de escasa cuantía, como algunas afectaciones al consumidor. En general, el particular carece de incentivos para promover una acción judicial, pero la sociedad se beneficiaría si lo hiciera, porque fomentaría la prevención de ilícitos.

Aquí es necesario precisar a qué consideraríamos un nivel óptimo de litigiosidad. Dado que estas consideraciones se efectúan en el ámbito del Análisis Económico del Derecho en su vertiente *normativa*, es preciso referirse al concepto de *eficiencia*. Se trata de uno de los conceptos clave del análisis económico del Derecho. La distribución de bienes que resulta de un intercambio voluntario se denomina Pareto-*superior* a la distribución inicial de los bienes, cuando conduce a una situación en la que al menos una persona se halla mejor y ninguna se encuentra peor que en la situación original. Una alocaón de bienes se denomina *eficiente en*

¹⁰⁵ SHAVELL, *op. cit.*, p. 584.

el sentido de Pareto cuando no es posible modificar la asignación de bienes sin perjudicar al menos a una persona.¹⁰⁶

La prosecución de la eficiencia en sentido de Pareto, como política pública, es demasiado exigente para ser utilizada en la práctica. Pocos son los casos en que una modificación en el Derecho permita mejorar a una persona sin afectar a ninguna otra. Es por ello que los autores del Análisis Económico del Derecho adscriben a un criterio alternativo de eficiencia, denominado *eficiencia en sentido de Kaldor y Hicks*, o criterio de *eficiencia Pareto-potencial*.¹⁰⁷ Conforme a este criterio, un cambio que permita a una persona obtener una mejora en su situación, aún a costa de una reducción en la utilidad de un tercero, es eficiente, en tanto la mejora sea superior al perjuicio de ese tercero. Este criterio se denomina Pareto-potencial porque el beneficiario podría compensar eventualmente al perjudicado, pero la realización de esa compensación no es necesaria para considerar a la situación eficiente. Claramente, ese criterio es menos estricto que el de eficiencia en sentido de Pareto, ya que con éste último no consideraríamos a esa situación eficiente.¹⁰⁸

Determinar la relevancia de la eficiencia para el diseño de las normas jurídicas es un problema cuya solución no es evidente. Existen posturas extremas como la de Posner, quien predica que la eficiencia es *sinónimo de justicia*,¹⁰⁹ y Shavell, quien entiende que toda regla diseñada en atención a la justicia y que desatienda a la eficiencia será desafortunada.¹¹⁰ Existen posturas intermedias, como la de Calabresi, quien sin desdeñar la importancia de este objetivo, cree que la justicia es el límite a todo diseño fundado exclusivamente en el mismo.¹¹¹ Finalmente, podríamos concebir un sistema jurídico en que resulte totalmente irrelevante la idea de reducción de costos sociales, un sistema fundado exclusivamente en el valor justicia.

En los términos enunciados, el nivel óptimo de litigiosidad es aquél que garantiza los mayores beneficios (prevención de ilícitos) al menor costo social posible. Este nivel fomenta la eficiencia en el sentido Pareto – potencial. Pero la solución al problema del nivel inadecuado de

¹⁰⁶ ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, ALACDE, George Mason University L&E Center, 2009, p. 10 y ss.

¹⁰⁷ ACCIARRI, *op. cit.*, p. 12; HICKS, J. R., “The Foundations of Welfare Economics”, *The Economic Journal*, Vol. 49 N° 196 (dic. 1939), pp. 696-712; HICKS, J.R., “The Valuation of Social Income”, *Economica*, Vol. 7, N° 26 (mayo 1940), pp. 105-124; KALDOR, Nicholas, “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, *The Economic Journal*, Vol. 49, N° 195 (sept. 1939), pp. 549-552.

¹⁰⁸ POSNER, *op. cit.*, pp. 13-14.

¹⁰⁹ “A second meaning of justice, perhaps, the most common, is –efficiency.” No obstante, a renglón seguido admite que hay casos en que la noción de justicia es más compleja, por lo que hay institutos jurídicos que no pueden explicarse en términos de eficiencia. POSNER, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁰ Véase SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Cambridge – London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p. 595 y ss.

¹¹¹ CALABRESI, *op. cit.*, p. 24-26.

litigiosidad es compleja. En primer lugar, es muy costoso obtener la información necesaria para determinar en cada cuerpo del Derecho si el nivel de litigiosidad se aparta del óptimo y en qué sentido. Las soluciones sólo podrían ser parciales y dirigidas a sectores específicos. Observaremos en el punto siguiente si el Derecho del consumidor es una materia con características que permitan determinar qué correcciones deberían hacerse en el nivel de litigiosidad.

III.5. Particularidades en materia de lesiones al consumidor y microdaños

En este punto identificaremos ciertas características de las afectaciones de escasa cuantía a los intereses de los consumidores. En primer lugar, existe un problema de *carencia de información*. En muchos casos los consumidores sencillamente no advertirán la violación a su derecho. Esto puede ocurrir con respecto a productos elaborados, pero también es típico de contratos bancarios, de seguros, o de otro tipo de servicios en que se imponen de manera ilícita cargos al consumidor, cuando ese importe es difícil de discriminar. La carencia puede estar vinculada a la falta de medios para advertir el ilícito o a la ausencia de estímulos para atender afectaciones de escasa cuantía.

En segundo lugar, existe un problema de apatía racional en tanto los costos de demandar superan a los beneficios privados de hacerlo. Hemos adelantado los fundamentos de esa comparación y analizaremos este problema en detalle enseguida.

En tercer lugar, en algunos casos existe un problema de *free-riding*.¹¹² Cuando la afectación puede cesar mediante la conducta de otro sujeto –sea otro afectado, una asociación de consumidores, o el Estado-, el particular preferirá que sea ese otro sujeto quien asuma los gastos. Eso le permitiría beneficiarse a un costo cero. En el peor de los casos, si todos los particulares adoptaran esta conducta, no habría proceso alguno.

Observaremos la afirmación vinculada a la comparación de costos y beneficios.¹¹³ Como hemos visto, la decisión del particular de demandar o no hacerlo se adopta realizando una

¹¹² Se denomina “parásito” o *free-rider* al consumidor o productor que no paga un bien no excluyente esperando que lo paguen otros. PINDYCK y RUBINFELD, *op. cit.*, p. 675. Como veremos más adelante, existen ciertas analogías entre el pronunciamiento que se obtiene en una acción colectiva y el bien público.

¹¹³ LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 27. Menciona también a la escasez de recursos como factor característico y determinante SAGÜÉS, María Sofía, “Falencias del acceso a la justicia en la tutela del consumidor en Argentina: problemática y perspectivas”, *Revista IIDH*, Vol. 32-33, 2000-2001, p. 110. Por el contrario, considera inviable un

comparación de costos y beneficios privados.¹¹⁴ El costo estimado dependerá del sistema de costas de que se trate. Bajo un sistema de costas por su orden, el costo comprende principalmente los servicios que el actor requiera de un abogado: los honorarios. Este costo, a diferencia del beneficio esperado, no depende de la probabilidad de ganar el juicio. Es por ello que puede afirmarse que es más probable que se inicie juicio cuando sea menor el costo del juicio, mayor la probabilidad estimada de ganar y mayor la indemnización pretendida. Asimismo, es más probable que se inicie juicio si el actor es menos adverso al riesgo.¹¹⁵ Si los costos son fijos, o si incluyen algún componente fijo y otro variable, en la medida en que la probabilidad de ganar o el monto de la indemnización pretendida se reduzcan, el incentivo para iniciar juicio también disminuirá.

La situación se modifica bajo un sistema de costas al vencido. Bajo ese sistema, el costo que el actor debe considerar es la suma de sus costas y las del adversario por la probabilidad de perder el juicio. Sólo demandará si el beneficio esperado supera esa suma. Como hemos visto, parece ser que la aplicación de esa regla garantiza la existencia de más juicios en los casos en que el actor tiene mayor confianza en ganar, aunque el efecto puede verse parcialmente compensado por la aversión al riesgo.

Shavell parece dar a entender que bajo un sistema de costas al vencido, superado cierto umbral de probabilidad de ganar el juicio y sin importar la cuantía del daño, el actor demandará. Richard Posner advierte que esto no es así. Primero, porque el recupero nunca es completo, ya que no se compensa ni el tiempo ni el esfuerzo invertidos, que pueden ser sustanciales en relación al monto en juego. Esto es, hay costos fijos que no dependen del desempeño en el juicio, que no ingresan en concepto de costas y que pueden ser muy importantes cuando la cuantía del reclamo es menor. El tiempo invertido en el juicio puede ser uno de esos costos adicionales. Esa puede ser una de las razones que expliquen la regla del estatuto del consumidor que da al proceso de consumo el trámite más abreviado en esa

análisis de esta cuestión fundado en la comparación de costos y beneficios CODAZZI, Santiago, "Acciones de clase: la búsqueda de la felicidad", *EL DIAL EXPRESS*, 23/02/2011, con argumentos que hemos discutido.

¹¹⁴ SHAVELL, *op. cit.*, p. 390.

¹¹⁵ Las personas tienen distinta predisposición a correr riesgos. La aversión al riesgo es la actitud de la persona que prefiere una renta segura a otra actividad cuya renta esperada es igual pero que es más arriesgada (la renta de esa persona tiene una utilidad marginal decreciente). La neutralidad ante el riesgo es la indiferencia entre la renta segura y la incierta cuyo valor esperado es el mismo (la utilidad marginal es constante). Finalmente, la predilección por el riesgo es la actitud de quien prefiere la renta incierta a la segura (la utilidad marginal es creciente). Por ejemplo, ante la alternativa entre ganar 10 con una probabilidad del 100%, o 20 con una probabilidad del 50%, el adverso prefiere la primera alternativa, el neutral es indiferente y el amante del riesgo prefiere la segunda. Véase PINDYCK y RUBINFELD, *op. cit.*, p. 149.

jurisdicción. En segundo lugar, a menos que el actor tenga la certeza absoluta de que triunfará, siempre existe el riesgo de perder y cargar con las costas del adversario. Cuanto menor sea la cuantía en juego, la probabilidad estimada deberá ser muy alta para que el actor decida demandar.¹¹⁶ Estas afirmaciones son plenamente aplicables al caso argentino.

Existen otros factores importantes amén de la comparación entre costos y beneficios *monetarios*. En el Derecho comparado existen estudios empíricos que demuestran cómo los consumidores afectados en general no inician acciones judiciales cuando sufren daños ínfimos.¹¹⁷ Entre los autores que analizan el instituto desde la dogmática jurídica, Horacio Bersten afirma que es común ver que los consumidores no demandan porque les preocupa “*quedar en situación de exposición o vulnerabilidad ante posibles represalias o presiones del prestador*”.¹¹⁸ Esto demuestra la relevancia de los costos que no dependen del resultado del proceso.

En la actualidad puede considerarse superada la regla *de minimus praetor non curat*, que denegaba acción al titular de un daño *de bagatela*. La dogmática argentina considera aceptable el reclamo de pequeña cuantía y advierte que existe en ese ámbito un problema de acceso a la justicia que debe ser resuelto.¹¹⁹ Por tal razón se han incorporado normas específicas en la materia. Una de ellas es el beneficio de gratuidad en la Ley de Defensa del Consumidor, cuya extensión es debatida. El punto es relevante, porque modifica la regla en materia de costos que debemos estudiar. El problema se presenta tanto en las acciones individuales de consumo como en las colectivas. Analizaremos a continuación lo atinente a las primeras.

III.6. El beneficio de gratuidad en la Ley de Defensa del Consumidor

¹¹⁶ POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Boston, Little, Brown and Company, 1972 (4ª edición, 1992, pp. 570-571).

¹¹⁷ Véase, por ejemplo, VIDMAR, Neil, “Seeking Justice: An Empirical Map of Consumer Problems and Consumer Responses in Canada”, *Osgoode Law Journal*, Vol. 26, N° 4, 1988, p. 757 y ss.

¹¹⁸ BERSTEN, Horacio L., “La tutela de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios y consumidores en Río Negro”, *LL Patagonia* 07/08/2006, 433; RCyS 2007-II, 100 (La Ley Online, p. 4).

¹¹⁹ ALTERINI, Atilio A., AMEAL y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, 2ª edición, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2001, p. 272; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 136-138 y 151-152; VAN DEN BERGH, Roger y VISSCHER, Louis, “The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law”, *Erasmus Law Review*, Vol. 01, N° 02, 2008, p. 13 y ss.; MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 246-248.

III.6.1. Antecedentes

El texto original de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 preveía en su artículo 53, dentro del capítulo XII, titulado “De las acciones”:

ARTICULO 53. — Normas del Proceso. Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente. Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozarán del beneficio de justicia gratuita.

El último párrafo fue observado por el Art. 8º del Decreto Nacional Nº 2089/93 (B.O. del 15/10/1993). Consecuentemente, entre 1993 y 2008, las actuaciones judiciales iniciadas de conformidad con la ley en el ámbito nacional y federal debían tramitar el beneficio de litigar sin gastos si pretendían obtener una exoneración de los gastos del juicio.

III.6.2. La reforma de la ley 26.361

La ley 26.361 del año 2008 introdujo dos modificaciones relevantes en este ámbito. En primer lugar, incorporó como tercer y cuarto párrafos del artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor el siguiente texto:

Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

En segundo lugar, incorporó el siguiente texto como segundo párrafo del artículo 55, dentro del capítulo XIV, titulado “De las Asociaciones de Consumidores”.

Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita.

Puede observarse que la ley de 2008 reincorpora el instituto de la “justicia gratuita”, pero a su vez introduce algunas variantes con respecto al texto de 1993. En primer lugar, en lugar de una única regla general ahora se incorporan dos: una aplicable a las acciones

iniciadas “en razón de un derecho o interés individual” y otra aplicable a las acciones “iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva”. En segundo lugar, se incorpora expresamente en el artículo 53 el denominado “incidente de solvencia”, no previsto expresamente para el segundo tipo de acciones.

El beneficio es automático y no requiere de la iniciación de un incidente. Se discute cuál es su contenido o extensión. Existen dos posturas claras en la doctrina y jurisprudencia y en el estado actual del debate no se ha alcanzado consenso al respecto, ni puede estimarse que alguna de ellas sea dominante. Una de estas posturas consiste en afirmar que el beneficio de justicia gratuita sólo comprende la eximición de tasas, sobretasas y sellados judiciales. La otra postura consiste en afirmar que el beneficio de justicia gratuita se identifica con el beneficio de litigar sin gastos, por el cual, en caso de condena, el beneficiario queda exento de las costas del adversario hasta tanto mejore de fortuna. El problema se plantea tanto en el proceso individual como en el colectivo.

III.6.3. Interpretación restringida del beneficio de justicia gratuita

La primera postura considera que el beneficio legal comprende exclusivamente la tasa y sobretasa de Justicia, pero no las costas. Esta postura ha sido primeramente elaborada por Enrique Perriaux,¹²⁰ y ha sido apoyada por fallos¹²¹ y doctrina.¹²² Se funda en los siguientes argumentos.

En primer lugar, aduce que la facultad para legislar en materia de costas y tasa de justicia, esto es en materia procesal, es local. Por lo tanto, para identificar el régimen local de costas y tasa de justicia en las acciones de defensa del consumidor, debemos observar la legislación provincial. La legislación en las provincias varía. En algunas se estipula que estas acciones gozan del beneficio de litigar sin gastos automático. En otras provincias, estas acciones están exentas del pago de tasas y gravámenes. Otras provincias carecen de una regulación específica y se limitan a estipular que estas acciones gozan del beneficio de justicia

¹²⁰ PERRIAUX, Enrique J., “La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor”, *LA LEY* 2008-E, 1224 y PERRIAUX, Enrique J., “Defensa gratuita del consumidor: ¿Con bill de indemnidad?”, *LA LEY* 2009-B, 227.

¹²¹ “Adecua c. Banco BNP Paribas S.A. y otros s/ Beneficio de Litigar sin Gastos”, Cámara Nacional Comercial, Sala D, 4 de diciembre de 2008; “Proconsumer c. Banco Patagonia S.A.”, Cámara Nacional Comercial, Sala A, 11 de agosto de 2009, *Lexis* N° 70056143; “Damnificados Financieros Asoc. Civil P/Su Defensa c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otros”, Cámara Nacional Comercial Sala B, 19 de noviembre de 2009, *Lexis* N° 70058342, entre otros.

¹²² VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y AVALLE, Damián, “El alcance del beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor”, *LA LEY* 2009-C, 401; *LA LEY* 18/05/2009, 5.

gratuita, del mismo modo que la Ley de Defensa del Consumidor. Es necesario, entonces, determinar qué significa “justicia gratuita” para identificar el régimen vigente en esas provincias y en la jurisdicción nacional y federal.

Para resolver esa cuestión, Perriaux recurre a otro régimen de tutela del débil jurídico: el Derecho Laboral. Prescribe el artículo 20 de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744):

20.- Gratuidad. El trabajador o sus derechohabientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo.

Esa norma ha sido dotada de contenido por las leyes de procedimiento laboral. Así por ejemplo la ley nacional 18.345 prescribe en su artículo 41:

Exención de gravámenes fiscales. En el procedimiento judicial los trabajadores y sus derechohabientes estarán exentos de gravámenes fiscales, sin perjuicio del beneficio de litigar sin gastos, en los casos en que se lo reconociere.

Se observa que la ley nacional distingue el beneficio de “gratuidad” del beneficio de litigar sin gastos. Perriaux afirma que soluciones similares se imponen en las provincias, con la notable excepción de la provincia de Buenos Aires. Y que esa es la interpretación que debe prevalecer en materia de defensa del consumidor. Carecería de sentido otorgar al consumidor mayor protección que al trabajador.

Se argumenta, además, que “justicia gratuita” significa “acceso gratuito a la justicia”, pero nada dice sobre las contingencias posteriores al acceso a los tribunales, esto es, las costas. Se dice, además, que otra interpretación resultaría atentatoria del derecho constitucional de propiedad. Y que del debate parlamentario surge esta interpretación.

III.6.4. Interpretación amplia del beneficio de justicia gratuita

En contra de la interpretación anterior, se ha afirmado que el beneficio de justicia gratuita consiste en la concesión automática del beneficio de litigar sin gastos, comprensivo de la exención de gravámenes fiscales y costas. Esta postura ha sido defendida por Horacio Bersten,¹²³ y acogida en numerosos fallos.¹²⁴

¹²³ BERSTEN, Horacio L., “La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo”, *LA LEY* 2009-B, 370.

¹²⁴ “Oviedo, Gladys Ester y Otro c/ Peugeot Citroen Argentina S.A. y Otro s/Daños y Perjuicios. Incump. Contractual (Exc. Estado)”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III,

Afirma Bersten que la solución al problema de la gratuidad en las acciones de consumo debe hallarse en la misma letra de la ley, sin que sea necesario recurrir al Derecho Laboral. Y la clave está en el incidente de solvencia incorporado en el artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor. Ese incidente sólo puede ser promovido por el demandado, no por el Fisco. Es razonable interpretar que quien promueva el incidente debe tener un interés en hacerlo. Si el beneficio de justicia gratuita sólo comprende la tasa de justicia y demás imposiciones económicas, no se advierte cuál es el interés del demandado (más allá de una cuestión estratégica) en su promoción. Por el contrario, si se interpreta que el beneficio comprende las costas, entonces sí puede armonizarse la regla y resulta coherente que no sea el Fisco el legitimado para promover el incidente y que no deba conferírsele traslado.

Adicionalmente y en materia de acciones colectivas, Bersten afirma que esta regla coloca a las asociaciones de consumidores en igualdad de situación con otros legitimados colectivos y que del debate parlamentario surge que la interpretación propuesta es la correcta. En efecto, del debate legislativo surge la intención de crear un mecanismo aplicable al procedimiento *local*, así como la prevención de que no podía interferirse con la facultad local de legislar en materia de tributos. El congreso de la Nación entendió que la materia en la que sí era competente era la atinente a las costas y de esa manera legisló.

III.6.5. Una visión alternativa

En materia de acciones colectivas, Cristian O. del Rosario afirma que el beneficio de gratuidad tiene una extensión distinta según se trate de acciones de incidencia colectiva de protección de bienes colectivos o de intereses individuales homogéneos.¹²⁵ En el primer caso equivaldría al beneficio de litigar sin gastos y en el segundo caso sólo a la eximición de costas y gravámenes fiscales. No conocemos fallos que hayan acogido esta postura.

publicado en el sitio web de la SCBA; “Red Argentina de Consumidores (Asociación Civil) c/HSBC Bank Argentina S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, Cámara Nacional Comercial, Sala F, 08/02/2011; “San Miguel, Martín Héctor y otros c/ Caja de Seguros S.A. Ordinario”, Cámara Nacional Comercial, Sala F, 29/06/2010; “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/Banca Nazionale del Lavoro S.A. s/sumarísimo”, CSJN, 11/10/11,, publicado en el sitio web de la CSJN.; “Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco Industrial S.A. s/ sumarísimo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 09/10/2012, LA LEY 18/02/2013, 10; LA LEY 2013-A, 375; DJ 02/05/2013,84 (AR/JUR/57417/2012, p. 1)

¹²⁵ Del ROSARIO, Cristian O., “El beneficio de gratuidad y su alcance en las acciones de clase”, LA LEY 2009-B, 671.

III.6.6. En la provincia de Buenos Aires

El artículo 25 de la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires, único artículo del Capítulo II, titulado “Gratuidad”, prescribe:

ARTICULO 25.- Las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios, individual o colectivamente, de conformidad con las normas de defensa del consumidor, estarán exentos del pago de tasas, contribuciones u otra imposición económica. El juez al momento de dictar la sentencia impondrá las costas evaluando la proporcionalidad del monto de la pretensión y los costos del proceso con la capacidad económica de las partes.

La interpretación de la primera parte de este artículo no ofrece dificultades, a excepción de la referencia a los consumidores o usuarios, que parece excluir a otros legitimados colectivos. La doctrina ha sugerido que debe interpretarse que el beneficio se aplica a todo otro legitimado colectivo.¹²⁶ También es claro que el beneficio que la norma concede no tiene el mismo contenido que el beneficio de litigar sin gastos.¹²⁷

Lo dificultoso es determinar si el artículo 55 de la ley nacional agrega algo a esta norma. Durante un período de tiempo, entre el año 2005 y el año 2008, el artículo 25 fue la única norma en la materia aplicable en la provincia de Buenos Aires, pero tras la sanción de la ley 26.361 parece que debemos dar cuenta de una regla adicional. Conforme a la interpretación de Perriau, el artículo 25 da contenido a la norma del artículo 55 y éste nada agrega. Por lo tanto, en la provincia de Buenos Aires sería menester iniciar el trámite del beneficio de litigar sin gastos. Por el contrario, según la interpretación de Bersten, el artículo 25 complementa al artículo 55. Por consiguiente, en la provincia de Buenos Aires las acciones iniciadas en el ámbito del Derecho del Consumidor estarían exentas del pago de tasas, contribuciones o imposiciones económicas y además están exentas del pago de las costas del adversario.

III.7. Costos y beneficios en las acciones individuales de consumo

Imaginemos el siguiente ejemplo. Nuestro consumidor ha sufrido un atropello. Tal vez viajaba en un ómnibus de larga distancia y la valija que llevaba en el depósito apareció aplastada y con una esquina rota. Tal vez llegó al hotel en que había efectuado una reserva y advirtió con espanto que nadie le había comunicado que se estaban haciendo refacciones en el

¹²⁶ CARRANZA TORRES, Luis R. y ROSSI, Jorge O., *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*, 1ª edición, Córdoba, Alveroni, 2009, p. 333.

¹²⁷ “Díaz Lacoste, Alejandro s/ Beneficio de litigar sin gastos”, Cámara Civil y Comercial de San Martín, Sala 2, 2/08/2005, publicado en el sitio web de la SCBA.

primer piso y el ambiente era inhabitable. Tal vez nuestro consumidor se propone leer el resumen de su cuenta y encuentra un concepto que no conoce ni entiende. Como estos ejemplos (reales) podrían enumerarse cientos de afectaciones de escasa cuantía. Si nuestro afectado tuviera espíritu combativo, tal vez pretendería accionar judicialmente para obtener una compensación. Si nuestro afectado es un agente racional, antes de tomar esa decisión comparará costos y beneficios de accionar. Los beneficios son ínfimos, como lo son sus daños. No obstante, el régimen consumerista permite prever que las ventajas esperadas sean superiores a lo que el régimen ordinario permitiría, en virtud de la regla que estipula la carga dinámica de la prueba.¹²⁸ Con respecto a los costos, el actor puede aprovechar el beneficio de gratuidad. Si el juez ante el cual interpone la demanda interpreta que el beneficio equivale al beneficio de litigar sin gastos, el actor tiene la certeza de que si pierde y es condenado en costas, esa condena no podrá ejecutarse a menos que el demandado demuestre su solvencia. Si el juez adscribe a la interpretación alternativa del beneficio, el actor se verá favorecido por la inexistencia de ciertos gravámenes, pero asumirá el riesgo de ser condenado en costas. En ese caso podría tramitar un beneficio de litigar sin gastos, que le será concedido sólo si acredita los extremos exigidos en la ley. Si nuestro consumidor litiga en la provincia de Buenos Aires contará con una ventaja adicional. Las costas serán impuestas “...evaluando la proporcionalidad del monto de la pretensión y los costos del proceso con la capacidad económica de las partes.”

El beneficio de gratuidad, la modificación en la regla de imposición de costas y la regla que prevé la carga dinámica de la prueba hacen económicamente viables en sede judicial a ciertas acciones que de lo contrario no lo serían. Es posible predecir que, en comparación con las reglas ordinarias, estos beneficios *aumentarán el número de casos de afectaciones al consumidor que acudirá a los tribunales*, con lo que se incrementará el bloque de casos que gozan de acceso a la justicia. Pero esas reglas no garantizan que en *todo* caso convenga al afectado litigar.

El Derecho argentino contempla desde el año 2008 un instituto adicional: los daños punitivos. Se trata de una multa civil que se adiciona a la compensación por daños y que tiene como beneficiario al actor. Esa norma modifica el *quantum* de los beneficios esperados por el actor. Sin embargo, ese instituto es sólo aplicable en la medida en que nos hallemos ante una

¹²⁸ El artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor prescribe que “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.” Esta regla parece excepcionar el principio que coloca la carga de probar sobre quien alega la existencia del hecho fundamento de su derecho (e.g., art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires).

conducta de dolo o culpa grave y no necesariamente ante el hecho objetivo del incumplimiento,¹²⁹ por lo que no en todo caso el consumidor tiene la garantía de que obtendrá daños punitivos.

En consecuencia, aún con las reglas vigentes podríamos encontrar situaciones en que el consumidor se hallaría falto de incentivos para accionar de manera individual. Sin embargo, aún en esos casos un tercero podría obtener algún provecho vinculado a la promoción de la acción. Por ejemplo, las reglas en materia de honorarios del abogado podrían ser tales que, sin someter al actor a un riesgo adicional, el letrado obtendría un beneficio. Esto ocurriría si los honorarios mínimos regulados superasen un umbral: el de los gastos que el abogado debe hacer para llevar adelante el juicio. El abogado podría celebrar con su cliente un pacto de *cuota litis* y hacerse cargo de las costas en el caso de la derrota, con lo que financiaría íntegramente a su cliente. Esta reconstrucción requiere que los honorarios mínimos del abogado sean fijos y que los gastos del abogado sean inferiores a esta suma. Si se estableciera una correlación entre honorarios y monto del litigio, saldría perdedoso, pues esa regulación jamás sería superior a cierto porcentaje. En la provincia de Buenos Aires el artículo 22 de la Ley de Honorarios Profesionales establece un piso de 4 jus para todo caso en que el abogado actúe judicialmente. Asimismo y en materia de juicio de amparo, el mínimo es de 20 jus. Si bien estas normas son claras, la primera ha sido cuestionada por algunas sentencias y jaqueada por legislación posterior, en casos en que el monto en litigio es *ínfimo*. La norma parece haber sido sancionada explícitamente para evitar una regulación de honorarios indecorosa en esos casos de montos ínfimos, pero esto ha sido cuestionado como una violación al derecho de propiedad de las partes en el litigio. Así se ha dicho que es inadmisibles toda regulación que supere el 33% del monto en juego, ya que ello sería confiscatorio. Adicionalmente, la responsabilidad por costas del condenado no podría superar el 25% de la sentencia, laudo o transacción.¹³⁰

Lo anterior demuestra que existen al menos algunos casos de lesiones de monto insignificante en que ni los particulares ni los abogados tienen incentivos para iniciar un juicio individual. Es importante señalar que no afirmamos, ni es necesario afirmar, que *ningún* consumidor tiene incentivos para accionar en estos casos. A los fines de lograr una adecuada prevención, se requiere que *todos* los consumidores se hallen en situación de desear accionar. Por lo tanto, basta con que *alguno* de ellos no considere conveniente accionar para que

¹²⁹ IRIGOYEN TESTA, Matías, “¿Cuándo el juez puede y cuándo debe condenar por daños punitivos?”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Director Atilio A. Alterini, Ed. La Ley, Buenos Aires, Año XI - N° 10, 2009, pp. 16– 26, RCyS 2009-X, 16.

¹³⁰ HITTERS, Juan Manuel y CAIRO, Silvina, *Honorarios de Abogados y Procuradores*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, pp. 244-245.

encontremos una flaqueza en el sistema de acción individual. La flaqueza se acentúa si consideramos que las situaciones descritas afectan a grupos de individuos. Es por ello que la presencia de ejemplos de consumidores activos en la defensa de sus derechos no bastaría para tener por resuelto el problema del nivel de litigiosidad inferior al óptimo.

III.8. El interés social en la acción individual del consumidor

Es difícil determinar si existe un exceso o un defecto de litigiosidad en materia de defensa del consumidor. Es una cuestión que depende de una evaluación empírica. Es claro que muchas pequeñas lesiones quedan sin resarcimiento, pero no es claro que valga la pena garantizar ese resarcimiento. La compensación de las víctimas no debe ser el único criterio para evaluar la bondad de una política jurídica; es menester adoptar una visión más amplia, que atienda al costo de garantizar ese resarcimiento.

Sin embargo el Legislador se ha pronunciado sobre esta cuestión de manera clara (a través de las reglas que se han incorporado y que promueven la litigación) en el sentido de que existe un fenómeno de dificultad de acceso a la justicia y se considera socialmente disvalioso. Tal vez sea correcto entender que los perjuicios que la falta de acceso a la justicia provoca en materia de inadecuada prevención superan a los beneficios derivados de una administración de Justicia menos cargada. Tal vez la respuesta a nuestro interrogante dependa más de una decisión que de una evaluación de costos y beneficios. O tal vez la *entidad* de esos costos y beneficios dependa de una decisión que el Legislador y la sociedad en su conjunto, adopta en torno a lo que considera intolerable, con lo que no tendría sentido preguntarse si el legislador cometió o no un error.

En efecto, teniendo presente lo anterior y considerando que existe un nivel de litigiosidad inferior al óptimo, esa situación es disvaliosa. En términos de Pigou hay un desequilibrio de mercado porque los malos proveedores, aquellos que no adoptan niveles de precaución óptimos y provocan externalidades negativas, atentos a la baja probabilidad de ser demandados y condenados en juicio al resarcimiento del daño, no tienen incentivos para adoptar esas medidas de precaución y pueden cobrar su producto a un precio menor que el de la competencia. De ese modo desplazan del mercado a los buenos proveedores que cargan a

su producto un precio más alto.¹³¹ En términos de Calabresi no se realizan las funciones relevantes de reducción de los costos sociales de los accidentes.

El análisis del problema debe realizarse teniendo en cuenta que la herramienta propuesta como solución tiene características completamente distintas a las del proceso individual. No se trata de un mecanismo de promoción de los reclamos particulares, sino de un mecanismo de solución global de conflictos que afectan a una pluralidad relevante de individuos. Este último punto puede ser importante. Es posible interpretar que los beneficios que reporta el acceso a la justicia, en términos de prevención, son más pronunciados cuando la lesión se extiende a un gran número de sujetos que cuando sólo afecta a uno o dos. De esta manera, la acción colectiva sólo recogería, gracias a uno de sus requisitos, aquéllos casos en los que verdaderamente la sociedad requiere el fomento de la litigiosidad. Un gran número de accidentes puede ser demostración de que el nivel de actividad del proveedor es demasiado alto, o de que el nivel de precaución es demasiado bajo y que es necesario corregir los incentivos para la conducta del agente.

En síntesis, podemos interpretar que el Legislador considera que el nivel de litigiosidad en los conflictos que involucran lesiones de ínfima cuantía a los consumidores es inferior al óptimo y que por ello ha instrumentado una serie de elementos tendientes a elevar ese nivel. Uno de esos instrumentos es la acción de incidencia colectiva, que tiene como particularidad no ser un instrumento adecuado para cualquier tipo de afectación, sino exclusivamente para aquéllas que tienen una amplia extensión.

III.9. Daños masivos. El colapso de los tribunales

III.9.1. Introducción

Es habitual hallar en la literatura argentina actual sobre acciones de clase comentarios que vinculan este procedimiento al fenómeno del *daño masivo*. Éste no es un concepto jurídico con una definición legal, ni tampoco con una definición doctrinaria aceptada y regularmente citada. En consecuencia, normalmente se hace referencia a dos términos de diferente origen. Uno es el concepto de *mass torts* que utiliza la doctrina de Estados Unidos. El otro es el concepto de intereses individuales homogéneos, contemplado en el Código de Defensa del

¹³¹ ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, ALACDE, George Mason University L&E Center, 2009, pp. 13-14 y 56-58.

Consumidor brasileño y en el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Estas referencias obligan a plantear ciertas preguntas. En primer lugar, cuál es la relación entre estos tres conceptos, si es que hay alguna. La doctrina argentina ha brindado distintas respuestas, que sistematizaremos. La segunda pregunta es si tiene sentido hablar de daños masivos como un concepto particular, si tienen algo que los individualice. Veremos que la respuesta a ese interrogante depende de lo que hayamos resuelto en primer lugar. La tercera cuestión a tratar es si el problema se restringe al ámbito de las relaciones de consumo o si al menos presenta particularidades en ese ámbito.

El problema que plantean estos *daños masivos* difiere del que se observó en el punto anterior. No se trata de que exista un nivel de litigiosidad inferior al socialmente óptimo y que deba ser incrementado. Por el contrario, existen suficientes incentivos individuales como para que los afectados acudan al sistema de Justicia. El problema que se observa es que el sistema judicial colapsa ante la masividad de los reclamos. La solución propuesta no postula en modo alguno el desaliento de estas acciones judiciales. Lo que se pretende buscar es un mecanismo de administración de los conflictos colectivos que resulte menos gravoso para el poder judicial sin por ello perjudicar a los particulares que preferirían un proceso individual. Se trata de reducir los *costos de administración* del sistema y a su vez evitar incurrir en un aumento de los *costos de error*.

¿Es el nivel de litigiosidad en esta clase de conflictos superior al óptimo? Lo es, dado que existe un mecanismo alternativo con menores costos. Podría parecer que no hay tal en términos de prevención primaria, porque sencillamente se trata de que cada afectado reclama judicialmente, con lo que el proveedor enfrenta una responsabilidad esperada equivalente al 100% de los daños provocados. Sin embargo, esa visión dejaría de lado el aspecto concerniente a los costos administrativos de la resolución del conflicto. El nivel de litigiosidad es excesivo porque los costos de administración son excesivos en comparación con los beneficios obtenidos en términos de prevención. Ante esta situación, las respuestas posibles podrían ser distintas. Podemos imaginar un sistema en que se desaliente la litigación, con lo que se reducirían los costos administrativos. Sin embargo, la contrapartida de ese sistema es una reducción en el nivel de precaución. El aspecto novedoso del proceso colectivo consiste en que mantiene la responsabilidad esperada en un 100%, pero permite un reordenamiento tal que el costo administrativo es inferior: conserva los beneficios, y reduce los costos de la resolución del problema.

III.9.2. Intereses colectivos o difusos, daño colectivo e intereses individuales homogéneos

Históricamente, la aceptación dogmática y jurisprudencial de la categoría *intereses colectivos o difusos* es anterior a la categoría *intereses individuales homogéneos*.¹³² Así, por ejemplo, se ha caracterizado al daño colectivo como el “*experimentado por un conjunto de personas a raíz de la lesión a un interés grupal*”.¹³³ En el Derecho argentino se discutió durante mucho tiempo si la categoría constitucional *derechos de incidencia colectiva* (contemplada en el artículo 43 de la Constitución Nacional tras la reforma del año 1994) comprendía o no a los *intereses individuales homogéneos*. Parte de la doctrina¹³⁴ y de la jurisprudencia¹³⁵ consideraba que sólo son derechos de incidencia colectiva aquéllos que recaen sobre bienes de imposible apropiación individual (ambiente, patrimonio cultural, buen nombre de un grupo indeterminado de personas, etc.). El fallo Halabi parece haber puesto fin a esta discusión, al admitir que el artículo 43 protege tanto los *derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos* como a los *derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*. Se explica en el fallo que “*en estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.*”

La categoría de *intereses o derechos individuales homogéneos o pluriindividuales homogéneos* está expresamente contemplada en el Derecho brasileño. Según el Código de Defensa del Consumidor brasileño, son aquéllos *resultantes de origen común* (art. 81). Son derechos subjetivos y la nota de homogeneidad sólo es puesta de resalto con fines prácticos: posibilitar su tratamiento en un proceso único. Pero no importan un tipo de interés de una naturaleza especial, como el interés difuso o colectivo.¹³⁶

Según Antonio Gidi, *origen común* es un concepto similar a la *cuestión común de hecho o de derecho* de los estadounidenses. El origen común implica que los derechos individuales

¹³² Algunos hitos en la jurisprudencia son los fallos “Kattan c. Poder Ejecutivo Nacional s. amparo”, Juzgado Nacional de 1º instancia en lo contenciosoadministrativo federal nro. 2, 10/05/1983, LL 1983-D-575 y “Ekmekdjian c. Sofovich”, CSJN, 07/07/1992, Fallos, 315:1492.

¹³³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 165.

¹³⁴ RIVERA (h), Julio César y RIVERA, Julio César, “La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional”, LA LEY 2005-B, 1053 (La Ley Online, pp. 4-7).

¹³⁵ “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. EDESUR S.A.”, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala 1ª, 16 de marzo de 2000, publicado en JA 2000-II-235, Lexis N° 0003/007571 ó 0003/007658 ó 0003/007578.

¹³⁶ GIDI, Antonio, “Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, p. 357.

tengan la misma o similar causa (*cause of action*). No se trata necesariamente de un hecho único, como una explosión, un accidente aéreo o el derrumbe de un edificio. Puede tratarse de distintos eventos dispersos en el tiempo y en el espacio, en tanto los hechos tengan una vinculación que permita considerarlos uno solo.

Parte de la doctrina argentina considera que la causa común no basta para que existan intereses individuales homogéneos, sino que además es menester que la defensa individual resulte por alguna razón obstaculizada.¹³⁷ Así, por ejemplo, en el caso de las restricciones a los depósitos bancarios en el denominado “corralito”, aún cuando considerásemos que hay causa común, podríamos negar que haya intereses individuales homogéneos por existir incentivos suficientes para demandar de manera individual, como de hecho se hizo. Esto, según los autores, sería demostrativo de la “*prevalencia absoluta de la dimensión individual de protección de los derechos...*”, por lo que no podríamos hablar de intereses individuales homogéneos. Otros autores parecen considerar que la existencia de intereses individuales homogéneos y la cuantía de los reclamos individuales son cuestiones diferentes.

Finalmente, cabe observar que se ha postulado que sería más adecuado hablar de *afectaciones homogéneas de intereses* que de *intereses individuales homogéneos*, siendo que lo que caracteriza a ese colectivo no es una característica propia de los intereses, sino el hecho externo que los afecta.¹³⁸

III.9.3. Daño masivo

Existen algunos antecedentes en el uso del término daño masivo. Julio César Cueto Rúa, al describir las reglas en materia de acciones de clase en el Derecho estadounidense, se refiere a las “*demandas por indemnización de daños y perjuicios padecidos de manera masiva*” que pueden encauzarse por esa vía.¹³⁹ Hugo Acciarri y Gabriel Stiglitz analizan la factibilidad de

¹³⁷ MAURINO, NINO y SIGAL, *op. cit.*, pp. 192 y 195.

¹³⁸ TOLOSA, Pamela y CORENFELD, Julio, “Intereses de incidencia colectiva y relaciones de consumo (Algunas precisiones conceptuales a partir del caso ‘Halabi’), en AAVV, *XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. V Congreso Nacional de Derecho Civil. Córdoba – Septiembre 2009. Comisión de Derecho Interdisciplinario*, Córdoba, Advocatus, 2009.

¹³⁹ CUETO RÚA, Julio César, “La acción por clase de personas. (Class actions)”, *LL* 1988-C, 952 (La Ley Online, p. 6).

implementar un mecanismo de resarcimiento colectivo, aduciendo la conveniencia de fijar la “indemnización ‘de masa’ de un daño ‘de masa’.”¹⁴⁰

Ricardo Lorenzetti y Jorge Galdós, han utilizado el concepto en dos artículos muy citados y a partir de entonces se ha vuelto estándar.¹⁴¹ Los trabajos mencionados son comentarios a la sentencia del 16 de marzo de 2000 de la Sala 1ª de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en el caso “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur S.A. s. responsabilidad por daños” (el “caso Edesur”). Pese a diferencias puntuales, en ambos trabajos se considera que el caso (los daños resultantes de un corte en el servicio de energía eléctrica que afectó durante varios días a los vecinos de la ciudad de Buenos Aires) es un ejemplo de *daño masivo*.

En el trabajo citado, Lorenzetti explica que en el Derecho argentino se denomina *daños colectivamente sufridos* a los “perjuicios [que] tocan a categorías de personas” o, en otras palabras, “daños que afectan a grandes cantidades de personas”. Da como ejemplos las afectaciones a usuarios de teléfonos, daños sufridos por la comunidad habitacional de un edificio, consumidores expuestos a una propaganda desleal, etc. Afirma que es un problema “que se acentúa en una sociedad de masas y en una economía global”.

El autor distingue dentro de los daños colectivamente sufridos los que afectan a intereses transindividuales (colectivos y difusos) de los que afectan a intereses pluriindividuales: son estos últimos los *daños masivos*. En esta categoría distingue la subcategoría de los *accidentes masivos*, que son los daños causados en un solo evento y los *daños masivos*, que son el resultado de múltiples actos. El autor menciona varios ejemplos de estos últimos: los daños producidos por el producto *Dalkon Shields*, daños provocados por el asbesto, la categoría de los *toxic torts*, entre los que se encuentran los daños provocados por el agente naranja, la contaminación nuclear, o los daños producidos por el tabaco y finalmente, la publicidad ilícita que afecta a grandes grupos y las cláusulas abusivas en materia de derecho del consumidor. No cita ningún caso de responsabilidad civil derivada de un corte masivo de energía eléctrica.¹⁴² Esto no sería estrictamente necesario, porque de la reconstrucción que

¹⁴⁰ ACCIARRI, Hugo A. y STIGLITZ, Gabriel A. “Legitimación procesal colectiva. Las Acciones de Clase. Reparación de daños”, *La Revista del Foro de Cuyo*, tomo 9-1993, pág. 235 y ss.

¹⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, “Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad”, *JA* 2000-II-235 (Lexis N° 0003/007571 ó 0003/007658 ó 0003/007578); y GALDÓS, Jorge M., “Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo”, *JA* 2000-II-242 (Lexis N° 0003/007572 ó 0003/007659 ó 0003/007579).

¹⁴² A lo largo del siglo XX se han dado cortes masivos de electricidad en Estados Unidos. Un caso célebre es el apagón que entre el 13 y el 14 de julio de 1977 se dio en la ciudad de New York. Véase, al respecto, “The Blackout: Night of Terror”, *Revista TIME*, 25 de julio de 1977, disponible en la web oficial de la revista *Time* en <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,919089,00.html>. Pero la

hace del concepto de daño masivo, podríamos obtener suficiente información como para subsumir el caso, sin necesidad de ejemplo alguno. Pero así como los otros ejemplos sirven para ilustrar la afirmación, la explicación se resiente sin la referencia a algún caso análogo. Podríamos, legítimamente, cuestionar que las afirmaciones adecuadas en un caso de responsabilidad por productos, o cláusulas abusivas en contratos predispuestos, lo sean también en un caso como Edesur.

Galdós, citando a Colombo, explica que el daño colectivo es aquél que “*afecta a varias personas, simultánea o sucesivamente*”, o “*la injuria que incide sobre una colectividad propiamente dicha y cuyos miembros, sin recibirla personalmente, la soportan en forma indirecta por constituir parte integrante del grupo.*” El concepto equivale a lo que Lorenzetti denomina *daño sufrido colectivamente*. Aclara que los integrantes de la colectividad no pueden proceder de manera aislada y en nombre propio. Luego distingue el daño colectivo *stricto sensu* de los *daños individuales plurales*. En el primer caso hay un perjuicio al interés grupal, mientras que en el segundo caso hay daños individuales a víctimas plurales de un mismo hecho, que resultan acumulables en un mismo proceso. Ese último sería el caso Edesur. Lo característico de estos daños es su acumulabilidad en la titularidad ejercida por el Defensor del Pueblo.

Zavala de González no habla de daño masivo, pero analiza dos categorías relevantes. La primera es la de *daño catastrófico*, que se define por oposición al daño ínfimo y del que da como ejemplos las explosiones provenientes de una fábrica militar que lesionan a los habitantes de una ciudad y los atentados terroristas. La segunda es la de *daño colectivo desde el punto de vista de la identidad de las víctimas*, con una caracterización similar a la de Galdós.

El desarrollo de estos autores es claro: se distinguen en primer lugar los daños que afecta a una víctima de aquéllos que afectan a una pluralidad de víctimas; luego se distinguen, en esta categoría, los daños que recaen sobre bienes colectivos y los que recaen sobre derechos individuales. A estos últimos, en general, se los denomina daños masivos en sentido amplio. A su vez, estos daños masivos se dividen en accidentes masivos, en que las lesiones ocurren en un momento y por un hecho particular y daños masivos en sentido estricto, en que la lesión ocurre por múltiples actos. Esta clasificación es inobjetable. Lo que parece

aplicación del procedimiento de acción de clase para el resarcimiento de los damnificados en estos casos parece ser una novedad. Véase por ejemplo DeMASTERS, Karen, “IN BRIEF; Class Action Suit Upheld Against Utility in Blackout”, New York, *The New York Times*, 17 de octubre de 1999, disponible en la web oficial del periódico de difusión internacional *The New York Times* en <http://www.nytimes.com/1999/10/17/nyregion/in-brief-class-action-suit-upheld-against-utility-in-blackout.html>.

problemático, como veremos, es equiparar este concepto de daño masivo, sea el amplio o el estricto, al concepto de *mass tort*.

El concepto reconstruido por Lorenzetti ha tenido predicamento en obras posteriores de la dogmática argentina. No obstante, pueden advertirse ligeras diferencias en el modo en que los autores aplican estos conceptos. El fallo Halabi, a su vez, motivó la publicación distintos trabajos en que se retomó la categoría en estudio, aunque en la sentencia no se hace referencia a la misma.¹⁴³

Algunos autores proponen un *concepto amplísimo* de daño masivo, como comprensivo de daño a los intereses individuales homogéneos y a los bienes transindividuales. Así María José Azar propone designar “daños masivos” tanto a los daños a intereses pluriindividuales como a los intereses transindividuales¹⁴⁴

Otros autores proponen un *concepto amplio*, como equivalente a lesiones a intereses individuales homogéneos. Eduardo Monti explica:

Las acciones colectivas adquieren un interés considerable en aquellos casos en que se han producido daños masivos (*Caso Edesur que trata este libro*). En este tipo de litigios conocidos en el derecho norteamericano como “*mass tort litigation*”, se canalizaron casos como el del “*agente naranja*”... “*asbestos*”... “*DIU*”; ... “*DES*” ... “*Exxon Valdez*” “*Lindsey v. Dow Corning Corp*”¹⁴⁵[El destacado corresponde al autor.]

Obsérvese que los ejemplos son prácticamente los mismos que menciona Lorenzetti, salvo que, al limitarse a los casos del Derecho norteamericano, excluye algunos casos que cita el actual ministro de la Corte, específicamente las cláusulas abusivas y la publicidad ilícita. En un sentido cercano, Pablo Grillo Ciochini, citando a Morello y Stiglitz, afirma que “*la producción y contratación masivas dan lugar a desperfectos y a daños igualmente masivos y generalizados.*”¹⁴⁶

En un comentario al fallo Halabi,¹⁴⁷ Luis Sprovieri señala que la Corte se refiere a las “*conductas que producen perjuicios a una pluralidad, más o menos determinable, de personas*” y entiende que “*la referencia a daños masivos resulta prácticamente obligada...*”. Comparte la

¹⁴³ Por ejemplo, GALDÓS, Jorge M., “Los daños masivos y el proceso colectivo (repercusiones de Halabi)”, *RCyS* 2010-IV, 71.

¹⁴⁴ AZAR, María José, “Los daños masivos en la jurisprudencia”, en LORENZETTI, Ricardo Luis y SCHÖTZ, Gustavo Juan (coords.), *Defensa del consumidor*, 1ª edición, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 125, 130, 132, 133 y 161.

¹⁴⁵ MONTI, Eduardo Jorge, *El caso EDESUR*, 1ª edición, Morón, Universidad de Morón, 2007, p. 69.

¹⁴⁶ GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., “La ley 13133 de la prov. de Buenos Aires (Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios) Primeras impresiones sobre sus aspectos procesales”, *JA* 2004-II-917.

¹⁴⁷ SPROVIERI, Luis E., “Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo ‘Halabi’”, *SJA* 22/4/2009.

distinción entre “accidentes masivos” y “daños masivos” y a estos los caracteriza como “*múltiples manifestaciones dañosas relacionadas, que se presentan a través del tiempo, con cierta dispersión geográfica de reclamantes.*” Da los mismos ejemplos que Monti y cita varias obras referidas a los *mass torts* en Estados Unidos. Pero aclara que “[e]n la Argentina, como ocurre en otros países, esa masividad litigiosa no se limita al derecho de daños. Por el contrario, se extiende a cuestiones de derecho público.” En la nota 56 de su artículo explica que “[l]a aplicación de las acciones de clase a los casos de daños masivos fue inicialmente rechazada en Estados Unidos hasta bien entrada la década de los ‘80.” Pero esa afirmación es problemática, pues si daños masivos son “*perjuicios a una pluralidad de personas*” o “*múltiples manifestaciones dañosas relacionadas*”, entonces no es correcto que su judicialización mediante la vía de las *class actions* fue resistida hasta la década de los ochenta, porque la acción de clase ineludiblemente requiere la afectación a una pluralidad de personas, y fue recogida por el Derecho anglosajón muchas décadas antes. Lo que fue resistido fue la aplicación de las *class actions* a los *mass torts*, que no son cualquier tipo de perjuicio a una pluralidad de personas, sino uno muy especial. Atilio Aníbal Alterini cita a Sprovieri y toma su concepto de daños masivos como distinto de accidentes masivos.¹⁴⁸

José María Salgado da un concepto particular de daño masivo como *especie de lesión a intereses individuales homogéneos*.¹⁴⁹ El autor, en un apartado titulado “Los daños masivos como una especie de los derechos individuales homogéneos” (o tal vez podríamos reconstruir: “como una especie de *lesión* a los derechos individuales homogéneos”), explica:

Como dijimos, los derechos individuales homogéneos son aquellos derechos subjetivos titularizados por un individuo que pueden derivar de un origen común, ya sea de hecho o de derecho, que al comprender un alto número de sujetos involucrados cuya relación material o jurídica originaria es la misma –configurando de tal manera un colectivo–, amerita el tratamiento uniforme de las cuestiones comunes, en una vía procesal única.

(...)

... bajo la denominación de derechos individuales homogéneos podrán esgrimirse pretensiones tendientes a la reparación de daños masivos, para el resguardo de las condiciones de detención –hábeas corpus correctivo colectivo–, para el cese en la utilización de datos pertenecientes a los clientes –hábeas data colectivo–, por la asistencia y tratamiento de enfermos de H.I.V. y el oportuno y regular suministro de sus medicamentos.

El daño masivo es una subcategoría de la lesión a intereses individuales homogéneos. Desafortunadamente no enuncia sus notas características. Lo que sí puede observarse es que

¹⁴⁸ ALTERINI, Atilio A., “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, *LL* 17/06/2009, nota 106.

¹⁴⁹ SALGADO, José María, “La demanda por daños masivos”, en KIPER, Claudio M., (dir.), *Proceso de daños*, t. 2, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 498.

es el único rubro respecto del cual entiende que el proceso colectivo permite el *resarcimiento* de daños. Tal vez esa sea la nota distintiva del concepto para el autor. El ejemplo que da en nota es el siguiente:

...acciones resarcitorias colectivas como vía de recupero legítimo de la pérdida total y/o parcial del capital invertido en títulos de deuda soberana o acciones, bono u O.N. y demás instrumentos de deuda corporativa, con fundamento en el deficiente deber de consejo o asesoramiento oportunamente asumido por quien sugiriera la desafortunada inversión de que se trate –caso de los bancos en su rol de prestadores del servicio de intermediación con el mercado de capitales.

Una cuarta categoría de autores no define el concepto, pero parece considerar a los daños masivos una *subcategoría de las lesiones a intereses individuales homogéneos* en un sentido alternativo al anterior. Graciela Lovece¹⁵⁰ ejemplifica diciendo “... *daños masivos de consumo, como los que han ocurrido en diferentes partes del mundo (intoxicaciones por fármacos, aceite, información defectuosa, etc.)*”. Juan V. Sola¹⁵¹ explica que las acciones de clase no sirven ni para los accidentes masivos ni para los perjuicios masivos, porque hay cuestiones significativas que pueden afectar a los individuos de maneras diferentes. Desafortunadamente no define los conceptos, aunque por los ejemplos que utiliza, parece que adscribe estrictamente a la noción que la doctrina americana tiene de los conceptos *mass accident* y *mass tort*.

Finalmente, algunos autores no utilizan el concepto daño masivo y siguen aplicando la denominación *daño colectivo*¹⁵², o hablan de *efectos dañosos con multiplicidad de perjudicados*.¹⁵³

III.9.4. *Mass torts*¹⁵⁴

¹⁵⁰ LOVECE, Graciela, “La metamorfosis empresarial. De la intangibilidad del capital a la intangibilidad de la reparación”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Edición homenaje Jorge Mosset Iturraspe*, 1ª edición, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2005, p. 331.

¹⁵¹ SOLA, Juan V., “La Constitución y las acciones de clase”, *JA* 2003-II-891. Más recientemente, del mismo autor, “El caso Halabi y la creación de las ‘acciones colectivas’”, *LL* 02/03/2009, p. 6.

¹⁵² GARRIDO CORDOBERA, Lidia María Rosa, “La responsabilidad por riesgo del desarrollo en materia de productos de consumo”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.), *Responsabilidad Civil*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2007, p. 171 y ss.

¹⁵³ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1999, p. 168. Los ejemplos que da son el caso de la colza y el caso del acelerador lineal de partículas del Hospital de Zaragoza (una máquina que a causa de una avería provocó un exceso de radiaciones a varios pacientes oncológicos). Véase, sobre esto último, GARCÍA, M. J., “Varios enfermos tratados con el acelerador advirtieron del exceso de radiaciones”, Madrid, *ABC*, 12 de febrero de 1993, disponible en la web oficial del periódico de difusión internacional *ABC* en: <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1993/02/12/079.html>.

En los últimos cincuenta años la sociedad americana ha debido enfrentar una serie desafortunada de desastres masivos vinculados al uso de productos defectuosos y la exposición a sustancias tóxicas. En algunos casos, que algunos autores proponen denominar *mega-torts*, las personas damnificadas se han contado por miles.¹⁵⁵ Tal es el caso de la exposición de trabajadores al asbesto, por la cual en 2004, 730.000 personas habían iniciado juicio reclamando daños, aunque las estimaciones del total de individuos que demandarán por esa causa va del millón a los tres millones de personas.¹⁵⁶ Otro caso de *mega-tort* es el del Agente Naranja, un desfoliante utilizado en la guerra de Vietnam y al que resultaron expuestos soldados estadounidenses, que sufrieron daños personales. Aproximadamente 15.000 acciones se habían interpuesto para el año 1999 y se proyectaban muchas más.¹⁵⁷ Un tercer caso de *mega-tort* es el provocado por el dispositivo *Dalkon shield*, que afectó aproximadamente a 200.000 personas.¹⁵⁸ Existen otros casos conocidos, tales como los provocados por la exposición a las drogas Bendectin y DES (dietilestilbestrol), pero existe además una multitud de casos no tan conocidos, que involucran lesiones de amplia distribución vinculadas a vacunas, pintura de automóviles, marcapasos, dispositivos en automóviles, exposición a la radiación,¹⁵⁹ trastornos de movimiento repetido vinculados al uso del teclado de la computadora, etc.¹⁶⁰ Esta heterogénea nómina de casos tiene ciertas características comunes, aceptadas mayoritariamente por la doctrina estadounidense:¹⁶¹

¹⁵⁴ Otras denominaciones utilizadas son “mass personal injuries” (HENSLER, *op. cit.*, p. 99) y “mass toxic torts” y “mass exposure accidents” (ROSENBERG, David, “The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A ‘Public Law’ Vision of the Tort System”, *Harvard Law Review*, Volumen 97, No. 4, Febrero de 1984, p. 849).

¹⁵⁵ ABRAHAM, Kenneth S. y ROBINSON, Glen O., “Aggregative Valuation of Mass Tort Claims”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 53, N° 4, 1990, p. 138 y . McGOVERN, Francis E., “An Analysis of Mass Torts for Judges”, *Texas Law Review*, Vol. 73, 1995, p. 1836.

¹⁵⁶ WHITE, Michelle J., “Asbestos and the Future of Mass Torts”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 18, N° 2, 2004, p. 183; véase también CARROL, Stephen, *et al.*, “Asbestos Litigation Costs and Compensation. An Interim Report”, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, 2002, p. 16 y ss.

¹⁵⁷ MULLENIX, Linda, *Mass Tort Litigation: Cases and Materials*, 1ª edición, St. Paul, West, 1996, pp. 11-17.

¹⁵⁸ MULLENIX, *op. cit.*, pp. 4-8.

¹⁵⁹ TRANGSRUD, Roger H., “Joinder Alternatives in Mass Tort Litigation”, *Cornell Law Review*, Vol. 70, 1985, p. 781, notas 5 y 6.

¹⁶⁰ Una nómina exhaustiva de casos puede hallarse en WILLGING, Thomas E. (dir.), *Individual Characteristics of Mass Torts Case Congregations. A Report to the Mass Torts Working Group*, Washington D.C., Federal Judicial Center, 1999, 113 páginas; y en MARCUS, Stanley (ed.) *et al.*, *Manual for Complex Litigation*, 1ª edición, Federal Judicial Center, 1969 (4ª edición, 2004, pp. 344-345).

¹⁶¹ Definiciones similares en TRANGSRUD, *op. cit.*, p. 780; HENSLER, Deborah R., “Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 181-182. En igual sentido y diferenciando expresamente de la *consumer class action*, CRAMTON, Roger C., “Individualized Justice, Mass Torts,

Un caso de daño masivo “surge cuando un hecho, o una serie de hechos relacionados provocan lesiones a un gran número de personas, o daños a su propiedad.” Un daño masivo se define tanto por la naturaleza de los reclamos, como por su número; las demandas deben tener por origen un hecho o producto identificable, que afecta a un número muy elevado de personas y provoca un gran número de juicios en que se demanda por daños personales o a la propiedad.¹⁶² [La traducción nos pertenece.]

Se desprende de lo anterior que, al contrario de lo que parece sugerir la doctrina argentina, no toda lesión que afecte a un gran número de personas se denomina *mass tort*. Pero aún pueden darse argumentos adicionales. Por ejemplo, en la ya mencionada y habitualmente citada obra de Deborah Hensler, se realiza una clara distinción entre *consumer class actions* y *mass torts class actions*. Los primeros involucran casos de rótulos engañosos, intereses moratorios excesivos en la tarifa del servicio de TV por cable, publicidad engañosa de un servicio bancario, sobrepagos en las cuotas de créditos garantizados y prácticas abusivas en materia de seguros. Los *mass torts* que analiza la autora involucran un caso de hemofílicos que se habían infectado con el VIH por transfusiones efectuadas con sangre contaminada; un caso de contaminación ambiental proveniente de una fábrica; y dos casos que podríamos calificar de responsabilidad por vicios redhibitorios.

Las dos categorías están claramente diferenciadas. Nadie duda que todos los casos mencionados sean masivos; pero no todos son *mass torts*. Aún puede darse un argumento adicional. Si el concepto de *mass tort* no tuviera ese sentido limitado y verdaderamente refiriera

and ‘Settlement Class Actions’: An Introduction”, *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 811-836; comparten esa visión, COFFEE, John C., “Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action”, *Columbia Law Review*, Vol. 95, No. 6, 1995, p. 1355 y ss.; KLONOFF, Robert H., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*, 1ª edición, Thomson West, 1999 (3ª edición, 2007, pp. 295-297); ROSENBERG, David, “Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means”, *Indiana Law Journal*, Vol. 62, 1987, pp. 561-596; TRANGSRUD, Roger H., “Joinder Alternatives in Mass Tort Litigation”, *Cornell Law Review*, Vol. 70, 1985, pp. 780 y 781; WILLGING, Thomas (dir.), *Individual Characteristics of Mass Torts Case Congregations, A report to the Mass Torts Working Group*, Federal Judicial Center, 1999, COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 6a edición, 2010, pp. 268-270, entre otros. De manera análoga, CAPPALLI y CONSOLO dan una descripción de las acciones de clase en defensa del consumidor que excluye expresamente la categoría *mass torts*. Véase CAPPALLI, Richard B. y CONSOLO, Claudio, “Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry”, *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 6, 1992, pp. 240-248. En contra, SHAPIRO, David L., “Class Actions: The Class As Party and Client”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, N° 4, 1998, p. 920, quien advierte que da al concepto un sentido amplio, comprensivo de todo ilícito civil (*civil wrong*) que no consista en un incumplimiento contractual y que afecte a una pluralidad relevante de personas. Incluye, de ese modo, a toda conducta ilícita que cause daños de escasa cuantía a un gran número de personas, como un acuerdo para fijar un precio por encima del valor de mercado.

¹⁶² “Mass torts litigation ‘emerges when an event or series of related events injure a large number of people or damage their property.’ A mass tort is defined by both the nature and number of claims; the claims must arise out of an identifiable event or product, affecting a very large number of people and causing a large number of lawsuits asserting personal injury or property damage to be filed.” [Notas omitidas]. MARCUS, *op. cit.*, p. 343.

a todo caso de lesiones masivas, resultaría absurdo decir, como se dice, que se trata de un fenómeno reciente. La acción de clase, como mecanismo de tutela colectiva de una pluralidad de sujetos lesionados, es un instituto de larga data. Por el contrario, la acción de clase como mecanismo de tutela colectiva de las víctimas de un *mass tort* es un fenómeno reciente –y controvertido. Así Kalven y Rosenfield podían, hablar en 1941 de multiplicidad de lesionados sin recurrir al concepto de *mass tort*. El uso del término y el fenómeno al que refiere parece no tener más de cuarenta años de antigüedad.¹⁶³

En síntesis: *no toda afectación masiva es mass tort*. El *mass tort*, indudablemente, algo distinto al *tort*, pero que se construye sobre él; distinto, en tanto no consiste en un daño aislado. La distinción es de enorme relevancia para nuestro trabajo. Como veremos, existe gran controversia acerca de la conveniencia de aplicar el procedimiento colectivo a los *mass torts*, por problemas inherentes a este fenómeno. Pero esa controversia no se extiende a todos los fenómenos que la doctrina argentina denomina daños masivos. Una comprensión inadecuada de esta diferencia podría llevar a una interpretación errada de la literatura estadounidense sobre el tema.

III.9.5. Caracterización y clasificación del *mass tort*. Los problemas que importa para el sistema de administración de justicia

Como hemos visto, se distingue entre *daños masivos* y *accidentes o desastres masivos*. Los primeros se caracterizan por su dispersión geográfica y temporal (por ejemplo, lesiones derivadas del consumo de productos); los segundos estarían concentrados en un evento único (por ejemplo, un accidente aéreo).¹⁶⁴

A principios de la década de los ochenta se extendió entre la comunidad jurídica estadounidense consenso acerca del peso que la resolución de esta clase de conflictos implicaba para el sistema judicial. En primer lugar, la congestión de los tribunales puede ocasionar demoras intolerables en la resolución de los casos. En segundo lugar, los costos de transacción resultan demasiado altos: los autores observan que por cada dólar invertido en el juicio, las víctimas recuperan sólo entre treinta y cuarenta centavos. El resto se va en gastos del proceso. En tercer lugar, el número abrumador de casos fácilmente puede llevar al

¹⁶³ ABRAHAM, Kenneth S., “Individual Action and Collective Responsibility: The Dilemma of Mass Tort Reform”, *Virginia Law Review*, Vol. 73, 1987, p. 845.

¹⁶⁴ MARCUS, *op. cit.*, p. 362.

demandado a la bancarrota. Finalmente y vinculado con lo anterior, se señala que quienes lleguen últimos corren el riesgo de no poder obtener compensación alguna.¹⁶⁵

Era menester un cambio en la administración de estos casos. Como explica William Schwarzer, un sistema ideal de resolución de *mass torts* debería garantizar: (1) que la determinación de la responsabilidad y de los daños sea justa; (2) que se asegure de manera razonable que las partes que tengan derecho a una compensación la obtengan; (3) que el impacto negativo sobre las empresas y la economía sea el mínimo consistente con el logro del objetivo prevención; y (4) que se reduzcan al mínimo los costos de transacción. Sin embargo, el logro de esos objetivos se ve sumamente dificultado por diversas razones: (1) como muchas de las cuestiones de hecho y de derecho son comunes a los distintos casos, una parte considerable de las etapas de *discovery* y *adjudication* es repetitiva, lo que provoca gastos excesivos e innecesarios; (2) se requiere gran número de juicios;¹⁶⁶ (3) los resultados en los distintos procesos individuales son inconsistentes; (4) existen dificultades en materia de daños punitivos; (5) surgen problemas de incertidumbre en materia de relación de causalidad, principalmente en los casos de exposición a sustancias o productos tóxicos y en los casos de afecciones que se producen tras un período de latencia; (6) existen dificultades, en virtud del sistema federal estadounidense, en relación al Derecho aplicable y la jurisdicción competente; (7) suele haber incertidumbre acerca del número de afectados y su identidad; (8) la magnitud de la eventual responsabilidad del demandado podría conducirlo a la quiebra; (9) existe un amplio control del proceso por parte de los abogados; (10) las elevadas sumas en juego distorsionan los incentivos del proceso ordinario.¹⁶⁷ Se señala además la dificultad en determinar quién entre un grupo de agentes causó el daño. Esta dificultad llevó, en el caso de la droga dietilestilbestrol (DES) a la aplicación de la doctrina *market-share*.¹⁶⁸ Finalmente, algunos autores observan que los casos muy complejos de exposición masiva a sustancias tóxicas presentan grandes dificultades de prueba que hacen prácticamente imposible acreditar la relación causal y resultan sumamente onerosos, por lo que los abogados prefieren no litigar

¹⁶⁵ Véase WILLGING, *op. cit.*, pp. 8 y ss.; Para una crítica, SICILIANO, John A., "Mass Torts and the Rhetoric of Crisis", *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 998-1006.

¹⁶⁶ John COFFEE duda de que los casos de *mass torts* puedan hacer colapsar a los tribunales. El sistema judicial lidia cotidianamente con un número ingente de casos de accidentes automovilísticos. COFFEE, John C., "Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action", *Columbia Law Review*, Vol. 95, No. 6, 1995, p. 1351.

¹⁶⁷ SCHWARZER, William W., "Settlement of Mass Tort Class Actions: Order Out of Chaos", *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 837-838.

¹⁶⁸ CRAMTON, Roger C., "Individualized Justice, Mass Torts, And 'Settlement Class Actions': An Introduction", *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, p. 816.

individualmente esos casos.¹⁶⁹ Aquí enfrentaríamos un problema diametralmente opuesto a lo hasta ahora enunciado, que nos remite a las dificultades de acceso a la justicia propias de los daños de bagatela. No obstante, debe advertirse que la observación efectuada por el autor es adecuada sólo en casos de extrema dificultad de prueba.

Esas dificultades motivaron que jueces y doctrinarios comenzaran a buscar alternativas al proceso individual para dar cabida a estos conflictos. Estas alternativas se cobijaron en métodos de resolución colectiva de los conflictos, un modelo de adjudicación contrario al tradicional método de justicia individual del *Common Law*. Muchos autores justifican esa nueva visión en una concepción publicista del Derecho y en la mayor aptitud de esos mecanismos para promover ciertos objetivos tradicionalmente perseguidos por el Derecho de Daños, como la maximización del bienestar social y la protección de los intereses individuales.¹⁷⁰ Una de esas alternativas es el instituto de la *class action*.

III.9.6. La tormentosa relación entre *mass torts* y *class actions*

Ateniéndonos a la definición expuesta, podemos afirmar que la relación entre el fenómeno del *mass tort* y el instituto de las *class actions* no es necesaria, sino contingente. Las *mass tort class actions* son un fenómeno judicial relativamente reciente y extremadamente controvertido, con defensores acérrimos¹⁷¹ y críticos feroces¹⁷².

Históricamente, el surgimiento del fenómeno puede explicarse del siguiente modo, tal como desarrolla Hensler.¹⁷³ Ante la aparición de lesiones a una pluralidad de personas provocadas por la exposición a sustancias tóxicas o productos elaborados, la respuesta inicial consistió en darles el cauce tradicional de cualquier otro caso aislado de daños a la persona. Se iniciaban juicios individuales por daños y perjuicios. Lo peculiar es que la prueba que se producía en un juicio –por ejemplo, que el daño del trabajador se debía a su exposición al amianto, o que cierta empresa había fabricado el producto dañoso- era útil en otros juicios del mismo tipo. *De facto*, los abogados de los actores aprovechaban ciertos elementos para

¹⁶⁹ ROSENBERG, *op. cit.*, p. 849 y ss. ; BONE, Robert G., “Class Action”, *The University of Texas School of Law, Law and Economics Research Paper No. 209*, a publicarse en *Procedural Law and Economics*, Edward Elgar Ed., mayo de 2011, p. 4.

¹⁷⁰ ROSENBERG, *op. cit.*, p. 859 y ss.

¹⁷¹ ROSENBERG, *op. cit.*; y en numerosos artículos posteriores del mismo autor.

¹⁷² EPSTEIN, Richard A., “Class Actions. Aggregation, Amplification and Distortion”, *Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 182 (2d series)*, 2003, pp. 1-48.

¹⁷³ HENSLER, *op. cit.*, p. 99 y ss.

representar a muchos damnificados en distintos juicios. Posteriormente, surgió como práctica el acordar sumas globales a repartir en partes iguales entre los integrantes de un grupo de damnificados representados por el abogado y los jueces homologaron estos acuerdos.

A medida que se incrementaba el número de casos de *mass torts*, se fue haciendo evidente que su resolución no se atenía estrictamente a las características del clásico litigio individual. La resolución de un caso tenía una influencia importante para los otros de la misma clase: así, por ejemplo, la admisión de una prueba, o la concesión de daños punitivos incrementaban significativamente las chances de éxito de otros casos similares, y, en consecuencia, el número de juicios contra el demandado perdidoso. Este fenómeno se vio reforzado cuando comenzaron a aplicarse las *multidistricting rules*, mediante las cuales se asignaban todos los casos de un tipo a un mismo juez. Y otro avance se dio cuando jueces federales y locales comenzaron a coordinar sus actividades de manera informal. Finalmente, la quiebra de los principales demandados en las causas del amianto y de A. H. Robins, el fabricante del dispositivo intrauterino *Dalkon Shield*, también contribuyó a esta corriente agregacionista.

En síntesis: aunque *de iure* no resultara clara la aplicabilidad del instituto de las *class actions*, la práctica tribunalicia se plasmó en grandes redes nacionales de acciones de clase *virtuales*, claro que sin las salvaguardas –o cargas- que imponía el estatuto especial que regula el instituto: la Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure*.

La revolución se dio a mediados de la década de los ochenta, cuando un abogado, Stanley Chesley, comenzó a promover el uso de la Regla 23 para resolver los casos de *mass torts*. Chesley fue *lead counsel* en el caso del incendio del *Beverly Hills Supper Club*, el primer caso en que se concedió y mantuvo el estatus de *class action* a un caso de *mass tort*. Hensler explica que la intervención en el campo del *mass tort* de los abogados que tradicionalmente se dedicaban a las acciones de clase significó una formidable aceleración de los tiempos del proceso. Cuando un abogado de la vieja escuela recién comenzaba a entrar en contacto con los damnificados, el nuevo abogado de *class actions* ya consideraba que era momento adecuado para demandar. Tan pronto se detectaba un posible ilícito, el abogado demandaba y no estaba dispuesto a invertir años a investigar o llevar adelante juicios individuales antes de proceder a la agregación.

La aplicación del procedimiento de clase a los *mass torts* tuvo su apogeo durante las décadas de los ochenta y noventa, pero posteriormente fue sujeto a severas limitaciones en razón de ciertas críticas. El debate no está cerrado y aún hoy constituye una cuestión de la mayor importancia.

III.9.7. Dificultades y críticas

Fueron los propios redactores de la Regla 23 quienes pusieron en duda la aplicabilidad del instituto a los casos de *mass torts*. El *Advisory Committee* advirtió que:

Un “accidente masivo” que resulte en lesiones a numerosas personas de ordinario no es apropiado para una acción de clase, por la probabilidad de que cuestiones significativas, no sólo de extensión de los daños, sino también de responsabilidad y defensas estén presentes, afectando a los individuos de diferentes maneras. En estas circunstancias, una acción promovida como acción de clase degeneraría, en la práctica, en una multitud de juicios tratados por separado.¹⁷⁴ [La traducción nos pertenece.]

El fundamento de este rechazo era la creencia de que en esos casos el peso de las diferencias en las afectaciones de los particulares sería muy superior al de las cuestiones comunes. Más aún, al no haber un Derecho de Daños federal, los reclamos de las víctimas estarían sujetos a las distintas reglas de los regímenes locales. El carácter individual que el comité advirtió en los casos de accidentes masivos (un accidente aéreo, o el colapso de un edificio), se da de manera aún más acentuada en la exposición a productos defectuosos.

Los críticos de las *mass torts class actions* señalan que someter ese tipo de afectaciones colectivas al procedimiento en estudio perjudica de manera injusta al demandado. El riesgo de una condena desfavorable y millonaria es tan grave que éste optará por llegar a un acuerdo, aún cuando los méritos de la acción de clase no sean claros.

Autores como Peter Drucker¹⁷⁵ observan que la acción de clase favorece a los actores por varias razones y de manera desproporcionada. En primer lugar, incrementa tanto el número como el valor de los reclamos de los actores. Lo primero ocurre por el método de agregación que aplica (no requiere el consentimiento de los integrantes para que éstos queden incorporados a la clase); lo segundo, porque la acumulación tiende a aumentar la probabilidad de que los jurados condenen y la gravedad de la condena. En segundo lugar, existen casos en que la relación de causalidad alegada se funda en pruebas de dudoso valor (eminentemente en los casos de daños futuros), o de muy dificultosa comprensión para los integrantes del jurado y el mecanismo colectivo hace aún más difícil la solución y más aparente la relación causal. En

¹⁷⁴ “A “mass accident” resulting in injuries to numerous persons is ordinarily not appropriate for a class action because of the likelihood that significant questions, not only of damages but of liability and defenses to liability, would be present, affecting the individuals in different ways. In these circumstances, an action conducted nominally as a class action would degenerate in practice into multiple lawsuits separately tried.” Citado por HENSLER, *op. cit.*, p. 24.

¹⁷⁵ DRUCKER, Peter A., “Class Certification and Mass Torts: Are ‘Immature’ Tort Claims Appropriate for Class Action Treatment?” *Seton Hall Law Review*, Vol. 29, 1998, p. 219 y ss.

tercer lugar, se alega que la acción de clase obliga al demandado a acordar, aún cuando el caso no tenga méritos. Este es el argumento expuesto por Richard Posner, como juez, en la sentencia en el caso *Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*¹⁷⁶

Se afirma, además, que en los casos de *mass torts* no hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los integrantes de la clase, o que éstas no predominan sobre las cuestiones individuales, con lo que no se cumplen dos requisitos elementales para que se certifique la clase. En primer lugar, la relación causal difiere entre las distintas personas expuestas a un producto elaborado, en virtud de la predisposición de la víctima, la exposición a otras sustancias y los distintos niveles de exposición. En segundo lugar, al ser aplicable el Derecho local, tampoco se advierte que las cuestiones de Derecho predominen. Esto se agrava cuando se pretende resolver conflictos que involucran a futuros afectados. Al carecer el juez de un historial de procesos individuales en que se hayan tratado las cuestiones, no puede determinar si existen cuestiones de hecho comunes prevalentes.

Se ha observado, además, que la aplicación del procedimiento de clase a un caso de *mass tort* conlleva un aceleramiento inadecuado de los tiempos. La promoción de una acción de clase es un estímulo formidable para la pronta celebración de un acuerdo. Eso sería disvalioso, porque se pondría fin de manera abrupta a un esquema de evolución común a todos los casos de *mass torts*, en que sólo tras cierto tiempo se alcanza el estado de madurez necesaria para dar una solución adecuada al conflicto. Si bien no es claro en qué consiste esta madurez, ni cuándo se alcanza, algunos jueces consideraron una buena razón para rechazar una acción de clase por daños masivos el tratarse de *immature claims*.¹⁷⁷

Un problema adicional se suscita cuando se resuelve sobre la pretensión de futuros damnificados. Son tales aquéllas personas que aún expuestas a la sustancia tóxica, aún no han manifestado lesión, e incluso aquéllas que aún no han sido expuestas, pero lo serán en el futuro. Es dudoso si en estos casos puede tenerse por configurado el daño y si la clase actual puede resolver sobre los derechos de estos futuros expuestos.¹⁷⁸

III.9.8. En defensa de las *mass torts class actions*

¹⁷⁶ 51 F.3d 1293 (7th Cir.), *cert. denied*, 516 U.S. 867 (1995).

¹⁷⁷ McGOVERN, Francis E., "Resolving Mature Mass Tort Litigation", *Boston University Law Review*, Vol. 69, 1989, pp. 659-694.

¹⁷⁸ Véase TRANGSRUD, *op. cit.*, p. 816 y ss.; MARCUS, Stanley (ed.) *et al.*, *Manual for Complex Litigation*, 1ª edición, Federal Judicial Center, 1969 (4ª edición, 2004, 798 páginas).

Francis McGovern explica que cuando los estrados comenzaron a recibir miríadas de demandas en el marco de lo que denominamos *mass torts*, muchos jueces advirtieron que eran más los aspectos comunes a todas las demandas que los particulares. Esto motivó un cambio relevante en la percepción de los principios fundamentales del Derecho de Daños y del Derecho Procesal Civil. El principio de economía procesal exigía un tratamiento colectivo y no ya individual de las causas. Más aún: el principio justicia requería que cada individuo recibiera una indemnización en un plazo *reasonable* y esto también resultaba ser un argumento en favor del proceso colectivo.¹⁷⁹

David Rosenberg es uno de los defensores más entusiastas de la *mass torts class action*. Él advierte que se trata de un instrumento promotor de la eficiencia, en tanto sirve para disminuir los costos sociales totales derivados del daño (costos del daño, costos de prevención y costos de administración del daño). Su argumento radica en que la *class action* es el único instrumento que garantiza la acumulación de *todos* los damnificados y permite aprovechar al máximo los beneficios de la economía de escala.

Señala, asimismo, que a diferencia del accidente individual, los casos de daños masivos son el resultado de decisiones empresariales deliberadas, por lo que es más probable que la fijación de incentivos adecuados promueva la prevención de estas conductas.¹⁸⁰ Además, son varias las circunstancias que hacen adecuada la resolución acumulada y no caso por caso. En general, los causantes son un número reducido de empresas; el daño es estadísticamente predecible, se presenta en escala masiva y hay uniformidad en los riesgos de contraer la enfermedad.

Las distintas cuestiones (*issues*) que involucra un caso de *mass tort* pueden ser –o no– susceptibles de decisión conjunta. La tarea del juez consiste en determinar cuáles son los elementos respecto de los cuales es adecuado un análisis común. Así, por ejemplo, las razones que llevaron al diseño actual de un producto son cuestiones comunes a todas las víctimas, pero no necesariamente ocurre lo mismo con la exposición de cada víctima al producto dañoso, la relación de causalidad y la entidad de los daños.¹⁸¹

Algunas cuestiones que pueden ser comunes son las atinentes al diseño, la fabricación y la comercialización del producto. La relación de causalidad puede, en ocasiones, establecerse de manera genérica; en otras, en que está demasiado vinculada a cuestiones

¹⁷⁹ MCGOVERN, Francis E., “An Analysis of Mass Torts for Judges”, *Texas Law Review*, Vol. 73, 1995, p. 1822.

¹⁸⁰ ROSENBERG, *op. cit.*, p. 855. En contra, COFFEE, *op. cit.*, p. 1355 (afirma que se trata de eventos desafortunados y aislados, que difícilmente puedan repetirse – y por ende, prevenirse).

¹⁸¹ MARCUS, *op. cit.*, p. 344.

individuales (tiempo y tipo de exposición al agente dañoso, concausas), no. En algunos casos existe una lesión típica que facilita la prueba de la relación causal (por ejemplo, asbestosis), pero aún entonces se requiere prueba individual de la exposición al agente dañoso. Se ha dicho que la tendencia a resolver de manera agregada sobre la relación de causalidad está decayendo en beneficio de una prueba totalmente individualizada.¹⁸² El defecto del producto puede también establecerse genéricamente, pero dependerá también de las variaciones existentes. El monto de la indemnización, por el contrario, será típicamente individual, no apto para ser resuelta genéricamente.¹⁸³

III.10. Acciones de incidencia colectiva y daños masivos en el Derecho argentino

En este capítulo hemos descripto dos clases de problemas para los que habitualmente se postula como solución el proceso colectivo. El primer problema, típico de las afectaciones de mínima cuantía, consiste en que *muy pocas* personas inicien una acción por daños. El segundo problema consiste en que haya *demasiadas* personas que inicien una acción por daños. Se presentan así, ante nosotros, dos modelos: el modelo de las acciones de clase por reclamos económicamente no viables ("*small claimant classes*" o "*unmarketable claims*") y el modelo de las acciones de clase por reclamos económicamente viables ("*large claimant classes*").¹⁸⁴ Históricamente, el primer modelo, cuyo ejemplo típico es la afectación al consumidor,¹⁸⁵ ha precedido al segundo.

En el Derecho argentino es posible interpretar que hay normas que permiten someter a la acción de incidencia colectiva casos de daños masivos sean o no de escasa entidad individual. Al menos existe una regla que habilitaría esta opción y con gran amplitud, en el fallo Halabi:

Como tercer elemento 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.

¹⁸² GIFFORD, Donald G., "The Death of Causation: Mass Products Torts' Incomplete Incorporation of Social Welfare Principles", *University of Maryland School of Law, Legal Studies Research Paper*, No. 2006-11, p. 71.

¹⁸³ MARCUS, *op. cit.*, pp. 351-352.

¹⁸⁴ COFFEE, *op. cit.*, pp. 1351-1352; CRAMTON, *op. cit.*, p. 824; ROSENBERG, *op. cit.*, p. 914 y ss.

¹⁸⁵ CAPPALLI, Richard B. y CONSOLO, Claudio, "Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 6, 1992, pp. 240-248. Téngase en cuenta que en gran parte de la literatura extranjera sobre el tema, "defensa del consumidor" es una noción más estrecha que la plasmada en nuestra ley 24.240. No comprende, por ejemplo, la responsabilidad por productos elaborados.

Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta. [El destacado nos pertenece.]

Según esta regla, la cuantía del reclamo individual hace la diferencia, excepto en ciertas materias (entre ellas, la defensa del consumidor) en que resulta del todo irrelevante. Si ha de darse un sentido a la excepción concebida por la Corte, ése parece ser el más claro.¹⁸⁶ Otra cuestión es si resultaría *conveniente* someter estas pretensiones a la acción de clase.

No obstante, parte de la doctrina y de la jurisprudencia parecen no tener en cuenta la distinción efectuada y concebir que no existe la excepción expuesta: sin importar la materia del reclamo, en todo caso debe satisfacerse el recaudo dificultad de acceso a la justicia.¹⁸⁷ Eso también se ha plasmado en leyes recientes, como la ley 14.192 de reforma a la ley de amparo de la provincia de Buenos Aires, en su artículo séptimo.

La propuesta de un proceso colectivo para los daños masivos cuya entidad amerita una acción individual tiene por fin realizar objetivos diferentes a los que se plantean en el caso de los microdaños. No se trata de garantizar el acceso a la justicia, porque existen estímulos suficientes para que los individuos decidan accionar. Tampoco se trata de desalentar la acción judicial. Lo que se procura es reducir los costos que el sistema judicial debe cargar al resolver esta clase de conflictos. No obstante ello, se señalan algunas posibles distorsiones en la adjudicación vinculadas a la colectivización. Dependiendo del tipo de proceso colectivo, de las modalidades de compensación que se instrumenten, variarán las posibilidades de que la compensación obtenida por el particular realmente equivalga al daño sufrido. Ciertas distorsiones admisibles en materia de microdaños se tornan intolerables en este campo.

¹⁸⁶ Analiza explícitamente esta cuestión y adscribe a esta solución Francisco Verbic en VERBIC, Francisco, “La decisión de la CSJN en ‘PADEC C. SWISS MEDICAL’”. Ratificación de ‘Halabi’ y confirmación de las bases para un modelo de tutela colectiva de derechos en Argentina”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 2013-B. En los autos “C., J. y otro c/Swiss Medical S.A. s/amparo”, CSJN, 26/06/2013, se ha observado que la Corte rechaza una acción de clase por no cumplirse los tres prerequisites de admisibilidad enunciados en Halabi y al enunciar el tercero parece redefinirlo de manera tal que no contemplaría la excepción en estudio. Sin embargo consideramos que esa lectura no es correcta, por razones que no es necesario tratar aquí.

¹⁸⁷ Por ejemplo, “Red Argentina de Consumidores (Asoc Civil) c. Banco Patagonia S.A. s/sumarísimo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sala A, 30/08/2013, LA LEY 29/11/2013, 5 (AR/JUR/63082/2013).

En el Derecho del consumidor argentino el tratamiento colectivo de las afectaciones masivas aún cuando éstas no consistan en microdaños parece ser una alternativa razonable. Ya desde el caso Edesur existe la práctica de un proceso colectivo exclusivamente destinado al tratamiento de las cuestiones comunes del conflicto colectivo. Los integrantes de la clase no se verían perjudicados por la solución dada al caso, ya que sólo la sentencia estimatoria de la pretensión extendería sus efectos al colectivo. Tampoco estarían presentes las alegadas distorsiones y simpatías hacia las víctimas propias del sistema de juicio por jurados. Finalmente, no parece ser un problema serio el desequilibrio en el poder de negociación a favor de los consumidores.

Sin embargo, veremos que, a diferencia de lo que ocurre en materia de daños ínfimos, faltan para resolver este problema en el Derecho argentino algunas reglas fundamentales. En efecto, si para paliar la falta de acciones individuales el Derecho permite a terceros que inicien una acción grupal, no hallamos ningún paralelo en materia de daños masivos: no existe un mecanismo compulsivo que *impida* a los particulares accionar por el hecho de que un tercero inicie una acción colectiva, pues carecemos por el momento de reglas especiales en materia de litispendencia.

III.11. Conclusiones

Existe una divergencia entre el interés de la sociedad en que se inicien ciertas acciones judiciales y los incentivos que los particulares tienen para hacerlo. El fundamento de esa divergencia radica en que el interés de la sociedad se basa en una comparación de beneficios y costos *sociales*, mientras que la decisión del individuo se funda en una comparación de costos y beneficios *individuales*.

Cuando los beneficios individuales son *inferiores* a los costos los individuos optarán por no reclamar judicialmente. Si los beneficios sociales derivados de esa acción judicial superan a los costos sociales, entonces diremos que hay una situación de escasez de litigiosidad socialmente valiosa. Sin embargo, no diremos lo mismo si los beneficios sociales son inferiores a los costos sociales. Esto demuestra que si procuramos un resultado eficiente, no estamos dispuestos a garantizar un acceso a la justicia irrestricto, o a cualquier costo.

La situación anteriormente descrita es típica de las afectaciones a los consumidores, que tienen cuatro características relevantes: las afectaciones suelen ser de escasa cuantía, existe un problema grave de asimetría informativa, apatía racional y *free riding*.

El Legislador ha manifestado, de manera indirecta, que en materia de defensa del consumidor el nivel de litigiosidad es inferior al óptimo. Lo ha hecho a través de la incorporación de reglas de fomento de la litigación: el beneficio de gratuidad, la carga de la prueba dinámica, la incorporación de los daños punitivos y la adopción del proceso de conocimiento más abreviado. También ha instaurado un mecanismo de resarcimiento en sede administrativa del daño directo, que resulta más simple y rápido que el proceso judicial y no genera costos para el administrado. Estas medidas incrementan el número de afectados que accederán individualmente a una reparación, pero no reduce automáticamente a cero el costo de accionar. La acción de incidencia colectiva interviene en esta situación con ciertas peculiaridades. No fomenta la litigación individual, sino que la *colectiviza*. Tampoco actúa en cualquier caso, sino exclusivamente cuando la afectación tiene gran difusión social.

Existe un problema distinto al anteriormente enunciado, que se da cuando los beneficios individuales son superiores a los costos y los particulares optan por accionar judicialmente, pero los beneficios sociales derivados de esa acción no superan a los costos sociales. Esa situación implica un exceso de litigiosidad socialmente disvaliosa. Ese fenómeno caracteriza a los *daños masivos*.

La aplicación de la acción colectiva a los casos de daños masivos importa una lógica completamente distinta a la de los microdaños. No se trata de fomentar la litigiosidad cuando ésta es insuficiente, sino de reemplazar el accionar individual por el colectivo cuando el nivel de litigiosidad es excesivo. Ese nivel de litigiosidad es excesivo en tanto provoca un nivel de gastos administrativos superior al óptimo. En el Derecho argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido la acción de incidencia colectiva en casos de daños masivos, esto es, cuando no hay propiamente una situación de afectación del acceso a la justicia, en casos en que se tutele a los consumidores.

En ambos casos son necesarias reglas adicionales a la mera facultad de iniciar acciones colectivas para lograr los fines pretendidos. En el primer caso, respecto de los reclamos de escasa cuantía, para elevar el nivel de litigiosidad se requieren adecuados incentivos para la promoción de una acción colectiva: en el segundo caso, para evitar la multiplicación de procesos individuales y colectivos, se requieren mecanismos que frenen la promoción de demandas individuales o grupales una vez que se ha sometido a juicio la pretensión colectiva.

IV. OBJETIVOS Y FUNCIONES EN LAS ACCIONES DE INCIDENCIA COLECTIVA

IV.1. Introducción

El propósito de este capítulo consiste en describir y sistematizar los objetivos habitualmente invocados por los operadores del Derecho para justificar la incorporación al orden jurídico argentino del sistema de acciones colectivas. Estos objetivos tienen su correlato en ciertas deficiencias del proceso civil clásico cuando debe enfrentar daños masivos y microdaños y se engloban en la denominación genérica “protección del consumidor”. En los capítulos siguientes, observaremos qué reglas son más eficaces para promover estos objetivos.

Nuestras hipótesis son dos. En primer lugar, demostraremos que estos objetivos son analíticamente diferenciables, que no pueden colapsar en un solo objetivo general y que incluso pueden entrar en colisión. Se desprende de esta conclusión que un sistema normativo puede ser eficaz para promover un objetivo y no otro. En segundo lugar, demostraremos que no puede afirmarse de manera general que los procesos colectivos realizan todas las funciones que consideramos socialmente valiosas. Por el contrario, en muy diversa medida y de acuerdo a reglas específicas (que pueden o no reflejar ciertos consensos sociales básicos) promueven uno u otro objetivo.

La novedad de nuestro análisis radica en que no afirmamos de antemano que la regulación de los procesos colectivos en el Derecho argentino promueva estas funciones. Lo que haremos será identificar ciertos objetivos valiosos y con posterioridad *evaluar* la eficacia de nuestras normas para acceder a estos objetivos. De esta manera somos plenamente consecuentes con una modalidad metodológica que hemos decidido adoptar: la distinción tajante entre objetivos y funciones de los sistemas jurídicos.

IV.2. Evolución y estado actual de la cuestión

Dado que la incorporación al Derecho argentino de los procesos colectivos ha sido el resultado de una larga evolución, la doctrina ha precisado recurrir a consideraciones axiológicas para justificar tal reforma. En consecuencia, la discusión acerca de las funciones sociales que pretenden fomentarse no es ajena al discurso jurídico tradicional. Sin embargo, se

advierte cierta confusión al analizar el tema, que intentaremos despejar mediante la distinción entre objetivos y funciones.

Pretender identificar en general las funciones que promueve un sistema jurídico como el de las acciones colectivas en el Derecho federal argentino parece una tarea ímproba, si no imposible. La propuesta que elaboramos consiste en analizar qué funciones sociales promueven distintas reglas alternativas. Disecionaremos el sistema en sus unidades fundamentales, para luego, en la conclusión, reconstruir el sistema en conjunto. Esta propuesta elegida importa una elección entre alternativas. Una de ellas pudo haber consistido en analizar globalmente sistemas jurídicos del Derecho comparado con características muy diferenciadas, como podrían ser el sistema brasileño y el estadounidense. La dogmática ya ha seguido este camino.¹⁸⁸ Otra alternativa pudo haber consistido en idear sistemas normativos que respondan a distintos modelos y que resulten plenamente eficaces para realizar uno u otro objetivo: idear, por ejemplo, un sistema *exclusivamente* resarcitorio, aún a costa de importar costos administrativos elevados; o un sistema que garantice el acceso a la justicia a todo tipo de reclamo, sin importar otros objetivos.¹⁸⁹ Esta alternativa no parece fructífera, ya que se aleja notoriamente y sin beneficios muy claros del modo de pensar tradicional del Legislador y el jurista. En efecto, tradicionalmente el Derecho pretende realizar un conjunto de objetivos distintos, lo que implica ciertos compromisos inevitables. Difícilmente hallemos un sistema jurídico en que se pretenda alcanzar un único objetivo y se desdeñen otros considerados valiosos. Esto mismo se reitera en materia de acciones colectivas.

Para llevar a cabo nuestra tarea, en primer lugar es necesario efectuar algunas precisiones adicionales.

IV.3. Origen y características de los objetivos. Distinción con las funciones sociales

Definiremos a los objetivos como ciertos resultados en el mundo que las reglas jurídicas *deben* promover, por mandato de una regla de jerarquía superior, o por algún valor que aquéllos intrínsecamente posean. Los objetivos determinarían qué interpretación debe darse a

¹⁸⁸ GIDI, Antonio, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, pp. 311-408.

¹⁸⁹ Un abordaje de este tipo en una materia cercana es el de MARTÍNEZ ALLES, María Guadalupe, "Modelos de Daños Punitivos: Entre Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Óptima", *Universidad Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Seminarios de Derecho e Instituciones*, Documento de Trabajo N° 13 (2011). Retomamos esta visión en el capítulo XI, apartado 4.

una regla jurídica vaga o ambigua, la constitucionalidad de una norma, el modo en que el Legislador debería regular cierto instituto, etc.

La identificación de los objetivos sociales que el Derecho debe promover es una cuestión que excede los límites de esta investigación, pues se trata de una elección entre alternativas que requiere un juicio de valor. Es posible interpretar que las normas jurídicas brindan una guía para realizar esa identificación. Esa es la tarea que enfrenta la doctrina cuando intenta hallar un contenido a la cláusula constitucional que manda la “protección de los intereses económicos” de los consumidores. Es posible extraer del Derecho de fondo ciertas soluciones normativas en casos de conflictos entre objetivos: tal es el caso de la predilección del artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor por los mecanismos que garantizan la compensación individual de los afectados por sobre otros mecanismos que sólo imperfectamente realizan ese objetivo. El Derecho de fondo también puede orientar al jurista en virtud de que los propósitos de leyes en materia de lucha contra la discriminación, defensa de la competencia o del consumidor, por ejemplo, no son similares. En consecuencia, al aplicar institutos como las acciones de clase en cada uno de estos ámbitos, las interpretaciones diferirán en razón de estos objetivos divergentes.

Algunos regímenes jurídicos proveen expresamente una nómina de principios que guían la interpretación de la norma, como es el caso de la Ley General del Ambiente. En el ámbito de la defensa del consumidor contamos con el texto del artículo 42 de la Constitución Nacional, que puede considerarse un programa básico en la materia y con otras directivas que pueden extraerse del texto de la Ley de Defensa del Consumidor. Por otro lado, también puede entenderse que existen objetivos propios del proceso colectivo al margen de la cuestión de fondo que sea abordada. La doctrina suele transitar ese camino, como lo hace, por ejemplo, Nicole L’Hereux: “*Los objetivos del sistema [de acciones de interés colectivo] son la compensación directa, la disuasión y la equidad para los miembros del colectivo ausentes.*”¹⁹⁰

¹⁹⁰ L’HEREUX, Nicole, “El acceso efectivo del consumidor a la justicia: tribunales de pequeñas reclamaciones y acciones de interés colectivo”, *JA* 1993-II-942 (Lexis N° 0003/011966, p. 7). Esta cita es sólo ejemplificativa. Para un desarrollo más exhaustivo puede consultarse GIANNINI, Leandro, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p. 67 y ss., en que enuncia los *fundamentos* de esa tutela colectiva. En igual sentido este último autor critica una serie de proyectos legislativos recientes porque no contemplan ciertas finalidades valiosas que deberían promover. GIANNINI, Leandro J., “Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase”, *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, 2012, p. 15 y ss. Véase también, para el Derecho comparado, GOOD, Mathew, “Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions”, *Alberta Law Review*, Vol. 47, N° 1, 2009, pp. 185-227.

La existencia simultánea de múltiples objetivos diferentes plantea el problema de su compatibilidad. En efecto, el orden jurídico se propone el logro de distintos propósitos, en mayor o menor medida de acuerdo a ciertos acuerdos sociales básicos reflejados en la decisión del Legislador. Esa es la razón por la cual resulta imposible explicar el fundamento de las reglas en materia de acciones colectivas atendiendo exclusivamente a un objetivo. Por ejemplo, si quisiéramos explicar el sistema normativo sólo en función de la garantía del acceso a la justicia, no hallaríamos una justificación de la regla que habilita la vía colectiva para los *mass torts*. Por otro lado, si nos fundáramos exclusivamente en la reparación del daño, institutos tales como el *fluid recovery* o el requisito de la pluralidad relevante, tampoco podrían ser explicados. Ya hemos concluido en el capítulo anterior que existe un conflicto entre el objetivo eficiencia y acceso a la justicia, porque el primero requiere una comparación de costos y beneficios sociales, mientras que para garantizar el último a toda costa debería concebirse un sistema que no tuviera en consideración ningún costo social.

Algunos autores entienden que ciertos objetivos están vinculados en una relación de accesoriedad. Así se ha observado que el resarcimiento de las víctimas que el proceso colectivo garantiza es un instrumento para realizar el objetivo prevención de daños.¹⁹¹ No obstante, esta afirmación no quita que en ocasiones esos objetivos colisionen.¹⁹² Finalmente, otros autores observan que el objetivo que debe promoverse y que determinará el diseño del proceso colectivo depende del tipo de reclamo de que se trate. Por ejemplo, se dice que en los casos de *mass torts*, a lo que debe tender el sistema de procesos colectivos es a efectivizar la compensación, mientras que en casos de microdaños, el objetivo prioritario debe ser la prevención.¹⁹³ Como desarrollaremos más adelante, el énfasis que los autores ponen en una u otra función depende entonces de circunstancias de hecho.

¹⁹¹ VAN DEN BERGH, Roger y VISSCHER, Louis, "The Preventive Function of Collective Actions", *Erasmus Law Review*, Vol. 1, N° 02, 2008, p. 9.

¹⁹² En RUSSELL, Tiana Leia, "Exporting Class Actions to the European Union", *Boston University International Law Journal*, Vol. 28, 2010, p. 152 y ss. y McGOVERN, Francis E., "An Analysis of Mass Torts for Judges", *Texas Law Review*, Vol. 73, 1995, p. 1822 se hace explícito el potencial conflicto entre objetivos.

¹⁹³ Se afirma, por ejemplo, que en el ámbito de las *securities class actions*, es la prevención y no la compensación el fundamento del instituto. Por el contrario, en el ámbito de las *mass torts class actions* la compensación es el objetivo principal. COFFEE, John C., "Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action", *Columbia Law Review*, Vol. 95, No. 6, 1995, p. 1355. Afirma que la compensación es irrelevante en materia de microdaños y extrae importantes implicancias para el diseño de reglas eficientes en materia de honorarios, FITZPATRICK, Brian T., "Do Class Action Lawyers Make too Little?", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2010, p. 2069 y ss. En un sentido cercano, véase TARUFFO, Michele, "Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, p. 405 y ss. El autor distingue dos concepciones del proceso colectivo, una orientada a la compensación (*damage oriented*) y otra orientada al logro de cambios (*policy oriented*).

Esa clase de afirmaciones enfrenta dos problemas. En primer lugar, el problema de su validez general. Nosotros consideramos que es muy difícil afirmar que los procesos colectivos *en general* cumplen determinadas funciones si ni siquiera tenemos un conjunto integral de reglas que discipline el instituto. Existen distintos modelos de acciones colectivas, que en muy distinta medida promueven esos objetivos considerados valiosos. Es mucho más claro analizar cada regla en particular y testearla para observar si es adecuada o no para lograr cierto objetivo. Del mismo modo puede hacerse con un conjunto de reglas alternativas, sea en distintos proyectos de ley, o en distintas interpretaciones doctrinarias de una norma. Es que los objetivos que pretendemos lograr pueden ser coherentes, contradictorios o incomparables en distintos casos y según los efectos de distintas reglas. Por ejemplo, se suele decir que el Derecho de Daños tiene por funciones la prevención, el resarcimiento y la punición de conductas ilícitas. Un trabajo más fino consiste en determinar si una regla particular (por ejemplo, el factor objetivo de atribución de responsabilidad, algún criterio especial de causalidad) promueve alguno de esos fines, obra en contra de otro o, finalmente, es irrelevante respecto de un tercero. Son pocas las normas que promuevan todos los objetivos que creemos valiosos y que entendemos son principios del derecho.

El segundo problema que enfrentan ese tipo de afirmaciones consiste en dilucidar si las actuales reglas que configuran a las acciones de incidencia colectiva en el Derecho argentino son eficaces para *realizar* tales objetivos. Es menester, entonces, distinguir lo que denominamos *objetivos* de lo que denominamos *funciones* del Derecho. Se habla de funciones de Derecho en dos sentidos contrarios. Aída Kemelmajer de Carlucci, sin dar una definición explícita, enumera ocho funciones de la responsabilidad civil y da a entender que son *objetivos* o *fines* que el Derecho *debe* perseguir. Explica:

...el estudio de la o las funciones sirve como eje imprescindible para *interpretar* las reglas que se ocupan de la responsabilidad, acomodando su sentido al cumplimiento de los propósitos perseguidos por la institución y como guía para *integrar* la disciplina cuando encuentra lagunas.¹⁹⁴

Esta concepción es compartida por otros autores en la doctrina argentina¹⁹⁵ y extranjera.¹⁹⁶

¹⁹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Funciones y Fines de la Responsabilidad Civil", en MOSSET DE ESPANÉS, Luis (ed.) *et al.*, *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927 – 1937 – 1961 – 1969)*, t. 3, 1ª edición, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 1310.

¹⁹⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 69-70.

Existe otra concepción, a la que adherimos, que reserva la denominación “funciones del Derecho” a los efectos que las reglas jurídicas tienen sobre la conducta de las personas y sobre el mundo. Esa concepción es expuesta por Hugo Acciarri, quien denomina funciones sociales a “...*la relación entre [un] subsistema jurídico y ciertos efectos empíricos, que se dan en la sociedad.*”¹⁹⁷ Desde esta postura llamamos *objetivos* a los fines valiosos que se postula que el Derecho debería perseguir. La identificación de los *objetivos* deseables, como señalamos, es una tarea que excede este trabajo, por lo que nos limitaremos a describir lo que otros autores han planteado.

Para determinar qué *funciones* cumplen las reglas, en algunos casos es necesario atender a los incentivos que esas reglas crean y que inciden sobre la conducta de los agentes. Para ello recurriremos al Análisis Económico del Derecho.

Existe además otro problema: las reglas jurídicas no funcionan de manera binaria, fomentando o desalentando determinada función. Por el contrario, en distinta medida y comparadas unas con otras, las reglas fomentan más o menos ciertas funciones. Intentaremos reflejar esa complejidad en los capítulos subsiguientes.

Como señalamos, en este capítulo describiremos los objetivos que la doctrina contemporánea suele mencionar en la materia: acceso a la justicia, prevención y reparación de daños, reducción de costos administrativos y otros objetivos. Al referirnos a la prevención, reparación de daños y reducción de costos administrativos aplicaremos las distinciones conceptuales que Guido Calabresi elabora en su obra señera “El costo de los accidentes”.¹⁹⁸ En esta obra el autor señala que los objetivos del Derecho de Daños (*accident law*) son dos: debe ser justo y debe reducir los costos de los accidentes. Estos costos pueden ser categorizados, a los fines de su análisis, en tres grupos. De esta manera denomina reducción de costos primarios a lo que ordinariamente llamamos prevención; reducción de costos secundarios a lo que logramos mediante la compensación a las víctimas; y reducción de costos terciarios a la referida a los costos del tratamiento de los accidentes.

En ocasiones puede que estos objetivos se confundan, por lo que daremos definiciones precisas de cada uno de ellos. Mantener la distinción entre objetivos sirve a los fines del análisis, porque distintas herramientas sirven para fomentar a cada uno de ellos. Además, sirve

¹⁹⁶ BARRETO MORENO, Antonio Alejandro, *La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo*, 1ª edición, Bogotá, Universidad de los Andes, CIJUS, 2004, p. 17.

¹⁹⁷ ACCIARRI, Hugo A., *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Prevención, Reparación, Minimización de Costos Sociales*, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 176.

¹⁹⁸ CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1ª edición, London, Yale University Press, 1970, p. 26 y ss.

a propósitos prácticos: los autores ponen énfasis en uno u otro objetivo, con lo cual es preciso identificar la herramienta más eficaz para fomentarlo.¹⁹⁹

IV.4. Objetivos valiosos vinculados a las acciones de incidencia colectiva²⁰⁰

IV.4.1. Daño insignificante y acceso a la justicia

Como hemos observado en el capítulo III, en los casos en que el beneficio en expectativa del proceso judicial es inferior a los costos privados de estar en juicio, para el particular damnificado no se justifica la promoción de una demanda. Esa situación es típica de los reclamos por daños de escasa cuantía, de bagatela, o microdaños. La doctrina argentina y extranjera estima que esa situación es disvaliosa y que debe resolverse en virtud del imperativo de acceso a la justicia. Así, por ejemplo, explica Rolando Tamayo y Salmorán:

Los individuos que no pueden exigir judicialmente sus derechos (único medio institucional para hacerlos efectivos), *no son prácticamente, titulares de ningún derecho*. Los derechos constituyen una ventaja *práctica* para sus titulares, sólo cuando existen instituciones judiciales que los hacen efectivos.²⁰¹

Gustavo Maurino, Ezequiel Nino y Martín Sigal explican que el derecho de acceso a la justicia, que surge de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como aspecto de la garantía del debido proceso, requiere la existencia de mecanismos eficaces para acceder al sistema de Justicia y la remoción de los obstáculos a ese acceso.²⁰² La acción colectiva ha sido propuesta como una herramienta idónea para la realización de ese objetivo,²⁰³ pero no lo hace modificando el resultado de la comparación entre costos y

¹⁹⁹ CALABRESI, *op. cit.*, pp. 29-30.

²⁰⁰ Una versión preliminar de este capítulo fue adelantado en la ponencia “Cuantía del reclamo individual y acción de clase: acerca de la ley 26.361 y la influencia del fallo ‘Halabi’” presentada ante las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Córdoba, 2009 y en el artículo “Cuantía del reclamo individual y acción de clase: acerca de la ley 26.361 y de la influencia del fallo ‘Halabi’”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial sobre *Derecho y Economía*, editorial *Abeledo Perrot*, Buenos Aires, Argentina, 17 de marzo de 2010, pp. 73-83, Lexis N° 0003/014886.

²⁰¹ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “Class Action. Una solución al problema de acceso a la Justicia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 58, 1987, p. 149.

²⁰² MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 241 y 244.

²⁰³ Así lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, tal como se desprende del caso *Amchem Products, Inc. v. Windsor* 521 U.S. 591. “Si bien el texto de la Regla 23(b)(3) no excluye de la posibilidad de obtener certificación a los casos en que los daños individuales son elevados, el Comité

beneficios que realiza el particular. Si el problema radica en la falta de incentivos para accionar, el mecanismo colectivo, según las variantes instauradas en cada régimen, trasladaría la facultad de tutelar ese derecho a otro sujeto y eventualmente crearía incentivos adecuados para que ese tercero, en pro de maximizar su utilidad, represente al afectado y lleve su reclamo ante la Justicia.

El trabajo clásico en la materia es el de Harry Kalven y Maurice Rosenfield.²⁰⁴ En ese artículo se desarrolla la idea de que la función contemporánea del proceso de clase es fomentar la litigación mediante la acumulación de pretensiones que individualmente no serían viables. El mecanismo sería más eficaz que otros institutos, como el litisconsorcio voluntario, que requiere la actuación de los particulares y el control por parte de las agencias de la Administración Pública.

Diremos que una regla *facilita el acceso de un reclamo a la justicia* cuando se reducen los costos que el actor, quienquiera que éste sea, debe enfrentar para que un juez *entienda en su caso*, o cuando se *incrementa la probabilidad de que un juez entienda en su caso*.²⁰⁵ La primera definición puede considerarse un caso específico entre las distintas alternativas que pueden concebirse en la segunda definición. Así, por ejemplo, un sistema que concede el beneficio de gratuidad automático al actor consumidor fomenta el acceso a la justicia más que otro que no concede tal beneficio, porque reduce los costos privados del proceso. Asimismo, un sistema que otorga legitimación activa a distintos sujetos, entre ellos órganos institucionales,

Asesor tenía en consideración eminentemente la protección de 'los derechos de grupos de personas que de manera individual no tendrían fuerza suficiente para llevar a sus contrapartes a los estrados'... Tal como se ha resumido en una sentencia reciente del Séptimo Circuito, 'La política intrínseca al mecanismo de la acción de clase es superar el problema de que los reclamos exiguos no brindan incentivo al particular para accionar de manera individual. Una acción de clase resuelve la cuestión acumulando las pequeñas indemnizaciones esperadas en algo que amerita la incursión de un abogado'. La traducción nos pertenece. El original, en inglés, dice: "*While the text of Rule 23(b)(3) does not exclude from certification cases in which individual damages run high, the Advisory Committee had dominantly in mind vindication of "the rights of groups of people who individually would be without effective strength to bring their opponents into court at all."* Kaplan, Prefatory Note 497. As concisely recalled in a recent Seventh Circuit opinion: "*The policy at the very core of the class action mechanism is to overcome the problem that small recoveries do not provide the incentive for any individual to bring a solo action prosecuting his or her rights. A class action solves this problem by aggregating the relatively paltry potential recoveries into something worth someone's (usually an attorney's) labor.*" Mace v. Van Ru Credit Corp., 109 F. 3d 338, 344 (1997)."; véase también FISS, Owen, "La teoría política de las acciones de clase", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, N° 1, abril de 1996, pp. 6-8; VERBIC, Francisco, *Procesos colectivos*, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 52 y ss.; COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 1ª edición, Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1987 (2ª edición, 1997; traducción en castellano, *Derecho y Economía*, 1ª edición, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 491), etc.

²⁰⁴ KALVEN, Harry y ROSENFELD, Maurice, "The Contemporary Function of the Class Suit", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 8, N° 4, 1941, pp. 685-721.

²⁰⁵ Una definición parecida en SARACENO, Margherita, "Group Litigation, Access to Justice, and Deterrence", *Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper No. 2008-4*, 2008, p. 5.

también fomenta el acceso a la justicia en mayor medida que otros que no contemplan esa regla, porque entre esos órganos institucionales puede que exista alguno que enfrente menos costos al accionar judicialmente, con lo que se incrementa la probabilidad de que un juez entienda en su caso.

Como señalamos, reducir el costo que el actor debe enfrentar para acceder a la justicia es una manera de aumentar la probabilidad de que un juez resuelva en su caso. Entre ambas situaciones hay una relación de medio a fin y parece que la reducción de los costos es la opción más utilizada por el legislador. Así por ejemplo explica Roberto Berizonce:

El otro diverso perfil que plantea la cuestión del costo se vincula con el acceso a la justicia. La efectividad de la prestación de justicia (...) implica la posibilidad concreta de que todos los ciudadanos puedan requerir irrestrictamente y obtener la tutela de sus legítimos derechos. Son múltiples, sin embargo, los obstáculos que en la realidad se oponen a ese objetivo: económicos -derivados del costo (carestía) del servicio-, socio-culturales -barreras de la falta de información y desconocimiento de los derechos, en general-, etc.

A la remoción de los obstáculos económicos tienden ciertas instituciones legales equilibradoras, que consagran una suerte de igualdad por compensación. Entre ellas adquieren particular relieve el beneficio de litigar sin gastos, la organización de la asistencia jurídica para quienes carecen de recursos, la justicia de "protección" y otras medidas complementarias. En realidad, todas esas propuestas reconocen como común denominador la necesidad de abaratar el costo del servicio de justicia, para posibilitar el "acceso" de todos los ciudadanos -usuarios "consumidores"-, a las prestaciones de tutela.²⁰⁶ [Notas omitidas.]

Por último, cabe mencionar que la concepción de acceso a la justicia con la que trabajaremos es deliberadamente simplificada y que algunos autores utilizan una noción más amplia. Se ha dicho, por ejemplo, que el acceso a la justicia consiste en

...un acceso de todos a los beneficios de la Justicia y del asesoramiento legal y judicial, en forma adecuada a la importancia de cada tema o asunto, sin costos o con costos accesibles, por parte de todas las personas físicas y jurídicas, sin discriminación alguna por sexo, raza, religión o nacionalidad.²⁰⁷

²⁰⁶ BERIZONCE, Roberto O., "El costo del proceso. (Como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la Justicia).", *JA* 1995-I-955 (Lexis N° 0003/001834, pp. 5-6). En sentido similar, MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 241. En el derecho comparado también se observa esta coincidencia. Véase, por ejemplo, BLOOM, Anne, "From Justice to Global Peace: A (Brief) Genealogy of the Class Action Crisis", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 39, N°2, 2006, p. 719; WATSON, Garry D., "Class Actions: The Canadian Experience", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, p. 269; CAPPELLETTI, Mauro, "Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform", *The South African Law Journal*, N° 109, pp. 22-39.

²⁰⁷ ELENA, Sandra, *et al.*, "El Acceso a la Justicia en América Latina", *FORES – Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia*, Septiembre de 2005, p. 2.

En otro sentido, se ha definido, al acceso a la justicia de una manera tal que comprende no sólo la garantía de obtener un pronunciamiento judicial, sino que además esa sentencia carezca de error:

... En esta tesis, el término acceso a la justicia refiere a la aptitud de un sistema jurídico de producir resultados que repliquen aquéllos que habrían sido alcanzados por un sistema preciso y carente de costos de transacción.²⁰⁸ [La traducción nos pertenece.]

Según este autor, por ejemplo, el problema de la infracompensación de las víctimas de daños graves es un problema vinculado al objetivo en estudio. Esa descripción no se corresponde con lo que ordinariamente se entiende como problemas de acceso a la justicia. También se ha afirmado que las acciones colectivas contribuyen a resolver el problema de acceso a la justicia porque es más probable que se obtenga un pronunciamiento favorable cuando se actúa en conjunto. Más allá de la veracidad de este aserto, estimamos que esa no es una cuestión vinculada al objetivo en estudio.

En síntesis, siendo las acciones de incidencia colectiva un instituto inmerso en el proceso judicial y al circunscribirnos a la tutela de los intereses individuales homogéneos, es posible adoptar la definición inicial de la función.

Si bien este objetivo es valioso e indudablemente muchas reglas tienen como propósito facilitarlos, no explica todas las reglas del sistema. Por ejemplo, no permite explicar por qué se haría lugar a una acción de clase en el caso en que el particular *sí* tenga incentivos adecuados para demandar de manera individual y por lo tanto no exista un impedimento en el acceso a la justicia. Tampoco da cuenta del resultado concreto que se logra al acceder al sistema judicial. Los consumidores pueden tener diferentes intereses y la pretensión procesal diferentes contenidos. Una vía de análisis posible consistiría en entender que sólo se fomenta el acceso a la justicia cuando la pretensión tiene un contenido determinado: cuando se obtiene un beneficio palpable y concreto para los integrantes del grupo. Sin embargo, no seguiremos ese camino y esa decisión nos permitirá discriminar como función relevante la compensación a las víctimas.

IV.4.2. Reparación de daños

²⁰⁸ “... In this thesis, the term *access to justice* refers to the ability of a legal system to produce legal outcomes that match the ones would be produced by an accurate and transaction-cost-free system.” ZHOU, Jun, *Access to Justice: An Economic Approach*, tesis doctoral publicada por Tilburg University Press y en el sitio web <http://www.narcis.info/publication/RecordID/oai:wo.uvt.nl:3959862> 2010, p. 7.

El problema del acceso a la justicia está estrechamente vinculado al del resarcimiento de daños, dado que si las víctimas que han sufrido daños insignificantes no pueden acceder a la justicia tampoco pueden obtener una reparación. Dado el sistema de responsabilidad civil por daños y el subsistema de responsabilidad civil en materia de relaciones de consumo, lo único que observaremos es cuánto *facilita* la acción colectiva que el derecho a obtener resarcimiento se plasme efectivamente en una compensación.

Acciarri propone describir a la función de resarcimiento de esta manera:

[U]n sistema de derecho de daños resarce más que otro cuando *la aplicación de ese sistema determina un valor esperado de indemnización a percibir, superior al sistema alternativo con el que se lo compare.*²⁰⁹ [Notas omitidas.]

Así, por ejemplo, una regla del Derecho de Daños es que todo daño debe ser resarcido y otra regla alternativa es el principio *de minimus praetor non curat*. Bajo este último principio, el valor esperado de indemnización a percibir por un microdaño es cero; bajo la primera regla, es algo más que cero. Decimos, entonces, que la primera regla *resarce más* que la segunda.

Para aplicar esa descripción de la función al instituto en estudio se requiere una adaptación, pues no hablamos de reglas de fondo sino de forma, y como señalamos, el monto de la indemnización en expectativa es un dato externo que proviene de las normas sustantivas. Podría entenderse que el modo propio de la acción colectiva de lograr esa concreción es reducir los costos que la víctima debe afrontar para hacerse con su indemnización. Y que esa reducción de costos es ajena al valor esperado de la indemnización a percibir, porque ese valor esperado está determinado exógenamente: es un dato del Derecho sustantivo. El mecanismo más eficaz de instrumentación del resarcimiento (que no necesariamente es el mecanismo ideal si consideramos otros objetivos) es aquél que permita a la víctima obtenerlo a un costo menor. Pero esa impresión puede criticarse. Son imaginables reglas que reduzcan a cero el costo que la víctima debe enfrentar para hacerse con una indemnización y, sin embargo, requieran un impulso que nunca se dé: reglas que hagan depender al resarcimiento de que un tercero asuma ciertos costos. La observación tiene el siguiente fundamento: en el Derecho argentino actual parece desconfiarse de un sistema que fije incentivos monetarios (honorarios) para fomentar la litigación colectiva. Parece ser que la estrategia a seguir es reducir al mínimo el costo que la víctima deba asumir, pero dependiendo fuertemente de la buena voluntad de ciertos agentes con intereses públicos.

²⁰⁹ ACCIARRI, *op. cit.*, p. 185.

Por lo anterior diremos que *una regla promueve la reparación de daños cuando se reducen los costos que las víctimas deben afrontar para obtener una indemnización; o cuando aumenta el valor de la indemnización esperada*. Así, por ejemplo, un conjunto de reglas que permiten que estos costos se reduzcan a cero repara más que otro que les impone una quita.

La función resarcimiento, definida de esta manera, no colapsa con la función acceso a la justicia. Al margen de las acciones en que no se requiere una reparación (acciones de cesación), es posible que un sistema promueva el acceso a la justicia sin por ello fomentar la reparación (como veremos que ocurre con el instituto del *fluid recovery*). La contraria sí vale: un sistema que repara más, es porque previamente promovió el acceso a la justicia. Si definimos función resarcimiento como *valor esperado de la indemnización* y función acceso a la justicia como *probabilidad de que un juez entienda en el caso*, la primera está comprendida en la segunda.

Como señalamos, Calabresi propone identificar tres categorías de reducción de costos sociales y al referirse a la compensación del daño indica que ésta promueve —o es una manera algo inadecuada de referirse a— la reducción de los costos *secundarios* de los accidentes. Se trata de disminuir los costos sociales que suceden con posterioridad a la ocurrencia del accidente. Así, por ejemplo, nos referimos a los tratamientos médicos y los gastos en que debe incurrir una persona que sufre una incapacidad temporal. Es una reducción de costos secundaria sólo porque opera cuando ha fallado la reducción de costos *primarios* (prevención del daño) y no porque sea menos importante que ésta.²¹⁰

Esta reducción de costos secundarios se logra mediante dos técnicas. La primera se denomina *risk spreading*, o distribución del riesgo. Esta técnica responde a la intuición de que las pérdidas afectan menos a las personas si se distribuyen entre muchos individuos y en el tiempo. Señala Calabresi que en la teoría económica pueden encontrarse analogías con esta intuición, que sintetiza en dos proposiciones: 1. Quitar a una persona una suma de dinero cuantiosa seguramente provocará un desequilibrio económico y costos secundarios mayores que si se quita a muchas personas pequeñas sumas de dinero; 2. Aún cuando el desequilibrio económico fuera similar, es preferible la segunda opción porque las personas sufren menos si a 10.000 de ellas se les quita un dólar que si a una sola persona se le quitan \$10.000. La segunda técnica se denomina *deep pocket*. Parte de la idea de que los costos secundarios pueden reducirse si los soportan las categorías de personas que menos sufrirán con esa carga, que generalmente son las personas más ricas.²¹¹

²¹⁰ CALABRESI, *op. cit.*, p. 27.

²¹¹ CALABRESI, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

En este punto vale observar que las afectaciones a los consumidores suelen ser de escasa cuantía, por lo que habitualmente no hablamos de gastos de recuperación, o derivados de algún tipo de incapacidad y suelen afectar a colectivos de personas muy amplios, por lo que naturalmente el daño se encuentra ampliamente distribuido. Es por ello que algunos autores entienden que el logro de la reparación tiene una importancia secundaria, instrumental para el logro del objetivo prevención.²¹²

IV.4.3. Desaliento de prácticas antijurídicas. Prevención de daños

Guido Calabresi explica que uno de los objetivos específicos del Derecho de Daños es la reducción de costos primarios, consistente en la disminución del número y de la gravedad de los accidentes. Esta reducción puede lograrse mediante dos técnicas: prohibiendo ciertas conductas dañosas (*specific deterrence*, o *collective method*) o bien haciendo que esas actividades sean más onerosas para el agente (*general deterrence*, o *market method*).²¹³

La doctrina contemporánea se aparta de la dogmática clásica en tanto observa que la prevención genérica (*general deterrence*) es una función del Derecho de Daños tanto como lo es la reparación del daño. La certidumbre de que al daño causado sucede una condena al resarcimiento integral genera incentivos adecuados para adoptar medidas de prevención.²¹⁴ En ausencia de tal certeza, los incentivos se distorsionan. Eso es lo que ocurre en el caso de microdaños. Si las víctimas no accionan por las lesiones sufridas, el agente carece de incentivos para invertir en prevención adecuada. Esto provocaría además del daño una distorsión en el mercado, pues el mal empresario, carente de incentivos para prevenir, no lo hará y podrá cargar a su producto un precio inferior al de la competencia. De esta manera y ante la ausencia de información de los consumidores, desplazaría al buen empresario que invierte en prevención y que por lo tanto debe cargar un precio superior.²¹⁵ La acción de clase restituiría estos incentivos y lo haría de una manera contundente al acumular las pretensiones

²¹² GILLES, Myriam y FRIEDMAN, Gary B., "Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, 2006, p. 105.

²¹³ CALABRESI, *op. cit.*, p. 27.

²¹⁴ En el Derecho argentino y en el campo de la dogmática, ZAVALA DE GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 417 y ss. En el campo del Análisis Económico del Derecho puede consultarse CALABRESI, *op. cit.*, p. 68 y ss.

²¹⁵ ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, ALACDE, George Mason University L&E Center, 2009, pp. 56-58.

de todos los integrantes de la clase damnificada. Desde este punto de vista, el pago de una indemnización a las víctimas sería sólo instrumental, un medio para lograr aquél otro fin.²¹⁶

Esta noción de prevención genérica no debe confundirse con la prevención específica (*specific deterrence*), que consiste en la adopción de medidas directas que impiden llevar a cabo una conducta dañosa u obligan a realizar una conducta determinada. Este tipo de medidas, de carácter compulsivo, ha sido tradicionalmente vinculado al amparo colectivo. Pero la función que estudiaremos en este trabajo es diferente. No se trata de coartar la libertad del agente para que haga o no haga: se trata de enfrentarlo con las consecuencias económicas de su acción. Si la prevención genérica es eficaz, el agente puede optar por causar daño, pero tiene conciencia de las consecuencias que le esperan. Si el precio a pagar por causar un daño supera los beneficios que obtendría, entonces racionalmente optará por adoptar medidas de prevención y no provocará la lesión. Eso es lo que el Derecho de Daños pretende hacer en todos los ámbitos en que está prevista la tutela resarcitoria: dejar en manos del agente la decisión, pero procurando que exista la certeza de que a una conducta ilícita seguirá la obligación de resarcir.²¹⁷

Diremos que una regla promueve la prevención de daños cuando *aumenta el valor esperado de la condena que pesa sobre el agente*, sin importar a qué se destine ese dinero. Obsérvese que a diferencia de la función de reparación, aquí resulta irrelevante la identidad entre víctimas y beneficiarios de las sumas extraídas al agente. Pero nuevamente se da la estrecha vinculación entre funciones: el aumento en la probabilidad de que se condene a resarcir aumentará los incentivos para prevenir, hasta el punto en que prevenir resulte más costoso para el agente que indemnizar a la víctima. Por el contrario, no siempre que se prevenga más se hará a través del resarcimiento. Nuevamente recurrimos al ejemplo de la *fluid recovery*: este instituto promueve la prevención, pero no resarce a las víctimas en el sentido en que lo hemos expuesto. Otro ejemplo posible es el instituto de los daños punitivos: en ese caso no se trata propiamente de compensación, sino de multa civil. Su función no es reparatoria, sino punitiva y preventiva.

Recurriendo a la teoría del comportamiento humano que resumimos anteriormente, suponemos que las normas pueden afectar la conducta de los individuos: en este caso, de los proveedores. En efecto, presumimos que el proveedor elegirá su nivel de precaución y

²¹⁶ VAN der BERGH, Roger y VISSCHER, Louis, "The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law", *Erasmus Law Review*, Vol. 1, N° 2, 2008, pp. 8-9.

²¹⁷ Para un desarrollo exhaustivo de la cuestión, véase ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, 1ª edición, Berkeley, USA, ALACDE & George Mason University, Law & Economics Center, 2009, pp. 81-93.

pretendemos que coincida con el nivel óptimo. Si entendemos que el sistema jurídico tiene como objetivo la prevención, entonces pretendemos restablecer incentivos que estimamos no existen en el caso de microdaños, en virtud de que el agente especula con una baja probabilidad de ser demandado.

IV.4.4. Reducción de costos administrativos

El tratamiento en sede judicial de un conflicto entre partes derivado de un accidente o de un incumplimiento contractual genera costos que debemos considerar tanto como a los costos primarios y secundarios del daño. Calabresi denomina a la reducción de estos costos reducción terciaria.²¹⁸ Señala que el sistema de responsabilidad civil por culpa vigente en Estados Unidos al momento de escribir su obra era demasiado costoso para los modestos resultados que ese mismo sistema proveía en términos de reducción primaria y secundaria. Esos costos terciarios son difícilmente reducibles sin una reforma radical del sistema, porque nacen de sus bases. En primer lugar, el sistema debe hacer determinaciones individuales, caso por caso. En segundo lugar, el resarcimiento depende de los hechos que hayan sido acreditados y eso depende de las manifestaciones de las partes y de la prueba, que pueden alejarse de la realidad de los hechos ocasionando distorsiones.²¹⁹

El tratamiento conjunto de múltiples reclamos con cuestiones comunes importa un ahorro de recursos para la judicatura: en lugar de tratar las mismas cuestiones una y otra vez en juicios separados, se resuelven en un mismo proceso.²²⁰ Cuanto mayor sea el número de casos vinculados y cuanto más relevantes sean las coincidencias entre esos casos, más ganará la sociedad mediante la acumulación. El argumento resulta evidente cuando nos enfrentamos a lesiones individuales que justifican demandar en juicio individual. Ausente el proceso colectivo, los particulares inundarían los estrados con una multitud de procesos idénticos. Los particulares podrían acumular sus pretensiones en un mismo proceso, con lo cual podrían beneficiarse ellos y también resultaría beneficiada la administración de justicia.

²¹⁸ CALABRESI, *op. cit.*, p. 28.

²¹⁹ CALABRESI, *op. cit.*, p. 286.

²²⁰ De este modo se satisface la exigencia que en el derecho comparado vemos encarnada en la Regla Federal de Procedimiento Civil 23(b)(3), en tanto requiere que el procedimiento sea *superior* a otros alternativos para la resolución “justa y eficiente de la controversia” (“...for the fair and efficient adjudication of the controversy”).

Pero los altos costos de transacción impiden que se lleve a cabo esta negociación. La acción colectiva viene a suplir esa imposibilidad mediante la incorporación compulsiva a la clase.²²¹

En el caso de microdaños, por el contrario, se observa que el proceso colectivo no es una vía alternativa para el tratamiento de la cuestión, sino la única que posibilita efectuar esos reclamos. En este caso la acción de clase no promueve el ahorro de recursos judiciales y su justificación viene dada por otros motivos, eminentemente la garantía del acceso a la justicia y a través de ello la disuasión de conductas ilícitas, evitar la distorsión del mercado, etc. La única manera de interpretar que la acción de clase por microdaños fomenta el ahorro de recursos judiciales es comparándola con otros mecanismos alternativos de fomento de esa clase de reclamos, como por ejemplo, el beneficio de justicia gratuita, o el instituto del daño directo si ampliamos nuestro interés del ahorro de recursos *judiciales* al ahorro de recursos del Estado.

Nosotros diremos que una regla reduce los costos administrativos del sistema de Justicia cuando su aplicación *reduce los costos sociales en que debe incurrirse para dar solución al conflicto*. Como hemos visto en el capítulo II, existe una tensión entre los costos de administración y los costos de error del proceso. Cuando nos refiramos a la reducción de los costos administrativos estaremos hablando exclusivamente de los primeros.

IV.4.5. Eficiencia. Minimización de costos sociales

Según el Análisis Económico del Derecho *normativo*, la función del Derecho Procesal consistiría en reducir los costos sociales del proceso, como suma de los costos de administración del sistema judicial y de error. Un sistema que no contemplara a las acciones colectivas y que impusiera una valla infranqueable a los daños de menor cuantía tendría un costo de administración cero con respecto a ese tipo de reclamos, pero habría un costo sustancial de error. A toda una serie de casos les resultaría inaplicable, de hecho, el régimen de responsabilidad civil, con las consecuencias que ello implicaría: menor prevención. Del mismo modo, las reglas en materia de contratos y cláusulas abusivas resultarían letra muerta

²²¹ DAM, Kenneth W., "Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence and Conflict of Interest", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 4, N° 1 (enero de 1975), p. 48 y 50 y ss.; ULEN, Thomas S., "The economics of class action litigation", en BACKHAUS, Jurgen G., CASSONE, Alberto y RAMELLO, Giovanni B. (ed.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Edward Elgar Publishing Limited, UK, 2012, p. 79; entre nosotros señala que persiguen este objetivo explícitamente los proyectos de ley en el Congreso de la Nación GIANNINI, Leandro, "Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase", *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, 2012, p. 15 y ss.

para estos supuestos. En el otro extremo, un sistema exhaustivo que dedicara ingentes esfuerzos, tiempo y medios a la resolución del caso, seguramente reduciría en gran medida los costos de error, pero aumentaría dramáticamente los costos de administración del sistema. El objetivo, cuyo presupuesto es que las dos clases de costos pueden computarse conjuntamente, consiste en minimizar los costos sociales totales.

En los términos expuestos por Calabresi en su obra, a los que hemos hecho referencia, se ha afirmado que el sistema de las *class actions* en materia de *mass torts* tiene una ventaja comparativa con respecto a la adjudicación individual pues es el sistema que más eficazmente reduce costos primarios, secundarios y terciarios de los accidentes.²²²

Esta función puede entrar en franco conflicto con las anteriores. Así, puede observarse que el modelo recién mencionado de costos de error cero, que no promovería la minimización de costos sociales, realizaría la función de prevención más eficazmente que cualquier otro. Sin embargo renunciamos a parte de prevención porque insistir sobre ese punto nos haría gastar más en costos administrativos. Otro tanto ocurre con el resarcimiento e institutos tales como el *fluid recovery*.

IV.4.6. Otros objetivos

Al igual que acontece en cualquier otra rama del Derecho, en esta materia las normas jurídicas promueven muchas otras funciones además de las mencionadas, que pueden considerarse integrantes de ese concepto complejo al que denominamos Justicia.²²³ Así, por ejemplo, advierte la doctrina que quien cuenta con recursos, tiene una mejor defensa; quien litiga regularmente, cuenta con ciertas ventajas: planificación de los juicios, mayores oportunidades de relacionarse con el personal judicial, traslado de los riesgos de la litigiosidad a mayor cantidad de pleitos, disminución de la incidencia de los costos por la posibilidad de utilizar en los procesos que sucedan al primero el trabajo preparatorio llevado a cabo en la primera defensa y la posibilidad de contratar abogados especializados.²²⁴ Esta desigualdad es un obstáculo al pleno ejercicio del derecho de acceso a la justicia, de la misma manera que lo es la falta de incentivos adecuados en el caso de pretensiones individualmente no

²²² ROSENBERG, David, "The Regulatory Advantage of the Class Action", en VISCUSI, W. Kip, *Regulation Through Litigation*, 1ª edición, Washington D.C., Brookins Institution Press, 2002, pp. 279 y ss.

²²³ CALABRESI, *op. cit.*, p. 31 acerca del Derecho de Daños.

²²⁴ VERBIC, Francisco, *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 58.

recuperables. En consecuencia: aún en el caso de pretensiones individualmente recuperables la acumulación que se logra mediante el proceso colectivo redundará en una mejor litigación y en una reducción de costos para la parte actora. Esto resulta aún más evidentes en sistemas de costas “por su orden”, como el sistema estadounidense, en que cada parte carga con sus costas en el juicio.²²⁵

La prosecución de este objetivo permite dar cuenta de la regla del fallo Halabi que habilita la iniciación de acciones de clase en casos en que las pretensiones individualmente consideradas justificarían la promoción de un juicio separado (por ejemplo, daños a la persona por el uso de productos defectuosos). En esos casos no podemos hablar estrictamente de impedimento de acceso a la Justicia, pero sí podemos advertir que la acción de clase permitiría colocar en situación de iguales al consumidor y a la empresa. La acción de clase promovería la igualdad de las partes en el proceso.

Algunos autores argentinos entienden que la incorporación de los procesos colectivos al Derecho argentino conlleva ventajas adicionales a las mencionadas. Brindarían una nueva forma de participación ciudadana en el sistema democrático. También contribuirían al mejoramiento en la calidad de las sentencias y afianzamiento de la legitimidad del Poder Judicial, mediante la ampliación del debate y la disminución del riesgo de escándalo jurídico por sentencias contradictorias, lo que resultaría en un incremento en la seguridad jurídica.²²⁶

Finalmente, se ha señalado que el proceso colectivo tiene por finalidad lograr cambios sociales: se toma por ejemplo la causa “Brown v. Board of Education” y se habla de *policy oriented group litigation* como opuesto de la *compensatory oriented group litigation*.²²⁷ Este fin no debe considerarse al margen del derecho del consumidor; sería un ejemplo la acción colectiva iniciada para que se declare la nulidad de una cláusula contractual abusiva.

Por razones de simplicidad, en los capítulos siguientes nos referiremos exclusivamente a las cinco funciones sociales que hemos definido: acceso a la justicia, reparación de daños, prevención de ilícitos, reducción de costos administrativos y eficiencia.

²²⁵ ULEN, Thomas S., “The economics of class action litigation”, en BACKHAUS, Jurgen G., CASSONE, Alberto y RAMELLO, Giovanni B. (ed.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe. Lessons from America*, Edward Elgar Publishing Limited, UK, 2012, p. 78.

²²⁶ VERBIC, *op. cit.*, p. 61; TRIONFETTI, Victor Rodolfo, “Tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos”, en OTEIZA, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª edición, 2006, pp. 161-162.

²²⁷ TARUFFO, Michele, “Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, p. 408 y ss.

IV.5. Conclusiones

Es posible distinguir los conceptos de objetivos y funciones del Derecho. Los primeros consisten en metas valiosas que las reglas jurídicas deben alcanzar en virtud del mandato de una norma superior. Las funciones, por el contrario, consisten en los resultados que las normas provocan en el mundo y sobre la conducta de los agentes. La identificación de estas últimas requiere herramientas analíticas diferentes a las técnicas interpretativas propias de la dogmática jurídica.

En materia de acciones de incidencia colectiva se han identificado ciertos objetivos bajo la denominación genérica “protección de los consumidores”: acceso a la justicia, reparación de daños, prevención de ilícitos, reducción de costos administrativos y eficiencia. Esas funciones pueden ser definidas y distinguidas entre sí.

Es posible determinar si una regla jurídica, comparada con una alternativa, resulta más o menos eficaz para promover cierto objetivo, manteniéndose constantes las demás reglas del sistema. A esta comparación la denominamos *identificación de las funciones* que esa regla promueve.

Distintas reglas y regímenes resultarán más eficaces en la promoción de un objetivo (realizarán una función por sobre otra) y menos en la promoción de otro (no realizarán determinada función, o lo harán en menor medida). Esto implica que los objetivos no colapsan en una función genérica, pueden colisionar entre sí y toda decisión institucional acerca de la adopción de una regla jurídica importará una elección entre objetivos divergentes y contradictorios.

Es por lo anterior que no consideramos que pueda afirmarse en general que el sistema de procesos colectivos cumpla con todas esas funciones, sino que esa observación debe hacerse respecto de reglas particularizadas y funciones específicas, para determinar en qué medida lo hace.

V. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y REPRESENTATIVIDAD ADECUADA

V.1. Introducción

En este capítulo analizaremos las funciones sociales que promueven las distintas alternativas de regulación en materia de legitimación activa y representatividad adecuada.

Nuestros objetivos son los siguientes. En primer lugar, describiremos los modelos propuestos en el Derecho Comparado y argentino, que otorgan legitimación activa extraordinaria a distintas personas físicas y jurídicas, públicas o privadas. Observaremos, en segundo lugar, qué funciones sociales promueve la ampliación de la legitimación, resolviendo, en primer lugar si *debe o no* ampliarse la legitimación para alcanzar dichos objetivos. Propondremos, en segundo lugar, un criterio para determinar a *quiénes* debe extenderse la legitimación activa. Analizaremos, asimismo el instituto de la representatividad adecuada, distintas técnicas que han sido propuestas para superar el problema de *agencia* (que describiremos), ciertas reglas locales que importan una implícita aplicación de sus criterios y las dificultades que el juez enfrenta a la hora de aplicarlo.

Las hipótesis que demostraremos son las siguientes. En primer lugar, demostraremos que la ampliación de la legitimación es un mecanismo eficaz para el fomento del acceso a la justicia. En segundo lugar, demostraremos que en el ámbito de la tutela del consumidor y de los intereses individuales homogéneos la ampliación de la legitimación no resulta ineficiente, como puede llegar a ocurrir en el caso en que se apliquen reglas similares a la tutela de bienes colectivos. Demostraremos que no existe una diferencia sustancial entre las razones que fundamentan la concesión de legitimación activa y las que sostienen al instituto de la representatividad adecuada. Demostraremos, asimismo, que aún sin hacer expresa mención al instituto, numerosas reglas del Derecho Provincial atienden al fenómeno de la representatividad adecuada.

La relevancia de este capítulo radica en que el instituto en estudio consiste en la puerta de ingreso al proceso colectivo y la primera regla a estudiar desde un criterio sistemático. Nuestros aportes consisten en brindar una regla simple de política legislativa para la fijación del elenco de sujetos a quienes debe conferirse legitimación activa en los procesos colectivos; demostrar qué funciones sociales promueve el instituto; demostrar que no existe una diferencia conceptual entre el criterio a tener en cuenta para legislar en materia de legitimación y representatividad adecuada; y explicar en qué consiste la representatividad adecuada, por qué

es un problema su carencia y cuáles son las peculiaridades de los sistemas que la tutelan en el sistema argentino.

V.2. Evolución y estado actual de la cuestión

Como observaremos con mayor detalle en los puntos siguientes, la evolución en materia de legitimación activa en el proceso ha seguido una lógica de *expansión*. Tanto en el Derecho argentino como en el Derecho comparado la regla tradicional en la materia era la legitimación individual para la tutela del interés o derecho propio. La necesidad de proteger ciertos intereses supraindividuales, difusos o colectivos llevó a la sanción de normas que preveían la legitimación activa de otros sujetos, además del afectado, para promover acciones judiciales.

La preocupación por la idoneidad y la fidelidad del representante del colectivo surgió por vez primera en el ámbito de las *class actions* en Estados Unidos. Como ese modelo se basaba eminentemente en el lucro esperado por parte del agente que representaba al grupo, se consideraba posible –y de hecho sucedía- que su interés individual se contrapusiera al de los representados. Esa preocupación fue descrita por el profesor John C. Coffee a principios de la década de los ochenta como el resultado de un *problema de agencia* y se propusieron numerosos institutos para aliviarla.

En la actualidad y en el Derecho argentino, observamos la conjunción de ambas vertientes. Una de ellas, continental, postula la necesidad de ampliar la legitimación a sujetos distintos a los afectados para garantizar el acceso a la justicia. La otra, de origen anglosajón, nos advierte que es necesario fijar ciertos límites y controles al accionar del agente. La moderna doctrina argentina ha adoptado ambas tradiciones, que se reflejan en la legislación. Sin embargo, aún restan algunas cuestiones no resueltas. Por ejemplo, no resulta claro cuál debe ser el criterio para conceder o denegar legitimación a determinado sujeto. Regímenes muy parecidos divergen en este aspecto. En segundo lugar, no parece estar claro cómo debe instrumentarse el control de la adecuada representatividad.

V.3. Concepto

Lino Enrique Palacio define a la legitimación para obrar o legitimación procesal como

... aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (*legitimación activa*) y para contradecir (*legitimación pasiva*) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso.²²⁸

En principio, la titularidad de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso da la pauta de la legitimación. Pero en el caso de los intereses supraindividuales, colectivos o difusos²²⁹ existe un ensanchamiento de la legitimación procesal, como estipula el artículo 43 de la Constitución Nacional. Esta ampliación, en nuestro país y en los demás países del Derecho continental ha sido el fruto de una gradual evolución.²³⁰

En el Derecho estadounidense existe un instituto análogo denominado *standing to sue*.²³¹ Se trata de uno de los capítulos del Derecho de más difícil dilucidación, que William Burnham define de la siguiente manera:

La legitimación (*standing to sue*) requiere que el actor en cualquier causa ante un juez federal sea capaz de demostrar que tiene algún interés personal (*personal stake*) en el resultado de la controversia: (1) un daño individual y concreto (2) causado por el demandado.²³² [La traducción nos pertenece.]

El fundamento del instituto se halla en la limitación del Artículo III de la Constitución de Estados Unidos que refiere a un “caso o controversia”. La doctrina ha sido ampliamente criticada por los autores contemporáneos.

En este capítulo describiremos en primer lugar las reglas en materia de legitimación activa en el ámbito de las acciones de incidencia colectiva en defensa del consumidor en el Derecho argentino. A continuación haremos una breve referencia a otras reglas en el Derecho extranjero. Luego haremos una revisión de la literatura sobre las funciones que cumple el instituto de la legitimación en el proceso judicial y en los procesos colectivos. Describiremos luego el instituto de la representatividad adecuada y analizaremos su aptitud como mecanismo para superar el problema de agencia.

²²⁸ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª edición actualizada, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004, p. 103.

²²⁹ Entre los cuales, curiosamente, el autor citado da el ejemplo de “la circulación de productos defectuosamente elaborados”.

²³⁰ GIDI, Antonio, “Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, pp. 363-364.

²³¹ Instituto análogo pero no igual. Véase GIDI, *op. cit.*, p. 363, nota 156.

²³² “Standing requires that plaintiffs in any case in federal court be able to demonstrate that they have some ‘personal stake’ in the outcome of the controversy: (1) a ‘distinct and palpable injury’ (2) caused by the defendant.” BURNHAM, William, *Introduction to the Legal System of the United States*, 1ª edición, St. Paul, Minn., West Group, 1995 (2ª edición, 1999, p. 310).

V.4. Legitimación en las acciones colectivas. Reglas aplicables en el Derecho argentino

Las reglas que confieren legitimación en las acciones colectivas pueden clasificarse en dos grandes grupos: aquéllas que legitiman a personas jurídicas de carácter público (acciones *parens patriae*) y aquéllas que legitiman a personas físicas y jurídicas de carácter privado (modelo del fiscal privado, o *private attorney general*).²³³ Los regímenes jurídicos en ocasiones introducen sistemas mixtos.

Prescribe el artículo 43 de la Constitución Nacional que están legitimados para iniciar un amparo colectivo “en lo relativo a los derechos que protegen al usuario y al consumidor”:

- 1.- El afectado,
- 2.- El Defensor del Pueblo y
- 3.- Las asociaciones que tiendan a esos fines, registradas conforme a la ley.

El artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires prescribe que están legitimados para iniciar esa acción, ante lesión o amenaza del ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos, el “Estado en sentido lato” y los particulares. La ley de amparo de la provincia de Buenos Aires, que mediante la reforma de la ley 14.192 incorpora normas referidas al amparo colectivo, prescribe, en su artículo cuarto: “*tienen legitimación para accionar por vía de amparo el Estado y toda persona física o jurídica que se encuentre afectada en sus derechos o intereses individuales o de incidencia colectiva.*”

A su vez, la Ley de Defensa del Consumidor prescribe en su artículo 52, incorporado al capítulo XII, titulado “De las acciones”:

Artículo 52: Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

Y en su artículo 55, incorporado al capítulo XIV, titulado “De las asociaciones de consumidores”:

²³³ GIDI, *op. cit.*, p. 366.

Legitimación. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de éstos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley.

La ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires (Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios) prescribe en sus artículos 26 y 27, del capítulo III, titulado “Legitimación”:

ARTICULO 26.- Cuando los consumidores y usuarios resulten amenazados o afectados en sus derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos, se encuentran legitimados para interponer las acciones correspondientes:

- a) Los consumidores y usuarios en forma individual o colectiva.
- b) Las Asociaciones de Consumidores debidamente registradas en la Provincia de Buenos Aires.
- c) El Ministerio Público.

* Lo subrayado se encuentra vetado por el Decreto de Promulgación nº 64/03 de la presente Ley.

ARTICULO 27: El Ministerio Público cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. Cuando las acciones judiciales hayan sido promovidas en razón de derechos de incidencia colectiva de los consumidores o usuarios las renuncias o desistimientos efectuados por uno de sus miembros no vinculará a los restantes litisconsortes. En caso de abandono de la acción por las Asociaciones legitimadas, la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público.

* Lo subrayado se encuentra vetado por el Decreto de Promulgación nº 64/04 de la presente Ley.

En síntesis, podemos afirmar que cuando se dan las condiciones de admisibilidad para que proceda el trámite del amparo colectivo los legitimados para accionar son el afectado, el Defensor del Pueblo y ciertas asociaciones (art. 43 de la Constitución Nacional); en la provincia de Buenos Aires, los legitimados son el Estado en sentido lato y los particulares, sean personas físicas o jurídicas, afectadas en sus derechos o intereses de incidencia colectiva. Si adscribimos a la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuesta en el caso “Halabi”, según la cual el artículo 43 de la Constitución Nacional comprende tanto la protección de los bienes colectivos mediante el amparo colectivo como la protección de los intereses individuales homogéneos mediante la acción de clase, esas reglas expuestas son también aplicables al segundo tipo de trámite.

Además de esas reglas, contamos con normas específicas aplicables aún cuando no se den los requisitos de admisibilidad del amparo. Conforme al artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, la legitimación corresponde al consumidor, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal; en la provincia de Buenos Aires sólo se legitima a los consumidores y a las asociaciones (art. 26 de la ley 13.133).

V.4.1. El afectado, consumidor o usuario

La dogmática discute el alcance del concepto de “afectado”. Andrea Meroi da cuenta de tres posturas: una restringida, según la cual es afectado sólo el titular de un derecho subjetivo; una amplia, según la cual esa calidad comprende al titular de un derecho subjetivo, interés legítimo o difuso; y una amplísima, que concibe como afectado a todo aquél que actúa en defensa de la legalidad.²³⁴ Afirma que la jurisprudencia se ha inclinado por la segunda postura.

Es discutido si el texto actual de la Ley de Defensa del Consumidor brinda legitimación colectiva al particular damnificado. El artículo 52 de la ley estipula que “[l]a acción corresponderá al consumidor o usuario *por su propio derecho...*”, con lo que parece referirse a la acción individual. No obstante, es dudoso que esa interpretación sea compatible con el piso de legitimación establecido por el artículo 43 de la Constitución Nacional.²³⁵ En este sentido, los autores que han analizado la cuestión afirman que los consumidores y usuarios tienen legitimación para accionar de manera colectiva.²³⁶ Además, no parece haber razones de peso para negar a estos sujetos una posibilidad que se concede a los titulares de otros tipos de derechos de incidencia colectiva. El conflicto no se da en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, pues el artículo 26 de la ley 13.133 claramente les confiere legitimación para accionar colectivamente.

V.4.2. El Defensor del Pueblo²³⁷

²³⁴ MEROI, Andrea A., *Procesos Colectivos. Recepción y Problemas*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 168-169.

²³⁵ ROSALES CUELLO, Ramiro, “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, *LA LEY*, 23/03/2009, 1, p. 3; MEROI, Andrea A., “La tutela de los ‘derechos de incidencia colectiva’ y la reforma a la ley de defensa del consumidor” en ARIZA, Ariel (coord.), *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 192-193; GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p. 226.

²³⁶ CALDERÓN, Maximiliano *et al.*, “Proceso judicial del consumo: análisis de los arts. 52 y 53 de la ley 24.240”, *LLC* 2009 (junio), 459 (La Ley Online, p. 8); LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 274; VERBIC, Francisco, “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2009-I, pp. 145-187; GIANNINI, *op. cit.*, p. 227; PEREZ BUSTAMANTE, Laura, “Class actions de consumo y representación colectiva”, *LA LEY* 13/11/2013, 1 (AR/DOC/4207/2013, p. 3)

²³⁷ Para una evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia, véase LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 142-152.

La legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Nación surge de los artículos 43 y 86 de la Constitución Nacional y está regulada en la ley 24.248. Ricardo Lorenzetti afirma que en materia de consumo, la legitimación del Defensor del Pueblo comprende las acciones en defensa de intereses individuales homogéneos, sean o no patrimoniales, por expresa habilitación de la Ley de Defensa del Consumidor. No ocurre lo mismo en materia de intereses individuales homogéneos patrimoniales no comprendidos en esa ley.²³⁸

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, prescribe el artículo 137 de la Constitución, que la misión del Defensor del Pueblo de la ciudad es “*la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y esta Constitución...*” La redacción del artículo tiene un alcance pretendidamente más amplio que la norma del artículo 43 de la Constitución Nacional, pues alcanza a los derechos individuales, mientras que aquella norma sólo se refiere a los intereses de incidencia colectiva.²³⁹ El artículo 55 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires también prescribe que “[e]l Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes.”²⁴⁰ Es dudoso que ese argumento sea actualmente relevante con la interpretación amplia del concepto “intereses de incidencia colectiva” defendido por la Corte en “Halabi”.

V.4.3. Las asociaciones de consumidores

Las asociaciones de consumidores tienen legitimación activa para iniciar acciones colectivas.²⁴¹ Deben estar “*constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación*” (art. 55 LDC) y registradas, para lo cual deben cumplir ciertos recaudos (art. 56 LDC).²⁴² Las asociaciones que pretendan accionar en la provincia de Buenos Aires deben estar registradas en esa provincia. No obstante, Osvaldo Gozaíni afirma que el juez, en ejercicio de

²³⁸ LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 276-277.

²³⁹ Es el argumento central en el fallo de Cámara en la causa “Edesur”. Véase “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. EDESUR S.A.”, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala 1ª, 16 de marzo de 2000, publicado en JA 2000-II-235, Lexis Nº 0003/007571 ó 0003/007658 ó 0003/007578.

²⁴⁰ La Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires fue instaurada recién entre 2009 y 2010.

²⁴¹ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 277; *en contra* CORREA, José Luis, “Acciones de incidencia colectiva. Modificación de la ley de defensa del consumidor”, LA LEY 2008-F, 1106 (La Ley Online, pp. 4-5).

²⁴² Para una crítica a la aplicabilidad de los requisitos establecidos por la ley a los amparos colectivos, véase LANDE, Carolina, “Una carrera en búsqueda de justicia: ¡asociaciones, a inscribirse!”, LA LEY 2005-F, 334.

las facultades conferidas por el artículo 34 inciso 5° del Código Procesal Civil, podría dispensar a la asociación de estos requisitos.²⁴³

En la actualidad, de conformidad con lo prescripto por el artículo 43 inciso (b) de la Ley de Defensa del Consumidor, existe un Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores que cuenta con 34 asociaciones inscriptas.²⁴⁴ La autoridad de aplicación nacional es la Subsecretaría de Defensa del Consumidor, dependiente del Ministerio de Economía y los requisitos para conformar una asociación de consumidores se hallan regulados en la resolución 461/99. Previamente, se requiere que la asociación esté inscripta como persona jurídica.

En la provincia de Buenos Aires, por ley 12.460 se creó el Registro Provincial de Asociaciones de Defensa de Consumidores y Usuarios. El artículo 4° de la ley 13.928 de amparo de la provincia de Buenos Aires, preveía que tienen legitimación activa para iniciar ese proceso “*las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas, justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.*” Como en el marco de esa norma es posible iniciar un amparo *colectivo*, la regla era también aplicable a los procesos que recurrían a ese trámite. La solución fue criticada por la dogmática,²⁴⁵ y finalmente derogada por la ley 14.162.

No surge de la ley, al menos expresamente, que deba existir identidad total entre el objeto de la acción y los fines de la asociación consagrados en su estatuto.²⁴⁶ Tampoco se requiere que entre sus asociados exista un afectado, ni se restringe la representación a los asociados de la actora.

V.4.4. La autoridad de aplicación nacional o local

El Estado tiene legitimación para accionar colectivamente. Lorenzetti afirma que es criticable esta norma, pues la “autoridad de aplicación” no es persona jurídica distinta del

²⁴³ GOZAÍN, Osvaldo Alfredo, *Protección Procesal del Usuario y Consumidor*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 126-127.

²⁴⁴ http://www.mecon.gov.ar/secdef/documentos/asociaciones_registradas.pdf. Datos al 25 de marzo de 2014. En marzo de 2011 podían computarse 36 asociaciones registradas.

²⁴⁵ VERBIC, Francisco, “El proceso colectivo en la nueva ley de amparo de la Provincia de Buenos Aires. Falta de visión sistemática y un oportuno veto parcial del Poder Ejecutivo”, *LLBA* 2009 (abril), 235 (La Ley Online, p. 2).

²⁴⁶ Por ejemplo, ¿puede una asociación destinada a la protección de los usuarios *bancarios* tutelar intereses de otra naturaleza? Véase “ACUBA c. AMX”, ya citado. Se desprendería de este fallo que sí. Para el Derecho brasileño, véase GIDI, *op. cit.*, p. 373 (basta con que sea una asociación de defensa del consumidor la que pretenda iniciar una acción en tutela de los usuarios y no, por ejemplo, en materia de Derecho ambiental).

Estado que integra como órgano.²⁴⁷ Más allá de esta crítica puntual no obsta que organismos tales como la Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires hayan tenido un notable protagonismo en la promoción de acciones colectivas.²⁴⁸ Dado que la norma se refiere a la autoridad de aplicación nacional o *local*, podría interpretarse que si una provincia omite legislar sobre el punto ello no obsta a que sus organismos gocen de esa legitimación.

V.4.5. El Ministerio Público Fiscal

La doctrina argentina ha observado con preocupación la escasa participación del Ministerio Público Fiscal en su rol de actor en las acciones colectivas.²⁴⁹ En Brasil, por el contrario, la experiencia se considera exitosa.²⁵⁰ La clave ha sido, según entiende la doctrina de ese país, la independencia del órgano, su financiación adecuada y la creación de oficinas especializadas en la protección de los consumidores.²⁵¹ Tal es el poder del Ministerio Público que se ha llegado a dudar de sus motivos para iniciar acciones colectivas, existiendo acusaciones de que algunos agentes abusan de su poder e inician acciones colectivas sólo por obtener publicidad y atención en los medios.²⁵² El rol fundamental de la institución puede deberse además, según Gidi, a la pequeña entidad y apatía de las asociaciones de defensa del consumidor. No obstante, en materia de tutela del consumidor las asociaciones tienen un peso mucho más importante en la iniciación de acciones colectivas que en cualquier otro ámbito.²⁵³

V.4.6. Las provincias no están legitimadas para representar a sus ciudadanos

²⁴⁷ LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 278-279.

²⁴⁸ Reseña PÉREZ BUSTAMANTE, *op. cit.*, p. 7 y ss.

²⁴⁹ VERBIC, *op. cit.*, pp. 157-158; STIGLITZ, Rubén, STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Hernán R., "Acciones colectivas de los consumidores. Cesación de cláusulas abusivas", *SJA* 21/6/2006; *JA* 2006-II-1248 (Lexis N° 0003/012629 ó 0003/012639, p. 10).

²⁵⁰ Véase, en general, ZAVASCKI, Teori Albino, "O Ministério público e a defesa de direitos individuais homogêneos", *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, N° 117, 1993, pp. 173-186; MAZZILLI, Hugo Nigro, "Das Ações Coletivas em Matéria de Proteção ao Consumidor –o Papel do Ministério Público" *Justitia*, São Paulo, 54 (160), 1992, pp. 158-180.

²⁵¹ GIDI, *op. cit.*, p. 379-380.

²⁵² GIDI, *op. cit.*, p. 381.

²⁵³ WERNECK VIANNA, Luiz y BAUMANN BURGOS, Marcelo, "Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública", *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, N° 4, 2005, pp. 777-843.

Es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las provincias carecen de legitimación activa para accionar en representación de sus habitantes.²⁵⁴ Esta postura se diferencia de la institución americana de la representación *parens patriae*.

V.5. Otras reglas no contempladas en el Derecho argentino

El Código Brasileño de Defensa del Consumidor no concede legitimación al particular damnificado, sino exclusivamente a personas jurídicas públicas o privadas. A su vez, sujeta la legitimación de las asociaciones a que satisfagan el requisito de un año de antigüedad (art. 81 párrafo IV).

El modelo más conocido de *class actions*, el de Estados Unidos concede legitimación predominantemente –y casi exclusivamente- a los individuos afectados. En la doctrina estadounidense se observa que el *named plaintiff*, el integrante de la clase que la representa, juega un papel insignificante en el desarrollo del proceso. El poder real de decisión recae en los abogados de la clase. Es por ello que algunos autores han sugerido la conveniencia de eliminar de plano esta figura y otorgar legitimación colectiva a los *abogados*.²⁵⁵

En el Reino Unido, Australia y Canadá también se concede legitimación predominantemente al afectado. Por el contrario, Austria, Francia y Holanda sólo conceden legitimación activa a las organizaciones.²⁵⁶ En España gozan de legitimación los *grupos* de usuarios y consumidores afectados (arts. 6° y 7° de la Ley de Enjuiciamiento Civil).²⁵⁷ En el Derecho chileno, se exige a los grupos de consumidores que cuenten al menos con cincuenta integrantes identificados para poder accionar (art. 51.1.c de la Ley 19.496).

Otra alternativa en materia de legitimación activa es el instituto de la acción popular. Mediante esa herramienta, cualquier persona “del pueblo” y no sólo el afectado puede interponer una acción.²⁵⁸ Esta regla está expresamente contemplada en el Derecho ambiental

²⁵⁴ LORENZETTI, *op. cit.*, pp. 157-160.

²⁵⁵ GIDI, *op. cit.*, pp. 369-370; MACEY, Jonathan R. y MILLER, Geoffrey P., “Judicial Review of Class Action Settlements”, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 1, N° 1, 2009, pp. 5-6 y 61-91.

²⁵⁶ STUYCK, Jules et al., *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings*, Leuven, The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law, January 17, 2007, p. 282.

²⁵⁷ BACHMAIER WINTER, Lorena, “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, N° 60, UNAM, 2004, pp. 1-54.

²⁵⁸ Sobre la acción popular, véase QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Amparo Colectivo*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 96.

argentino, en cuanto se estipula que “...*toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.*” (artículo 30 último párrafo ley 25.675).

V.6. Otros sujetos intervinientes en el proceso

Algunas reglas del Derecho argentino imponen a ciertas personas, además del juez, el deber o la potestad de pronunciarse sobre la decisión a adoptarse en el proceso colectivo. Eso es lo que ocurre con el artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor, que prescribe que el Ministerio Público Fiscal “*cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley*” y el artículo 54, que reza

Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados.

Otro tanto ocurre con la legislación bonaerense. Estas normas no estipulan quién está facultado para dar el impulso inicial a la acción, sino que determinan que en la decisión a adoptarse deberá tenerse en cuenta la opinión de una persona en particular. La diferencia no debe opacar la similitud fundamental: en ambos casos nos encontramos ante sujetos cuya intervención modifica en algún sentido la solución del caso. El objetivo pretendido es garantizar la debida protección de los integrantes ausentes de la clase.²⁵⁹

Otras reglas dan a ciertas personas la *facultad* de participar en el proceso colectivo. El artículo 52 de la Ley de Defensa del Consumidor prescribe en su párrafo tercero:

²⁵⁹ La intervención del Ministerio Público Fiscal es obligatoria en todos los casos que involucren relaciones de consumo (véase al respecto el fallo “Jiménez, Tomás c. Citibank y otra s/ordinario-recurso directo”, Tribunal Supremo de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 21/07/2003, *LLC*, 2003-1223, en que la falta de intervención del Ministerio Público dio lugar a la anulación del procedimiento impugnado) por lo que puede entenderse que hay otras razones que justifican la regla (cierta presunción de debilidad del consumidor en el proceso; en el fallo antedicho se explica que “la intervención del Ministerio Público está prevista a los fines de garantizar un proceso ágil y regular que asegure la realización del valor justicia en una relación jurídica caracterizada básicamente por la desigualdad entre los extremos de la misma”). En nuestro caso es evidente que el motivo esencial es el expuesto, en el sentido de que nadie creería que el órgano cumple su deber si advierte una manifiesta irregularidad en el acuerdo, basada en la diferencia entre lo que obtiene el representante y lo que obtiene el resto de la clase y no elabora un dictamen desfavorable. Véase además GOZAÍNI, *op. cit.*, p. 383 y ss.; BERSTEN, Horacio L., “La intervención del Ministerio Público en los procesos de consumo”, *JA* 2003-IV-370 (Lexis N° 0003/010089 ó 0003/010193 ó 0003/010136).

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Aún antes de la reforma parte de la doctrina consideraba que cualquiera de los *legitimados institucionales*, o el afectado, podía intervenir en el proceso iniciado por otra persona en calidad de litisconsorte o tercero.²⁶⁰

La ley también permite a los consumidores o usuarios representados, que efectúen una presentación judicial a fin de quedar excluidos de los efectos de la sentencia. Analizaremos esa regla en el capítulo VII.

V.7. Legitimación activa y funciones sociales. Acceso a la justicia

Al igual que ocurre en el Derecho argentino y de tradición continental, en el Derecho estadounidense de los últimos cuarenta años ha habido una progresiva apertura del modelo clásico de legitimación restringida. Las críticas a la concepción tradicional del *standing*, motivaron que en diversos ámbitos, como en el Derecho ambiental, los derechos civiles y ciertas cuestiones del Derecho del Consumidor se expandiera la legitimación para accionar judicialmente.²⁶¹ La preocupación común a todos esos regímenes ha sido garantizar el acceso a la justicia. No obstante, algunos autores se han ocupado de señalar los problemas que acarrea un ensanchamiento irrestricto de la legitimación y enfatizan las ventajas de las reglas clásicas en la materia.

En la dogmática argentina, en general, se afirma que el ensanchamiento o la flexibilización de la legitimación es un mecanismo que facilita la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos, o el acceso a la justicia.²⁶² También se señalan otros beneficios de la ampliación:

²⁶⁰ MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 255 y 261; GOZAÍNI, *op. cit.*, p. 227 y ss. No obstante, en alguna resolución judicial se ha denegado esa intervención. Así en "Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Credilogros Compañía Financiera SA s/ Sumarísimo", Juzgado Nacional Comercial N° 14, Secretaría 27, 19 de marzo de 2008, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

²⁶¹ HOLDERNESS, Clifford G., voz "Standing" en NEWMAN, Peter (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, p. 508.

²⁶² VARGAS, Abraham Luis, "La legitimación activa en los procesos colectivos", en OTEIZA, Eduardo (coord.) *Procesos colectivos*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 245; MANFREDI,

Este tipo de amplia legitimación procesal como el que estamos planteando, tiene una clara relevancia social y objetiva: el aseguramiento de la paz pública, la resolución pacífica de los conflictos y la certeza del derecho, en el marco general de protección de todos los valores jurídicos. También tiene por objeto impedir que la estructuración se quiebre, a partir de una profundización del trato desigualitario en que se pueden encontrar las partes en este tipo de situaciones.²⁶³

Con respecto a la función *acceso a la justicia* explica Andrea Meroi,

Las razones para permitir que “otro” ejerza un derecho ajeno pueden ser de lo más variadas: *razones privadas* (...), *razones públicas* (...), pero “...lo nuevo es la concesión de legitimación extraordinaria por la ley atendiendo a razones que podemos calificar de colectivas o sociales, tanto que puede hablarse de una socialización de la legitimación como medio para hacer frente a necesidades que surgen como consecuencia de la multiplicación de relaciones jurídicas idénticas, de la expansión del consumo o de la utilización masiva de los medios económicos.”²⁶⁴

El fundamento de la regla es que cuanto mayor sea el número de sujetos legitimados y cuanto más distintas sean sus características y aptitudes típicas, aumentan las chances de que alguno de ellos tome conocimiento del ilícito y decida accionar.²⁶⁵ En el caso de los damnificados, el conocimiento deriva de la afectación directa; en el caso de las asociaciones de consumidores, de la denuncia de las víctimas; en el caso de las agencias públicas, de los controles que están facultadas a ejercer sobre los proveedores (por ejemplo, el control de las cláusulas de los contratos predispuestos). Las agencias públicas y privadas tienen, además, mayor aptitud para identificar ciertas afectaciones complejas, como por ejemplo, las cláusulas abusivas en contratos financieros y centralizan información que de otro modo permanecería inconexa.

La técnica expuesta presenta al menos dos problemas importantes. El primer problema es que no basta con que se conceda una facultad para que ésta sea ejercida. Es limitado lo que ganamos en acceso a la justicia si conferimos a muchas personas la potestad para accionar pero no creamos paralelamente incentivos para que esas personas accionen. Si nos fijamos exclusivamente en que esos sujetos actúan de manera altruista no garantizamos el acceso a la justicia tan eficazmente como podríamos hacerlo creando incentivos adecuados. La

Leonardo Nahuel, “Un análisis económico de la legitimación activa de las asociaciones de defensa de usuarios y consumidores a través de un fallo modelo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *SJA* 2014/04/30-62; *JA* 2014-II (AP/DOC/3034/2013, p. 5).

²⁶³ QUIROGA LAVIÉ, *op. cit.*, p. 187.

²⁶⁴ MEROI, Andrea A., *Procesos Colectivos. Recepción y Problemas*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 70.

²⁶⁵ Desarrolla el argumento TOLOSA, Pamela, “La legitimación para reclamar por daño ambiental”, ponencia presentada ante el *VII Congreso Internacional de Derecho de Daños*, Buenos Aires, 2002, publicada en <http://www.aaba.org.ar/bi20op48.htm>.

multiplicación de legitimados institucionales con el deber de proteger a los consumidores enunciado de manera vaga o demasiado genérica podría llevar a que ninguno de ellos accione efectivamente, con la perspectiva de que otro lo haga en su lugar. Analizaremos esta cuestión en detalle en el capítulo VIII.²⁶⁶

El segundo problema radica en que no resultan para nada evidentes los criterios que se tienen en consideración para fijar el límite a la legitimación. No es claro por qué regímenes muy parecidos difieren al conceder o denegar legitimación al afectado, al Ministerio Público, al Defensor del Pueblo, a las provincias o a las agencias públicas. La dogmática no va mucho más allá de plantear la pregunta,²⁶⁷ porque carece de instrumentos para resolver la cuestión. Así se dice

En definitiva, prácticamente toda la doctrina es conteste en que el sistema “ideal” de legitimación *en abstracto* para los procesos colectivos es aquel que *combine razonablemente todas las posibilidades expuestas, otorgando letigimación autónoma, concurrente y disyuntiva* a las personas físicas, jurídicas, públicas, privadas, órganos estatales, etcétera, que mencionamos.²⁶⁸

O también,

... la legitimación puede presentar una regulación mixturada, que pendularmente se posicione entre lo restrictivo y lo amplio; entre atribuciones exclusivas o excluyentes o bien con simples facultades concurrentes. Ello hace a una elección propia de políticas públicas legislativas, que necesariamente debe consultar factores de índole social, económicos y culturales.²⁶⁹

Consideramos que es ésta la etapa en que deben explicitarse cuáles son los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de legislar. Debe superarse el planteo del problema o las afirmaciones que se limitan a predicar la necesidad de hallar equilibrios.²⁷⁰

²⁶⁶ Sin incentivos adecuados, o con normas demasiado genéricas, podría llegar a generarse el efecto que describimos, que en otros ámbitos se conoce como “efecto Genovese”. Véase al respecto ACCIARRI, Hugo A., “El *Genovese Effect*, los Jueces y la Reforma del Código Civil”, *Revista Forbes*, septiembre 2013, p. 46.

²⁶⁷ Por ejemplo, VARGAS, *op. cit.*, p. 227.

²⁶⁸ VARGAS, *op. cit.*, p. 240.

²⁶⁹ GONZÁLEZ DE LA VEGA DE OPL, Cristina, “Categorías jurídicas y legitimación en los procesos colectivos”, en OTEIZA, Eduardo (coord.) *Procesos colectivos*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 277.

²⁷⁰ Parece pertinente aquí la advertencia que el profesor Acciarri formula en otro ámbito: “Apelar a la ‘coordinación’ o ‘armonización’ suele ser una vía de eludir el debate. Así, suele afirmarse que deben coordinarse las aportaciones del derecho y la economía, o el derecho y la moral, o que deben coordinarse ciertos derechos subjetivos constitucionales, etc. Ese tipo de afirmaciones no parece, sin embargo, un avance significativo, *mientras no se hagan explícitos los criterios que se entiendan aplicables para alcanzar ese objetivo que se identifica como coordinación.*” (El destacado pertenece al original). ACCIARRI, Hugo A., *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños*.

Nuestra propuesta es la siguiente. Podría suponerse que la garantía de acceso a la justicia exige eliminar toda traba y permitir que la mayor cantidad posible de personas sea facultada para representar los intereses afectados. Pero ni la doctrina, ni la legislación, ni la jurisprudencia admiten que este ensanchamiento sea indiscriminado. No se concibe en el Derecho argentino, salvo en el ámbito del Derecho ambiental, que *cualquier* persona inicie un proceso colectivo.²⁷¹ Existe un límite a la flexibilidad, más allá del cual parece que una ampliación en la legitimación resultaría inadecuada.²⁷² La idea fundamental y que nutre los reparos sobre la representación adecuada, es que no puede presumirse que *cualquier* persona esté capacitada para defender de manera eficaz el interés de la clase y tenga además incentivos para hacerlo. Es por ello que, si bien reglas como las mencionadas anteriormente amplían la legitimación para accionar, establecen un elenco fijo de actores. De entre éstos el juez, posteriormente, podrá decidir si el actor está facultado para ejercer una representación adecuada. De este modo opera un *doble filtro* que garantiza la adecuada defensa de los intereses de la clase. Desde nuestro punto de vista, esas reglas pueden racionalizarse atendiendo a un único criterio. El límite a la legitimación activa debe estar dado exclusivamente por la *eficacia de la representación de las víctimas y por la existencia de incentivos adecuados para accionar*. Y esa eficacia está vinculada a un problema que estudiaremos enseguida: la *relación de agencia*.

V.8. Legitimación activa y eficiencia

Tradicionalmente, el Derecho limita a ciertas personas la posibilidad de accionar y no permite a *cualquier* persona hacerlo. Específicamente, en el caso en que una persona sufre un daño, es ella y no otro quien puede reclamar una indemnización al agente que lo causó. Según Richard Epstein, el fundamento de esa regla es muy simple y no consiste necesariamente en una cuestión retributiva. Si la sociedad acepta que la eficiencia es un objetivo valioso, entonces considerará que algunas personas deben pagar una indemnización si no adoptan ciertas

Prevención, Reparación, Minimización de Costos Sociales, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 147.

²⁷¹ Podría llegar a interpretarse que ni siquiera en el ámbito del Derecho ambiental existe esa excepción si ampliamos el concepto de “afectado” de manera tal que incluya a todo aquél concernido, por ejemplo, quien sufre un menoscabo por la modificación del paisaje, o quien actúa en interés de las futuras generaciones, etc.

²⁷² VÁZQUEZ, María G., “La tendencia actual a ampliar la legitimación activa: sus riesgos”, en *SJA* 5/4/2006 y *JA* 2006-II-817 (Lexis Nº 0003/012533). La autora se refiere eminentemente a los casos de intereses supraindividuales.

medidas de prevención del daño (hemos estudiado este razonamiento básico del Derecho de Daños en los capítulos II y III). Para garantizar que esas personas enfrenten esa realidad, la amenaza de la indemnización debida debe ser seria y para ello se requiere que el Derecho confiera legitimación a sujetos especialmente interesados y habilitados para accionar. La víctima tiene información importante sobre la afectación que sufre. Por ejemplo, si se discutiera la culpa de la víctima, su testimonio resultará crucial. En general, su colaboración será determinante en muchos aspectos del juicio, pero si se le quitaran los estímulos para participar, concediendo el derecho a accionar y a beneficiarse a un tercero, no lo haría. Esto le resta mucho valor a la acción. Luego y en principio, tiene sentido conferir legitimación activa a las víctimas del daño y sería equivocado negarles ese derecho.²⁷³

Adicionalmente, se han dado argumentos por los que sería eficiente conferir legitimación *exclusivamente* a las víctimas del daño. En el párrafo anterior nos limitamos a exponer por qué motivo las víctimas *no deberían ser excluidas* del elenco de legitimados, pero en este párrafo damos un paso más, exponiendo las razones por las cuales estos autores entienden que *cualquier otra persona debería ser excluida del elenco de legitimados*. En efecto, un conjunto de autores han analizado la relación entre reglas de legitimación activa y eficiencia.²⁷⁴ Su trabajo nace como una reacción ante la defensa que la doctrina jurídica contemporánea hace de las reglas que amplían la legitimación. Ellos pretenden demostrar por qué el Derecho tradicionalmente limita a ciertas personas la posibilidad de iniciar ciertas acciones y no permite a *cualquier* persona hacerlo. La cuestión de la legitimación atañe directamente a la *titularidad* de los derechos subjetivos. Un individuo es titular de un derecho cuando puede requerir la fuerza pública para obtener una tutela y la legitimación es lo que permite efectuar ese requerimiento ante un juez. Las reglas que limitan a un elenco cerrado de

²⁷³ EPSTEIN, Richard A., "Class Actions. Aggregation, Amplification and Distortion", *Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 182 (2d series)*, 2003, pp. 1-48. Si bien el autor no lo explicita, puede considerarse a estas ideas tributarias del razonamiento expuesto en el fallo señero dictado por el juez Hand en la causa "United States v. Carrol Towing", 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947). Véase al respecto, ACCIARRI, *Elementos...* pp. 8-10 y p. 404 y ss.

²⁷⁴ JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. y HOLDERNESS, Clifford G., "The Case For Restricting Access To Courts", *Graduate School of Management, University of Rochester, Managerial Economics Research Center Working Paper N° MERC 81-06*, 1981; JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. y HOLDERNESS, Clifford G., "Analysis of Alternative Standing Doctrines", *International Review of Law and Economics*, N° 6, 1986, pp. 205-216; LANDES, William M. y POSNER, Richard A., "The Economics of Anticipatory Adjudication", *The University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 18 (2d series)*, también publicado en *Journal of Legal Studies*, N° 23, 1994, p. 683 y ss.; HOLDERNESS, Clifford G., voz "Standing" en NEWMAN, Peter (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, 1998, p. 508; KHANNA, Vikramaditya S., "Toward a Functional Understanding of Standing", *Harvard Law School, Discussion Paper N° 355*, 2002; KONTOROVICH, Eugene, "What Standing Is Good For", *The University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper N° 153*, 2007.

personas la titularidad de los derechos permitirían que los bienes sean transferidos a sus usos más eficientes en tanto los costos de transacción sean moderados, tal como enseña Coase.

Aquí resulta necesario hacer referencia al *teorema de Coase*. El origen de esta construcción se remonta a un artículo publicado en 1959, titulado “The Federal Communications Commission”, escrito por el profesor Ronald Coase. Posteriormente este autor desarrollaría extensamente algunas ideas contenidas en aquel artículo en el trabajo titulado “The Problem of Social Cost”, de 1960, al que dedicaremos nuestra atención.²⁷⁵ Se trata de uno de los *papers* más citados de la literatura económica y su influencia se ha expandido más allá de esa disciplina para llegar hasta el Derecho y convertir a su autor en uno de los fundadores de la corriente denominada *Law and Economics*. A continuación expondremos de manera resumida en qué consiste su aporte.

Es conveniente poner en contexto el desarrollo de Coase. Como él explica, su artículo se refiere a las *actividades de una empresa con efectos perjudiciales sobre otras* (aunque esto no quiere decir que sus implicaciones no sean aplicables en otros ámbitos). La literatura económica tributaria de la obra de Pigou solía describir esa situación como un caso de divergencia entre el producto privado y social de la fábrica. La solución propuesta consistía en responsabilizar al dueño de la fábrica por los daños y perjuicios producidos, imponer un impuesto equivalente al daño u ordenarle cesar en su actividad. Coase considera que estos cursos de acción son inadecuados. Afirma que la situación descrita involucra un problema de naturaleza recíproca. Permitir a la empresa que emita humo perjudica a sus vecinos; pero de manera recíproca, dar a los vecinos el derecho a hacer cesar la actividad perjudica a la fábrica. Lo que los economistas (y el Legislador) deberían buscar es cómo evitar el *daño mayor*.

El teorema de Coase puede ser formulado de distintas maneras. Siguiendo a Fernando Gómez, podemos decir que *cuando los costos de transacción sean cero, sea cual sea la atribución de derechos que estipule el orden jurídico, los individuos alcanzarán la situación más eficiente*.²⁷⁶ Tomemos el ejemplo anterior de la fábrica y el vecino. Supongamos que el humo de la fábrica impide al vecino realizar su producción de fibra de coco, porque el hollín altera el proceso de blanqueado (este peculiar ejemplo está basado en el caso *Cooke vs. Forbes*, que Coase menciona). Si siguiéramos a Pigou, entonces consideraríamos que la solución adecuada consiste en imponer un impuesto a la fábrica, o condenarla al pago de daños y perjuicios, u ordenarle cesar en su actividad contaminante. Pero ese enfoque es errado. Supongamos que

²⁷⁵ COASE, Ronald H., “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. III, octubre de 1960, pp. 1-44.

²⁷⁶ GÓMEZ, Fernando, “Derechos de Propiedad y Costes de Transacción: ¿Qué puede enseñar Coase a los Juristas?”, pág. 8.

la fábrica tiene una producción de 100 al mes y el taller de producción de fibra de coco tiene una producción de 40 al mes y que ambas actividades son incompatibles. Lo que los economistas deberían buscar es maximizar el valor de la producción y para ello deberían priorizar la actividad que genera más riqueza. Esto significa que la fábrica debe seguir emitiendo humo y el tallerista deberá resignarse a ello. Ese sería el resultado eficiente en el caso.

Ahora bien, hemos dicho que en ausencia de costos de transacción se llega a ese resultado sin importar la atribución de derechos originaria. Dejemos para más adelante la cuestión de los costos y centrémonos en la atribución de derechos. Supongamos que la fábrica tiene derecho a contaminar y el tallerista debe soportar las molestias. En ese caso la fábrica no pagará nada al tallerista y éste no podrá hacer nada para evitarlo. Supongamos ahora el caso contrario: que el tallerista tuviera derecho a gozar de aire puro. En ese caso, convendría a la fábrica pagarle algo (entre 40 y 100) para seguir produciendo; la alternativa sería ganar cero. Esto también convendría al tallerista: en lugar de ganar 40, estaría ganando algo más que 40. Nuevamente llegamos al resultado eficiente, con una asignación originaria de derechos distinta. Dos sujetos racionales llegarían a un acuerdo que maximizaría la riqueza total (o al menos, *normalmente* llegarían a tal acuerdo, si atendemos a la objeción de Samuelson que Coase observa en "Notas sobre el Problema del costo Social"). En ese mundo, lo único que importaría sería que los derechos de las partes estén bien definidos.

Pero en el mundo real la situación puede ser distinta. En el mundo real existen costos que podrían obstaculizar la negociación de las partes. Los llamamos *costos de transacción*. Coase enumera algunos, pero reproduciremos la clasificación que efectúa Gómez. Él se refiere a (a) los *costos de coordinación*, los obstáculos que es necesario vencer para traer a las partes al contrato; y a (b) los *costos de motivación*, factores que entorpecen la decisión de contratar y dificultan convenir el contenido del contrato (entre éstos están los *costos estratégicos*, derivados de las rupturas y dificultades en la negociación ocasionadas por el intento de cada parte de quedarse con la mayor parte del beneficio común que se logre.

La presencia de estos costos podría conducir a una asignación de recursos ineficiente. Tomemos nuestro caso del tallerista y la fábrica. Supongamos que el primero tiene derecho a gozar de aire limpio y que puede iniciar una acción para que la fábrica cese en su actividad. La fábrica estaría interesada en pagarle algo entre 40 y 100 para impedir que lleve a cabo esa acción legal. Sin embargo puede que no logren llegar a un acuerdo (supongamos, por ejemplo, que el tallerista pretende que se le pague 70 y la fábrica no está dispuesta a pagar más de 50; o supongamos que sentarse a negociar tiene un costo de 70). En ese caso, el tallerista iniciaría

una acción legal, se clausuraría la fábrica y se realizaría la actividad menos valiosa: el blanqueado de fibra de coco. Como explica Coase, cuando se consideran los costos de transacción, “*el reordenamiento de los derechos sólo se emprenderá cuando el incremento del valor de la producción a consecuencia de tal reordenamiento sea mayor que los costos en que se incurran por este hecho.*”²⁷⁷

El análisis de Coase es de la mayor importancia para los juristas. Cuando consideramos los costos de transacción, la asignación inicial de derechos no resulta para nada indiferente, porque puede resultar definitiva. En ese caso, es deseable que se reduzca la necesidad de realizar transacciones, asignando los derechos de manera tal que se reproduzca la situación en que se maximiza la riqueza.

Retomando la cuestión que nos convoca, si A dispone de un bien, B puede contratar con él para acordar el uso que le darán. Por ejemplo, si B es una fábrica y A es su vecino y éste tiene derecho a evitar molestias que excedan la normal tolerancia, B puede celebrar con A un contrato por el cual se le permita contaminar (y exceder el límite legal) a cambio de alguna compensación dineraria. Por ejemplo, si B produce 1000 al mes y A no tiene ningún problema en soportar ruidos molestos con tal que se le pague 100 al mes, entonces cualquier suma entre 100 y 1000 que B acuerde abonar, a cambio de que A no ejerza su derecho a hacer cesar la contaminación, los beneficiará a los dos.

Si, por el contrario, las reglas de legitimación se amplían por sobre ciertos límites, será imposible identificar a todos los titulares del derecho para contratar su transmisión. En el ejemplo anterior, si cualquier persona puede demandar a B e impedir que contamine (u obligarlo a negociar de manera privada bajo amenaza de iniciar acciones judiciales) entonces ya no tiene sentido que se celebre el acuerdo entre A y B. Porque luego C, D o E (otras personas, no necesariamente vecinos) podrían sucesivamente reclamar lo mismo. La extensión ilimitada de legitimados provoca que la asignación inicial del recurso fijada por la ley se torne invariable y el recurso, en lugar de ser destinado a un uso más eficiente, se vuelve inalienable. Esto es ineficiente, ya que si A y B desean celebrar el contrato es porque ambos saldrían gananciosos. La negociación es imposible con una legitimación ilimitada. Eso es lo que ocurre, entienden los autores, con la *Clean Air Act*, la *Endangered Species Act*, la *Clean Water Act*, la *Civil Rights Act* de 1968, que confieren legitimación a toda persona, como una acción popular y en general con los estatutos que incorporan la figura del *Private Attorney General*.²⁷⁸

²⁷⁷ COASE, Ronald, “El problema del costo social”, *Revista Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, N° 45, 1992, 81, p. 98.

²⁷⁸ HOLDERNESS, *op. cit.*, pp. 505-508. El ejemplo puede criticarse, dado que la contaminación del aire en rigor afecta a todos aquellos que respiran ese aire, aunque se hallen a kilómetros de distancia del

Consideramos que estas observaciones no son directamente aplicables en el caso de las afectaciones al consumidor y que por consiguiente la ampliación de la legitimación en esta materia no puede considerarse inconveniente. En los casos de lesiones de escasa cuantía, con altos costos de acceso a la justicia y una multitud de afectados, conferir la legitimación para accionar *exclusivamente* a las víctimas es un medio ineficaz para lograr el *enforcement* del Derecho de fondo. Por las razones expuestas en el capítulo III, es razonable presumir que los costos de transacción entre proveedor y consumidores a los fines de componer el conflicto son demasiado altos como para que tenga algún sentido partir del presupuesto de su ausencia. En consecuencia, el supuesto teórico de negociación entre proveedor y particular para determinar la asignación de un recurso particular en este caso resulta carente de relevancia a los fines de la legislación. El hecho de que en materia consumerista los contratos predispuestos tengan amplia extensión apoya este punto. En consecuencia, la situación de hecho a la que asistimos es la imposición de condiciones por parte de la empresa sin que el particular tenga posibilidad de negociar al respecto. En segundo lugar por las mismas razones expuestas en el capítulo III, los particulares carecen de incentivos para iniciar acciones individuales y resulta eficiente acudir a un mecanismo de incorporación compulsiva como la acción de clase.²⁷⁹ Finalmente, en materia de intereses individuales homogéneos y a diferencia de los que ocurre cuando hay bienes colectivos en juego, con posterioridad a la resolución colectiva es teóricamente concebible que el proveedor acuerde con cada uno de los consumidores el tipo de relación jurídica que los vinculará y que esa relación jurídica particular difiera en cada caso. De ese modo resulta posible dar a los bienes el uso más eficiente que puedan tener. Por ejemplo, es imposible acordar con los vecinos niveles de contaminación diferenciales para cada casa, porque el aire es común a todos. Pero sí es posible acordar con todos los clientes de una empresa cláusulas contractuales distintas, por ejemplo en lo atinente a las cargas económicas.

En el caso específico de las acciones colectivas, si el proveedor llega a un acuerdo con un representante del grupo, ese convenio es vinculante para todos los demás. No es posible, retomando el ejemplo anterior, que si A representa al grupo y B acuerda con A, luego C, D o E desconozcan ese acuerdo (aunque, como señalamos, ellos podrían acordar condiciones distintas con el proveedor). Pero para que eso ocurra así fue necesario incorporar ciertos mecanismos y recaudos que efectivamente están presentes en materia de acciones colectivas,

contaminador. La contaminación del aire no consiste exclusivamente en hollín o partículas que se depositan sobre los bienes de los vecinos, sino que también implica partículas que quedan suspendidas en el aire y pueden afectar a personas alejadas. Por ello tal vez el ejemplo sea más apropiado si se refiere a inmisiones inmateriales, tales como las provenientes de la contaminación acústica.

²⁷⁹ También distingue la situación entre derechos colectivos e individuales homogéneos VAZQUEZ, *op. cit.*; véase además EPSTEIN, *op. cit.*

tales como la adecuada representación, la publicidad y las instancias en que se permite a los integrantes de la clase apartarse de la sentencia.²⁸⁰

Observemos el siguiente ejemplo. Supongamos que, un banco impone de manera compulsiva y unilateral un seguro contra robo en beneficio de todos sus clientes y cobra la suma de un peso mensual, que se debita de manera automática de sus respectivas cuentas. Supongamos que, en ausencia de este seguro, los clientes deben cargar con la pérdida derivada del robo. Dependiendo de su actitud ante el riesgo y asumiendo que la prima corresponde al riesgo, los clientes considerarán adecuada o no la suma que se les debita en concepto de seguro. Esa es una cuestión contingente. Para algunos será excesiva y para otros será adecuada. Unos estarían dispuestos a celebrar ese acuerdo con la empresa, mientras que los otros no. Sin embargo, la conducta del banco es ilícita, pues modifica unilateralmente el contrato celebrado con sus clientes sin requerirles previamente su conformidad.

Según la concepción tradicional, cada cliente es titular de su derecho y debe accionar en caso de estar disconforme con la práctica. Sin embargo, es dudoso que los clientes adviertan el ilícito y cuenten con motivaciones suficientes como para tomar medidas e impedirlo. Una regla que ampliara la legitimación permitiría a cualquier asociación de defensa del consumidor que accione contra el banco a fin de que cese en la práctica ilícita y restituya a los clientes los importes cobrados en exceso. Pero a diferencia de lo que Holderness, Meckling y Jensen observan respecto de los casos que involucran bienes públicos, como es el aire, el agua o la fauna, la acción de la asociación no impediría a los usuarios interesados en mantener ese seguro acordar con el banco continuar con esa prestación.

Para que las observaciones de los autores citados sean aplicables en la materia consumerista es preciso referirnos a conductas de fraccionamiento imposible o extremadamente costoso. Un ejemplo es una acción iniciada por una asociación a fin de que se impidiera a una empresa prestadora de un servicio público cerrar un centro de atención al público en un barrio de la ciudad de Buenos Aires.²⁸¹ En el caso se hizo lugar a la acción, por lo que ninguno de los clientes pudo haber arribado a un acuerdo con la empresa mediante el cual aceptara ceder “su parte” en la prestación “atención al público” a fin de obtener alguna ventaja. Sencillamente esa prestación no es susceptible de fracción. La empresa no podía cerrar el centro de atención al público para unos y no hacerlo para todos, o esto habría resultado extraordinariamente oneroso. Otro tanto podría afirmarse de los hechos que motivaron la causa

²⁸⁰ KONTOROVICH, *op. cit.*, pp. 1724-1725.

²⁸¹ “Unión de Usuarios y Consumidores contra C.N.C. y otro”, Juzgado en lo Contenciosoadministrativo Federal N° 5, 27 de marzo de 2002, publicado en *LA LEY* 2002-D, 397.

“Halabi”: las empresas telefónicas no podían abstenerse de seguir el procedimiento que indicaba la ley respecto del actor sin hacerlo respecto de todos los usuarios del servicio telefónico. Es posible, finalmente, concebir otros casos con similares características: una acción tendiente a garantizar la difusión de cierto contenido mínimo de información; una acción tendiente a garantizar un estándar de calidad en un producto o servicio, etc. Estos casos, a diferencia de aquellos con prestaciones fraccionables, podrían ser casos de indisponibilidad del bien en que la extensión de la legitimación eventualmente llevaría a cierta ineficiencia.

En síntesis: si bien en principio las reglas restrictivas en materia de legitimación activa son eficientes, en el caso en que la víctima carece de incentivos para hacer valer su derecho y el bien en juego es susceptible de fraccionamiento, está justificado conceder a una tercera persona la facultad de representar al grupo. En estos casos la legitimación amplia no implica volver al bien inalienable.

En los términos que propusimos en el capítulo IV, diremos que la ampliación de la legitimación activa en materia de tutela del consumidor, comparada con la regla que sólo concede legitimación a los afectados y a diferencia de lo que ocurre en materia de bienes colectivos, *fomenta el objetivo eficiencia*.

V.9. A quiénes conferir legitimación

Una vez resuelta afirmativamente la cuestión de *si debe* ampliarse la legitimación activa, podemos recordar que, como hemos visto, no es claro el criterio que aplica la legislación para determinar *quién* debe ser instituido como legitimado colectivo. En el Derecho argentino contemporáneo la legitimación extraordinaria en materia de defensa del consumidor comprende tanto a personas públicas con ciertos *deberes* y legitimados particulares que no tienen tales deberes, pero que es posible que obren en razón de ciertos *incentivos*. Puede observarse que la gran mayoría de las acciones de clase en la práctica argentina de los últimos años han sido iniciadas por asociaciones de consumidores, seguidas por los distintos Defensores del Pueblo y muy lejos por los otros legitimados. Pero no parece que este dato sirva para preferir una regla de legitimación por sobre otra alternativa. No parece necesario negar legitimación a una persona sólo porque creemos que no tendrá ni el interés ni el deber de defender el interés de la clase.

Bien podríamos creer que lo más fácil sería conferir legitimación amplísima (acción popular) para que en cada caso el juez resuelva si hay, o no, representación adecuada. Pero

delegaríamos, entonces, la potestad decisoria en el juez de manera integral. El problema es que nuestras reglas de representación adecuada deberían ser muy precisas y por el momento no lo son.

La clave parece ser extender el límite de la legitimación sólo hasta cierto punto y negar legitimación a aquellas personas que consideramos con menor capacidad para representar adecuadamente a la clase y más susceptibles de incurrir en prácticas colusivas. El criterio que proponemos para decidir en el ámbito *legislativo* si corresponde o no otorgar legitimación activa a determinado sujeto requiere determinar si es posible identificar *clases de individuos cuyos intereses no colisionen con los del colectivo*. El límite debe estar dado por el interés de los representados. Si consideramos que el agente será un representante que no perjudicará a la clase, entonces el Legislador debería concederle legitimación. Si existe alguna razón por la cual ese individuo tiene un interés en colisión con el de la clase no debe otorgársele legitimación. Si existe la posibilidad de que existase suscite la controversia, debe atenderse a la aptitud del juez y de los demás monitores en el proceso para identificar el conflicto y limitar el accionar del agente. Si existe duda acerca de la fidelidad del legitimado y el Legislador considera que ni el juez ni los demás participantes en el proceso serán capaces de controlar su actuación, no debe concederle legitimación.

El fundamento de este criterio radica en que otorgar legitimación sólo a aquellos individuos que efectuarán una defensa fiel y vigorosa de la clase es la mejor garantía para que el Derecho de fondo se realice y con él las funciones sociales que estimamos valiosas. Como veremos más adelante, este mismo criterio subyace al instituto de la representatividad adecuada.

El Derecho parece responder a este principio. Cuando se concede legitimación a ciertas personas públicas y a las asociaciones, se faculta a demandar a personas sujetas a controles ajenos al específico del juicio, cuya idoneidad genérica es en alguna manera garantizada por el Estado. Esa idoneidad no se reconoce en otras personas (particulares no afectados, entre ellos abogados y legisladores; provincias en representación de sus habitantes), tal vez de manera injusta, pero ese es el problema que enfrenta toda regla: colisionar con las razones que le dan fundamento. Por el contrario, cuando se otorga legitimación al afectado, la lógica es diferente: se trata de evitar que el particular se vea incapacitado para defender su derecho conjuntamente con los del resto de la clase. Aquí el Legislador no atiende a ninguna idoneidad específica, sino que opta por permitir el acceso de los particulares a la Justicia.

Como se observará en los puntos siguientes, no creemos que pueda trazarse una línea definida entre el problema concerniente a la legitimación activa y el propio de la

representatividad adecuada, pues los dos remiten a la misma cuestión: la existencia de una *relación de agencia*.

V.10. Representatividad adecuada en el Derecho argentino

El control de la adecuada representación es un mecanismo mediante el cual se pretende garantizar que el representante “*proteja justa y adecuadamente los intereses de la clase*”, como reza el texto de la Regla 23 en el Derecho federal estadounidense. No existen reglas en la Ley de Defensa del Consumidor que explícitamente obliguen a evaluar si el actor en el proceso colectivo representa adecuadamente los intereses de sus representados. No obstante, parte de la doctrina se ha manifestado a favor de la inclusión de este recaudo en nuestro Derecho,²⁸² y algunas reformas recientes a la legislación del amparo, como la ley 14.192 de la provincia de Buenos Aires, han incluido el recaudo, sin efectuar grandes precisiones sobre su contenido concreto.

En el Derecho provincial, algunos regímenes de defensa de los intereses difusos prevén reglas mediante las cuales se busca garantizar que los representantes ejerzan la mejor defensa posible de los intereses del grupo. Esas reglas prescriben que tras la interposición de la demanda deberá darse publicidad en los medios de comunicación. Durante un plazo posterior a esta publicidad, otros legitimados institucionales pueden presentarse e invocar mejor derecho para obrar, tras lo cual el juez decidirá a quién otorga legitimación.²⁸³ Entre los criterios que el juez debe tener en consideración al resolver se halla, por ejemplo,

El número de miembros, antigüedad en su funcionamiento, actividades y programas desarrollados y toda otra circunstancia que refleje la seriedad y responsabilidad de la trayectoria de la agrupación, en defensa de los intereses colectivos. (Inciso 4° Artículo 78 Código Procesal Constitucional de Tucumán.)

²⁸² Véase GIANNINI, Leandro, “La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas”, en OTEIZA, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª edición, 2006, p. 195. Este autor considera que la sola posibilidad de que una sentencia adversa afecte a los integrantes de la clase no participantes basta para afirmar que de *lege lata* el control de representatividad adecuada es una regla de nuestro sistema jurídico.

²⁸³ Arts. 14 y 15 ley 4399 de Jujuy; arts. 9 y 10 ley 6006 de San Juan; art. 79 Código Procesal Constitucional de Tucumán.

A partir del fallo “Halabi” se introdujo de manera definitiva en el esquema de las acciones colectivas el requisito de representatividad adecuada,²⁸⁴ y ha sido considerado aplicable al ámbito de la defensa del consumidor.²⁸⁵ No obstante, como veremos, existe cierta dificultad al operar este trasplante. En efecto, al menos de manera preliminar parece que no tiene sentido requerir que la representación sea adecuada cuando la sentencia sólo extiende sus efectos si hace lugar a la pretensión. Esto no quiere decir que la exigencia de la Corte sea errada. Un análisis más cuidadoso podría revelar que aún en ese caso es menester asegurar la adecuada representatividad. Pero también podría observarse que cuando la Corte enuncia ese requisito no está refiriéndose a ningún régimen normativo en especial, sino a las pautas básicas que deberían guiar un futuro proyecto de ley. No resulta claro que la Corte considere que la regla en materia de procesos colectivos sea la cosa juzgada *erga omnes secundum eventum litis*. Tal vez la inclusión de ese recaudo sea un indicio de que la Corte no considera que esa sea la regla por defecto en la materia.

V.11. Representatividad adecuada en el Derecho extranjero y proyectado

Robert Schuwerk explica que el requisito de la adecuada representatividad de la Regla 23 ha sido desdoblado en dos por la jurisprudencia. Por un lado implica la ausencia de conflicto de interés entre el representante de la clase y sus integrantes ausentes. En segundo lugar, implica que debe quedar claramente demostrado que los representantes tienen aptitud para defender con firmeza los intereses de la clase toda. El cumplimiento de los requisitos de *commonality* y *typicality* impide que surjan conflictos de interés graves. No obstante, el requisito contempla otros aspectos tales como la falta de recursos, el desconocimiento de los reclamos de los demás integrantes de la clase, la incapacidad de ejercer control sobre los abogados, etc.²⁸⁶ La adecuada representatividad de los *abogados* de la clase requiere que éstos

²⁸⁴ OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, “La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo ‘Halabi’?”, *SJA* 10/3/2010, Lexis N° 0003/014882.

²⁸⁵ Véase, por ejemplo, “Asociación Civil de Usuarios Bancarios Arg. c. AMX Argentina SA s. materia a categorizar”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 1ª, 22 de diciembre de 2009, publicado en *EL DIAL*, 02/07/2010 y en *LA LEY*, 15/06/2010, 3. También inspira a la nueva legislación, como señalamos: véase artículo 7° de la nueva ley de amparo de la provincia de Buenos Aires, ley 14.192.

²⁸⁶ SCHUWERK, Robert P., “An Overview of Class Action Litigation in the United States of America”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 60, UNAM, 2004, p. 156.

demuestren experiencia en materia de litigios complejos y aptitud financiera. El desarrollo de la acción de clase permite al juez observar que estos recaudos se satisfagan, ya que es habitual que el proceso se inicie mediante numerosos juicios individuales que son luego consolidados ante un juez, el que designará un abogado entre los letrados intervinientes.

El juez es quien tiene el deber de velar porque la representación sea adecuada, pero tanto los integrantes de la clase como el demandado tienen interés en intervenir en el monitoreo. En efecto, la sentencia obtenida en un proceso en que se demuestre que no se cubrió ese requisito no sería oponible a la clase, con el consiguiente perjuicio para el demandado.²⁸⁷

No existe consenso acerca del contenido preciso del requisito. Se ha propuesto que se considere adecuada a la representación cuando la *class action* coloque a los integrantes de la clase en una situación al menos tan buena como la que habrían alcanzado de haber litigado individualmente.²⁸⁸ Ese criterio adolece al menos de dos debilidades. En primer lugar, puede resultar difícil determinar cuál habría sido la situación alcanzada por los damnificados en un proceso individual. En segundo lugar, la acción de clase se postula como una alternativa justamente en los casos en que no existe una posibilidad razonable de acudir al litigio individual para obtener una compensación.

La legislación brasileña no prevé normas expresas en materia de representatividad adecuada. El profesor Gidi entiende que el instituto está implícito en el filtro que la legislación hace concediendo legitimación sólo a ciertas personas. Luego no existe control judicial de la representatividad, pero sí legislativo.²⁸⁹ En el Derecho español existe un criterio exclusivamente cualitativo para determinar la representación adecuada: el grupo debe estar constituido con la mayoría de los integrantes afectados.²⁹⁰ El Código Modelo Iberoamericano, recogiendo ciertas

²⁸⁷ GIDI, Antonio, "La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo", en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, pp. 148-149; BASSETT, Debra Lyn, "The Defendant's Obligation To Ensure Adequate Representation In Class Actions", *Iowa Law Review*, Vol. 87, 2002, p. 1213 y ss.; más recientemente, WOOLEY, Patrick, "Collateral Attack and the Role of Adequate Representation in Class Suits for Money Damages", *Kansas Law Review*, Vol. 58, 2010, pp. 917-977.

²⁸⁸ TIDMARSH, Jay, "Rethinking Adequacy of Representation", *Texas Law Review*, Vol. 87, 2009, p. 1139. Comentado por CHAMBLEE BURCH, Elizabeth, "Procedural Adequacy", *Texas Law Review*, Vol. 88, 2010, pp. 55-63 y por MARCUS, David, "Making Adequacy More Adequate", *Texas Law Review*, Vol. 88, 2010, pp. 137-147.

²⁸⁹ GIDI, *op. cit.*, p. 367.

²⁹⁰ BACHMAIER WINTER, Lorena, "La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español", en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, 19.

críticas a su inspiradora, la legislación brasileña, incluyó normas expresas en la materia, en su artículo 2°:

Par. 2°. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

a – la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;

b – sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;

c – su conducta en otros procesos colectivos;

d – la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;

e – el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física ante el grupo, categoría o clase.

Par. 3°. El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, aplicando, si fuera el caso, lo dispuesto en el párrafo 4° del art. 3°.

V.12. Representatividad adecuada y problemas de agencia

V.12.1. Relación de agencia

Enseñan Michael Jensen y William Meckling que una relación de agencia es un vínculo por el cual una persona, denominada *agente*, realiza algún servicio en interés de otra, a la que se denomina *principal*, para lo cual se le delega a la primera cierta autoridad para tomar decisiones. Es posible que el agente no actúe conforme al interés del principal. Esta situación se da cuando hay conflicto de intereses. Por ejemplo, el interés del obrero negligente será trabajar lo menos que sea posible, aún cuando el interés del patrón sea el contrario; el interés del representante del pueblo en el Congreso puede consistir en asistir a la Ópera en lugar de preparar un buen proyecto de ley, etc. El principal puede limitar las divergencias estableciendo incentivos apropiados para el agente o sometiéndolo a controles. Por ejemplo, el patrón podría pagar al obrero conforme a las unidades producidas, o instalar cámaras de vigilancia en la fábrica; los ciudadanos castigarán con su voto al legislador que incumplió sus promesas de campaña, etc. Del mismo modo, el agente podría optar por incurrir en ciertos gastos para garantizar al principal que no realizará ciertas conductas dañosas, o que lo indemnizará en caso de llevarlas a cabo. Esas conductas son racionales, en tanto hacen creíble el compromiso del agente de proteger el interés del principal y permiten que se cree el vínculo. Resulta imposible asegurar a un costo igual a cero que el agente adoptará las decisiones óptimas para el principal.

Se define el costo de agencia como la suma de los gastos de monitoreo en que incurre el principal, los gastos en que incurre el agente para demostrar que cumplirá con sus obligaciones y la pérdida residual, el equivalente dinerario de la reducción en bienestar que experimenta el principal como resultado de la divergencia entre el comportamiento debido y el efectivamente ocurrido. Este problema es general en todos aquéllos grupos o relaciones en que existe una separación entre el interés en juego y el control, e incluso en aquellas situaciones de esfuerzo cooperativo, aunque no haya una clara distinción entre principal y agente.²⁹¹

En materia de acciones colectivas, la separación de interés y control está dada en dos dimensiones. La primera, común a todo proceso judicial, es la intervención del abogado que patrocina al actor. La necesidad de contar con patrocinio letrado implica introducir al proceso a un sujeto diferente al actor y cuyo interés puede colisionar con el de aquél; la experticia técnica del profesional frente al profano agrava su condición, al no poder controlar eficazmente su accionar. Pero hay una segunda dimensión propia de las acciones de incidencia colectiva: la legitimación extraordinaria. Un sujeto asume la representación de un colectivo, actuando en interés de otras personas, sin que éstas brinden su consentimiento.

En los siguientes puntos observaremos que existen numerosas iniciativas e institutos diseñados para superar el problema de agencia en las acciones colectivas. En una primera dimensión, podríamos decir que el fundamento de estas normas radica en que a los integrantes del grupo les resultaría muy difícil controlar a su representante. Sin embargo, esa explicación no da cuenta del interés que la sociedad tiene en asegurar una representación adecuada. Es por ello que se requiere un fundamento de otra naturaleza. Consideramos que el fundamento radica en que una representación eficaz es la mejor garantía para que el Derecho de fondo se aplique y con él las funciones sociales que estimamos valiosas. Es, además, el estándar más simple que puede emplearse para juzgar la deseabilidad social de la conducta del agente: si el juez debiera evaluar cuánto contribuye la conducta del agente a prevenir el daño, o a minimizar los costos administrativos, su tarea sería mucho más compleja. Algunos autores han pretendido minimizar la importancia del problema de agencia en las acciones de clase por microdaños, afirmando que el hecho de que las víctimas no obtengan una compensación adecuada en forma individual (aunque sí lo obtenga la clase en conjunto) resulta del todo indiferente. El único objeto de esta clase de procedimientos sería lograr la internalización de los costos por parte del proveedor, lo que en ocasiones implicaría que una conducta del representante que no

²⁹¹ JENSEN, Michael C. y MECKLING, William H., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, Octubre 1976, Vol. 3, N° 4, pp. 305-360; Disponible en la web oficial del *Social Science Research Network (SSRN)*: <http://papers.ssrn.com/abstract=94043>.

busque satisfacer al máximo a la clase sería deseable.²⁹² Veremos que en ese aserto hay parte de razón y que la legislación argentina adopta mecanismos de compensación grupal cuando la identificación de los afectados es imposible. No obstante, parece que evaluar la conducta del abogado como agente de la clase y no como el tutor de un interés más general de la sociedad, es una manera sencilla y eficaz de generar incentivos adecuados.

V.12.2. Relación de agencia y *class actions* en Estados Unidos

La cuestión de la representación como un problema de costos de agencia ha sido ampliamente estudiada por la literatura sobre las *class actions* a partir de los trabajos de John Coffee a mediados de la década de los ochenta.²⁹³ En el sistema estadounidense existe un riesgo bastante cierto de que el abogado que patrocina a la clase no represente su interés de manera adecuada. Por ejemplo, en muchos casos se observa que la negociación entre los abogados de la clase y los del demandado lleva a un acuerdo por el cual se estipula una reparación que, en ocasiones, es ínfima y contrasta de manera notable con los abultados honorarios que se convienen.

Es preciso detenernos a observar cómo puede afectar a los consumidores la actuación ineficaz u oportunista del representante. La alternativa más simple es el rechazo de la acción. No obstante, existen mecanismos más sutiles, cuya consecuencia práctica es que los integrantes de la clase obtengan menos dinero que el que podrían haber obtenido ausente el problema de agencia. Como las acciones de clase suelen terminar mediante transacción, lo que se observa son acuerdos por una suma total menor a la que una actuación diligente garantizaría (*sweetheart deals*). Estos acuerdos pueden ser el resultado de una actuación negligente o descuidada (*shirking*), o de la colusión (*colluding*).

Se han identificado distintas modalidades en perjuicio de los integrantes de la clase. Una modalidad consiste en presentar para su homologación un acuerdo en que el valor que se

²⁹² GILLES, *op. cit.*, p. 104-105.

²⁹³ Véase COFFEE, John C., "The Unfaithful Champion: The Plaintiff as Monitor in Shareholder Litigation", Center for Law and Economic Studies, Columbia Law School, New York, Working Paper N° 11, enero de 1985; "Understanding the Plaintiff's Attorney: the Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions", Center for Law and Economic Studies, Columbia Law School, New York, Working Paper N° 13, enero de 1986; "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", Center for Law and Economic Studies, Columbia Law School, New York, Working Paper N° 22, septiembre de 1986; SILVER, Charles, "Class actions-Representative proceedings", en BOUCKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 211 y ss.

indica al juez es superior que el beneficio que obtendrán efectivamente los integrantes de la clase, habitual en materia de beneficios no monetarios. Esta clase de acuerdos comprende los casos en que se estipula la reparación mediante cupones de descuento (*coupon settlements*), distribución de títulos valores o bonos (*securities*), sistemas en que se crean mecanismos de control de la aparición de daño futuro (*monitoring for future harm*), el sistema de *reverter funds*, en que los fondos no reclamados por los particulares vuelven al demandado y el mecanismo de *fluid recovery funds*.²⁹⁴ Éste último será analizado en detalle en el capítulo X.

Un caso típico de acuerdos por beneficios no monetarios es el *coupon settlement*. Los *coupons* (cupones de descuento) son un mecanismo de promoción del comercio, cuyo uso se remonta al año 1895. Pero a fines del siglo XX, los cupones comenzaron a ser utilizados para pagar indemnizaciones en las acciones de clase. Los integrantes de la clase reciben cupones, o en ocasiones una parte en cupones y otra en dinero; los abogados reciben dinero. Los cupones, a su vez pueden ser de distintos tipos: cupones de descuento tradicionales, *housing vouchers*, o *discount contracts*. Algunos brindan un descuento en valor absoluto en dólares, otros un descuento proporcional al valor del producto. Su utilización ha crecido notablemente: entre mediados de la década de los setenta y mediados de la década de los ochenta, se pagaron alrededor de 200 millones de dólares en *coupon settlements*; esta cifra fue ampliamente superada por algunos acuerdos recientes, como uno contra la industria aeronáutica por 405 millones de dólares. Se utilizan mucho en los *class actions* por *antitrust* y defensa del consumidor.²⁹⁵

La CAFA (*Class Action Fairness Act*) de 2005,²⁹⁶ en su sección “Consumer Class Action Bill of Rights” introdujo varias reglas que modifican el escenario de los *coupon settlements*. En primer lugar, obliga a los jueces a calcular los honorarios de los abogados sea en el valor de tales cupones o en el trabajo desempeñado en el proceso. Debe, en consecuencia, determinarse el valor de los cupones: algunos jueces lo hacen sobre el valor real, otros sobre el valor nominal. El valor debe calcularse sobre los cupones utilizados (*redeemed*) y no sobre todos los ofrecidos: en consecuencia, si los integrantes de la clase no valoran los cupones, los honorarios se desploman. En segundo lugar, estipula (de manera redundante con la Regla 23,

²⁹⁴ MILLER, Geoffrey P. y SINGER, Lori S., “Nonpecuniary Class Action Settlements”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 60, N° 4, 1997, pp. 101-107.

²⁹⁵ LESLIE, Christopher R., “A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation”, *UCLA Law Review*, Vol. 49, 2002, pp. 991-1098.

²⁹⁶ Public Law No. 109-2. 119 Stat. 4, (codificada en 28 U.S.C.).

afirman los críticos) que el juez debe controlar que el acuerdo sea “*fair, reasonable and adequate*” antes de homologarlo.²⁹⁷

Los *monitoring settlements* son acuerdos en que el demandado paga para crear un fondo que se usa para identificar y compensar por daños futuros. Muchos de estos acuerdos toman la forma de monitoreos médicos en casos de exposición a sustancias tóxicas.

En algunos contextos, como en los *mass torts*, los demandados pueden efectuar transferencias a los abogados de la clase sin que los jueces puedan advertirlo. Por ejemplo, mediante *inventory settlements*: los abogados de la clase llegan a un acuerdo respecto de reclamos individuales, por fuera del proceso colectivo, con cláusulas más favorables. Y el abogado gana lo que le corresponda en la acción de clase y además, los honorarios convenidos con su cliente.²⁹⁸

Charles Silver enuncia las siguientes razones que provocan la existencia de costos de agencia en las *class actions*.²⁹⁹

1.- Regulación de honorarios e incentivos defectuosos para los abogados

Cuando se regulan honorarios basándose en las horas de trabajo y no en los resultados, se retribuye la dedicación y no la eficacia en el empleo del tiempo. Esta regla desalienta el esfuerzo de maximizar el valor de la compensación para los integrantes de la clase. Ocurre que los jueces no ven con buenos ojos los abultados honorarios que resultarían de aplicar una simple regla porcentual sobre el monto total recuperado en el proceso. Sin embargo, no deberían escandalizarse si eso ocurre así. En primer lugar, porque una de las razones por las cuales se obtienen sumas elevadas es que la base de los clientes suele ser más amplia en el acuerdo que en el juicio.³⁰⁰ En segundo lugar, al vincular la remuneración del agente al recupero del principal, se crean incentivos adecuados para que aquél persiga con ahínco el bienestar de éste.

2.- Carencia de control adecuado

Es difícil hallar buenos monitores de los abogados de la clase. En primer lugar, podemos descartar la posibilidad de delegar en el *demandado* la tarea de controlar a los

²⁹⁷ GIBSON, Jennifer, “New Rules for Class Action Settlements: The Consumer Class Action Bill of Rights”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 39, 2006, pp. 1103-1133.

²⁹⁸ KONIAK, Susan P., “Feasting While the Widow Weeps: Georgine v. Amchem Products, Inc.”, *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 1045-1158.

²⁹⁹ Seguimos la enumeración de SILVER, *op. cit.*, p. 211 y ss.

³⁰⁰ HAY, Bruce L., “Asymmetric Rewards: Why Class Actions (May) Settle for Too Little”, *Hastings Law Journal*, Vol. 48, 1997, pp. 485-487.

abogados de la clase, pues se trata, justamente de aquél que resultaría beneficiado corrompiendo al letrado. En segundo lugar, podemos descartar al *named plaintiff*: es elegido por el abogado al iniciar la acción de clase y puede obtener un beneficio muy superior al de los demás integrantes de la clase en el acuerdo (*incentive payments*). Y aunque no fuera así, sus incentivos para intervenir activamente en el proceso son los de cualquier otro integrante de la clase, porque no carga con las costas si el proceso no prospera. Tampoco tiene mucho poder en el juicio: la jurisprudencia ha entendido que carece del derecho a reemplazar al abogado de la clase,³⁰¹ y decisiones importantes, como la de aceptar una propuesta de acuerdo, o apelar, son llevadas a cabo directamente por los abogados con la aprobación del juez.

Tampoco puede confiarse en los *absent plaintiffs* para monitorear al abogado. En las acciones de clase por microdaños, por definición, no justifica intervenir. Pero aún cuando las sumas en juego sean sustanciales, una notificación inadecuada o tardía, la dificultad de adquirir información relevante en el proceso y el hecho de que cualquier intervención favorecería a todos los miembros de la clase sin otorgar una ventaja particular, desalientan la participación.

En teoría, los jueces podrían ser excelentes monitores. Pero hay fuerzas que impiden el recto cumplimiento de esta función. Una de ellas es la necesidad de resolver los casos tan pronto como sea posible. Otra razón es la limitada capacidad de los jueces para conocer los hechos del caso ya que se apoyan fuertemente en las presentaciones de actor y demandado. Finalmente, los jueces suelen ser arquitectos de los acuerdos que luego deben homologar, por lo que es difícil que vuelvan sobre sus pasos y contradigan el visto bueno que originariamente dieron.

Otra opción consiste en incorporar a terceros como monitores: abogados de los *absent plaintiffs*, abogados de las asociaciones de protección del interés público o agentes públicos, tales como el Ministerio Público o las agencias de protección al consumidor. Pero esa opción también presenta inconvenientes. Los integrantes de la clase carecen de incentivos para requerir su participación; y cuando un abogado le aconseja, lo más sencillo consiste en apartarse del proceso (*opt out*). Las agencias públicas, por otro lado, pueden tener agendas que no coincidan con el interés de los consumidores integrantes de la clase. Por ejemplo, el interés de la clase podría entrar en conflicto con el del universo de los consumidores; o la agencia podría tener una actitud contemplativa para con la actuación de los proveedores locales, por razones tales como la conservación de puestos de trabajo, etc.

³⁰¹ “Maywalt v. Parker & Parsley Petroleum Co.”, 67 F.3d 1072, 1078 (2d Cir. 1995), citado por FISCH, Jill E., “Class Action Reform, *Qui Tam*, and the Role of the Plaintiff”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 60, N° 4, 1997, p. 174.

3.- *Ausencia de mecanismos de control de mercado*

Las fuerzas que en otros contextos permiten al principal controlar adecuadamente a su agente se hallan ausentes en el contexto de las *class actions*. Los representados no pueden contratar o despedir a sus abogados, ni decidir cuánto pagarles. No pueden vender su participación en la clase cuando estén insatisfechos con el curso que adoptan los hechos. Estas dificultades especiales han llevado a algún autor a afirmar que, estrictamente, no deberíamos hablar de problemas de agencia, pues no hay verdadera relación de agencia, o si la hay, es el abogado quien contrata al cliente, invirtiéndose la relación.³⁰² A diferencia de lo que ocurre con el empresario que procura captar el ahorro público, quien debe convencer a los ahorristas para que inviertan en sus acciones, en la acción de clase los titulares del interés están incluidos en la clase a menos que intervengan activamente para quedar excluidos de ella.³⁰³ En otros términos, el costo de oportunidad que enfrenta el integrante de la clase es muy superior al que enfrenta el accionista: mientras que éste último puede vender su acción y convertirla en dinero, el titular de la afectación debería optar por salir de la clase y litigar individualmente, o eventualmente ceder su derecho litigioso. Asimismo, en materia de acciones una persona puede ser titular de un porcentaje que lo convierta legalmente en un accionista con facultades para incidir en las decisiones de la sociedad, mientras que en la afectación a intereses individuales homogéneos no existe tal posibilidad de acumulación. Finalmente, a diferencia de lo que ocurre con las decisiones que afectan el rumbo de la empresa, las resoluciones más importantes en el proceso judicial tienen menos publicidad, requieren más preparación para ser comprendidas cabalmente y no existen mecanismos abiertos para la toma de decisiones relevantes tales como la asamblea en la sociedad.

4.- *Certificación de class actions que no cumplirían los prerequisites legales, exclusivamente para llegar a un acuerdo*

Se denomina a esta modalidad *settlement-only classes* y resultan especialmente susceptibles de acuerdos espurios. La razón radica en que para obtener su certificación, los abogados de la clase requieren de la aquiescencia del demandado, ya que la acción *per se* no cubre los prerequisites de la Regla 23. De otra manera la certificación se denegaría. Para

³⁰² COFFEE, John C., "Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why 'Exit' Works Better than 'Voice'", *Cardozo Law Review*, Vol. 30, N° 2, 2008, pp. 411-412.

³⁰³ COFFEE, *op. cit.*, p. 407.

obtener esa aceptación, es preciso ceder; en ocasiones se cede más de lo que convendría a los integrantes de la clase.

5.- *Acuerdos que involucran listas de consumidores*

En este caso, las sospechas surgen cuando al inventario de clientes del abogado se le dispensa un tratamiento distinto al del resto de los integrantes de la clase.

6.- *Conflictos de interés entre los representados*

Otra complicación típica es la existencia de conflictos de interés *entre* los representados. Por ejemplo, algunos integrantes pueden preferir una respuesta rápida, mientras que otros podrían esperar más tiempo en procura de una compensación plena; algunos exigirán dinero, mientras que otros admitirían una rebaja en el precio del producto, o cupones de descuento, etc.³⁰⁴

Se han propuesto distintas reglas para superar el problema de agencia. Estas reglas están enfocadas en distintos aspectos, dependiendo de lo que el autor en estudio considere más grave, o determinante, o más fácil de resolver. Alon Harel y Alex Stein han propuesto una clasificación en dos grupos. Por un lado está el modelo del abogado como titular (*Attorney-as-Owner*, u *Ownership*): las reglas que enrolan en esta corriente buscan alinear el interés del abogado con el de su representado haciendo que el primero sea “copropietario” del bien en juego (esencialmente se da mediante el pacto de cuota litis). Por otro lado está el modelo del abogado como servidor (*Attorney-as-Servant*, o *Servantship*): si el abogado pretende representar a la clase, deberá demostrar que actuará con lealtad.³⁰⁵ Los mecanismos habitualmente propuestos consisten en:

1.- *Revisión judicial del acuerdo y de los honorarios*

Es la solución propuesta por la Regla 23: previo a homologar el acuerdo, el juez debe llamar a audiencia y juzgar el acuerdo teniendo en miras la protección de los integrantes de la clase. Esta solución es insatisfactoria, en tanto resulta difícil, si no imposible, que en estas

³⁰⁴ POSNER, Eric, “Agency Models in Law and Economics”, *Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 92 (2^d series)*, 2000; RHODE, Deborah L., “Class Conflicts in Class Actions”, *Stanford Law Review*, Vol. 34, N° 6, 1982, pp. 1183-1262; TIDMARSH, *op. cit.*, p. 1158 y ss.

³⁰⁵ HAREL, Alon y STEIN, Alex, “Auctioning for Loyalty: Selection and Monitoring of Class Counsel”, *Yale Law & Policy Review*, Vol. 22, N° 69, 2004, pp. 71-72; también POSNER, Eric, *op. cit.*, pp. 3 y 10-11.

instancias salgan a luz aspectos del acuerdo impugnado que se hallan ocultos.³⁰⁶ La sección (e) de las Regla 23 fue reformada en 2003, estableciendo que el acuerdo debe ser “*fair, reasonable and adequate*”, Las cámaras de apelaciones federales han elaborado estándares más detallados para analizar la cuestión.³⁰⁷

2.- Subasta del papel de Abogado Defensor³⁰⁸

Se propone subastar el rol de abogado representante de la clase al mejor postor: esto es, a quien acepte realizar tal tarea por una suma de dinero menor. La crítica que se efectúa a esta regla es que deja de lado circunstancias que resultan valiosas para juzgar la aptitud de un candidato a patrocinar a la clase, como su experiencia previa, su aptitud financiera, el apoyo de otros abogados intervinientes en el proceso, etc.³⁰⁹

3.- Subasta de la titularidad de los derechos

Los derechos de la clase serían subastados y la titularidad se concedería al mejor postor. Lo obtenido en el remate sería inmediatamente destinado a la compensación de los afectados.³¹⁰

4.- Controladores externos o guardianes ad litem

Se ha propuesto incorporar particulares remunerados al proceso para que controlen a los abogados.³¹¹

5.- Nuevas reglas para la regulación de los honorarios

En la década de los ochenta el *Iodestar method* para la regulación de honorarios, que tiene en cuenta las horas dedicadas, reemplazó a la regla del porcentaje; en la década del 90, esta última volvió a ser aplicada; finalmente, en la primera década del nuevo siglo, ante la

³⁰⁶ HAREL y STEIN, *op. cit.*, pp. 90-91.

³⁰⁷ MACEY, Jonathan R. y MILLER, Geoffrey P., “Judicial Review of Class Action Settlements”, *Journal of Legal Analysis*, Vol. 1, N° 1, 2009, pp. 1-39.

³⁰⁸ HAREL y STEIN, *op. cit.*, pp. 93-101.

³⁰⁹ GILLES, Myriam y FRIEDMAN, Gary B., “Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, 2006, pp. 103-164; BEBCHUCK, Lucian Arye, “The Questionable Case for Using Auctions to Select Lead Counsel”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 80, N° 3, 2002, pp. 889-899.

³¹⁰ HAREL y STEIN, *op. cit.*, pp. 91-93.

³¹¹ KLEMENT, Alon, “Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers”, *The Review of Litigation*, Vol. 21, N° 1, 2002, pp. 25-80.

insatisfacción con las otras dos, comenzó a aplicarse la regla *lodestar cross-check*, que combina ambos criterios.³¹²

6.- *Parens Patriae class actions*³¹³

Esta posibilidad presenta los inconvenientes propios de todo mecanismo de *enforcement* librado a las agencias estatales. Entre ellas se cuentan: la limitada capacidad para tomar conocimiento de las afectaciones patrimoniales de pequeña cuantía; su preferencia por los mecanismos preventivos por sobre los resarcitorios y su dependencia de los órganos políticos. No obstante, estos problemas pueden ser superados, como hemos visto que se postula respecto del Ministerio Público brasileño.

V.12.3. Sobre la necesidad de controlar la adecuada representatividad en un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis*

El Derecho argentino, al igual que el europeo, se basa fundamentalmente en la actuación de asociaciones de consumidores u órganos de la Administración pública (modelo de las *representative actions*, como opuesto al de las *class actions*). Se ha sugerido que en este caso el problema de agencia es menos acuciante que en el caso de las acciones de clase, porque estas personas jurídicas tienen por fin la protección del interés común. Sin embargo, al diseñar reglas no debe caerse en una actitud ingenua. Es posible que los intereses de la asociación colisionen con los de la clase representada.³¹⁴

Como veremos, la doctrina interpreta que en el sistema *federal* argentino la sentencia en una acción de incidencia colectiva de tutela a los consumidores sólo expande sus efectos a los integrantes de la clase en caso de hacer lugar a la acción. En consecuencia, podría parecer que no es necesario contar con un mecanismo de control de representatividad. Para que hablemos de costo de agencia es menester que el agente pueda *perjudicar* al principal, afectar su interés. Si la sentencia desfavorable no tiene efectos expansivos, no parece que la

³¹² CASEY, Lisa L., "Reforming Securities Class Actions from the Bench: Judging Fiduciaries and Fiduciary Judging", *Brigham Young University Law Review*, 2003, pp. 1239-1332.

³¹³ HAREL y STEIN, *op. cit.*, pp. 106-107 ; DAM, *op. cit.*; FISCH, *op. cit.*, pp. 166-202.

³¹⁴ VAN der BERGH, *op. cit.*, p. 27.

actuación del legitimado activo pueda perjudicar a la clase de ninguna manera, de lo que se desprende que no sería necesario controlar que el representante sea adecuado.³¹⁵

No obstante, parte importante de la dogmática argentina y del Derecho continental considera que aún con un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis* es importante contar con un control de representatividad.³¹⁶ Son diversas las razones que se esgrimen.

En algunos regímenes, como el del Derecho brasileño y el de la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires (art. 26), la sentencia adversa impide que se inicie otro proceso colectivo similar. Rechazada la acción de clase, sólo queda a los particulares la vía individual. La única excepción consiste en que quien inicie una nueva acción colectiva fundándose en la misma lesión *ofrezca nueva prueba* (en el Derecho brasileño esta excepción sólo está contemplada en materia de acciones de tutela de bienes públicos y no de intereses individuales homogéneos). Pero no es posible volver a interponer una acción colectiva fundada en una mejor argumentación o alegación. Autores como Francisco Verbic afirman que debe interpretarse que esta es la regla aplicable en el ámbito de la ley 24.240.³¹⁷ Esta regla sola basta para advertir la relevancia de garantizar la representación adecuada. Si por una actuación negligente el grupo afectado pierde la oportunidad de ser representado colectivamente y resulta necesario que cada persona actúe individualmente para ejecutar su reclamo, puede que se den todos los efectos socialmente disvaliosos que hemos observado que ocasiona el fenómeno de la apatía racional.

En segundo lugar, aún la sentencia que haga lugar a la pretensión podría resultar inconveniente para la clase. Supongamos, por ejemplo, que en un caso que se suscite entre un banco y sus clientes el representante del grupo solicite una sentencia de condena genérica y la posterior ejecución individual por parte de los consumidores en incidente separado, o la reparación global al grupo. Supongamos, además, que las circunstancias hubieran hecho propicia la condena a restituir por el mismo medio. Tal vez podría interpretarse que existe

³¹⁵ Se enrola en esta postura ARAZI, Roland, “Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24240 (ley 26361): legitimación y cosa juzgada”, *SJA* 16/7/2008; *JA* 2008-III-1193 (Lexis N° 0003/013928, p. 9).

³¹⁶ Véase GIANNINI, *op.cit.*, pp. 193-195; del mismo autor “Legitimación en las acciones de clase”, *LA LEY* 2006-E, 916 (documento digital, pp. 5-6); OTEIZA y VERBIC, *op. cit.*, p. 9 y ss.; GIDI, Antonio, “La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo”, en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, p. 144 y ss. En contra, MAURINO, Gustavo y SIGAL, Martín, “Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva”, *SJA* 22/4/2009 (Lexis N° 0003/014394, p. 14). Estos autores consideran que el requisito sólo tiene aplicación cuando quien inicia la acción colectiva es el *particular*.

³¹⁷ VERBIC, *op. cit.*, p. 171. El fundamento radicaría en que sería inconcebible una sentencia judicial sin cosa juzgada alguna.

afectación a los consumidores. Ocurre que previo a afirmar que la sentencia que acoge la pretensión es favorable a la clase debemos observar cuál es el contenido de esa pretensión.

En tercer lugar, es posible que existan conflictos de intereses entre los integrantes del grupo, porque no existe un principal homogéneo, sino una multitud de ellos, con pretensiones que pueden resultar contradictorias. En ese caso, hacer lugar a la pretensión podría beneficiar a parte del colectivo y perjudicar a otros integrantes.

En cuarto lugar, algunas interpretaciones que estudiaremos en el capítulo VIII postulan que dadas ciertas circunstancias, los integrantes del grupo podrían llegar a ser responsables por las costas del proceso. En ese caso el probable perjuicio del consumidor sería pecuniario.

En quinto lugar, la doctrina aún no ha resuelto si la sentencia que acoge parcialmente la demanda extiende sus efectos a la clase en la parte que la *rechaza*. Observaremos este problema a la brevedad. En caso afirmativo, existiría afectación para los integrantes del grupo.

En sexto lugar, uno de los modos de finalización del proceso es la transacción, que por definición requiere que las partes hagan concesiones recíprocas. Este mecanismo está expresamente contemplado en la Ley de Defensa del Consumidor, por lo que podemos interpretar que el Legislador ha aceptado que el representante de la clase haga concesiones a la otra parte en representación de aquélla. En este caso el control de la representatividad adecuada se requeriría para evitar que el acuerdo sea espurio y otorgue al demandado concesiones superiores a las que otorgaría un representante fiel.³¹⁸

Finalmente, podríamos observar que el control de la representatividad adecuada del agente brindaría certeza de que no se iniciarán nuevos juicios colectivos, evitando un dispendio de recursos para el sistema de administración de justicia. Tengamos en cuenta que la falta de representación adecuada podría ser alegada como un elemento para alegar la nulidad del pronunciamiento anterior en un juicio posterior. En ese caso el control de la representación sería en interés del Estado en conservar recursos.

Se ha mencionado una supuesta *incapacidad técnica* del juez en el Derecho continental de controlar que la representación sea adecuada, aún cuando no exista una prohibición normativa.³¹⁹ No obstante, esa prevención parece infundada. Incluso algunos autores observan que puede haber una ventaja en los sistemas de corte más inquisitivo que en los puramente

³¹⁸ Refiere a ciertos casos actualmente en investigación en que se cuestionó la fidelidad del representante PEREZ BUSTAMANTE, Laura, "Class actions de consumo y representación colectiva", *LA LEY* 13/11/2013, 1 (AR/DOC/4207/2013, pp. 9-10.)

³¹⁹ CAPPALLI, Richard B. y CONSOLO, Claudio, "Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 6, 1992, p. 217 y ss. Lo cita (y critica) GIDI, *op. cit.*, p. 371.

adversariales en este punto.³²⁰ Tampoco parece ser que el control de representatividad adecuada sea algo demasiado costoso; del fallo Halabi y de la legislación mencionada, se desprende que con mínimos recaudos se podría satisfacer ese extremo.

En conclusión, puede afirmarse que por los motivos expuestos aún en nuestro sistema de cosa juzgada *erga omnes secundum eventum litis* existe la posibilidad de que parte de los integrantes de la clase sufran un perjuicio por la actuación del representante y para ello es preciso contar con algún mecanismo que evite ese perjuicio. Observaremos que el control de la representatividad adecuada es uno de esos mecanismos, pero no el único. De las reglas mencionadas parece surgir que no es necesario que el control sea tan riguroso como en el Derecho estadounidense, ya que si bien es posible que el representante perjudique al colectivo, no lo es en la misma medida que bajo la regla estadounidense en materia de cosa juzgada. Observaremos a continuación algunos aspectos propios del control *preliminar* del representante que el juez debe efectuar.

V.12.4. Criterios aplicables en el control judicial de la representación adecuada

En la sentencia de la Corte en el caso Halabi, *luego de acabado el juicio*, se determinó que la representación había sido adecuada, en atención a la publicidad y a las presentaciones en apoyo de la pretensión del demandante. Pero sin duda lo más importante y difícil es determinar *al momento de iniciarse el proceso* si la representación será o no adecuada. El juez debe hallar señales de que el legitimado colectivo que se presenta será un buen representante y a su vez, éste tendrá interés en dar esas señales.

En el momento previo al inicio del juicio existe una situación de *información asimétrica*: sólo quien inicia la acción colectiva sabe por qué lo hace y cuánto está dispuesto a invertir en el proceso. El juez tiene el deber de velar porque la actuación del representante sea adecuada y eso implica que no puede fiarse exclusivamente de la palabra del actor. Afortunadamente, pueden identificarse algunos mecanismos que permiten al potencial representante transmitir información acerca de la seriedad con que pretende asumir la representación.

Algunos de esos mecanismos dependen de una decisión *normativa*. El ordenamiento jurídico establece algunos recaudos que debe satisfacer la asociación de protección a los consumidores para que la acción colectiva sea admisible y que funcionan a la manera de

³²⁰ COOPER, Edward H., "Class Action Advice in the Form of Questions", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, p. 225.

garantías de calidad mínima en la actuación judicial. Así se estipula que la asociación debe contar con autorización para funcionar conferida por la autoridad de aplicación (art. 56 de la Ley de Defensa del Consumidor), para lo cual deben comprometerse a cumplir ciertos fines; deben someterse a ciertas condiciones especiales de independencia (art. 57); se crea, asimismo un Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores (art. 55 decreto reglamentario). La presentación para obtener autorización está sujeta a ciertos recaudos de la Secretaría de Comercio e Inversiones de la Nación. En la provincia de Buenos Aires, la ley 13.133 prescribe en su artículo 22: “*Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para su registración, deberán cumplir con lo establecido en la Ley 12.460.*” a su vez, el artículo 26 de esa ley concede legitimación en juicio a “[l]as Asociaciones de Consumidores debidamente registradas en la Provincia de Buenos Aires.”

En el Derecho comparado se establecen recaudos mayores. Así, por ejemplo, el Código Brasileño de Defensa del Consumidor prescribe que la defensa colectiva de los intereses y derechos de los consumidores podrá ser ejercida por asociaciones con al menos un año de antigüedad, requisito que sólo puede ser dispensado cuando exista manifiesto interés social (artículo 82 inciso IV).³²¹

En el Derecho provincial existe un mecanismo para garantizar esta adecuada representación que deja en manos de los potenciales legitimados activos la constatación de ese requisito. Ese mecanismo consiste en que tras la interposición de la demanda deberá darse publicidad en los medios de comunicación. Durante un plazo posterior a esta publicidad, otros legitimados institucionales pueden presentarse e invocar mejor derecho para obrar, tras lo cual el juez decidirá a quién otorga legitimación.³²²

Otro mecanismo que depende exclusivamente de la actuación del potencial representante consiste en consolidar una buena reputación en el ámbito. Esto requiere cierto tiempo, experiencia, seriedad y se manifiesta, sea por la repercusión pública de las acciones que llevan a cabo, o por la publicación en revistas jurídicas de las sentencias en los procesos en que intervienen. La circunstancia de que los participantes habituales en la acción colectiva sean jugadores repetidos y no se trate de individuos que sólo excepcionalmente sufren una afectación abona esta conclusión.

Un tercer mecanismo mediante el cual el potencial representante pueden transmitir información es la *señalización*: la emisión de mensajes para distinguir su servicio del de los

³²¹ Este requisito es exigible en el amparo colectivo *ambiental* en Mendoza, según la ley 5961, artículo 20.

³²² Arts. 14 y 15 ley 4399 de Jujuy; arts. 9 y 10 ley 6006 de San Juan; art. 79 Código Procesal Constitucional de Tucumán.

competidores. Pero no todas estas señales son igualmente fiables. Una buena señal es aquella que resulta más fácil de transmitir para el sujeto con la calidad deseable (en nuestro caso, la asociación que pretende ejercer una representación adecuada) que para el sujeto con la calidad indeseable, porque eso hace que sea más probable que quien la transmita pertenezca a la primera categoría.³²³ Es posible que en el momento de iniciar una acción de incidencia colectiva, la asociación de consumidores que pretende defender con ahínco a sus representados emita ciertas señales: por ejemplo, un amplio conocimiento del universo de afectados en virtud de numerosas denuncias particulares interpuestas en la sede de la asociación. La emisión de estas señales resulta de gran importancia en aquellos sistemas provinciales en que, como hemos visto, existe una instancia de competencia entre distintos posibles legitimados colectivos para asumir la representación del grupo y el juez debe optar por conceder legitimación activa a uno de ellos.

De lo anterior se desprende que existen en el Derecho argentino mecanismos legales y prácticas de las que puede servirse el juez para controlar que la representación sea adecuada sin necesidad de incurrir en costos administrativos elevados. En los términos de la clasificación ya citada de Harel y Stein, estos instrumentos se enrolan en el modelo del representante como *servidor*, porque tienden a que éste demuestre que obrará con lealtad al grupo.

V.13. Conclusiones

La ampliación de la legitimación en las acciones colectivas que tutelan a los consumidores, a diferencia de lo que puede ocurrir en los casos en que se tutelan bienes colectivos, es *eficiente*. El fundamento radica en que en el ámbito de la defensa del consumidor, a diferencia de lo que ocurre en los procesos que se inician en razón de una demanda que pretende tutelar a un bien colectivo, es posible que el proveedor acuerde con cada consumidor modalidades particulares de implementación de la decisión, esto es, el destino que se dará al bien en conflicto. La decisión colectiva no vuelve indisponible al bien en conflicto, por lo que éste puede destinarse a su más valioso uso. La única excepción a esta observación está dada por aquéllos casos en que la conducta u omisión mandada judicialmente es de imposible fraccionamiento, como podría ocurrir si se prohíbe a la empresa clausurar un establecimiento de atención a los consumidores.

³²³ PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomics*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995 (traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, *Microeconomía*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995, p. 602).

La ampliación de la legitimación activa fomenta el *acceso a la justicia* en mayor medida que las reglas tradicionales en esa materia. Sin embargo, la eficacia de este instrumento depende de la existencia de incentivos adecuados para la promoción de una acción colectiva. No basta conceder una facultad (otorgar legitimación) para garantizar que sea ejercida.

A fin de promover los objetivos considerados valiosos (acceso a la justicia, reparación y prevención) el criterio que el Legislador debe considerar al determinar *a quiénes* otorga legitimación activa debe consistir en asegurar el grado máximo de eficacia en la protección del interés de los afectados. Debe procurarse que no existan problemas de agencia, extendiendo la legitimación a todos los individuos cuyos intereses no colisionen con los del colectivo, o al menos procurando que la situación sea tal que el juez sea capaz de contender con el problema de agencia. Lo anterior demuestra que el criterio aplicable al legislar en materia de legitimación coincide, en términos generales, con la regla que el juez debe considerar al observar si la representación resulta adecuada en el caso concreto. En consecuencia algunas restricciones actualmente vigentes en materia de legitimación (como ciertas interpretaciones sobre la legitimación de los particulares, la legitimación del Defensor del Pueblo, de las provincias, de los legisladores) no pueden explicarse de conformidad con ese criterio. Sin embargo, otros criterios, de Justicia, podrían ser una explicación adecuada de esas reglas e interpretaciones.

Concluimos que la representación extraordinaria provoca un *problema de agencia* en dos dimensiones: la propia del patrocinio letrado y la que causa la presencia del representante del colectivo. Señalamos que la razón por la cual el Derecho debe resolver ese problema de agencia radica en que sólo un representante fiel, eficaz y vigoroso de la clase es garante del *enforcement* de la legislación consumerista.

Concluimos que pese al sistema de extensión asimétrica de los efectos de la cosa juzgada en el Derecho argentino, el juez debe controlar que la representación sea adecuada, para evitar el perjuicio a la clase y promover los objetivos señalados anteriormente. Señalamos que el juez enfrenta una dificultad significativa para determinar si el actor será un representante adecuado al momento de interponer una demanda. Esa dificultad consiste en una *situación de información asimétrica*. Observamos que en ese sentido el Derecho prevé distintos mecanismos de transmisión de la información: algunos de ellos prescriptos expresamente y otros dependientes de la acción de las partes. Señalamos, finalmente, que los regímenes del Derecho provincial que prevén un mecanismo de competencia interna entre los potenciales legitimados, consisten en una tácita aplicación de estos criterios. Estos mecanismos no elevan significativamente los costos administrativos del proceso colectivo y sus beneficios son importantes, por lo que su adopción puede considerarse eficiente.

VI. COSA JUZGADA. EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

VI.1. Introducción

En el Derecho Comparado han sido exploradas dos alternativas legislativas en materia de extensión de los efectos de la sentencia en el proceso colectivo. La primera es la extensión de los efectos de la sentencia en todo caso, sin importar que el pronunciamiento sea estimatorio o desestimatorio, a todos los integrantes de la clase, aunque no hayan participado el proceso. La segunda alternativa es la extensión de los efectos de la sentencia estimatoria y no de la sentencia que rechaza la acción, con particularidades en los distintos regímenes. En ambos casos se supera el modelo clásico según el cual la cosa juzgada extiende sus efectos exclusivamente a las partes en el litigio.

El objetivo de este capítulo consiste en exponer cuáles son las alternativas normativas referidas a este punto en el Derecho argentino y comparado y luego efectuar un análisis funcional de esas reglas.

La hipótesis que se demostrará es que la sentencia estimatoria que extiende sus efectos a todos los integrantes del grupo en un proceso colectivo tiene caracteres que la hacen semejante a un bien público, dado que es *no excluyente* y *no rival*. Esto nos permitirá demostrar que el nivel de litigiosidad que provoque este sistema de reglas será menor al óptimo si no es complementado mediante incentivos para la promoción de acciones colectivas. Se demostrará, asimismo, que las funciones sociales que promueven el sistema de cosa juzgada *pro et contra* y el *sistema secundum eventum litis* difieren significativamente.

El alcance de la cosa juzgada en la acción colectiva es una de las cuestiones más importantes en el diseño del instituto, al menos por dos motivos: implica un cambio radical en la teoría procesal clásica sobre la extensión de los efectos de la cosa juzgada y tiene consecuencias prácticas muy relevantes. Nuestro aporte en este capítulo consistirá en incorporar la analogía con el concepto del bien público y extraer de ello consecuencias importantes.

VI.2. Evolución y estado actual de la cuestión

La extensión de los efectos de la cosa juzgada es un capítulo clásico de la dogmática procesal, que también ha estudiado el tema en materia de procesos colectivos. Sin embargo,

nuestro interés se centrará exclusivamente en la literatura que ha abordado la cuestión *funcional*, en los términos referidos. En este sentido podemos mencionar trabajos como el de María Carolina Eguren, quien refirió expresamente a la “reinstalación funcional” de la cosa juzgada, para dar cuenta de los objetivos que se planea alcanzar mediante las nuevas reglas en materia de procesos colectivos.³²⁴ La autora enumera *ventajas*, o *razones de conveniencia* de la comunicabilidad subjetiva de la *res judicata*: evita la complejidad de la acumulación procesal y el litisconsorcio; evita el dictado de sentencias contradictorias; previene el dictado de sentencias inútiles; beneficia la economía procesal; reduce costos; elude el dispendio jurisdiccional; posibilita el acceso a la justicia y asegura la eficacia del sistema procesal colectivo. Enumera, asimismo, riesgos que la regla entraña y que es menester conjurar.

En un análisis que también resulta de interés, Giannini explica que los dos grandes sistemas de cosa juzgada en las acciones colectivas (cosa juzgada *pro et contra* y cosa juzgada *secundum eventum litis*) son el resultado de un equilibrio entre dos grandes objetivos del instituto. Estos son la *concentración* del enjuiciamiento de conflictos colectivos a través de la extensión del efecto vinculante de la sentencia y la preservación de la *garantía del debido proceso* para las personas que no participaron directamente del mismo.³²⁵

Nuestro abordaje será diferente. En primer lugar, tras identificar la normativa relevante, demostraremos de qué modo y en qué medida las reglas propuestas ponen en ejecución las funciones de interés. En segundo lugar, nos apartaremos de la denominación ventajas y riesgos y referiremos exclusivamente a efectos. Finalmente, aplicaremos explícitamente el método del Análisis Económico del Derecho para la comprensión del fenómeno.

VI.3. Concepto de cosa juzgada

Explica Lino Enrique Palacio que

La cosa juzgada significa, en general, la irrevocabilidad que adquieren los efectos de la sentencia cuando contra ella no procede ningún recurso que permita modificarla. No constituye,

³²⁴ EGUREN, María Carolina, “La ‘cosa juzgada’: Sus contornos y su proyección en el proceso colectivo” en OTEIZA, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, 1° edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 414 y ss.

³²⁵ GIANNINI, Leandro J., “Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)”, *SJA* 2/11/2011 (Lexis N° 0003/015637) Versión ampliada y corregida publicada en *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, N° 201, Noviembre de 2011.

por lo tanto, un efecto de la sentencia, sino una cualidad que se agrega a ella para aumentar su estabilidad y que igualmente vale para todos los posibles efectos que produzca (LIEBMAN).³²⁶

Asimismo enseña el autor

El derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que queda incorporado al patrimonio del interesado y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que consagra la inviolabilidad de la propiedad.³²⁷

En el Derecho estadounidense deben distinguirse dos institutos vinculados: *claim preclusion* (o *res judicata*) e *issue preclusion* (o *collateral estoppel*). Por el primer instituto, el actor tiene sólo una oportunidad para demandar fundándose en una transacción o hecho. Así, si en un caso hubiera distintas teorías jurídicas en las cuales pudiera subsumirse el reclamo, el actor debería hacer mención de todas ellas en la presentación inicial, porque no podría volver a accionar alegando alguna de las otras teorías. Por ejemplo, si el actor hubiera sufrido daños al ser embestido por el camión del demandado y accionara fundándose en *negligence*, no podría volver a accionar por el mismo accidente, aún cuando pudiera subsumirlo en la categoría jurídica *strict liability*. Lo mismo ocurre con las categorías de daños (material y moral) y con las reconvenções.³²⁸

La *issue preclusion* o *collateral estoppel* no impide volver a accionar por un hecho, sólo impide reabrir el debate sobre ciertas cuestiones (*issues*) que ya han sido resueltas en un juicio anterior. Si una cuestión de hecho o de derecho ha sido sujeta a juicio y resuelta mediante una sentencia válida y definitiva y la determinación de esa cuestión ha sido esencial para la resolución del caso, luego la resolución de esa cuestión vincula a las partes en cualquier proceso posterior, sin importar que éste se inicie por el mismo u otro reclamo. En algunos Estados la preclusión también puede ser utilizada por el actor, *ofensivamente*, para fijar un hecho. Por ejemplo, si tras un accidente aéreo los herederos de un pasajero demandan a la línea aérea y se demuestra que hubo *negligence*, luego cuando los herederos de otro pasajero demanden a la misma empresa por el mismo hecho, ya no podrá cuestionarse ese extremo, que se tiene por acreditado.

³²⁶ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª edición, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004, pp. 533-534.

³²⁷ PALACIO, *op. cit.*, p. 535.

³²⁸ BURNHAM, William, *Introduction to the Legal System of the United States*, 1ª edición, St. Paul, Minn., West Group, 1995 (2ª edición, 1999, pp. 240-241).

Es habitual una limitación al instituto, denominada *mutuality of estoppel*. Significa que las partes en el primer juicio y en el que le suceda deben coincidir. Esto haría imposible el ejemplo enunciado anteriormente. Este requisito no es exigido en el fuero federal.³²⁹

La distinción entre *issue* y *claim preclusion*, propia del Derecho anglosajón no existe en los países del Derecho continental, que conocen sólo el instituto de la *res judicata*.³³⁰ Pero además de ello, existen diferencias notorias entre ambos regímenes. En primer lugar, en el Derecho anglosajón la preclusión comprende tanto las cuestiones efectivamente debatidas como aquéllas que *podieron haber sido sometidas a debate* (como la *negligence* y *strict liability* en el ejemplo mencionado). Como contrapartida, en el *Common Law* existen normas más flexibles en materia de *discovery*, ampliación o corrección de la demanda y posibilidad del juez de resolver cuestiones no explícitamente incorporadas por las partes en sus presentaciones. Más aún, en ciertas circunstancias los jueces pueden resolver no aplicar la *issue* ni la *claim preclusion*.³³¹

Un principio común a la regla de la cosa juzgada en el *Common Law* y en el Derecho continental es su extensión subjetiva limitada a las partes en el proceso (principio ilustrado con la máxima "*Res inter alios iudicata aliis neque prodesse neque nocere potest*").³³² Es por ello que la evolución en el Derecho estadounidense hacia una regla que confiriera efectos *erga omnes* a la sentencia fue larga y difícil.³³³ Finalmente, el texto actual de la Regla 23 estipula que, en una *class action*, la sentencia tiene efectos que vinculan a la clase, sea o no favorable a su pretensión.³³⁴

El instituto de la cosa juzgada *erga omnes* está vinculado a la legitimación amplia, pero no se confunde con ella. Es imaginable un sistema que extienda los efectos del proceso en que uno de los damnificados actúe, pero que no legitime a otro tipo de sujeto más allá de las víctimas. Además, cada uno de los institutos tiene características propias que es conveniente estudiar por separado.

³²⁹ BURNHAM, *op. cit.*, pp. 241-242.

³³⁰ TARUFFO, Michele, "Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 416-417.

³³¹ GIDI, Antonio, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, p. 385-386.

³³² GIDI, *op. cit.*, p. 386; TARUFFO, Michele, "I limiti soggettivi del giudicato e le 'class action'", *Riv. Dir. Proc.*, 1969, pp. 618.

³³³ Véase HAZARD, Geoffrey C., GEDID, John L. y SOWLE, Stephen, "An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 146, 1998, pp. 1849-1949; TARUFFO, *op. cit.*, p. 619.

³³⁴ KLONOFF, Robert H., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*, 1ª edición, Thomson West, 1999 (3ª edición, 2007, pp. 227-231).

Existen distintas modalidades de esta regla, que pueden tipificarse de la siguiente manera.

VI.4. Cosa juzgada *erga omnes pro et contra*³³⁵

La Regla 23 de las *Federal Rules of Civil Procedure* prevé el efecto expansivo de la cosa juzgada tanto en el caso en que la sentencia haga lugar a la demanda como en el caso en que la rechace. Tal extensión se funda en que, dado el recaudo de la adecuada representación en juicio, los integrantes del colectivo no son estrictamente terceros ajenos al proceso, sino partes.

En el Derecho español el alcance de la cosa juzgada en las acciones de clase está determinado por el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prescribe en su inciso tercero:

**Artículo 222 Cosa juzgada material
(...)**

3. La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.

Interpreta la doctrina que de esta regla se desprende un sistema de cosa juzgada *erga omnes pro et contra*.³³⁶

VI.5. Cosa juzgada *secundum eventum litis*

Esta regla establece una diferencia en el alcance de la cosa juzgada que depende del resultado del proceso. La regla regía de hecho en el sistema de las acciones de clase estadounidenses previo a 1966³³⁷, que permitía que una vez alcanzada una sentencia favorable

³³⁵ La denominación pertenece a GIDI, *op. cit.*, p. 388.

³³⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena, "La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español", en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, pp. 42-43; VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, "La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva ley de enjuiciamiento civil española", en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, p. 189; crítica MARÍN LÓPEZ, Juan José, "Las acciones de clase en el derecho español", *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3/2001, p. 16.

³³⁷ Véase KALVEN, Harry y ROSENFELD, Maurice, "The Contemporary Function of the Class Suit", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 8, N° 4, 1941, pp. 688 y 691.

en una *spurious class action*, el proceso se mantuviera abierto y se incorporaran los integrantes de la clase que así lo desearan. Fue explícitamente abrogado, no sin críticas de la doctrina.³³⁸

En este segundo modelo se enmarca el Código Brasileño de protección del Consumidor (art. 103), el Código Modelo Iberoamericano, la Ley de Defensa del Consumidor (art. 54) y el Código Bonaerense de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios (art. 28). Es, además, la regla que sigue la Ley General del Ambiente, y, según interpreta parte de la doctrina, la regla aplicable por defecto a *todas* las acciones colectivas en la República Argentina, sin importar la materia sobre la cual versen.³³⁹

VI.5.1. El Código Brasileño. El Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

Prescribe el artículo 103 del Código de Defensa del Consumidor brasileño que la sentencia en una acción colectiva hará cosa juzgada:

I. Erga omnes, excepto si la pretensión fue juzgada improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en la que cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nuevas pruebas, en la hipótesis del artículo 81, inciso I.

II. Ultra partes, más limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas en los términos del inciso anterior, cuando se tratara de la hipótesis prevista en el artículo 81, inciso II.

III. Erga omnes, sólo en el caso de procedencia de la acción, para beneficiar a las víctimas y a sus sucesores, en la hipótesis del artículo 81, inciso III.

Pr. 1. Los efectos de la cosa juzgada previstos en los incisos I y II no perjudicarán intereses y derechos individuales de los integrantes de la colectividad, grupo, categoría o clase.

Pr. 2. En la hipótesis prevista en el inciso III, en caso de la pretensión, los interesados que no hubieran intervenido en el proceso como litisconsortes podrán proponer acción de indemnización a título individual.

Pr. 3. Los efectos de la cosa juzgada a que se refieren los artículos 13 y 16 de la Ley número 7.347 de 24 de julio de 1985, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código pero, si es procedente la pretensión, beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores, que podrán proceder a la liquidación y a la ejecución, en los términos de los artículos 96 a 99.

³³⁸ Véase NOTE, "Developments in the Law: Class Actions", *Harvard Law Review*, vol. 89, 1976, pp. 1394-1396; FISS, Owen, "La teoría política de las acciones de clase", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, n. 1, abril de 1996, (traducción de Roberto Gargarella), en www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n1N1Abril1996/011Juridica02.pdf.

³³⁹ Véase un profundo y original desarrollo dogmático sobre esta cuestión en MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 286 y ss. Lo desarrollamos brevemente en el punto VI.3.3.

Pr. 4. Se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior a la sentencia penal condenatoria.³⁴⁰

En materia de *intereses difusos o colectivos*, la sentencia que haga lugar a la acción beneficia a todo el colectivo. La sentencia que rechace la acción también tendrá efectos *ultra partes*, pues no podría iniciarse otra acción colectiva similar, pero los integrantes de la clase sí podrían demandar individualmente al proveedor. En el caso de las acciones en defensa de *intereses individuales homogéneos*, la solución es similar, con la diferencia de que el particular que intervino en el proceso también resulta afectado por la sentencia que rechace la acción.

La solución es distinta cuando el rechazo de la acción se funde en la insuficiencia de prueba. En ese caso, cualquier legitimado colectivo podría iniciar una nueva acción colectiva idéntica a la rechazada, alegando la existencia de nuevas pruebas. Gidi explica que según la doctrina dominante, la aplicación de esta regla requiere que en la primera sentencia expresamente se indique que el rechazo se fundó en la falta de evidencia. No obstante, en muchos casos es posible que el juez desconozca la existencia de prueba relevante que pudo haber sido producida y por lo tanto desconozca su ausencia. Lo mismo ocurre si tiempo después del proceso se descubre nueva evidencia, como por ejemplo nueva evidencia científica que vincule el consumo de cierto producto a una enfermedad. Es por ello que el autor entiende que no debería exigirse ese requisito en la formulación de la primera sentencia denegatoria. Por el contrario, sí es exigible que en la formulación de la nueva demanda se incorpore expresamente la alegación de la existencia de nuevas pruebas y que se invoque la posibilidad (no la certeza) de que basten para modificar el resultado del proceso. Esta regla está expresamente contemplada para el caso de acciones colectivas en defensa de intereses difusos y colectivos, pero eso no quita que también pueda ser aplicada, analógicamente, al caso de los intereses individuales homogéneos.³⁴¹

La solución proyectada en el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica es similar a la del Derecho brasileño.³⁴²

VI.5.2. La Ley de Defensa del Consumidor

³⁴⁰ Traducción de Gabriel Stiglitz publicada en la revista EC, pp. 249-273.

³⁴¹ GIDI, *op. cit.*, p. 393.

³⁴² GIDI, Antonio, "Cosa Juzgada en Acciones Colectivas", en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, pp. 267.

En el Derecho argentino, Maurino, Nino y Sigal han reconstruido una regla similar a la de la cosa juzgada *erga omnes secundum eventum litis*. Los autores consideran que la regla general del sistema de procesos colectivos (en los ámbitos en que no existe normativa específica) puede identificarse determinando previamente cuál es la naturaleza jurídica de la representación ejercida por el legitimado, sea un “legitimado institucional” o el afectado. En el primer caso afirman que la figura con mayor analogía es la gestión de negocios ajenos y advierten que la actuación del gestor sólo obliga al titular cuando le haya reportado utilidad y sólo en la medida de tal utilidad (artículos 2297, 2301, 2302 y 2309 del Código Civil).³⁴³ En el caso de la acción entablada por el afectado, la analogía se efectúa con la figura del *coacreador solidario*. El artículo 715 del Código Civil prescribe en su segundo párrafo “La cosa juzgada recaída en juicio, es *invocable por los coacreadores*, pero no es oponible a los codeudores que no fueron parte en el juicio. Los codeudores pueden invocar la cosa juzgada contra el coacreador *que fue parte en el juicio*.” De lo expuesto los autores derivan que la regla por defecto en el sistema de acciones colectivas es la cosa juzgada *secundum eventum litis*.

Prescribe el actual artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor:

La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.

Si bien la norma no explicita qué efectos tiene la sentencia que *no* haga lugar a la pretensión, se ha dicho que la fórmula debe interpretarse en el sentido de que *sólo* la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios en similares condiciones.³⁴⁴ En consecuencia, en ningún caso se extienden los efectos de la sentencia colectiva que rechace la acción, sin importar el

³⁴³ MAURINO, NINO y SIGAL, *op. cit.*, p. 293.

³⁴⁴ ARAZI, *op. cit.*, p. 9; LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, pp. 282-283; CARRANZA TORRES, Luis R. y ROSSI, Jorge O., *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*, 1ª edición, Córdoba, Alveroni, 2009, p. 377; AZAR, María José, “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión”, *Revista Derecho Privado, Infojus*, octubre 2012, Año 1 N° 2, p. 248; MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Publicidad de las acciones colectivas”, *LA LEY* 18/11/2013, 6 (La Ley Online, pp. 3-4); GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María V., “Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, *JA* 2008-III-1353; *SJA* 20/08/2008 (Lexis N° 0003/013985, p. 82); BERSTEN, Horacio L., “Acciones colectivas de consumo: 15 años de vigencia”, *LA LEY* 27/04/2011, 1; *LA LEY* 2011-B, 1167 (La Ley Online, p. 5); también parece ser la opinión de FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1995 (4ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, 2009, p. 574).

fundamento. Esta solución fue explícitamente acogida en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, pero la norma fue observada por el Poder Ejecutivo:

ARTÍCULO 1748.- Alcances de la sentencia. Cosa juzgada. En los procesos colectivos referidos a derechos individuales homogéneos, la sentencia hace cosa juzgada y tiene efecto erga omnes, excepto que la acción sea rechazada. Este efecto no alcanza a las acciones individuales fundadas en la misma causa. Si la pretensión colectiva es acogida, los damnificados pueden solicitar la liquidación y la ejecución de la sentencia a título personal ante el juez de su domicilio. La sentencia que rechaza la acción colectiva no impide la posibilidad de promover o continuar las acciones individuales por los perjuicios ocasionados a cada damnificado.

Con respecto al artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor, existen autores que interpretan que la sentencia que rechaza la demanda tiene similares efectos a los previstos por la normativa bonaerense, atento a que sería inconcebible una sentencia judicial sin cosa juzgada.³⁴⁵ Otros autores, finalmente, manifiestan su perplejidad ante la regla que deja en absoluto vacío normativo el caso de la sentencia desestimatoria y afirman que es urgente una modificación legislativa que explicita el punto, pero entienden que atento a la explícita concesión del *opt out* la interpretación más razonable es que el sistema es vinculante *pro et contra*.³⁴⁶

VI.5.3. El Código Bonaerense de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios

Prescribe el Código Provincial de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios en el artículo 28 del capítulo IV, titulado “Efectos de la sentencia”:

Quando se trate de acciones judiciales para la prevención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos:

a) Si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo proceso acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia y en su caso liquidar los daños.

³⁴⁵ VERBIC, Francisco, “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361”, *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2009-I, p. 171; ROSALES CUELLO, Ramiro, “Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor”, *LA LEY*, 23/03/2009, 1, pp. 3-4.

³⁴⁶ Expone sus dudas GIANNINI, Leandro J., “Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)”, *SJA* 2/11/2011 (Lexis N° 0003/015637) Versión ampliada y corregida publicada en *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, N° 201, Noviembre de 2011. Lo explicita al publicar este mismo artículo en la Revista del Colegio de Abogados de La Plata. También parece ser la opinión de SÁENZ, Luis R. y SILVA, Rodrigo en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, T. I, Parte General, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 682-684.

b) Si rechazan la demanda, no impedirán la acción de los consumidores y usuarios titulares de un interés individual, que no hayan intervenido en el proceso.

c) Si el rechazo de la demanda se fundó en la insuficiencia de pruebas, cualquier otro legitimado diferente al actor podrá intentar otra acción valiéndose de nuevas pruebas.

A tales efectos, la parte resolutive de la sentencia deberá ser publicada a través del medio de comunicación que el Juez considere más conveniente, a cargo de quien resulte vencido.

Como se observa, la solución legislativa es similar a la del Derecho brasileño, con la diferencia de que no distingue el caso de los procesos de tutela a intereses difusos de los de tutela a intereses individuales homogéneos.

VI.5.4. La extensión de la cosa juzgada en la doctrina “Halabi”

Del fallo “Halabi” surge la regla de extensión de los efectos de la sentencia, pero no se explicita si esa extensión abarca tanto a las sentencias que rechacen la acción como a las que hagan lugar, o sólo a las últimas.

VI.6. Análisis Económico de la cosa juzgada

Se ha analizado cuál es el fundamento de la *inamovilidad* que adquiere la sentencia una vez que pasa en autoridad de cosa juzgada en los procesos de tipo *individual*. Evidentemente esa regla responde a elementales razones de seguridad jurídica y estabilidad. Pero es preciso explicar por qué esas razones priman sobre razones de justicia que podrían exigir una nueva revisión de los hechos sometidos a juicio en el proceso anterior. Existe un conflicto entre seguridad jurídica y justicia; en los términos enunciados anteriormente, se trata de un conflicto entre costos de administración y costos de error; en el ámbito del proceso colectivo y en palabras ya citadas de Giannini, es un conflicto entre concentración del conflicto colectivo y garantía del debido proceso.

Richard Posner³⁴⁷ se pregunta en primer lugar qué sentido tiene la cosa juzgada como prohibición de volver a tratar las cuestiones resueltas en el proceso. Se cuestiona si no sería lo mismo que prohibir a un comerciante que vuelva a realizar una campaña publicitaria que fracasó ya una vez. ¿Tiene sentido prohibir al particular que insista en el error cuando ya ha

³⁴⁷ POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Boston, Little, Brown and Company, 1972 (4ª edición, 1992, pp. 576-578).

fallado una vez? ¿No será el propio interés el que evitará que incurra en esa conducta? El fundamento de la solución en el sistema de costas por su orden radica en que el costo social de volver a litigar es positivo y es superior al costo individual que soporta el litigante temerario, mientras que el beneficio de reducir los costos de error es, en general, cero. Podría alegarse que el beneficio de volver a someter a juicio las mismas cuestiones radica en obtener una solución carente de error. Sin embargo, en una serie continuada de soluciones alternativas al mismo conflicto (una favorable a la víctima, la otra favorable al victimario, la tercera favorable a la víctima, etc.) no existe manera de determinar cuál de ellas es la correcta. Por ello no existiría tal beneficio y es preciso poner fin a la discusión en algún punto, a menos que existan nuevos elementos relevantes de prueba. En el sistema de costas inglés o continental, la situación parecería ser aún más clara, ya que todos los costos serían internalizados por el perdedor. En consecuencia, la prohibición de volver a debatir las cuestiones ya resueltas parecería no tener sentido, ya que nadie tendría incentivos para volver a someter a litigio una cuestión si ya ha perdido: el resultado adverso es una señal de que, salvo que se modifique alguna circunstancia relevante, volverá a ser vencido en el juicio. La explicación de la regla, nuevamente, puede estar dada por el hecho de que la internalización de costos en cabeza del agente perdedor nunca es completa. Existen ciertos costos, al menos los que pesan sobre el Estado, que el particular no abona.

Jensen, Meckling y Holderness analizan a la cosa juzgada como otro mecanismo, además de las reglas en materia de legitimación y la fuerza vinculante del precedente, mediante el cual el orden jurídico interviene sobre la enajenabilidad de los derechos. Ellos afirman que la regla de la *res judicata*, al fijar definitivamente una relación jurídica sin posibilidad de revisión, asigna derechos a una de las partes en conflicto. No obstante, entienden que esa asignación sería incompleta sin una regla adicional de *stare decisis* (vinculatoriedad del precedente). Observan que, sin esa segunda regla, los derechos serían asignados a las partes, pero en caso de ser transferidos, la cuestión litigiosa podría volver a ser sometida a decisión de un juez, sin que la decisión originaria tuviera fuerza obligatoria. Eso atentaría contra la transferibilidad de los derechos, pues aumentaría los costos de transacción. Paralelamente, un sistema jurídico que no tuviera una regla de cosa juzgada ni de *stare decisis* no jugaría ningún rol en la definición y asignación de los derechos. El rechazo a la regla de cosa juzgada significa que la parte perdedora en el juicio podría volver a someter a juicio su pretensión tan pronto como pudiera obtenerse una sentencia judicial independiente; a su vez, el rechazo al *stare decisis* significaría que la sentencia anterior no tendría ninguna importancia en el resultado del juicio. Por otro lado, los autores observan que la regla de *stare decisis* sumada

a la regla de *res judicata* es consistente con lo que denominan Modelo de Adjudicación del *Common Law*. La sentencia define y asigna el derecho disputado. La regla *res judicata* asegura que los derechos no serán redefinidos. La regla *stare decisis* implica que los litigantes pueden enajenar esos derechos, ya que otros agentes con disputas similares conocen la solución probable al caso. Los derechos, entonces, se definen, asignan y vuelven enajenables de manera eficaz.³⁴⁸

En síntesis, el instituto de la cosa juzgada cumple dos funciones principales. Por un lado, brinda certeza al titular de un derecho y a quienes pretenden contratar con él acerca de la disponibilidad de ese derecho, con lo que facilita su transmisibilidad. En ausencia del mismo aumentarían los costos de transacción, dado que cualquier potencial adquirente del derecho exigiría garantías en la negociación. En segundo lugar sirve como mecanismo para el ahorro de costos administrativos del sistema de Justicia en los casos en que someter la controversia a juicio otra vez no generaría beneficios: prima de este modo la seguridad jurídica como finalidad del Derecho por sobre la justicia.

VI.7. Extensión de los efectos de la sentencia en los procesos colectivos. Cosa juzgada *pro et contra versus cosa juzgada secundum eventum litis*

En el punto anterior observamos qué función cumple la *certeza* que brinda el instituto de la cosa juzgada en el proceso individual. Observaremos ahora qué funciones cumple la extensión de los efectos de la sentencia a otros sujetos distintos a las partes en el proceso.

VI.7.1. Extensión de los efectos de la cosa juzgada. Analogía entre la acción de incidencia colectiva y los bienes públicos³⁴⁹

³⁴⁸ JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. y HOLDERNESS, Clifford G., "The Case For Restricting Access To Courts", *Graduate School of Management, University of Rochester, Managerial Economics Research Center Working Paper N° MERC 81-06*, 1981, pp. 27-35.

³⁴⁹ De manera simultánea a la redacción de esta tesis tomamos conocimiento del trabajo de los profesores CASSONE y RAMELLA, en CASSONE, Alberto y RAMELLO, Giovanni B., "The Simple Economics of Class Action: Private Provision of Club and Public Goods", *IEL Paper in Comparative Analysis of Institutions, Economics and Law No. 3*, abril de 2011. Serán apuntadas algunas similitudes y diferencias, principalmente en cuanto a la necesidad de analizar la extensión asimétrica de los efectos de la sentencia.

Se denomina *bienes públicos* a aquellos bienes que tienen dos características: son *no rivales*, pues si una persona obtiene provecho del bien, eso no obsta que otros también lo hagan (el costo social de suministrarlo a un consumidor adicional es cero, a diferencia de lo que ocurre con los bienes privados) y *no excluyentes*, pues resulta imposible, o muy costoso evitar que una persona utilice el bien. Estas características diferencian a los bienes públicos de los bienes privados, que son de consumo rival y excluyente. Un ejemplo de bien público es la seguridad: aprovecha a todos los habitantes, sin que el beneficio que uno obtiene desapodere a los demás y sin que sea posible excluir a alguno de ellos del beneficio.³⁵⁰

Observaremos en qué medida se asemeja la sentencia en un proceso colectivo a un bien público y si de ello se desprende alguna consecuencia de relevancia.

Algunos autores analizan si el *servicio de justicia* es un bien público o privado.³⁵¹ Se observa que el uso del sistema que hacen los litigantes para dar solución a un caso es rival, porque el empleo de recursos, como el tiempo del juez, reduce su disponibilidad para otra causa y excluyente, ya que la sentencia como bien sólo extiende sus efectos a las partes en el pleito. Pero, por otro lado, se observa que hay ciertos regímenes en los cuales la solución de la controversia origina un bien con externalidades positivas, como ocurre con el Derecho penal y la prevención y que hay ciertos aspectos de la solución judicial que revisten el carácter de bienes públicos, como la certeza que crea una jurisprudencia pacífica, uniforme y predecible. La conclusión a la que se arriba es que al descomponer esa construcción en partes más pequeñas pueden reconocerse elementos privados y públicos, aunque los primeros prevalecen.

³⁵⁰ Sobre el concepto de bien público seguiremos a PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomics*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995 (traducción de Esther Rabasco y Luis Toharía, *Microeconomía*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995); MICELI, Thomas J., *The Economic Approach to Law*, 1ª edición, Stanford, California, Stanford Economics and Finance, 2004, pp. 32 y 198; y McNUTT, Patrick, "Public Goods and Club Goods", en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 1999, p. 928. Deliberadamente excluimos el conocidísimo ejemplo del faro por las razones dadas por COASE en COASE, Ronald, "The Lighthouse in Economics", *Journal of Law and Economics*, Vol. 17, No. 2, Octubre de 1974, pp. 357-376 (Demuestra que en la historia de Inglaterra la construcción de faros ha estado a cargo de personas privadas y que el fenómeno del *free-riding* no se daba porque sólo se encendía el faro ante el paso de buques que previamente habían pagado derechos en el puerto más cercano.)

³⁵¹ BAYLY LETTS, Andrés y PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique, "¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal", *Themis Revista de Derecho*, segunda época, 2003, n. 46, pp. 315-341. También publicado en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=enrique_pasquel. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Comprando justicia. ¿Genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?", *Jurisprudencia Argentina. Número Especial Derecho y Economía*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 2-18. CORREA, Jorge, PEÑA, Carlos y VARGAS, Juan Enrique, "¿Es la Justicia un Bien Público?", en www.cejamericas.org, recuperado el 20 de agosto de 2010.

En efecto, cualquier pronunciamiento judicial puede desmembrarse y podemos discutir cuánto hay de público y cuánto de privado en cada una de sus partes. Por ejemplo, parte de la sentencia es información sobre el modo en que determinados jueces interpretan el Derecho. Esa información puede resultar valiosa para quienes intenten litigar ante el fuero. Estrictamente como información es un bien público que se desprende de la sentencia y de cuyo aprovechamiento es muy difícil excluir a terceros, a menos que la sentencia se mantenga en secreto. Ninguna norma podría alterar el carácter público de ese bien específico que es la información.

El pronunciamiento judicial en el juicio individual es excluyente porque sus efectos se extienden exclusivamente a las partes en el proceso. En el caso de las acciones colectivas, puede interpretarse que *parte* es el colectivo representado y no su representante.³⁵² En ese sentido no podríamos decir que la sentencia es un bien no excluyente porque extiende sus efectos a todos los consumidores en similares condiciones. Todos esos consumidores constituyen parte, por lo que desde ese punto de vista la sentencia revestiría el mismo carácter excluyente que en el caso en que parte sea un individuo. No obstante, otros autores consideran que parte en el proceso es el *representante* del grupo:

El proceso colectivo es aquel que tiene pluralidad de sujetos en el polo activo o pasivo con una pretensión referida al aspecto común de intereses individuales homogéneos o bienes colectivos y una sentencia que tiene efectos expansivos que exceden a las partes.³⁵³ [El destacado nos pertenece.]

Más allá de la cuestión dogmática, cuando la sentencia extiende sus efectos a un colectivo de sujetos no participantes en el proceso, reviste carácter no excluyente. Claramente, este carácter no proviene de una cualidad natural, sino de una disposición jurídica, con lo que se diferencia de los otros ejemplos señalados. Esto ha sido observado por parte de la doctrina en el caso de las *class actions*. Por ejemplo, se ha dicho que en el célebre caso “Brown vs. Board of Education”, en Estados Unidos, el proceso iniciado por uno revistió el carácter de bien público al favorecer a todo un conjunto de individuos que no debieron afrontar el costo del proceso judicial.³⁵⁴ La doctrina de Estados Unidos también ha destacado el punto. Por ejemplo, el profesor Silver señala que una vez que se ha otorgado *certification* en una *class action*, los

³⁵² BARREIRA DELFINO, Eduardo, “Honorarios y costas en las acciones de clase en cuestiones de consumo y de derechos de incidencia colectiva en general”, *El Derecho*, 17 de junio de 2010, pp. 1-3.

³⁵³ LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, p. 75.

³⁵⁴ BULLARD GONZÁLEZ, *op. cit.*, pp. 6-7. La cita del fallo es 347 US 483 (1954). El autor desafortunadamente omite destacar que el fallo se trata de una *class action* y que es en virtud de tal calidad que sus efectos son expansivos.

abogados no pueden restringir el acceso a los beneficios que deriven del proceso. En consecuencia, la sentencia que declara la responsabilidad civil por daños y el derecho a la indemnización es un bien colectivo, pues todos los integrantes de la clase ausentes pueden beneficiarse, u optar por no hacerlo si deciden no iniciar incidente. A su vez, la sentencia que hace lugar a una *injunction* colectiva (como es el caso de “Brown vs. Board of Education”) es un bien público, pues beneficia a todos los integrantes de la clase ausentes de manera automática.³⁵⁵ El único caso en que no se cumple esta afirmación es el de insolvencia del demandado, caso en que las pretensiones individuales compiten entre sí por ejecutarse sobre el patrimonio del insolvente.

Se ha señalado que las *class actions* tienen externalidades positivas en un sentido adicional y diferente al anterior. Como mecanismo de *enforcement* eficaz del sistema de responsabilidad civil, el instituto genera un efecto de prevención general que aprovecha a toda la sociedad. Ya no se trata de la extensión de sus efectos sólo a los integrantes de la clase, sino de la reducción primaria de costos sociales, en términos de Calabresi. Como señalamos anteriormente, en los reclamos que no son económicamente viables en el proceso individual, el proceso colectivo es el mecanismo mediante el cual se restablecen incentivos adecuados para la prevención de daños.³⁵⁶ Analizaremos en detalle esa cuestión en el capítulo XI.

El carácter de bien público de la información que deriva de una sentencia depende exclusivamente de su naturaleza no secreta ni reservada. Por el contrario, la extensión del carácter vinculante de la sentencia depende de una decisión legislativa, como la del artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor, que prescribe que “*la sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones*”. De esta manera, la ley permite a los consumidores aprovechar el pronunciamiento no ya exclusivamente como fuente de información, sino como una decisión vinculante, de fuerza normativa e irrevocable. Ni el sujeto que ha obtenido el pronunciamiento a favor ni el sujeto a quien resulta oponible podrían excluir al usuario “en similares condiciones”. Esta restricción no proviene de circunstancias de hecho, sino de una disposición legal: esa negativa sería ilícita y no podría oponerse en juicio: en otros

³⁵⁵ SILVER, Charles, “A Restitutionary Theory of Attorneys’ Fees in Class Actions”, *Cornell Law Review*, Vol. 76, 1991, p. 687; SETTLE, Russell F. y WEISBROD, Burton A., “Financing Public Interest Law: An Evaluation of Alternative Financing Arrangements”, en WEISBROD, Burton A., *Public Interest Law. An Economic and Institutional Analysis*, 1ª edición, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1978, pp. 532.

³⁵⁶ RUBENSTEIN, William B., “Why Enable Litigation?: A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action”, *UCLA School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper No. 06-10*, p. 18-19.

términos, la ley ha tornado muy costosa a esa conducta tendiente a la exclusión. En ese sentido, la sentencia favorable parece ser un bien *no excluyente*.

El pronunciamiento también es *no rival*. Recordemos que esta característica se da en aquellos bienes en que el provecho que un usuario obtiene no impide a otro obtener el mismo beneficio (así, una manzana es rival, pero no lo es la defensa nacional). Esto parece claro en los casos en que es un afectado quien inicia el proceso. Supongamos que un consumidor impugna el importe que, en concepto de “servicio de playa”, las estaciones de servicio adicionan al precio del combustible.³⁵⁷ En ese caso, a él no le afecta que el pronunciamiento favorable se extienda a todos los otros consumidores en similar situación. Ni él ni los demás consumidores *pierden algo* porque el pronunciamiento extienda su eficacia.

No obstante, la afirmación anterior debe ser matizada. Tomemos el caso de una sentencia en que se declara que un cargo impuesto por una institución bancaria a sus clientes es producto de una cláusula abusiva y que en consecuencia se ordena la restitución de las sumas indebidamente abonadas.³⁵⁸ No parece correcto afirmar que la sentencia en ese caso fue no excluyente y no rival. Supongamos que el banco fuera insolvente. En ese caso la condena a restituir las sumas ilícitamente debitadas sería rival, pues en la medida en que un consumidor obtiene la suma que le corresponde, disminuye el patrimonio con que el banco habrá de responder ante los demás. Aquí tal vez sea necesario introducir una distinción propia de la dogmática procesal.

El proceso de declaración, conocimiento o cognición tiene un contenido invariable o primario, cual es la declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor. Esa declaración puede ser todo el contenido de la sentencia (sentencia meramente declarativa), o no. Cuando a ese contenido se une la imposición de una prestación se configura la sentencia de condena. Esta distinción nos permite observar que, en las sentencias en las acciones colectivas, la declaración de certeza reviste los caracteres de no rival y no excluyente, pero no puede decirse lo mismo necesariamente de la condena. Cuando el juez declara que una cláusula es abusiva, esa declaración se asemeja a un bien público.

³⁵⁷ Ese es el contenido de la pretensión en las causas “Lucero, Osvaldo Walter s. Amparo”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 17 de septiembre de 2008, causa C102100, publicado en <http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>; “González, Ernesto c. Estaciones de Venta de Combustibles y Anexos, Asociación de Estaciones de Servicio de Corrientes”, con sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, del 15 de abril de 2009, *LLLitoral* 01/01/1900, 786; *RCyS2009-X*, 174. En ambos casos el pronunciamiento resultó favorable al actor y con efectos expansivos a todos los usuarios.

³⁵⁸ Muchos procesos argentinos tienen esta estructura, pero el ejemplo paradigmático tal vez sea “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. sumarísimo”, Juzgado Nacional Comercial No. 18, 8 de septiembre de 2004; confirmado por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, el 4 de octubre de 2005.

Pero no podemos decir otro tanto de la condena si se trata de una obligación de restituir sumas de dinero. Por el contrario, puede que cuando la condena consista en una prestación de hacer o de no hacer (por ejemplo, construir una rampa para sillas de ruedas, no cerrar un centro de atención al cliente, cesar en el cobro del servicio de playa) entonces la condena también se asemeje a un bien público.

Si aceptamos la distinción anterior, podemos cuestionarnos si tiene sentido considerar a la declaración de certeza un bien, cuando en la generalidad de los casos será sólo el paso previo para la condena. Esto es: en general no se inician acciones colectivas en defensa del consumidor para obtener sentencias meramente declarativas. Luego, parecería que es inconducente efectuar la distinción. Sin embargo, estimamos que tiene alguna relevancia. El efecto con que la ley ha dotado a la sentencia en el proceso colectivo se ha expandido en beneficio de toda una clase de sujetos. El hecho de que alguien decida iniciar un proceso judicial, entonces cobra una nueva dimensión, se hace más valioso, porque ya no sólo pondrá fin a un conflicto individual, sino al conflicto que afecta a un conjunto de individuos más amplio.

El problema es que si la descripción anterior es acertada, nos encontramos ante una falla de mercado. En efecto, el problema con los bienes públicos es que son producidos a un nivel menor al deseable socialmente, porque quien los produce no obtiene de ellos el provecho que obtendría si fueran privados. Obtenida la sentencia estimatoria, muchas personas que no han contribuido obtienen provecho: se los denomina *free – riders*. Podría replantearse la cuestión entendiendo que cuando una asociación de consumidores acciona representando al colectivo es ella misma la que se beneficia con la sentencia, pues ella misma es el colectivo de afectados. Sin embargo, el efecto de la sentencia se extiende mucho más allá de los asociados a la actora, pues comprende al universo de afectados, aún cuando carezcan de relación con aquélla. Son los asociados quienes contribuyen al sostenimiento de la asociación y no el conjunto de beneficiarios de la acción colectiva, por lo que el replanteo expuesto no explica satisfactoriamente la situación. Es por ello que surge la necesidad de remunerar a quien carga con los costos de iniciar la acción, crear incentivos para la producción de estos bienes. Este problema será analizado en detalle en el capítulo VIII.

VI.7.2. La opción entre una extensión *pro et contra* y una limitada a los casos en que la sentencia hace lugar a la pretensión

Como observamos, de los antecedentes normativos relevantes para el Derecho argentino y de las mismas normas e interpretaciones de nuestro sistema, se desprende un conflicto entre dos opciones de técnica legislativa: el sistema en que la sentencia desestimatoria extiende sus efectos al colectivo (preclusión *bilateral*) y el sistema en que la sentencia desestimatoria no extiende sus efectos (preclusión *unilateral*), o dichos efectos son limitados.

Este debate tiene algunos puntos de contacto con el que se dio en el ámbito del Derecho federal estadounidense en el año 1966, con la reforma de la Regla 23, que eliminó la categoría de las “*spurious class actions*”. Este tipo de acciones de clase sólo extendía sus efectos al colectivo en caso de hacer lugar a la demanda. El instituto tenía acogida en el clásico artículo de Kalven y Rosenfield, que afirmaba que no había necesidad de una extensión simétrica de los efectos de la cosa juzgada en los procesos de clase.³⁵⁹ Krier explica que la eliminación de la *spurious class action* no fue convincentemente justificada por los autores de la reforma, pues se limitaron a referir que era una anomalía, que privaba al sistema de reciprocidad, o que era injusta. El mismo Krier estima que esos argumentos son anacrónicos y que la única justificación de la reforma adecuada a los tiempos es aquella que refiere a los valores de economía judicial y estabilidad. Si la sentencia desestimatoria no extiende sus efectos, existe la posibilidad de que se desperdicien recursos del sistema judicial y de la demandada en la revisión de conflictos ya resueltos.³⁶⁰

En el Derecho argentino, con una argumentación similar, el profesor José María Salgado ha manifestado que sería preferible un sistema de cosa juzgada *pro et contra*.³⁶¹ El fundamento radica en la existencia de un derecho del demandado a “*finiquitar el conflicto*” y a que es necesario vedar la posibilidad de que recaída la decisión se renueve la discusión, “*so pena de instalar en el proceso el germen de la inoperatividad*”. Según este autor sus resultados serían superiores en términos de efectividad de la decisión y además en términos de protección

³⁵⁹ KALVEN y ROSENFELD, *op. cit.*, p. 713.

³⁶⁰ KRIER, *op. cit.*, pp. 1394 y 1396.

³⁶¹ SALGADO, José María, “Pretensión representativa y cosa juzgada colectiva”, comunicación presentada ante la I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y el Coloquio de Buenos Aires de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, Buenos Aires, 2012. Publicada además en el sitio web <http://www.cjprocesalistas.com.ar/index.php/publicaciones/21-pretensi%C3%B3n-representativa-y-cosa-juzgada-colectiva>. Propone esta regla en su proyecto de ley de procesos colectivos (art. 14) SALGADO, José María, “Una ley de procesos colectivos”, RCyS 2014-V, 227 (AR/DOC/638/2014, pp. 5 y 9). En términos similares se pronuncia GESUITI, Juan Manuel, “Las acciones de clase en la Ley de Defensa del Consumidor: algunas críticas para su correcta evolución”, LA LEY 03/01/2011,1; LA LEY 2011-A, 682; LA LEY 04/01/2011, 1 (La Ley Online, p. 5).

de los derechos de los integrantes ausentes de la clase. Sin embargo, esta postura ha sido rebatida tiempo atrás por Ada Pellegrini Grinover en el ámbito del Derecho brasileño, al señalar que sólo excepcionalmente las demandas sucesivas tendrán chance de éxito, y son justamente esos casos excepcionales los que sugieren la necesidad de adoptar la regla de cosa juzgada *secundum eventum litis*.³⁶²

Los defensores de la regla contraria proponen varios argumentos fundados en razones prácticas. Antonio Gidi explica que el fundamento principal es la garantía del debido proceso: en un sistema en que el control de representación adecuada es débil o ineficaz, no es justo que la sentencia desestimatoria perjudique a quienes no intervinieron en el juicio y no tuvieron oportunidad de ofrecer prueba o alegar.

Existen además otros fundamentos: las debilidades del procedimiento brasileño de acciones colectivas, debilidades que bien pueden entenderse extensivas al ámbito argentino.³⁶³ Ciertos mecanismos de las *class actions* americanas que garantizan la protección del interés de los miembros de la clase ausentes no tienen equivalente en el Derecho brasileño. En primer lugar, no existe, en el Derecho continental, una etapa de *discovery* similar a la del derecho estadounidense, por lo que la sentencia suele fundarse en un cuerpo de información y de prueba limitado. Algunos institutos tales como las facultades investigativas del juez, la inversión de la carga de la prueba y el factor objetivo de atribución de responsabilidad pueden ser paliativos parciales para esta deficiencia.

En segundo lugar, Gidi advierte que es posible que los jueces del Derecho continental carezcan del poder, la inclinación y la aptitud profesional necesarios para garantizar que la representación de la clase sea adecuada. Ya nos hemos referido a este problema, que resulta difícil de evaluar en abstracto y al que no adherimos.

En tercer lugar, era imposible crear en Brasil un sistema de notificación similar al estadounidense: Brasil es un país vasto, pobre y con una parte considerable de su población analfabeta. Estas consideraciones son razonables, pero deben ser matizadas al analizar el Derecho local. En primer lugar, muchas acciones colectivas argentinas tienen un ámbito de extensión limitado: entre los fallos que citamos se encuentran algunos que se restringen a Capital Federal, provincia de Buenos Aires, ciudad de Resistencia, etc. En segundo lugar, esa afirmación resulta demasiado genérica, porque deja de lado los casos en que el grupo a

³⁶² PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Acción de amparo colectiva ('mandado de seguridad'). Legitimación, objeto y cosa juzgada", *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, N° 4, 2000, 201, p. 211.

³⁶³ GIDI, *op. cit.*, p. 394; QUIROGA LAVIÉ, *El Amparo Colectivo*, 1° edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, p. 174; EGUREN, María Carolina, "La 'cosa juzgada': Sus contornos y su proyección en el proceso colectivo" en OTEIZA, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, 1° edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 403 y 422 y ss.

notificar tiene límites claros y existe una posibilidad técnica cierta de contactar a sus integrantes, por ejemplo, cuando debe notificarse a los clientes del sistema bancario.

En cuarto lugar, Gidi alega que ni abogados ni el Poder Judicial proveen a la población con servicios adecuados, los Códigos de Ética son poco aplicados y la actitud genérica de los brasileños es de desconfianza hacia el sistema de Justicia.

En quinto lugar alude a la ausencia de desarrollo tecnológico e información científica sobre productos peligrosos y a la ausencia de un cuerpo de abogados dispuestos y preparados para litigar tales casos.

En el Derecho argentino, Ricardo Lorenzetti afirma que la razón por la cual la Ley de Defensa del Consumidor restringe la expansión de los efectos de la cosa juzgada a la sentencia que hace lugar a la pretensión es volver innecesaria la notificación al colectivo.³⁶⁴ Ese criterio parece haberse plasmado en algún pronunciamiento judicial con amplia repercusión en las publicaciones jurídicas en 2013.³⁶⁵ Lorenzetti critica esa solución, pues advierte que la bondad de la sentencia que acoge la pretensión depende del *contenido* de esa pretensión, que podría ser más o menos beneficiosa para el colectivo. Este comentario merece una observación, ya que son numerosos los procesos colectivos en que, pese a ser aplicables las normas de defensa del consumidor, se ha estipulado la notificación a los particulares por edictos; por otro lado, del fallo “Halabi” surge la obligatoriedad de la notificación sin estipularse excepción alguna en materia consumerista. Luego, no parece que esa haya sido la razón fundante de la opción legislativa.

Tanto Antonio Gidi como Leandro Giannini prácticamente entienden que la cosa juzgada asimétrica pudo tener cabida en una época primitiva, o de transición hacia un modelo de procesos colectivos, pero que en reformas por venir debería adoptarse el sistema de la cosa juzgada simétrica, por las razones ya expuestas.³⁶⁶ Esta adopción necesariamente requerirá la

³⁶⁴ LORENZETTI, *op. cit.*, p. 282.

³⁶⁵ “Consumidores Financieros Asociación Civil c. Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F, 22/08/2013, LA LEY 18/11/2013, 6 (AR/DOC/3844/2013).

³⁶⁶ GIDI, Antonio, “Cosa Juzgada en Acciones Colectivas”, en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, p. 266, nota 15; GIANNINI, Leandro J., “Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)”, SJA 2/11/2011 (Lexis N° 0003/015637) Versión ampliada y corregida publicada en *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, N° 201, Noviembre de 2011, nota 13, con cita de CAPPELETTI; del mismo autor, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, pp. 188-190. Ajeno al ámbito de las acciones colectivas menciona varios casos de extensión asimétrica PERRACHIONE, Mario, “Cosa juzgada. Una aproximación al efecto ‘ultra parte’”, APC 2009-12-1305 (Lexis N° 0003/70057022-1, pp. 9-10).

implementación de ciertos *factores equilibrantes*: un sistema de notificación adecuada a los integrantes de la clase, mecanismos de publicidad, registros públicos y una instancia de certificación.³⁶⁷

Por su parte, Maurino, Nino y Sigal, como hemos visto, proponen *de lege ferenda* un sistema que distingue tres circunstancias. Para los integrantes de la clase que no participan en la misma, sólo extiende sus efectos la sentencia que acoge la demanda. Por el contrario, para los afectados que se presentan en el proceso, así como para todos los legitimados institucionales, hayan sido parte o no, la cosa juzgada extiende sus efectos tanto en el caso de acogimiento como de rechazo. El fundamento de la regla con respecto a los legitimados institucionales radica en que a ellos les resulta más fácil (menos oneroso, en términos económicos) tomar conocimiento del proceso colectivo y participar en él, por lo que la extensión de los efectos de la sentencia desestimatoria no implica gravamen ni vulnera garantías constitucionales.³⁶⁸

De lo expuesto se desprende que actualmente existen dos opciones legislativas que se están analizando. Por un lado se encuentra la adopción de un sistema de cosa juzgada *erga omnes pro et contra* con la simultánea adopción de un grupo de medidas de tutela de los integrantes de la clase que no se hacen presentes en el proceso (control de adecuada representación, notificación al grupo y facultad de optar por quedar excluido de la clase). Por otro lado se encuentra la adopción de un sistema de cosa juzgada *erga omnes secundum eventum litis* que prescinda de esas garantías. Lo que no se propone en el Derecho argentino es un sistema de cosa juzgada *erga omnes pro et contra* sin adecuadas garantías para los afectados, por lo que podemos prescindir de esa opción. Algunas interpretaciones, por el contrario, implican la adopción de un sistema aún más garantista para los afectados: tal es el caso de quienes postulan que el artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor debe entenderse en el sentido de que no extiende sus efectos la sentencia que no acoge la pretensión, en tanto simultáneamente concede la facultad de optar por la exclusión de la clase.

Las dos opciones legislativas en estudio tienen efectos alternativos en materia de costos. Un sistema de preclusión bilateral implica mayores costos en el primer proceso que se lleve ante los estrados, pero prácticamente garantiza que la pretensión colectiva no volverá a ser litigada. Un sistema de preclusión unilateral sin garantías es mucho menos costoso en la primera oportunidad, pero existe el riesgo de que las cuestiones sean llevadas ante los estrados sin fundamento una y otra vez. Consecuentemente: en el primer sistema hay mayores

³⁶⁷ EGUREN, *op. cit.*, p. 426 y ss.

³⁶⁸ MAURINO, NINO y SIGAL, *op. cit.*, p. 300 y ss.

costos de notificación y publicidad, mientras que en el segundo hay mayores costos por la repetición de litigios. Sobre quién recaigan esos costos (actor, demandado u órgano judicial) es una cuestión de enorme trascendencia que observaremos más adelante y que también tiene efectos importantes.

Es relevante determinar cuál es la probabilidad de que el conflicto sea llevado nuevamente ante los estrados. Aquí podemos distinguir. En los casos en que no existen incentivos individuales para promover una acción colectiva, la probabilidad de que los particulares interpongan otra demanda tras el rechazo de la colectiva es tal vez *menor* que la probabilidad existente antes de esa demanda, por el conocimiento que tienen del fracaso de aquélla. La probabilidad de que se inicie otra acción colectiva (probabilidad que en algunos sistemas, como el de la provincia de Buenos Aires, se encuentra vedada a menos que se ofrezca nueva prueba) depende de los incentivos que existan para la promoción de tales acciones (cuestión que abordaremos en el capítulo VIII). Luego, en estos casos la regla de la preclusión unilateral parece tener más beneficios que ventajas: para la sociedad en conjunto, el costo impuesto al demandado que ha logrado un pronunciamiento rechazando la demanda (insignificante falta de seguridad jurídica, por la bajísima probabilidad de enfrentar nuevos juicios individuales) se ve compensado con creces por los beneficios del sistema en materia de ahorro de costos de notificación y de publicidad.

Por el contrario, la probabilidad de que el conflicto sea llevado nuevamente ante los estrados es mayor en los casos en que existen incentivos individuales para demandar. En estos casos el costo impuesto sobre el demandado por el sistema de preclusión unilateral en términos de inseguridad jurídica es mucho mayor, porque la probabilidad de que los particulares litiguen otra vez si la demanda colectiva fue rechazada es relevante. En consecuencia, en estos casos la preclusión unilateral no parece ser la solución jurídica más eficaz para reducir los costos sociales del proceso.

Efectuada esta distinción podemos preguntarnos si este costo impuesto sobre el demandado es el único criterio que deberíamos tener en cuenta para optar por una u otra regla y si existe una posibilidad práctica de adoptar reglas que tengan en cuenta la viabilidad económica del reclamo para ir en uno u otro sentido.

En los términos exploratorios de esta tesis, la respuesta a la primera pregunta es claramente negativa. Como observamos en otro capítulo, los objetivos que el Legislador tiene en miras al momento de sancionar normas son diversos por lo que nuestro análisis debe adentrarse necesariamente en los efectos que las reglas de la cosa juzgada tienen más allá de los costos que importen en tanto abren o cierran la vía para futuros litigios.

La respuesta a la segunda pregunta planteada es que no parece existir un inconveniente práctico para adoptar una regla de ese tenor. Es que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Halabi” ha considerado a la viabilidad del reclamo individual como criterio para otorgar o no la vía colectiva. Luego no parecería existir inconveniente para emplear nuevamente esa cuestión de hecho en otra regla del sistema. En consecuencia diríamos que si nuestro propósito consiste en reducir costos de administración del sistema deberíamos adoptar dos reglas en materia de extensión de los efectos de la cosa juzgada. Para los casos de microdaños, en que no existen incentivos individuales para demandar, la cosa juzgada debe concederse *secundum eventum litis*, a fin de no incurrir en costos innecesarios de notificación y publicidad. Para los casos en que existen incentivos individuales para demandar, la cosa juzgada debe concederse *pro et contra*, a fin de promover la concentración del proceso más allá de aquéllos integrantes de la clase que opten por apartarse del mismo.

¿Qué diversos efectos tienen las dos reglas sobre otras funciones sociales? La preclusión unilateral fomenta en mayor medida el *acceso a la justicia*, pues legitimados institucionales y particulares pueden una y otra vez llevar ante los estrados la misma cuestión, mientras que la preclusión bilateral cierra esa opción. Pero en materia de clausura del proceso, fijación de una indemnización para el grupo (y por ende, compensación y prevención) los efectos son más dudosos. Ocurre que estas reglas tienen efectos sobre el ejercicio de la opción de autoexclusión y sobre la propensión del demandado a celebrar un acuerdo transaccional. Por ejemplo, en un sistema de cosa juzgada *pro et contra* una sentencia desestimatoria es mucho más valiosa para el demandado que en un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis*, pues en este último caso no puede oponerse ante futuras pretensiones, que se iniciarán si existen incentivos individuales para demandar. Por el contrario, si esa sentencia desestimatoria no es oponible al colectivo, pero sí lo es un acuerdo transaccional, es posible que en determinadas circunstancias y bajo esa regla de cosa juzgada el demandado prefiera llegar a un acuerdo rápido y favorable para él con el representante del colectivo.

En síntesis: la opción por la extensión asimétrica de los efectos de la cosa juzgada en el proceso colectivo tiene una función de tutela de los integrantes del grupo que puedan ser deficientemente representados. Adicionalmente y conforme a las interpretaciones señaladas, sólo esa regla sería compatible con medidas por las cuales no es necesario incurrir en ciertos costos en el proceso colectivo, como por ejemplo, el costo de la notificación. No sería *justo*, conforme a esos autores, que la sentencia perjudique a los particulares si no fue adecuadamente notificada; pero si no existe el riesgo del perjuicio, entonces la notificación no se torna imperativa. Si quien evita esos costos es el actor, la medida favorece incluso el acceso

a la justicia, porque aumenta la probabilidad de que éste entable la demanda colectiva. Sin embargo, la opción no debería hacernos olvidar sus costos. En efecto, al menos en el nivel nacional y federal, existe la posibilidad de que la acción colectiva vuelva a iniciarse, provocando un gasto excesivo para el sistema de Justicia y para el demandado. Lo que debemos observar es si una vez vencida la clase en juicio, tiene alguno de los legitimados activos incentivos como para iniciar otra acción. Esta cuestión no resulta sustancialmente diferente a la de los incentivos que tendría el actor para iniciar la primera acción, con un agregado importante: éste tiene conocimiento de que la acción ya fue rechazada una vez. El régimen bonaerense estipula, por el contrario, que no puede volver a iniciarse un proceso colectivo, a menos que se ofrezca nueva prueba. En este caso se privilegia el mandato de reducir los costos de administración de Justicia.

VI.8. El caso del acogimiento (o rechazo) *parcial* de la demanda

Un caso no previsto explícitamente por la legislación consumerista es el de los efectos del acogimiento *parcial* de la demanda. Imaginemos, por ejemplo, el caso en que una asociación de defensa de los consumidores requiere la devolución de ciertos fondos retenidos de manera ilícita a los consumidores y la sentencia sólo acoge la pretensión con respecto a las obligaciones no prescriptas. La Ley de Defensa del Consumidor resuelve el caso del acogimiento, sin precisar si es total o parcial; la doctrina interpreta que el rechazo de la demanda no extiende sus efectos; la normativa bonaerense se extiende sobre este último caso. Pero no existen normas que expresamente prevean el caso como lo hace la Ley General del Ambiente 25.675 que prescribe en su art. 33: “*La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.*”

Esto constituye un sistema de cosa juzgada *secundum eventum probationem*. Explícitamente determina que la sentencia que rechaza *parcialmente* la demanda por cuestiones probatorias no tiene efecto *erga omnes*. Esto es lo mismo que decir que la sentencia que acoge parcialmente la demanda no tiene efecto *erga omnes* en la parte que rechaza parcialmente la pretensión.

Por el contrario, en el ámbito de la defensa del consumidor el caso no está expresamente previsto.³⁶⁹ Giannini ha sugerido, al analizar la facultad de autoexclusión de la clase de los particulares, que puede entenderse que la sentencia que hace lugar parcialmente a la acción (y por ende la rechaza parcialmente) extiende sus efectos tanto en lo que hace al rechazo como al acogimiento.³⁷⁰ Esta interpretación parece además razonable si tenemos en cuenta que la ley contempla la facultad del representante de celebrar un acuerdo transaccional. La transacción es el modo de extinción de obligaciones litigiosas o dudosas mediante concesiones recíprocas, por lo que la ley explícitamente contempla que el representante de la clase concederá algo y que ese acuerdo vinculará a todos los integrantes que no opten por apartarse del proceso. Por analogía podemos interpretar que la sentencia que estima parcialmente la pretensión extiende sus efectos vinculantes y los integrantes de la clase no pueden iniciar otra acción colectiva o individual reclamando la diferencia, a menos que hayan ejercido la opción de autoexclusión.

VI.9. Conclusiones

La extensión de los efectos de la sentencia en el proceso colectivo convierte a este pronunciamiento en un bien con características que lo asemejan a un bien público. Es no excluyente, ya que ni el actor ni el demandado pueden impedir que cualquier consumidor la aproveche. Es no rival, ya que el beneficio que uno obtiene no interfiere con el de los demás.

Existen algunas excepciones a la conclusión anterior. Cuando la sentencia condena al pago de sumas de dinero puede existir conflicto entre los beneficiarios de ese pronunciamiento en caso de insolvencia. Por el contrario, cuando la sentencia condena a la realización de una actividad genérica insusceptible de ser fraccionada, lo anterior no ocurre. Es por ello que propusimos limitar nuestra observación a la parte *declarativa* de la sentencia.

Como bien público, existe un nivel de producción inferior al óptimo, ya que el actor no tiene la posibilidad de exigir a todos los beneficiarios una contribución para financiar la acción. Para asegurar la promoción de un número adecuado de acciones colectivas será menester contar con instrumentos alternativos de fomento.

³⁶⁹ Advierte la laguna AZAR, *op. cit.*, p. 277.

³⁷⁰ GIANNINI, *op. cit.*, nota 17.

En los términos funcionales estudiados en el capítulo IV, la cosa juzgada *erga omnes* fomenta el acceso a la justicia, al beneficiar a sujetos cuyos reclamos de otro modo no habrían sido judicializados y reduce los gastos de administración del sistema judicial, al permitir que una única sentencia resuelva un conflicto que involucra a un colectivo de individuos.

La opción del Derecho argentino por la extensión de los efectos de la sentencia *exclusivamente* en el caso de la sentencia favorable se funda en la relativa ineficacia de los controles de la adecuación de la representación. Es un mecanismo que beneficia a los integrantes del colectivo. Algunos autores consideran que sólo en el caso de la extensión según el resultado se justifica no adoptar ciertas medidas de protección especial a los consumidores (como la notificación). Si de esa manera se reducen los costos privados del actor, diremos que esa estructura particular de reglas favorece el acceso a la justicia, porque aumenta la probabilidad de que se demande.

Los efectos en materia de costos de administración de las alternativas normativas en materia de cosa juzgada difieren según el tipo de conflicto que se resuelva. El sistema de preclusión bilateral prácticamente garantiza que el conflicto no volverá a ser sometido a juicio, pero las garantías que exige implican mayores costos en el primer proceso; la preclusión unilateral prescinde de esas garantías (y de esos costos) pero somete al órgano judicial y al demandado al riesgo de que se inicie un nuevo proceso referido a la misma pretensión. En consecuencia, el objetivo minimización del costo de administración requiere que, en materia de microdaños (en que los incentivos para litigar individualmente u optar por la exclusión son insignificantes) se opte por la preclusión unilateral, mientras que en materia de daños masivos (en que existen tales incentivos) requiere que se opte por la preclusión bilateral.

La distinción entre el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (que según la interpretación dominante no concede *ningún* efecto a la sentencia desestimatoria) y el de la ley bonaerense 13.133 (que cierra la vía colectiva a menos que en el nuevo proceso el actor pretenda valerse de nueva prueba, aunque no impide la tramitación de acciones individuales) tiene relevantes efectos en materia de microdaños. La primera facilita la iniciación de una nueva acción colectiva mientras que la segunda la dificulta. Además la segunda importa una drástica reducción de costos de administración, ya que en materia de microdaños, por definición, la probabilidad de que el particular accione es muy baja.

El sistema de defensa del consumidor no contempla expresamente el caso en que la pretensión sea acogida parcialmente. Es razonable interpretar que esa sentencia también extiende sus efectos a los integrantes del colectivo y les impide accionar por la parte no

acogida, atendiendo a la fundamental similitud con el caso de la transacción y considerando la facultad de autoexclusión contemplada por el artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor.

VII. REGLAS PARA LA INTEGRACIÓN DEL GRUPO

VII.1. Introducción

En los modelos de legislación comparada, dos reglas distintas se han aplicado para determinar quiénes serán los integrantes de la clase alcanzados por la decisión final. Una regla, denominada *opt-in*, prescribe que la extensión de los efectos de la sentencia a un particular requiere que éste efectúe una manifestación expresa de consentimiento. La otra regla prescribe que esa extensión es automática y no requiere ninguna manifestación del integrante del grupo. Esta última regla contempla dos modalidades. Una de ellas faculta a los particulares para que opten por quedar excluidos de los efectos del proceso (*opt-out*); la otra no concede tal derecho. La opción por una de estas alternativas genera diferencias importantes.

El objetivo de este capítulo consiste en describir las reglas del Derecho argentino y comparado en la materia y analizar qué funciones sociales promueven las distintas alternativas.

Nuestra primera hipótesis es que la regla que estipula que la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los integrantes del grupo es automática (no depende de su manifestación de voluntad) es un mecanismo que disminuye costos de transacción, favorece la conformación de un grupo numeroso y de esa manera garantiza el acceso a la justicia y la prevención de daños. Nuestra segunda hipótesis es que la regla que faculta a los integrantes del grupo a apartarse del proceso colectivo tiene una función garantizadora de la autonomía de la voluntad, pero que su eficacia depende de reglas auxiliares tales como los mecanismos de notificación.

La importancia de este capítulo radica en la introducción de la noción de *costos de transacción* para el análisis de esta regla y la observación de que el proceso colectivo tiende a reducirlos en consonancia con otros institutos jurídicos.

VII.2. Evolución y estado actual de la cuestión

La evolución de estas reglas es simultánea a la reseñada en materia de alcances de la cosa juzgada explicada en el capítulo anterior. Señalaremos sólo a título explicativo las características de los modelos estadounidense, brasileño y español.

VII.2.1. *Class Actions* en Estados Unidos

La regla en el Derecho de Estados Unidos es que, salvo manifestación en contrario de los particulares, la sentencia en una *class action* extiende sus efectos a todos los integrantes del grupo. La Regla 23 limita la potestad de los integrantes de la clase de quedar excluidos de los efectos de la sentencia a un tipo particular de *class actions*: las acciones en que se pretende una indemnización, contempladas en el inciso (b)(3) de esa normativa. En las acciones subsumidas en otros incisos, es potestativo del juez ordenar que se notifique y se dé oportunidad a los integrantes de la clase de manifestarse por la exclusión.

La facultad, introducida como novedad en 1966, puede ejercerse, en primer lugar, tras la notificación que se realiza inmediatamente después de la *certification order*. En general, se establece un período de entre treinta y sesenta días a partir de la notificación de esa resolución durante el cual los integrantes de la clase pueden hacer sus presentaciones. En ocasiones, junto con la notificación se incluye un formulario para aquéllos que quieran quedar fuera. Se recomienda que en la notificación se expliquen claramente las ventajas y desventajas comparativas de optar por una u otra vía.³⁷¹

Existe una segunda oportunidad para ejercer este derecho, antes de la homologación judicial de la propuesta de acuerdo presentada por las partes, según prescribe el inciso 23(e)(4). De esta manera se confiere una nueva oportunidad a aquéllos integrantes de la clase que no hayan ejercido la opción hasta entonces. En ocasiones, en el acuerdo se conviene que quienes ejerzan esa facultad no tendrán los mismos derechos que quienes la hayan ejercido en primera instancia. Puede convenirse, por ejemplo, que los integrantes del grupo que se autoexcluyan en esta etapa puedan requerir una compensación, pero no puedan demandar por daños punitivos.³⁷²

Un estudio efectuado en cuatro distritos federales de Estados Unidos demuestra que el porcentaje de *class actions* en que se ejerce este derecho ronda entre el 9 y el 21% en la etapa de certificación y entre el 36% y el 58% en la etapa de acuerdo. Sin embargo, el número de individuos que ejerce este derecho es muy bajo, tanto en una etapa como en la otra. El promedio ronda entre el 0,1 y el 0,2% de los integrantes de la clase.³⁷³

³⁷¹ MARCUS, Stanley (ed.) *et al.*, *Manual for Complex Litigation*, 1ª edición, Federal Judicial Center, 1969 (4ª edición, 2004, p. 298).

³⁷² Véase WASSERMAN, Rhonda, "The Curious Complications with Back-end Opt-out Rights", *William and Mary Law Review*, Vol. 49, N° 2, 2007, pp. 373-459.

³⁷³ Véase WILLGING, Thomas E., HOOPER, Laura L. y NIEMIC, Robert J., *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*, Federal Judicial Center, 1996, p. 52. Véase también HENSLER, Deborah R., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, 1ª edición, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, 2000, p. 15 y ss.; EISENBERG, Theodore y MILLER, Geoffrey P., "The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, N° 5, pp. 1529-1567.

Cabe mencionar que en algunos casos se instrumentan suerte de *opt-in class actions*, mediante el expediente de definir a la clase incluyendo sólo a aquellos integrantes que presente un escrito en un plazo determinado.³⁷⁴

VII.2.2. Derecho español

La Ley de Enjuiciamiento civil española prevé un complejo y peculiarísimo sistema de normas en materia de extensión del alcance de la sentencia, que ha sido criticado por la doctrina. Dispone el artículo 221 de este estatuto:

Artículo 221. Sentencias dictadas en procesos promovidos por asociaciones de consumidores o usuarios

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1.ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2.ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3.ª Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

2. En las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora.

La crítica radica en diversos puntos. En primer lugar, la norma excluye el tratamiento de la cosa juzgada para el caso en que la acción haya sido iniciada por *grupos de afectados* (norma particular que hemos estudiado en el capítulo concerniente a la legitimación) o entidades legalmente constituidas para la protección de los consumidores y usuarios (con lo que se entiende que la norma se refiere a las cooperativas de consumidores): se refiere exclusivamente a las asociaciones.³⁷⁵ Dispone que en una pretensión dineraria, de hacer o no

³⁷⁴ WILLGING *et al.*, *op. cit.*, p. 54.

³⁷⁵ BACHMAIER WINTER, Lorena, “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, pp. 42-43 entiende que debe aplicarse por analogía esta misma solución.

hacer, si es posible la sentencia individualizará a los beneficiarios y si no es posible determinará pautas para su individualización. Se critica el segundo apartado del artículo 221, que sujeta la extensión de los efectos de la sentencia a otros sujetos no participantes en el proceso a la decisión del juez³⁷⁶ por ser impropia esta regla del sistema de acciones de clase y se ha propuesto considerarla no aplicable a este proceso. La normativa no prevé, al menos de manera expresa, la posibilidad de que el particular ejerza un derecho a apartarse del proceso para quedar excluido de sus efectos (*opting out*).³⁷⁷

VII.2.3. Acciones colectivas en Brasil

La sentencia que *acoge* la pretensión en una acción colectiva extiende sus efectos a todos los integrantes del grupo. No prevé la legislación brasileña una oportunidad para que manifiesten su voluntad de quedar excluidos. El fundamento, según explica Gidi, radica en que no tiene sentido otorgar esa opción en virtud de que la sentencia sólo expande sus efectos cuando hace lugar a la pretensión.³⁷⁸

VII.2.4. Derecho argentino

VII.2.4.1. La Ley de Defensa del Consumidor

La regla en la Ley de Defensa del Consumidor es que la sentencia que haga lugar a la pretensión extiende sus efectos a todos los consumidores o usuarios en similar situación, salvo aquéllos que hayan optado por quedar fuera del proceso. El artículo 54 prevé dos oportunidades para ejercer esta facultad:

1. Cuando se celebre un acuerdo conciliatorio o transacción, éste debe contemplar “*la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.*”

2. Si no se celebre un acuerdo, debe darse una oportunidad a los consumidores o usuarios para que “*manifiesten su voluntad en contrario* [de quedar vinculados por el contenido

³⁷⁶ MARÍN LÓPEZ, Juan José, “Las acciones de clase en el derecho español”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3/2001, p.16.

³⁷⁷ BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, pp. 16, 48 y 49.

³⁷⁸ GIDI, *op. cit.*, p. 399.

de la sentencia] *previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.*”

Esta solución se parece a la prevista en el Derecho estadounidense, con la diferencia de que, careciendo nuestro Derecho de una etapa de certificación, no puede vincularse a esa resolución el ejercicio del *opt out*. Es por ello que se plantea *cuánto antes* de la sentencia es preciso dar esa oportunidad a los consumidores: inmediatamente después del primer despacho, luego de producirse la prueba, al momento de llamar autos para sentencia, etc. El problema no está resuelto y es relevante, porque indudablemente entre la primera instancia mencionada y la última el particular podrá evaluar con mayor certeza las chances de que la pretensión sea acogida.

VII.2.4.2. El Código Bonaerense de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios

La legislación bonaerense no prevé, al menos expresamente, la facultad de optar por quedar fuera de la clase.

VII.2.4.3. Un precedente que se aparta de la tendencia expuesta

Existe al menos un antecedente en el Derecho argentino en que se instrumentó una suerte de *opt in class action*. Se trata del fallo “Dirección General Defensa del Consumidor del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Banco Lloyds Bank s/ sumarísimo”, resuelto por el Juzgado Nacional en lo Comercial N°5 con fecha 23 de diciembre de 2002.³⁷⁹ La acción fue promovida a fin de que se impidiera a la demandada el cobro de cargos liquidados en los resúmenes bajo los rubros “cargo por gestión de cobranza” y “gastos de otorgamiento y cobertura de vida” y se ordenara la restitución de las sumas cobradas. Como medida cautelar se requirió la suspensión en el cobro.

El juez hizo lugar parcialmente a la medida, ordenando que se comunicara a los usuarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el otorgamiento de un plazo de diez días para que manifestaran si *no* deseaban la cobertura del seguro de vida colectivo sobre saldo deudor, “*con la previsión de que su silencio será considerado como conformidad con la*

³⁷⁹ Publicado en LA LEY, 2003-D, 250.

contratación". Ordenó, a continuación, que se suspendiera el cobro *a aquellos usuarios que manifestaran "su resistencia a la cobertura dentro del plazo indicado"*. Como se observa, para formar parte de la clase y beneficiarse con la suspensión, era menester manifestarse. Pero como se ha dicho, este fallo fue excepcional y parece no haber tenido mayor impacto sobre la jurisprudencia.

VII.3. La alternativa entre la inclusión voluntaria y la incorporación compulsiva

La elección de uno u otro procedimiento tendrá consecuencias muy importantes. Al colocar la carga de actuar en uno u otro sentido la ley provoca efectos contrarios. En virtud del fenómeno de apatía racional que hemos analizado en el capítulo III, la opción –tanto de salir como de ingresar en la clase- *no será ejercida* por un número importante de los involucrados en aquellos casos en que los reclamos revistan una entidad exigua. Si se instrumenta un sistema de incorporación compulsiva, el proceso involucrará de manera casi íntegra al grupo que el actor haya descrito en su presentación inicial. Si se instrumenta un mecanismo de *opt-in*, difícilmente se logre que la clase reúna a todos los sujetos afectados por la lesión común.

Un sistema de incorporación voluntaria no difiere de un litisconsorcio voluntario en el aspecto fundamental: ambos requieren la actividad del particular para instrumentarse. Y como hemos visto, el problema que enfrenta este instituto radica en la carencia de incentivos individuales para actuar. Ya Kalven y Rosenfield lo decían en su trabajo de 1941,

Podría parecer que el litisconsorcio voluntario de las modernas reglas del procedimiento es una solución satisfactoria al problema. (...) La dificultad fundamental con el litisconsorcio, no obstante, es que presupone a los posibles actores acudiendo en masa a los tribunales. En muchas situaciones esa acción espontánea no puede ocurrir, porque los particulares que tienen el interés común están aislados, dispersos y son extraños entre sí. Entonces, si bien es claro que hay una necesidad de acción grupal a través del litisconsorcio, las condiciones para que éste se dé no ocurren. Puede que no baste a la sociedad que se creen tribunales y se espere a que los litigantes demanden –porque puede que nunca acudan. (...) Debe haber algún tipo de acción afirmativa para llevar a todos al caso y hacer que la compensación alcance a todos. No es tanto una cuestión de permitir el litisconsorcio como de asegurarlo.³⁸⁰ [La traducción nos pertenece.]

³⁸⁰ "Off-hand it might seem that a satisfactory solution to the problem is afforded by the simple expedient of multiple joinder under modern rules of procedure. (...) The cardinal difficulty with joinder, however, is that it presupposes the prospective plaintiffs' advancing en masse on the courts. In most situations such spontaneity cannot arise because the various parties who have the common interest are isolated, scattered, and uttered strangers to each other. Thus, while the necessity for group action through joinder clearly exists, the conditions for it do not. It may not be enough for society simply to set up courts and wait for litigants to bring their complaints –they may never come. (...) There must be some affirmative technique for bringing everyone into the case and for making recovery available to all. It is not so much a

La regla *opt-in*, en síntesis, conspira contra la utilidad de la legitimación amplia como mecanismo promotor del acceso a la justicia. La regla que prevé la incorporación automática fomenta esa función.³⁸¹ El silencio equivale a conformidad, con lo que la ley adopta una solución contraria a la que estipula en otros ámbitos, incluso en el mismo Derecho del consumidor (art. 35 de la ley). El fundamento de la solución es que no afecta a los consumidores, cumplidas las garantías que el estatuto impone.

VII.3.1. Mecanismo para reducir costos de transacción

Puede verse a la regla de presunción de aceptación como un mecanismo útil para evitar que deba incurrirse en los costos de transacción que exigiría una negociación expresa con cada cliente. Antes de la introducción de las acciones colectivas, a fin de que una asociación de consumidores actuase en representación de todos sus integrantes, se requería que los usuarios celebraran con ella un contrato de mandato: la representación debía ser expresamente acordada. Éste era un *costo de transacción* ineludible.³⁸² Los costos de transacción son gastos que obstaculizan la negociación de las partes. Comprenden tanto los *costos de coordinación*, que son obstáculos que es necesario vencer para traer a las partes al contrato, como los *costos de motivación*, factores que entorpecen la decisión de contratar y determinar el contenido del contrato.

La acción colectiva evita estos costos en dos dimensiones diferentes. En primer lugar, en la relación con el proveedor demandado, al unificar la representación de la clase. No obstante, esto no es característico de la acción de incidencia colectiva, sino que es una solución que el orden jurídico ya prevé mediante otros mecanismos tales como el litisconsorcio voluntario. Lo típico es la evitación de los costos de transacción entre los integrantes de la clase y su representante.

matter of permitting joinder as to ensuring it.” KALVEN, Harry y ROSENFELD, Maurice, “The Contemporary Function of the Class Suit”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 8, N° 4, 1941, p. 688.

³⁸¹ LESLIE, Christopher, “The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements”, *Florida Law Review*, Vol. 59, N° 1, 2007, pp. 71-134.

³⁸² Para un estudio general sobre el concepto, véase ALLEN, Douglas W., “Transaction Costs”, en BOUCKAERT, B. y DE GEEST, G. (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 1999, p. 894 y ss.

En el sistema jurídico existen numerosos institutos mediante los cuales se reducen los costos de transacción en ciertas situaciones. En nuestro ámbito, por ejemplo, contamos con la regla del artículo 53 de la Ley de Defensa del Consumidor que prescribe:

Quienes ejerzan las acciones previstas en esta ley representando un derecho o interés individual, podrán acreditar mandato mediante simple acta poder en los términos que establezca la reglamentación.

El reglamento prescribe, a su vez:

ARTICULO 52. — Se requerirá a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas carta poder para reclamar y accionar judicialmente, exceptuándolas de tal requisito en aquellos casos en que actuaren en defensa de un interés general de los consumidores.

ARTICULO 53. — El mandato se acreditará por medio del instrumento público correspondiente o con carta poder, con firma del otorgante certificada por autoridad policial o judicial o por escribano público. Podrá también otorgarse mandato mediante simple acta poder certificada por la Autoridad de Aplicación. La misma deberá establecer la identidad y domicilio del mandante y la designación, identidad, domicilio y firma del mandatario.

La regla en estudio va un paso más allá en esta misma dirección de reducir costos de transacción entre las partes al eliminar la necesidad de que se requiera la aprobación de los integrantes de la clase. Sin embargo, es necesario justificar el interés en reducir los costos de la transacción entre el representante del grupo y sus integrantes. Es claro que esa regla favorece el acuerdo, pero no todo acuerdo debe ser promovido. El Derecho civil, por ejemplo, prevé reglas para desalentar los acuerdos de objeto ilícito o inmoral. La razón por la cual el Derecho pretende facilitar que el legitimado colectivo represente al grupo radica en el interés social en el *enforcement* del Derecho de fondo con respecto a todos los integrantes del grupo y en la presunción de que el representante será un tutor eficaz de su interés.

En los términos del teorema de Coase³⁸³ la regla de la incorporación compulsiva *recrea* la asignación eficiente de los derechos que resultaría de la negociación entre el representante colectivo y los particulares damnificados en un mundo ideal sin costos de transacción.³⁸⁴ Los particulares *otorgarían* mandato al representante colectivo, porque éste les garantizaría una actuación eficaz y sin costos, o a un costo reducido en comparación con la litigación individual. Los costos de transacción impiden que se lleve a cabo esta negociación, pero el ordenamiento

³⁸³ Para el desarrollo del teorema de Coase remitimos al capítulo V apartado 8.

³⁸⁴ Es necesario precisar que nos referimos exclusivamente a la relación entre el representante del colectivo y la clase. Estrictamente en un mundo sin costos de transacción los particulares resolverían su conflicto con el proveedor sin intermediarios, o directamente este conflicto no existiría. Entonces: dentro del universo de relaciones jurídicas existentes, nos referimos exclusivamente a la ausencia de costos de transacción entre la negociación entre afectados y representante colectivo.

jurídico recrea esa situación concediendo a ciertas personas la facultad de representar al colectivo sin la necesidad de que se les conceda poder.

VII.3.2. Dos interpretaciones jurídicas con consecuencias que se apartan de los objetivos pretendidos y descriptos anteriormente

Ha sido superada la idea de que cuando una asociación de consumidores representa en juicio a una clase, esta clase sólo puede estar integrada por los sujetos asociados a esa entidad. Si quisiéramos conciliar esa interpretación con el texto actual del artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor, diríamos que sólo los asociados a esa entidad se hallan en *similares condiciones*. Sin embargo, la interpretación más extendida de la norma es que la exigencia de condiciones similares no contempla necesariamente el carácter de asociado a la actora.

Con anterioridad a la reforma del año 2008 se sostenía además que para asumir la defensa de los derechos subjetivos de los consumidores la asociación requeriría que se le confiriera expresamente mandato y sólo en la defensa de los intereses colectivos (entendidos éstos como intereses difusos y excluyendo a los intereses individuales homogéneos) podría actuar sin tal.³⁸⁵ Es posible que esta interpretación ya no tenga asidero tras la reforma. En efecto, el artículo 54 reformado prescribe que la acción correrá aún cuando la pretensión tenga contenido patrimonial y que la exclusión de los efectos de la sentencia debe ser explícita. Amén de ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que la acción de clase (como instrumento de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos) está prevista en nuestro ordenamiento jurídico.

Más allá de los argumentos dogmáticos para enfrentar esta interpretación, en esta oportunidad interesa analizar las consecuencias empíricas de esa regla propuesta. Obsérvese que ausente la acción colectiva, indudablemente el control de los particulares sobre su reclamo será mayor, por lo que también será mayor el respeto a su autonomía. Pero aumentan los

³⁸⁵ Enrolados en esta postura ROCHA PEREYRA, Gerónimo, “Reflexiones en torno a la legitimación de las asociaciones de usuarios”, *SJA* 3/8/2005; *JA* 2005–III–1321, Lexis N° 0003/011569; FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1995 (4ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, 2009, p. 563). Critican esta postura GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° 2, “La defensa del usuario y del administrado”, capítulo II, p. 19 y capítulo XIII, p. 18, disponibles en www.gordillo.com/tomos_pdf/2/capitulo2.pdf y www.gordillo.com/tomos_pdf/2/capitulo13.pdf; MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Procesos colectivos en el sector bancario”, *LA LEY* 09/06/2010, p. 1.

costos de transacción para iniciar un proceso colectivo. Si estimamos que el potencial actor considera estos costos al decidir si demandar o no, puede que el aumento implique menos demandas colectivas. Se pierde, en consecuencia, en *enforcement* de esa clase de reclamos que no justifican una acción individual. En consecuencia, si bien esa negativa promueve el respeto a la autonomía de la voluntad, desatiende el interés que la sociedad tiene en el cumplimiento del Derecho, más allá del interés de los particulares afectados.

VII.3.3. Propuesta de un sistema de *opt-in* en materia de acuerdos

Se ha defendido la idea de estipular un sistema de *opt-in* en materia de acuerdos transaccionales. Se afirma que de esta manera se evitaría la colusión entre demandado y abogados de la clase, en perjuicio de sus integrantes. Al ser pocos los obligados por el acuerdo, los honorarios del abogado resultarían más bajos y sus incentivos para acordar en una etapa temprana del proceso se desmoronarían. Se trata, en síntesis, de una preferencia por el litigio en perjuicio de la opción del acuerdo.³⁸⁶ También se ha propuesto estipular una instancia de aceptación voluntaria del acuerdo transaccional en el Derecho argentino. El mecanismo podría guardar cierta analogía con la verificación de créditos prevista en la Ley de Concursos y Quiebras y requeriría de la conformidad de determinadas mayorías para la homologación judicial de la propuesta. Se alega que el procedimiento sería más “democrático” que el previsto actualmente en la Ley de Defensa del Consumidor.³⁸⁷

La regla propuesta provocaría una drástica reducción en el número de individuos abarcados por cualquier acuerdo que se celebre y tornaría extremadamente dificultoso el *enforcement* del Derecho de fondo. Asimismo quitaría estímulos para promover una acción colectiva a aquellos abogados que ordinariamente llevan a cabo este procedimiento con el propósito explícito de llegar a un acuerdo en una fase temprana del litigio. Las propuestas en estudio parecen perseguir este propósito porque descreen de las buenas intenciones de estos profesionales. No obstante ello, la propuesta importa un corte radical, pues en la práctica quita la posibilidad de acceder a la justicia a aquellos reclamos que sólo justifican accionar para llegar a transacción.

³⁸⁶ BRONSTEEN, John, “Class Action Settlements: An Opt-In Proposal”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2005, N° 4, pp. 903-928.

³⁸⁷ CODAZZI, Santiago, “Acciones de clase: la búsqueda de la felicidad”, *EL DIAL EXPRESS*, 23/02/2011.

VII.4. Facultad de exclusión de la clase

La regla que extiende los efectos de la sentencia a todos los integrantes de la clase sin necesidad de que manifiesten su consentimiento es teóricamente compatible con dos alternativas: que los particulares tengan la facultad de quedar excluidos, o que no se les conceda esa facultad.

VII.4.1. En el Derecho de Estados Unidos

El fundamento del mecanismo de *opt out* consiste en garantizar a los integrantes de la clase que prefieran litigar individualmente la posibilidad de hacerlo, quedando excluidos del proceso colectivo. Es una concesión que el Derecho hace al principio de la autonomía de la voluntad, de fuerte presencia en el Derecho constitucional estadounidense. Se alegan también razones de orden práctico: la salida de un número importante de integrantes de la clase, dependiendo de la etapa en que ocurra, permitiría al juez advertir defectos en la representación, o en el acuerdo propuesto. No obstante, es una regla de la que podría prescindirse y requiere justificación. Bien podría imaginarse un sistema que prohibiera a los integrantes de la clase optar por la exclusión y que sólo permitiera acudir a otros mecanismos tales como la impugnación de los actos del legitimado colectivo en caso de representación inadecuada. En el Derecho estadounidense, además, es una regla notoriamente onerosa, pues en el ámbito de las *damages class actions* se exige notificación individualizada a todos los integrantes de la clase que puedan ser individualizados.

La regla tiene detractores severos; entre ellos sobresale David Rosenberg, quien aboga claramente por una acción de clase obligatoria o vinculante (*mandatory class action*). Desde su punto de vista, esta concesión al principio de la autonomía de la voluntad resulta muy onerosa porque dificulta la prosecución del valioso objetivo que las *class actions* promueven: la prevención de ilícitos en gran escala. El fundamento es que en una misma clase pueden existir individuos con reclamos de mayor y menor fuerza y con distintos montos en juego. La posibilidad de actuar individualmente por fuera de la clase tienta a aquéllos que esperan obtener un mejor resultado que el que la clase es capaz de brindarle: aquéllos con reclamos más fuertes y con mayor interés en el caso. En consecuencia, al autoexcluirse la parte más

fuerte del grupo, se reduce la factibilidad de la *class action* y se reduce su aptitud preventiva.³⁸⁸ Desde otra postura, Macey y Miller también afirman que en materia de *small claims class actions* es menester reducir la exigencia de la notificación individualizada, pues los costos que implica para el colectivo superan ampliamente sus beneficios. Dado que el costo de la notificación inicial recae enteramente sobre la actora (mejor: sobre el abogado de la actora, que es quien financia el proceso colectivo), ésta podría no iniciar la acción si esos costos son muy elevados. Consecuentemente, quedarían sin protección los casos en que más necesario es el proceso colectivo, únicamente por el afán del sistema jurídico de concederles una opción que nunca ejercerían.³⁸⁹

La discusión contemporánea en el Derecho estadounidense, en síntesis, divide a quienes postulan la conveniencia de incorporar, al menos en ciertos ámbitos, un mecanismo de *opt-in class action*; quienes postulan una *class action* con la posibilidad de optar por quedar excluido del proceso; y quienes postulan una *class action* de incorporación compulsiva, en que no se conceda esa facultad.

VII.4.2. En el Derecho argentino

Actualmente, en el Derecho del Consumidor argentino y según las interpretaciones que hemos reseñado en el capítulo anterior, parecen convivir de manera simultánea la regla que sólo confiere efectos *ultra partes* a la sentencia estimatoria y la regla que otorga a los integrantes del grupo la facultad de optar por quedar excluidos del proceso. Podemos preguntarnos cuál es la necesidad de contar con un procedimiento de *opt-out* bajo un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis*. Se trata de una regla cuya implementación puede llegar a ser costosa, por lo que debe estar justificada. Si la sentencia en modo alguno afectará al integrante de la clase, entenderíamos que no tiene ningún interés en quedar excluido de sus efectos. El mecanismo de *opt out* es generalmente incorporado en los regímenes en que la sentencia tiene efectos *erga omnes* tanto en caso de acoger la demanda como de desestimarla. En el ámbito de la Rule 23, la estructura de audiencias previas, certificación, control de representatividad y *opt-out* fue creada a partir de 1966 sólo por la modificación en el

³⁸⁸ ROSENBERG, David, "The Regulatory Advantage of the Class Action", en VISCUSI, W. Kip, *Regulation Through Litigation*, 1ª edición, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2002, p. 281 y ss.

³⁸⁹ MACEY y MILLER, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

alcance de la cosa juzgada³⁹⁰; se ha llegado a decir que la facultad de autoexclusión es incompatible con el régimen de cosa juzgada *secundum eventum litis*.³⁹¹

Como hemos señalado, no existe en el Derecho bonaerense una regla expresa que dé esa opción y no se ha planteado la necesidad de una modificación legislativa ni la inmediata aplicabilidad del estatuto nacional. La opción legislativa bonaerense parece estar justificada si atendemos a la fundamental similitud entre el texto de la ley 13.133 y el Código Brasileño de Defensa del Consumidor: si la sentencia que rechaza la acción no hace cosa juzgada, no tiene sentido dar a los particulares la opción de quedar fuera del proceso. No obstante ello, en un trascendente fallo de la provincia de Buenos Aires y por aplicación de la doctrina judicial emanada de "Halabi" se entendió que correspondía garantizar el ejercicio de esa opción a los consumidores integrantes de la clase.³⁹²

En el capítulo V tratamos un problema cercano: si tiene sentido garantizar que la representación del colectivo sea adecuada en nuestro sistema de acciones de clase y afirmamos que hay razones de peso para conceder esta garantía, porque el sistema no excluye definitivamente la posibilidad de que el proceso colectivo afecte al particular. Pero esta conclusión no puede trasladarse automáticamente a la resolución del problema actual, porque si bien en ambos casos el objetivo es la protección del interés del principal ante la acción errada o deliberadamente perjudicial de su agente, la solución propuesta es muy diferente. En un caso el individuo opta por marcharse y salvaguarda exclusivamente su propio interés; en el otro, el control del particular, del juez, o de quien cuestiona la representatividad del actor beneficia al conjunto,³⁹³ es una acción individual con características de bien público.³⁹⁴ En el primer caso, el particular no debe dar ninguna explicación de su comportamiento, mientras que en el segundo caso debe justificar por qué impugna la actuación del representante. En el primer caso lo que se salvaguarda es la posibilidad de iniciar con posterioridad un reclamo individual, mientras que en el segundo caso, lo que se tutela es la facultad de iniciar otro reclamo individual o colectivo. Finalmente, el control de representatividad adecuada es un costo que recae principalmente sobre el juez, mientras que la notificación necesaria para garantizar el

³⁹⁰ NOTE, "Developments in the Law: Class Actions", *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976, pp. 1395-1396.

³⁹¹ GIDI, *op. cit.*, p. 399.

³⁹² "Asociación Civil de Usuarios Bancarios Arg. c. AMX Argentina SA s. materia a categorizar", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 1ª, 22 de diciembre de 2009, publicado en *EL DIAL*, 02/07/2010 y en *LA LEY*, 15/06/2010, 3. Comentado por IRIGOYEN TESTA, Matías, "Revisión judicial de la doctrina del caso 'Halabi' (telefonía móvil y acciones de clase)", *LA LEY* 15/06/2010, 3 (La Ley Online).

³⁹³ BRONSTEEN, John y FISS, Owen, "The Class Action Rule", *Notre Dame Law Review*, Vol. 78, N° 5, 2005, p. 1442.

³⁹⁴ LESLIE, Christopher, "The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements", *Florida Law Review*, Vol. 59, N° 1, 2007, pp. 113 y ss.

ejercicio de la opción es un costo que puede resultar extraordinariamente mayor (dependiendo de la modalidad de notificación) y que recae en general sobre la actora.

Existen además algunas situaciones de potencial perjuicio para el integrante de la clase que no podrían ser resueltas mediante el control de la representatividad. Por ejemplo, Leandro Giannini aventura que el instituto podría tener alguna sentido en caso de acogimiento parcial de la demanda que no resulte conveniente al integrante de la clase.³⁹⁵ Otra explicación posible, que abordaremos en el capítulo VIII, es que los integrantes del grupo respondan por los gastos del proceso. Podríamos entender que estas dos explicaciones se vinculan. En efecto, en caso de acogimiento parcial de la demanda es posible que las costas se impongan por su orden y que los integrantes de la clase deban responder por las mismas. Otra situación perjudicial no vinculada a la representación adecuada remite al carácter personalísimo del contrato de prestación de servicios jurídicos. Es posible que un integrante de la clase sencillamente no esté de acuerdo con la actuación del abogado del representante de la clase y pretenda contratar a otro profesional para accionar individualmente. En ese caso se explicita el conflicto entre el respeto a la autonomía de la voluntad y el interés social en la colectivización de la solución al conflicto.

Dado que las reglas de control de representatividad adecuada y facultad de exclusión tienen un funcionamiento y efectos distintos, debemos observar si en nuestro sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis* existe redundancia entre las mismas y es conveniente eliminar alguna de ellas (como ocurre en la legislación consumerista bonaerense), o si es preciso conservar a las dos (como ocurre en la legislación consumerista nacional).

La concesión del derecho a apartarse de la clase es un reaseguro de la fidelidad del representante y una garantía de la protección de los representados. No obstante ello, parece extraordinariamente oneroso y disvalioso exigir mecanismos de publicidad particularizados como en el Derecho estadounidense dado nuestro sistema de cosa juzgada. La solución más acorde a este sistema parece ser la del Derecho bonaerense, o al menos la concesión de la facultad y la simultánea aplicación de un régimen de notificación no excesivamente oneroso. Claramente la eficacia de la garantía es inferior, pero se reducen los costos de administración. Si, por el contrario, se exige una notificación más incisiva, aumenta la eficacia de la garantía, pero los costos de administración también se elevan. Este dilema ha sido recientemente analizado en un fallo en que explícitamente se observó que la notificación en nuestro sistema no debe ser tan gravosa (ni para el demandado, ni para el actor) atento a que la cosa juzgada

³⁹⁵ GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p. 230.

sólo extenderá sus efectos si acoge la demanda.³⁹⁶ Adicionalmente debe observarse que un régimen de notificación muy riguroso, que, por ejemplo, exija comunicaciones individuales a los integrantes de la clase, tendría como efecto una reducción en el acceso a la justicia si es el actor quien carga con el costo de esa notificación. Esto ocurre porque al momento de optar por accionar el legitimado colectivo efectúa una comparación de costos y beneficios tal como lo hace el particular y si los costos esperados aumentan manteniéndose constante el beneficio, la probabilidad de demandar se reduce.

Parece existir una inconsistencia en la comparación de regímenes de cosa juzgada y facultad de autoexclusión en el sistema nacional y en el de la provincia de Buenos Aires. En efecto, la regla bonaerense de cosa juzgada es más estricta que la nacional, dado que limita en alguna medida la posibilidad de volver a interponer una acción *colectiva* ante el rechazo de la primera (mientras que en Nación no existe tal restricción). No obstante ello, no contempla la facultad de autoexclusión (mientras que el régimen nacional sí lo hace). No hay razones de peso para justificar que un régimen sea tanto más favorable para los consumidores que su alternativa. Si los Legisladores nacional y provincial pretendieran otorgar garantías semejantes a los justiciables, lo razonable sería que el sistema más severo de cosa juzgada se vea acompañado por reglas más garantistas en materia de notificación. En todo caso diremos que ausente la interpretación judicial que hemos reseñado, el sistema nacional es mucho más favorable a los particulares que el de la provincia de Buenos Aires.

Atento a lo expuesto precedentemente podemos observar cuáles son las consecuencias funcionales derivadas de la adopción de la facultad de exclusión o su rechazo. Esta cuestión también puede vincularse al debate que expusimos en el capítulo anterior entre la regla de cosa juzgada *erga omnes pro et contra* y su alternativa *secundum eventum litis*. Recordemos que en ese capítulo sugerimos que si el propósito del Legislador consiste en reducir costos de administración, es razonable sancionar una regla de preclusión bilateral con amplias garantías para los integrantes de la clase en los casos de daños masivos, y una regla de preclusión unilateral y menos costosa para los casos de microdaños. De esa formulación surge que la regla de la preclusión bilateral debería ir acompañada de la opción de la autoexclusión (una de las garantías identificadas), mientras que su alternativa, respetando el explícito objetivo de reducir costos administrativos, no debería conceder esa posibilidad, o al menos no debería exigir que se incurra en costos para su ejercicio. En consecuencia, si nuestro propósito fuera la

³⁹⁶ “Consumidores Financieros Asociación Civil c. Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 22/08/2013, con comentario de MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Publicidad de las acciones colectivas”, *LA LEY* 18/11/2013, 6.

minimización de costos administrativos sugeriríamos dos vías paralelas para los conflictos en estudio. Por una lado la de los daños masivos, que incluiría una regla de preclusión bilateral, la concesión de la facultad de autoexclusión y un mecanismo de notificación amplio. Por otro lado la de los microdaños, que incluiría una regla de preclusión unilateral y la denegación de la facultad de autoexclusión, o la no exigencia de mecanismos de notificación gravosos previos a su ejercicio.

Otra cuestión a analizar es la efectividad del acuerdo o transacción ante la posibilidad de los particulares de apartarse de él.³⁹⁷ El ejercicio de esta opción será muy distinto en los casos de *mass torts* y en los casos de microdaños: en los primeros se espera que sea elevado, mientras que en los segundos se estima que será menor. En consecuencia, el demandado en una *mass tort class action* sabe que el acuerdo al que arribe no le garantizará la solución definitiva del conflicto, por lo que puede que sus incentivos para acordar sean inferiores o que no esté dispuesto a pagar demasiado en el acuerdo, en atención a lo que le espera. Si no está dispuesto a invertir en el acuerdo, disminuye su atractivo para los representantes de la clase y aumentan las chances de que los particulares opten por quedar excluidos, con lo que podría generarse un círculo vicioso.

La doctrina argentina ha manifestado que es disvaliosa la amplísima facultad que la Ley de Defensa del Consumidor concede a los integrantes de la clase para optar por quedar excluidos del acuerdo. Sostienen que esa posibilidad conspira contra la celebración de todo tipo de acuerdo, dado que el proveedor no suscribiría la transacción si no tuviera la certeza de que eso pondrá fin al conflicto.³⁹⁸ Otros autores subrayan la falta de regulación del modo en que debe ser ejercido este derecho.³⁹⁹ Finalmente, hay autores que pronostican que el derecho no será ejercido, dado que no se legisla acerca del modo en que se difundirá la existencia del acuerdo y la posibilidad de excluirse de él.⁴⁰⁰

En los términos expuestos anteriormente diremos que si muchos particulares optan por apartarse del proceso colectivo es porque la presunción legal (la asignación del derecho a litigar al representante recrea la situación eficiente que se daría en un mundo sin costos de transacción) que ordinariamente es correcta, falló en el caso concreto.

³⁹⁷ Analiza la cuestión HENSLER, *op. cit.*, p. 109 y ss.

³⁹⁸ VERBIC, Francisco, "La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361", *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2009-I, pp. 166-167; GRILLO CIOCCINI, Pablo A., "La ley 13133 de la prov. de Buenos Aires (Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios) Primeras impresiones sobre sus aspectos procesales", *SJA* 2/6/2004; *JA* 2004-II-917 (Lexis N° 0003/010595, p. 10-11).

³⁹⁹ VIEL TEMPERLEY, Facundo, "Acciones colectivas. Dificultades prácticas", *LA LEY* 2008-C, 996.

⁴⁰⁰ GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María V., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", *JA* 2008-III-1353; *SJA* 20/08/2008 (Lexis N° 0003/013985, p. 80).

VII.5. Conclusiones

La integración de la clase a la que se extenderán los efectos de la sentencia en el proceso colectivo puede efectuarse de dos modos distintos. Por un lado, puede requerir la intervención activa de los interesados. Por otro lado, puede ser automática. Esta última regla reduce los costos de transacción en que deberían incurrir las partes aplicando la primera regla y facilita la integración de un grupo numeroso al que se extenderá el pronunciamiento colectivo. El Derecho favorece ese resultado, porque es un medio más eficaz que la alternativa para realizar las funciones *acceso a la justicia y prevención de ilícitos*. Es además una regla eficiente, porque recrea la situación a la que arribaría el colectivo y el representante en ausencia de costos de transacción.

La regla que concede a los particulares la facultad de apartarse del proceso es una concesión al principio de autonomía de la voluntad. La eficacia de esa regla como mecanismo que permita a los particulares tomar conocimiento de la existencia del proceso colectivo y efectuar una elección fundada entre quedarse o apartarse del mismo, requiere un mecanismo de notificación más amplio que el actualmente existente en el Derecho argentino. De lo contrario, prácticamente no se distingue en sus efectos de la alternativa, que no contempla tal facultad. Ésta obliga a los interesados a impugnar el accionar del representante, en caso de que no les satisfaga, dentro de los márgenes del control de la representación, pero no da la opción de quedar fuera.

La simultánea aplicación de la regla de cosa juzgada *erga omnes secundum eventum litis* y la facultad del *opt out* plantea interrogantes análogos a los que observamos al estudiar la coexistencia de la cosa juzgada *secundum eventum litis* y el control de la representación adecuada. En ambos casos se pretende dar la máxima protección al interés del representado, en este caso otorgándole la facultad de ejercer voluntariamente una facultad de exclusión. Sin embargo las conclusiones no resultan directamente aplicables, porque difieren los requisitos del instituto, los efectos y los costos con que grava a los participantes en el proceso.

De manera coherente con lo que sugerimos en el capítulo anterior, la minimización de costos de administración requeriría reglas alternativas en materia de daños masivos y de microdaños. Si nuestro propósito fuera la minimización de costos administrativos sugeriríamos dos vías paralelas para los conflictos en estudio. Por una lado la de los daños masivos, que incluiría una regla de preclusión bilateral, la concesión de la facultad de autoexclusión y un

mecanismo de notificación amplio. Por otro lado la de los microdaños, que incluiría una regla de preclusión unilateral y la denegación de la facultad de autoexclusión, o la no exigencia de mecanismos de notificación gravosos previos a su ejercicio.

La distinción entre el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor y el de la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires, por la cual el primero concede la facultad de autoexclusión y el segundo no lo hace, implica que el primero hace una mayor concesión al ejercicio de la autonomía de la voluntad que el segundo y asimismo importa mayores costos administrativos, en términos de demora y fijación de mecanismos de notificación y ejercicio del derecho.

IX. OTRAS CUESTIONES PROCESALES

IX.1. Introducción

El objetivo de este capítulo consiste en abordar algunas cuestiones procesales cuya solución suscita dudas en la doctrina argentina. En todos los casos observaremos la eficacia de las reglas propuestas para reducir los costos de error y costos administrativos del sistema, dos objetivos distintos y que pueden entrar en conflicto, descriptos en el apartado II.4.1 de este trabajo.

Nuestra hipótesis es que ante la disyuntiva entre priorizar uno u otro objetivo, la decisión del Legislador varía y no siempre es coincidente, más aún cuando se incorporan otros objetivos como el acceso a la justicia, la prevención de ilícitos o la reducción de costos administrativos, etc. Más bien, lo que encontramos, tal como señalamos precedentemente, es un compromiso entre los distintos objetivos, un sistema que pretende hacer muchas cosas más que una en exclusiva, sin que resulte posible hallar un patrón común.

El aporte de este capítulo será un enfoque original, diferente a los mecanismos que la dogmática jurídica emplea habitualmente para resolver las controversias y dificultades interpretativas que han surgido.

IX.2. Evolución y estado actual de la cuestión

Dado que abordaremos distintas cuestiones puntuales, resulta imposible hablar en general del estado actual de la cuestión en la materia, por lo que al tratar cada regla en particular analizaremos este punto.

IX.3. Certificación. Pluralidad relevante⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ Analizamos este problema en nuestro artículo “Demasiados... o demasiado pocos: ¿cuántos consumidores conforman una clase?”, publicado en la revista electrónica *eIDial, Suplemento de Defensa del Usuario y del Consumidor y de la Regulación de Servicios Públicos*, edición del 02/12/2011, *eIDial.com – DC1779*.

Algunos autores entienden que, antes de la tramitación de la acción colectiva, el juez debe controlar que se cumplan requisitos mínimos que la demanda debe satisfacer para ser admisible con ese carácter colectivo.⁴⁷⁰ La resolución judicial mediante la cual queda habilitada la vía colectiva se denomina, en un explícito paralelismo con el sistema de las *class actions* estadounidenses, “certificación”. Para dictar esa resolución, deben darse por cumplidos los recaudos de admisibilidad enunciados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Halabi”. En primer lugar se debe determinar que hay un “caso”. Si se trata de intereses individuales homogéneos, la acción de clase requiere verificar: a) La presencia de una causa fáctica común; b) Una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho; y c) La constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado; (aunque procederá asimismo cuando exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados). Debe además efectuarse un control de representatividad del representante de la clase. Para ello se requiere a) la identificación precisa del grupo o colectivo afectado, b) acreditar la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y c) la existencia de un planteo que involucre a todo el colectivo.

A los fines de esta investigación, la certificación no resulta tan importante como las exigencias precisadas para que esa resolución se dicte. En el párrafo anterior se enumeró una serie de requisitos y no se incluyó un recaudo de particular interés. Ese requisito es la *pluralidad relevante* de integrantes del grupo, que en el fallo Halabi se indica como una de las cuestiones que la legislación futura debe regular. Analizaremos esta cuestión observando en primer lugar los antecedentes en el Derecho comparado, en el Derecho proyectado y, finalmente, las funciones sociales de interés.

IX.3.1. El requisito de la pluralidad en el Derecho comparado

1. *Class actions* en Estados Unidos

La célebre Regla 23, que conforma la legislación federal madre en materia de *class actions*, estipula una serie de requisitos para la admisibilidad de un proceso de este tipo. El primero de ellos, enunciado en el inciso (a)(1) consiste en que la clase sea tan numerosa que la

⁴⁷⁰ MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, “Certificación de una acción de clase”, *LL* 3/12/2009, 1; “Asociación Civil de Usuarios c. Bancarios C./AMX Argentina”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, 22 de diciembre de 2009, publicado en *EL DIAL*, 02/07/2010 y en *LA LEY*, 15/06/2010, 3.

actuación conjunta (litisconsorcio), o la comparecencia de todos sus integrantes sea impracticable.⁴⁷¹ Se denomina a este requisito *numerosity*, o *impracticable joinder*,⁴⁷² y las legislaturas locales han resuelto el punto del mismo modo.⁴⁷³

Se interpreta que este requisito es una concesión al principio de la autonomía de la voluntad, pues, en caso de que el litisconsorcio sea *practicable*, será menester contar con el consentimiento de todos los afectados para proceder en sede judicial. Sin embargo, como la ley no fija un número mínimo de integrantes de la clase, la regla resulta muy flexible, dependiente de las circunstancias de hecho de cada caso y difícil de analizar teóricamente.⁴⁷⁴ Entre los factores a considerar para determinar si existe o no esa *impracticabilidad del litisconsorcio*, se halla la dispersión geográfica de los integrantes de la clase y el carácter relativamente exiguo de sus reclamos.

Esta flexibilidad ha provocado resultados notables. Así, por ejemplo, se señalan casos en que se certificaron acciones de clase en representación de grupos integrados por menos de cincuenta personas.⁴⁷⁵ En otros casos, por el contrario, los integrantes del grupo se cuentan por cientos, e incluso miles.

En ocasiones los demandados alegan que la pretendida clase no es tal, ya que la impracticabilidad de conformar litisconsorcio deriva de la existencia de distintas clases, más pequeñas, que el actor pretende unificar en una sola. Otro problema se plantea cuando se expande el número de integrantes de la clase introduciendo a las personas que aún no han sido lesionadas pero lo serán *en el futuro*, e incluso se incorpora a las personas que aún no han tenido exposición a la sustancia tóxica dañosa. Se ha criticado esa práctica como una manera espuria de satisfacer el requisito de la *numerosity*.

2. Protección de los consumidores en la legislación de Chile

⁴⁷¹ Según CUETO RÚA, Julio, "La acción por clase de personas (Class actions)", *LA LEY* 1988-C, 952 (La Ley Online, p. 4); TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, "Class action. Una solución al problema de acceso a la justicia", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 58, 1987, p.152; GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, p. 89.

⁴⁷² Véase, entre otros, GIDI, Antonio, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, p. 367 y nota 167; DONELAN, Charles, "Prerequisites to a Class Action Under New Rule 23", *Boston College Law Review*, Vol. 10, N° 3, 1969, pp. 530 y ss.

⁴⁷³ ROWE, Thomas D., "State and Foreign Class-Action Rules and Statutes: Differences From –And Lessons For? – Federal Rule 23", *Western State University Law Review*, Vol. 35, N° 1, 2007, pp. 106-107.

⁴⁷⁴ NOTE, "Developments in the Law: Class Actions", *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976, p. 1454.

⁴⁷⁵ SCHUWERK, Robert P., "An Overview of Class Action Litigation in the United States of America", en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, p. 151 y ss.

La ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores de Chile crea un procedimiento para “cautelar el interés colectivo o difuso de los consumidores”. En su artículo 52 estipula que corresponderá al tribunal declarar la admisibilidad de la acción deducida a tal fin, verificando la concurrencia de ciertos elementos. En lo que nos interesa, prescribe el inciso (d) del artículo mencionado que el juez debe verificar:

Que el número potencial de afectados justifica, en términos de costos y beneficios, la necesidad procesal o económica de someter su tramitación al procedimiento especial del presente Párrafo para que sus derechos sean efectivamente cautelados. Cualquiera sea el número de afectados, se entenderá que esta circunstancia no concurre si se dan todas y cada una de las circunstancias respecto del caso: el proceso de fabricación, por su naturaleza, contempla un porcentaje de fallas dentro de los estándares de la industria; el proveedor pruebe mantener procedimientos de calidad en la atención de los reclamos, reparación y devolución de dinero en caso de productos defectuosos, sin costo para el consumidor y las fallas o defectos no representan riesgo para la salud.

Nos centraremos especialmente en la primera oración del párrafo citado. Se desprende de la misma que la admisibilidad del procedimiento colectivo depende de una comparación de costos y beneficios que debe efectuar el tribunal en cada caso. Parece existir una relación entre beneficios sociales del proceso colectivo, efectiva tutela de los derechos y número de integrantes del grupo afectados. Si bien la propuesta puede discutirse, parece que esa relación es la siguiente: el proceso colectivo es costoso para la sociedad, por lo que sólo se justifica cuando sus beneficios son relevantes y tales beneficios se dan exclusivamente cuando la afectación se extiende a un número considerable de víctimas.

Esta regla parece reconocer como antecedente un criterio que se propuso en el ámbito estadounidense a principios de la década de los noventa, como reforma a la Regla 23, pero que no prosperó. Esa reforma consistía en la incorporación de una norma que permitiera al juez realizar una evaluación de costos y beneficios para resolver si se justificaba otorgar la certificación a la acción de clase interpuesta. Se denominó a esta regla “*just ain't worth it rule*” (la regla del “no vale la pena”). Ese criterio no se adoptó por distintas razones, entre ellas, por la vaguedad de los términos y la dificultad de dar al juez claras directivas para que pueda resolver cuándo amerita certificar una acción de clase.⁴⁷⁶ La decisión involucraría, irremediabilmente, profundas connotaciones acerca de los objetivos que pretenden realizarse mediante el procedimiento en estudio.

Sin embargo, se observan algunas diferencias importantes entre ambos abordajes. La Regla Federal estadounidense distingue claramente dos aspectos: el número y la evaluación

⁴⁷⁶ HENSLER, Deborah R., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, 1ª edición, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, 2000, pp. 473-476.

de costos y beneficios. El primer aspecto, de carácter formal, ha sido incorporado a la legislación; el segundo, vinculado al mérito del caso, no ha tenido tal suerte. La normativa chilena, por el contrario, establece un vínculo *inseparable* entre ambos aspectos, fijando una relación entre extensión de la afectación y beneficios sociales. Amén de ello, estipula una serie de condiciones bajo las cuales la pluralidad de afectados no basta para considerar justificado el proceso colectivo.

3. Criterios alternativos en el Derecho Comparado

La cuestión es abordada de otro modo por otras jurisdicciones. Por ejemplo, en el ámbito del *Common Law*, el Estado de Ontario, en Canadá, estipula que el requisito de la *numerosity* se tiene por satisfecho con la pluralidad mínima: dos personas. En Australia, por el contrario, deben reunirse siete personas. Otros Estados, como Suecia, España y Austria no fijan norma alguna atinente a este requisito.⁴⁷⁷ Tampoco lo hace Brasil en el Código de Defensa del Consumidor.⁴⁷⁸

En el ámbito del *Derecho comparado proyectado*, podemos referir a la experiencia del *Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Estipula este proyecto, en su artículo segundo, que es requisito de la demanda colectiva, entre otros,

...la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas. [El destacado nos pertenece.]

Con esta regla, el Proyecto se aparta de su antecedente inmediato (la legislación brasileña) e introduce una regla cercana a la del Derecho federal estadounidense.

IX.3.2. El requisito de pluralidad en el Derecho argentino

Los distintos regímenes legales que incorporan al Derecho argentino reglas en materia de acciones de clase no contemplan el requisito de la pluralidad relevante. No lo hacen la Ley

⁴⁷⁷ STUYCK, Jules, *et al.*, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final Report*, The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law, Katholieke Universiteit Leuven, Belgium, 2007, pp. 286 y 287.

⁴⁷⁸ GIDI, Antonio, “Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, p. 368.

de Defensa del Consumidor, ni el Código de Implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios de la provincia de Buenos Aires, ni la recientemente reformada Ley de Amparo de esa provincia, ni los restantes estatutos provinciales.

Es en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Halabi”, donde se afirma que la legislación deberá estipular cuándo existe una “pluralidad *relevante* de individuos” (Considerando 12°).⁴⁷⁹ La Corte brinda al Legislador una libertad de decisión tan amplia que éste bien podría considerar suficiente la existencia de dos afectados. Sin embargo, la sola mención de la cuestión demuestra su importancia: sugiere que no basta la mera pluralidad, sino que ésta debe revestir cierta entidad. Considera a la acción colectiva un procedimiento de excepción, por lo que no habiendo pluralidad *relevante*, los afectados deberían accionar individualmente o acudir al mecanismo del litisconsorcio.

En el Derecho *proyectado*, podemos mencionar algunas alternativas de interés. Algunos proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación prevén una regla similar a la del Derecho federal estadounidense que hemos observado.⁴⁸⁰ Un proyecto prevé la inclusión de la fórmula “*pluralidad relevante*”, sin dar mayores precisiones en sus fundamentos para determinar bajo qué condiciones se tiene por satisfecho ese extremo.⁴⁸¹ Finalmente, un proyecto de ley presentado ante el Senado de la Nación estipula un piso de 30 integrantes para la admisibilidad de la acción de clase.

La acción de clase es el proceso judicial que permite a un grupo mayor a treinta (30) personas físicas y/o jurídicas demandar la reparación del daño común o hacer cesar la amenaza sobre sus derechos.⁴⁸²

La *judicatura* ha tenido oportunidad de pronunciarse recientemente sobre la cuestión. La Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal, en los autos caratulados “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco de la Nación Argentina s/ repetición”,⁴⁸³ con fecha 12 de mayo de 2011 rechazó el recurso de apelación planteado por la demandada contra la resolución de primera instancia que no había hecho lugar a la excepción de falta de

⁴⁷⁹ CSJN, H 270, XLII, “Halabi, Ernesto c/PEN s/ Amparo”. (eIDial.com - AA4FEF).

⁴⁸⁰ Por ejemplo, http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=1786/09&nro_comison=&tConsulta=3.

⁴⁸¹ Puede consultarse en <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2540-D-2011>.

⁴⁸² El proyecto puede consultarse en http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=3396/10&nro_comison=&tConsulta=3.

⁴⁸³ Publicado en eIDial.com - AA6EB5.

legitimación planteada. La recurrente, en su memorial y entre otras razones, “... *destacó el número limitado de clientes que quedarían comprendidos en el reclamo deducido en estos autos y las situaciones disímiles de estos sujetos.*” Sin embargo, el Tribunal consideró inadmisibles esos argumentos, “... *ya que no existen reglas que establezcan el conjunto de personas individuales que deben quedar comprendidas entre los sujetos afectados por la conducta cuestionada en el proceso...*” y “... *lo relevante no es la diversa situación de los clientes del banco, sino que a todos los que se encuentran en la misma situación les haya sido aplicada la conducta que se atribuye a la demandada.*”

De lo expuesto en los párrafos anteriores se desprende que no existe un criterio uniforme en el Derecho argentino con respecto a la necesidad de incorporar el recaudo en estudio, ni tampoco con respecto al mecanismo más adecuado para su instrumentación.

IX.3.3. Los fundamentos la regla en estudio

En este apartado intentaremos hallar razones que expliquen las reglas en materia de *numerosity*. Se ha afirmado que la regla del Derecho estadounidense se debe exclusivamente a la persistencia de la tradición y de la historia y que carece de fundamentos prácticos.⁴⁸⁴ No obstante, es posible hallar algunas explicaciones alternativas.

La discusión en torno a la incorporación al Derecho argentino del requisito de la pluralidad relevante debería, en primer lugar, encauzarse en torno a la siguiente pregunta: ¿qué inconveniente acarrearía la promoción de una acción colectiva en que el número de afectados fuera inferior a cierto nivel “óptimo”?

Podríamos señalar algunas razones por las cuales el juez debería rechazar una acción colectiva que proponga tutelar a un grupo *reducido* de individuos. En primer lugar, si el Estado debe incurrir en ciertos costos fijos para atender a toda acción colectiva (por ejemplo, costos de registración y publicidad) y esos costos fijos superan el gasto en que debería incurrir el actor para identificar a sus pares y llevar a cabo una acción conjunta, la solución legal restrictiva resulta satisfactoria. Como sociedad, consideraríamos preferible que los particulares incurran en esos gastos para tomar una decisión común, por resultar menores a los que impondría la acción colectiva al Estado. Y parecería que esos costos privados son menores, cuanto menor es la clase. En otras palabras: si el litisconsorcio resulta *practicable*, por simples razones de economía preferimos que efectivamente *sea practicado*.

⁴⁸⁴ GIDI, *op. cit.*, p. 368.

En segundo lugar, si interpretamos que la acción colectiva es un mecanismo de fomento del acceso a la justicia, la sociedad sólo se verá beneficiada cuando esa acción repare una situación en que esa garantía se vea amenazada y el nivel de litigiosidad sea inferior a lo deseable. El óptimo de litigación se determina contemplando costos y beneficios sociales y entre éstos se cuenta la reducción en el número o gravedad de los accidentes como consecuencia de una mayor inversión en medidas de prevención. Es posible que, en materia de relaciones de consumo, los mecanismos de prevención que eviten el daño a un elevado número de víctimas sean más acuciantes, más requeridos, o más eficientes que los mecanismos que tienen una difusión reducida. Si los beneficios del proceso colectivo en materia de prevención y desaliento a la distorsión del mercado son mayores cuanto más cuantiosa sea la clase, nuevamente la regla sería adecuada.

Ejemplo de lo anterior podría ser el siguiente. Observamos que las reglas en estudio promueven distintos objetivos y no sólo los que explícitamente abordamos. La regla de la pluralidad relevante puede considerarse un *subsidio a los pequeños proveedores*. En efecto, una PYME *en líneas generales* carece de la aptitud para lesionar a un colectivo de individuos tan amplio como sí puede hacerlo una empresa que se extiende por todo el país (imaginemos, por ejemplo, un proveedor local del servicio de televisión por cable en comparación con otro de alcance nacional). Luego, negarle al afectado por la PYME la vía colectiva es un beneficio que ésta ostenta frente a la empresa que no es PYME, porque en la práctica podría eximirse de responsabilidad ante reclamaciones de menor cuantía. Y este efecto se vincula con lo señalado en el párrafo anterior: la distorsión en el mercado que provoca el pequeño proveedor no es tan gravosa como la que provocaría un gran proveedor.

Una explicación alternativa podría ser que el requisito se exija sólo en los casos de reclamos que *justifican* promover un juicio individual. Señalamos que la doctrina argentina suele referir a este fenómeno utilizando el concepto de “daño masivo” y refiriendo al fenómeno conocido en el extranjero como *mass torts*. Se observa que en estos casos, la multiplicidad de acciones individuales implica una amenaza de colapso para el sistema de administración de justicia. Si el grupo de afectados es *poco numeroso* y cada uno de ellos promueve un juicio individual, el sistema de Justicia podrá absorber esos procesos sin mayores problemas. Si, por el contrario, el grupo de afectados es numeroso, la posibilidad, bastante cierta, de que se promueva una multitud de procesos individuales se convierte en una situación problemática. Sólo en ese último caso, para evitar un mal mayor, se concedería la vía colectiva a los titulares de reclamos individualmente viables.

La regla que limita el proceso colectivo a los casos de pluralidad relevante de afectados resultaría, en cualquiera de los casos señalados, una aplicación tácita del criterio de comparación entre costos y beneficios. Su ventaja, respecto de otras formulaciones que explícitamente aluden a esa comparación, como la reseñada del Derecho chileno, radica en una más fácil aplicación para los jueces.

Una segunda pregunta que debemos plantearnos atañe a la necesidad práctica de una regla semejante. Podemos cuestionarnos si existen incentivos adecuados como para que un agente decida accionar en representación de un grupo de consumidores mínimo. Como toda regla que fija una limitación a la conducta, esta norma prohibiría a las personas iniciar una acción colectiva cuando el número de afectados sea menor a cierta cifra. Sin embargo, en el sistema jurídico argentino no parecen existir incentivos para promover acciones colectivas en tal situación. Lo mismo ocurre en cualquier sistema en que la regulación de honorarios guarda alguna relación con el número de integrantes de la clase, o la masa patrimonial involucrada: los incentivos para el letrado sólo nacerán cuando esa masa garantice una regulación de honorarios cuantiosa. Por definición, las normas jurídicas *prescriben*, pero en este caso particular, la norma no haría más que *describir* una situación típica: no existiría interés en iniciar una acción colectiva si la clase no exhibe una pluralidad relevante de integrantes.

Una tercera cuestión radica en determinar cuál es la técnica más adecuada para incorporar el criterio de pluralidad relevante en el Derecho argentino si consideramos que debe hacerse. Como hemos observado, las alternativas en el Derecho comparado son al menos tres: (1) establecer por decisión legislativa un número mínimo de integrantes del grupo; (2) delegar al juez esa decisión, indicándole o no la aplicabilidad de un criterio de costos y beneficios para resolver; (3) no regular la cuestión. Podemos observar que la tendencia mayoritaria consiste en no fijar un piso numérico y en dejar librado al juez, con conocimiento sobre las circunstancias particulares de hecho, la decisión al respecto.

Consideramos que en la actualidad de la práctica jurídica argentina no existen incentivos como para que una persona inicie un proceso colectivo en representación de un número mínimo de representados. Por lo tanto es prudente delegar al juez la facultad de decidir si en el caso concreto existe o no una pluralidad relevante de individuos, apelando a una regulación legislativa que se limite a incorporar el concepto sin incorporar una cifra determinada.

IX.4. Existencia de cuestiones comunes

Es requisito para la tramitación de la acción de clase que existan cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los afectados, o “condiciones similares” (art. 54 LDC). Sin embargo, no basta cualquier característica compartida por un grupo de damnificados. Por ejemplo, todos los accidentes de tránsito acaecidos en la misma semana del año comparten un aspecto común, pero ese aspecto es irrelevante. El requisito exige que exista unidad de causa de las afectaciones, u homogeneidad de intereses. En los términos expuestos en el fallo “Halabi”, se requiere una causa fáctica homogénea, esto es, un hecho común que provoca lesión a derechos individuales y se requiere que sea posible demostrar de manera común los presupuestos de la pretensión, *salvo en lo que hace al daño individual sufrido por los miembros del grupo*.

Como señala Francisco Verbic, este último aspecto fue desarrollado cuidadosamente en la sentencia de la Corte en la causa “PADEC c. Swiss Medical”. En su voto, el Dr. Petracchi explica:

... la diversidad en materia de intereses económicos es una característica que necesariamente se da entre los consumidores de cualquier producto o servicio [...] toda afectación de los intereses del grupo repercutirá –ineludiblemente- de manera distinta en sus integrantes, de acuerdo con la situación económica individual de cada uno de ellos”.⁴⁸⁵

De lo anterior se desprende que la entidad de la repercusión sobre los particulares no es un elemento que necesariamente debe tenerse en cuenta para decidir si existe o no homogeneidad.

Si bien es fácil excluir algunos casos en que evidentemente no existe homogeneidad, el criterio es lo suficientemente vago como para que exista una zona de penumbra y casos dudosos. Un ejemplo relevante para la práctica judicial contemporánea en nuestro país es el de las cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Se trata de contratos masivos, de adhesión, en que la intervención peculiar del damnificado es prácticamente inexistente. El único elemento relevante a evaluar es la conducta del proveedor. Esos fundamentos han inspirado implícitamente a algunas resoluciones en que se habilitó el tratamiento colectivo de acciones

⁴⁸⁵ VERBIC, Francisco, “La decisión de la CSJN en ‘PADEC C. SWISS MEDICAL’. Ratificación de ‘Halabi’ y confirmación de las bases para un modelo de tutela colectiva de derechos en Argentina”, *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 2013-B. Ratifica y amplía este criterio el Máximo Tribunal en la causa “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”, CSJN, 24 de junio de 2014, publicado en el sitio web oficial de la CSJN.

iniciadas por tales ilícitos.⁴⁸⁶ Sin embargo, en otros casos se ha considerado que mediaban suficientes diferencias entre los damnificados como para no conceder ese trámite.⁴⁸⁷

Para determinar si existe homogeneidad, es preciso fijar un criterio de decisión. Ese criterio debe vincularse al contenido de la sentencia común. Cuanto *más acotado* sea el contenido de la sentencia, *mayor* será el número de casos a los que podremos considerar homogéneos sin que existan distorsiones graves. Y a la inversa, el objetivo reducción en el costo de error requiere que cuanto más se resuelva en la sentencia colectiva, menor sea el grupo vinculado. Este balance se halla tras la decisión del caso “Edesur”: sólo una decisión de contenido muy limitado, referida exclusivamente a la conducta del proveedor y la imputabilidad del daño, fue apta para extenderse a un grupo tan heterogéneo como un colectivo de vecinos afectados. Pero la liquidación del daño sufrido por cada vecino requiere instrumentos más sofisticados. El problema se plantea principalmente en aquéllos casos en que el daño total depende en gran medida de circunstancias personales de la víctima, como su conducta (por ejemplo, el uso que dio a un producto elaborado), o sus características personales (por ejemplo, una mayor predisposición a sufrir cierta enfermedad). En el Derecho argentino, la incidencia causal de la conducta de la víctima provoca una reducción en el monto de los daños que el agente debe resarcir. Esta regla no es ajena al ámbito de las relaciones de consumo, aunque algunos autores postulan una evaluación especial de la conducta del consumidor, que sólo otorgue relevancia causal a graves inconductas.⁴⁸⁸ Nada hace pensar que la introducción de la acción de clase sea razón suficiente para realizar una modificación al respecto. En consecuencia, en estos casos una decisión común con un alcance muy amplio (liquidación del daño) implicaría un costo de error mayor y una distorsión en la adjudicación disvaliosa.

Construir una clase, en síntesis, requiere de habilidades cuasilegislativas. Se trata de determinar cuáles son los rasgos salientes y cuáles los irrelevantes en un conflicto que involucra a un grupo de personas, para determinar quiénes son los sujetos que se hallan en similares condiciones. La legislación realiza esta tarea constantemente, por ello es que su experiencia no puede ser desatendida sin pérdida. Las normas generales constantemente definen clases de sujetos y de acciones a las que vinculan imputaciones normativas.

⁴⁸⁶ Dirección General de Defensa del Consumidor c. Banca Nazionale del Lavoro”, Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Comercial N° 18, 31/08/2004, *Sup. Adm.* 2005 (febrero), 24; *LA LEY* 2005-A, 819; *LA LEY* 2004-E, 962.

⁴⁸⁷ Se considera que no hay homogeneidad en el fallo “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ BBVA Banco Francés SA s/ Sumarísimo”, CNCom Sala A, 16 de noviembre de 2010, *EL DIAL EXPRESS*, 7/4/2011; se adopta la decisión contraria en *PADEC c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/sumarísimo*, del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 14, de fecha 5 de mayo de 2009.

⁴⁸⁸ STIGLITZ, Gabriel A., GANDOLFO, Ana Claudia, “Responsabilidad estricta del industrial por daños al consumidor”, *LA LEY* 1996-B, 794.

La homogeneidad en las afectaciones es un elemento que facilita la tarea del juez e impide que la decisión común provoque distorsiones en la adjudicación. Esas distorsiones no sólo perjudicarían a los integrantes del grupo sino que además generarían *costos de error*, incentivos inadecuados para el agente que podría adoptar medidas de prevención del daño inferiores o superiores al nivel óptimo.

IX.5. Subclases

La Ley de Defensa del Consumidor prevé la posibilidad de crear clases o grupos de afectados para que accedan a la reparación. Esta regla puede asimilarse a la norma del Derecho estadounidense que faculta al juez a distinguir “subclases”. Estos grupos de particulares con características comunes pueden crearse, por ejemplo, cuando existan diferencias en lo atinente al tipo de pretensión,⁴⁸⁹ cuando los integrantes de la clase han tenido un grado diferente de exposición a una sustancia tóxica, cuando alegan haber sufrido daños de distinta gravedad, o cuando se distinguen afectados actuales y futuros. En esos casos puede ser necesario designar diferentes representantes y abogados para cada subclase.

La necesidad de acudir a esta técnica puede ser una señal de que las características comunes no predominan, por lo que el tratamiento del grupo como clase no estaría plenamente justificado.⁴⁹⁰ La distinción de pequeños grupos es un mecanismo intermedio entre la denegación del tratamiento como una clase y su concesión. También puede concebirse como una manera de dar un contenido más amplio a la sentencia en el proceso colectivo. Si el juez pretende avanzar algo más en la resolución colectiva, pero se lo impide la presencia de grupos antagónicos o con características distintas en el seno de clase, la distinción de grupos menores le permitiría dar a cada uno de ellos una solución adecuada a sus necesidades.

Se trata de un mecanismo de refinamiento de la sentencia colectiva, estrechamente vinculado a la cuestión de la homogeneidad analizada en el apartado anterior, que a costa de un aumento en los costos administrativos reduce los costos de error.

⁴⁸⁹ SCHUWERK, Robert P., “An Overview of Class Action Litigation in the United States of America”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, Instituto de investigaciones jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 60, UNAM, 2004, p. 158; DODSON, Scott, “Subclassing”, *Cardozo Law Review*, Vol. 27, N° 5, 2006, pp. 2351-2390.

⁴⁹⁰ MARCUS, Stanley (ed.) *et al.*, *Manual for Complex Litigation*, 1ª edición, Federal Judicial Center, 1969 (4ª edición, 2004, p. 272).

IX.6. Modalidades de notificación y de publicidad

El artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor tácitamente estipula que debe garantizarse a los consumidores una oportunidad para tomar conocimiento del proceso y optar por quedar excluidos de su alcance. Esa oportunidad debe concederse después de celebrado el acuerdo conciliatorio, si lo hay, o antes de que sea dictada la sentencia. No está prevista la forma en que debe instrumentarse esa notificación, ni cuánto tiempo antes de la sentencia debe efectuarse.⁴⁹¹ Algunos estatutos provinciales prescriben que tras la interposición de la demanda en el amparo colectivo deberá darse publicidad, sea mediante edictos, en televisión, en radio, o en diarios de circulación provincial.⁴⁹² Durante un plazo posterior a esta publicidad, otros legitimados institucionales pueden presentarse e invocar mejor derecho para obrar, tras lo cual el juez decidirá a quién otorga legitimación: hallamos esta regla en la normativa provincial,⁴⁹³ y también en fallos recientes.⁴⁹⁴ También se ha ordenado publicar otras circunstancias, como el desistimiento de la acción, por parte de la actora, a su costo,⁴⁹⁵ y el comienzo de la etapa de ejecución de la sentencia.⁴⁹⁶ La ley 13.133 de la provincia de Buenos

⁴⁹¹ Se propone hacerlo tras la resolución que certifica la acción en el fallo “Asoc. Civil de Usuarios Bancarios Arg. c. BBVA Banco Francés SA s/ materia a categorizar”, Juzgado Civil y Comercial de Mar del Plata N° 14, 25 de marzo de 2010, publicado en la web oficial de la Mesa de Entradas Virtual, www.mev.gov.ar; “ACUBA c. AMX”, Juzgado Civil y Comercial de Mar del Plata N° 13, 28 de abril de 2010, publicado en la web oficial de la Mesa de Entradas Virtual, www.mev.gov.ar. Se ordenó la publicación en el Boletín Oficial y en diario de la ciudad sede del juzgado durante tres días para que en el plazo de cinco días tomen intervención otras asociaciones.

⁴⁹² Ley 5034 de Catamarca, art. 16 (Los gastos de publicación son a cargo de la actora, sin perjuicio de lo que luego se resuelva en la sentencia respecto de las costas.); ley 3911 de Chaco, art. 8 (En esta ley, la decisión de dar o no publicidad es optativa para el juez.); Ley 4399 de Jujuy de Tutela de los intereses difusos o derechos colectivos, art. 13; ley 1352 de La Pampa de amparo de los intereses difusos y colectivos, art. 13; ley 2779 de Río Negro de Intereses Difusos y Amparo, art. 15; ley 6006 de San Juan de Protección Jurisdiccional de los Intereses Difusos y Colectivos, art. 9; Código Procesal Constitucional de Tucumán, ley 6944, art. 79; Código Procesal de Tierra del Fuego, art. 659 (La publicación será gratuita en los medios de comunicación estatales.).

⁴⁹³ Arts. 14 y 15 ley 4399 de Jujuy; arts. 9 y 10 ley 6006 de San Juan; art. 79 Código Procesal Constitucional de Tucumán.

⁴⁹⁴ Algunos fallos del fuero comercial nacional también prevén la publicidad a efectos de que otras asociaciones tomen conocimiento del proceso. “Consumidores Libres Coop. Ltda. y otros c. HSBC Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Comercial N° 16 Secretaría 32, 9 de octubre de 2009, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>; “Sosa, Beatriz c. AMX Argentina S.A. Denominación Comercial Claro p. Acción de Amparo” Juzgado de Gestión Asociado Primero, Mendoza, 30 de agosto de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁴⁹⁵ “Damnificados Financieros Asociación Civil p/su Defensa y otro c/Banco Hipotecario S.A. s/Sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Comercial N° 8, Secretaría N° 15, 3 de noviembre de 2008, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁴⁹⁶ “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Bs. As. s/ Incidente de Ejecución (Reservado)”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial n° 18, Secretaría 35, 18 de octubre de 2007, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

Aires prevé la publicidad de la parte resolutive de la sentencia, a través del medio de comunicación que el Juez considere más conveniente, a cargo de quien resulte vencido.⁴⁹⁷

Como se observa, varían los *destinatarios* y la *finalidad* de la notificación. La Ley de Defensa del Consumidor y la ley 13.133 prevén mecanismos para publicitar el proceso entre los representados; por el contrario, de Halabi, de las leyes mencionadas y de ciertos fallos (aún en la provincia de Buenos Aires) surge la idea de publicitar el proceso entre otros potenciales legitimados colectivos. Finalmente, la legislación bonaerense prevé una modalidad especial para la comunicación de la sentencia.

También existe heterogeneidad en los medios empleados. En la mayoría de los casos se publican edictos judiciales,⁴⁹⁸ aunque ciertas circunstancias permiten otro tipo de notificación. Por ejemplo, cuando los representados todavía son clientes de la institución demandada, puede comunicárseles cualquier cuestión relevante en los extractos mensuales de cuenta;⁴⁹⁹ en otra oportunidad se ha ordenado colocar carteles en los lugares de tránsito de los integrantes de la clase involucrada.⁵⁰⁰

La publicidad por edictos del *acuerdo homologado* se efectúa mediante la publicación por un día⁵⁰¹, por dos días,⁵⁰² por tres días,⁵⁰³ y hasta por cuatro días.⁵⁰⁴ En ocasiones, en la

⁴⁹⁷ Por ejemplo, “Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentinos c/ Bazar Avenida S.A. (Red Megatone) s/ materia a categorizar”, Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Mar del Plata, 15 de septiembre de 2010, publicado en la web oficial de la Mesa de Entradas Virtual, www.mev.gov.ar. Se ordenó la publicación por cinco días en un diario de La Plata y otro de la ciudad de Mar del Plata.

⁴⁹⁸ Véase, sólo a modo de ejemplo: *en la provincia de Buenos Aires*: “Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentina c/ AMX Argentina S.A. s/ Materia a categorizar”, Juzgado en lo Civil y Comercial N° 13, Secretaría Única del Departamento Judicial de Mar del Plata, publicado en el diario La Capital, Mar del Plata, 8 de mayo de 2010; *en la provincia de Mendoza*: “Protectora, Asociación de Defensa del Consumidor c/ Instituto Provincial de Juegos y Casinos p/ Amparo”, 5° Juzgado Civil, Comercial y Minas de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, publicado tres veces el 27, 31 de agosto y 2 de septiembre de 2009 en el Boletín Oficial de Mendoza; *en jurisdicción nacional*, véanse notas precedentes.

⁴⁹⁹ “Consumidores Libres Coop. Ltda. y otros c. HSBC Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 16, Secretaría 32, 9 de octubre de 2009, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>; “Asoc Protc Consumidores del Sur PROCONSUMER c/ Galeno Argentina”, CNCom, sala F, 23/05/13, citado por MARTÍNEZ MEDRANO, op. cit.

⁵⁰⁰ “PADEC c. Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, 21/07/12, LA LEY 2011F, 95.

⁵⁰¹ “Asociación de Defensa de Usuarios y Consumidores c/ C&A Argentina S.C.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado en lo Comercial N° 5, Secretaria N° 10, 3 de julio de 2008, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁵⁰² “Proconsumer c/ Banco Santander Río S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 15, 29 de septiembre de 2008, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

resolución judicial se estipula que el edicto sea publicado en forma destacada y en la sección general del diario.⁵⁰⁵ En otros casos se hace expresa mención a su contenido, que debe ser de fácil comprensión y debe aclarar que los usuarios tienen la opción de manifestar su oposición al acuerdo y realizar su reclamo en forma individual.⁵⁰⁶ La publicidad también puede realizarse en la página web de la demandada y en los resúmenes de cuentas que ésta remite a sus clientes (en ocasiones, se ha previsto de manera expresa el tipo de tipografía que debe emplearse), juntamente con los edictos.⁵⁰⁷ También se permite que sean las partes las que convengan en el acuerdo mismo cómo se dará a conocer y el juez se limita a homologar esa cláusula.⁵⁰⁸

En el Derecho comparado encontramos dos modelos extremos en materia de notificación.⁵⁰⁹ Por un lado, el modelo estadounidense, que requiere una notificación intensa e individual cuando sea factible. La Regla Federal 23(c)(2) prescribe que los integrantes de la clase deben recibir “*the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort.*” La notificación debe informar a los particulares que tienen el derecho de optar por la exclusión y que si no lo hacen, la sentencia les resultará oponible. La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió en la causa *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* que, sin importar cuán grande sea la clase, o cuán pequeña sea la reclamación individual, debe notificarse individualmente a *todos* los integrantes de la

⁵⁰³ “Consumidores Argentinos c/ Banco Patagonia S.A. s/ Ordinario”, Juzgado Nacional Comercial N° 1, Secretaría N° 2, 7 de mayo de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁵⁰⁴ “Consumidores Libres Coop. Ltda. Y otros c. HSBC Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 16, Secretaría 32, 26 de febrero 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁵⁰⁵ “Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor G.C.B.A. c/ Bank Boston N.A s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 13, Secretaría 26, 17 de octubre de 2006, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁵⁰⁶ “Unión de Usuarios y Consumidores c. Cablevisión S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 17, Secretaría 33, 16 de marzo de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁵⁰⁷ “Adecua c/ Galicia Seguros SA y otro s/ ordinario”, Juzgado Nacional Comercial N° 10, Secretaría 19, 3 de noviembre de 2009, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>; “Asociación Civ. Prev. Asesoram. Y Def. del Consumidor y otro c/ BBVA Banco Francés SA S/ Ordinario (antes Ortiz, Julio Cesar -accionante-)” Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 21 Secretaría 42, 7 de septiembre de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁵⁰⁸ “PROCONSUMER c. Círculo de Inversores S.A. de Ahorro p/f Determinados s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional Comercial N° 16 Secretaría 32, 12 de abril de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

⁵⁰⁹ GIDI, *op. cit.*, pp. 341-342.

clase que puedan ser identificados mediante un esfuerzo razonable. Esta regla bien puede implicar un costo superior al medio millón de dólares.⁵¹⁰

Por otro lado se encuentra el modelo brasileño que sólo exige la publicación de edictos y que admite que se trata de una formalidad sin mayor trascendencia. El modelo argentino tácitamente parece adscribir a su par brasileño, lo que implica una decisión de reducir costos administrativos. No obstante, existe una diferencia sustancial entre el sistema brasileño y el argentino, pues éste último prevé la facultad de optar por autoexcluirse de la clase. La opción por un mecanismo de notificación deficiente vuelve letra muerta a esta disposición normativa. De esta manera se vulnera la autonomía de la voluntad, pero atendiendo a los costos y a la baja probabilidad de que los afectados por lesiones ínfimas ejerzan la opción, el criterio es atendible.

Recientemente ha sido analizada la cuestión del costo de la notificación en una acción colectiva iniciada por una asociación contra una empresa aseguradora.⁵¹¹ En primera instancia el juez había ordenado a la demandada notificar personalmente la existencia de la acción a cada integrante de la clase mediante una carta cuyo costo debía costear íntegramente. En Cámara, si bien se concordó con el Juez de grado acerca de la importancia de esa notificación, se modificó el mecanismo y se lo sustituyó por otros medios menos gravosos: la colocación de un banner en la página web de la demandada y la comunicación por TV para lo cual se ordenó librar oficio a la AFSCA. La Cámara reconoce que ese mecanismo de notificación no es tan efectivo como su alternativa para que los integrantes del grupo tomen conocimiento de la acción, pero observa que dado que la sentencia desestimatoria no se extenderá a la clase, no es preciso invertir tanto en la notificación como en los regímenes de cosa juzgada *pro et contra*. Asimismo aplica un criterio explícitamente económico para adjudicar *al demandado* el costo de la notificación, pese a que aún no había sido condenado en costas:

Con tal propósito, a criterio de esta Sala aparece conducente requerir a la demandada el cumplimiento de ciertas diligencias, con sustento en la facultad de los jueces de exigir a las partes la colaboración adecuada para que el proceso se desarrolle eficazmente (Fallos: 322:1526) y en tanto es quien se encuentra en mejores condiciones para anotar a sus afiliados. [el destacado nos pertenece]⁵¹²

⁵¹⁰ MACEY, Jonathan R. y MILLER, Geoffrey P., "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, N° 1, 1991, p. 27.

⁵¹¹ "Consumidores Financieros Asociación Civil c. Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 22/08/2013, con comentario de MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Publicidad de las acciones colectivas", *LA LEY* 18/11/2013, 6.

⁵¹² Fallo citado, p. 2. Aplica claramente un criterio de adjudicar la carga a quien está en condiciones de solventarla al menor costo.

En otros fallos por el contrario se ordena que el costo de la notificación a los integrantes de la clase recaiga íntegramente sobre la actora, lo que ha generado la preocupación de la doctrina especializada,⁵¹³ ya que en ocasiones la notificación es muy costosa, lo que conspira en contra de la posibilidad de proseguir con el juicio y atenta contra el objetivo acceso a la justicia.

Resulta más preocupante la deficiente notificación de la resolución judicial cuando ésta requiere ser ejecutada por cada uno de los beneficiarios en un proceso o incidente separado. En ese caso ya no sólo veríamos vulnerada la autonomía de la voluntad, sino que además no se realizarían eficazmente las funciones resarcimiento y prevención de daños. Por ello, la promoción eficaz de estos objetivos, en los procesos que culminan con una sentencia de condena genérica, requiere adoptar medidas de publicidad más amplias que las actualmente aplicadas.

En síntesis diremos que con el actual sistema de cosa juzgada asimétrica, como hemos observado, no hay razones de peso para ser demasiado exigentes con la notificación al colectivo, dado que una sentencia desfavorable no impide accionar individualmente luego, por lo que el ejercicio de la facultad de autoexclusión no se presenta como indispensable. Por el contrario, en los casos en que la ejecución individual recae enteramente sobre los afectados es indispensable garantizar una amplia notificación para que se promuevan los objetivos resarcimiento y prevención de ilícitos.

Estas observaciones simplifican la cuestión referida a la carga de los costos de notificación. En efecto, cargar a la actora con un costo de notificación elevado a fin de permitir a los integrantes de la clase ejercer el derecho de *opt-out* es una solución disvaliosa que conspira contra el objetivo acceso a la justicia y contra las demás funciones sociales valiosas identificadas. En consecuencia esa instancia debería ser de costo reducido o el costo debería trasladarse al Estado o a la contraparte, en los casos en que a ésta le resulte menos gravoso. Por el contrario, la notificación de la sentencia de condena necesaria para la ejecución individual debe ser exhaustiva y por aplicación del régimen de condena en costas al vencido la carga de la misma pesará sobre el demandado.

IX.7. Litispendencia y registros de procesos colectivos

⁵¹³ “Proconsumer c. Walmart”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 10, citado por MARTÍNEZ MEDRANO, *op. cit.*; también “Proconsumer y otro c. Plan Ovalo S.A. s/ sumarísimo”, Cámara Nacional de Apelacione en lo Comercial, sala A, 08/11/2012, AR/JUR/69894/2012.

La litispendencia, una de las *excepciones dilatorias*, es definida por la dogmática del siguiente modo:

Hay litispendencia cuando existe otro proceso pendiente entre las mismas *partes*, en virtud de la misma *causa* y por el mismo *objeto*. Se infiere, de tal concepto, que el fundamento de la excepción de litispendencia reside en la necesidad de evitar que una misma pretensión sea juzgada dos veces, con la consiguiente inoperancia de la actividad judicial que esa circunstancia necesariamente comporta.⁵¹⁴

En el ámbito de los procesos colectivos, el problema se suscita cuando se inician dos o más acciones colectivas por causa del mismo conflicto, o cuando se inician acciones colectivas y acciones individuales.⁵¹⁵ Eventualmente, el problema también puede comprometer conflictos entre jurisdicciones federal y local, o distintas jurisdicciones locales.

La existencia de mecanismos que impidan la duplicación de procesos individuales y colectivos es necesaria para realizar uno de los objetivos de interés: el ahorro de recursos judiciales. En el Derecho argentino, ausente todo mecanismo aplicable, el riesgo de que se inicien varias acciones colectivas simultáneamente, o de que se inicien varios procesos individuales pudiendo someterse todos a una sola acción grupal, es un riesgo cierto. En el Derecho comparado y proyectado existen algunas medidas tendientes a prevenir esta situación.

El Código Modelo Iberoamericano distingue dos situaciones. Una es el caso de la litispendencia de dos acciones colectivas. La regla es que prima la que se inició primero en el tiempo. En el caso de la pendencia de procesos individuales, el mecanismo colectivo no los absorbe, sino que prosiguen y es facultativo para el particular acogerse al proceso colectivo. El demandado debe comunicar la pendencia del proceso colectivo al que el particular puede acogerse. De lo contrario, si prosigue el juicio y se desestima la acción individual, el particular igualmente podría aprovechar la sentencia colectiva favorable al grupo. Como se observa, esta regla no impide a los particulares iniciar ni proseguir con el juicio individual ante la pendencia

⁵¹⁴ PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª edición actualizada, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004, p. 368.

⁵¹⁵ Puede consultarse VERDAGUER, Alejandro, "Litispendencia y cosa juzgada en los procesos colectivos" y EGUREN, María Carolina, "La 'cosa juzgada': Sus contornos y su proyección en el proceso colectivo", ambas en OTEIZA, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 389-390 y 426 y ss.; GIDI, Antonio, "Litispendencia en acciones colectivas", en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, pp. 314-327; MARCUS, *op. cit.*, pp. 294 y ss. En Estados Unidos se habla de *overlapping* o *dueling class actions* y el problema dista de estar resuelto: véase WASSERMAN, Rhonda, "Dueling Class Actions", *Boston University Law Review*, Vol. 80, 2000, pp. 461-543.

de un proceso colectivo. Esto puede ser justificado en atención al principio de respeto por la autonomía de la voluntad, pero es dudoso que sea un mecanismo eficaz para evitar la multiplicación de causas ante los estrados. La solución proyectada consiste en anotar al particular que alguien está actuando en su interés y que tal actuación en modo alguno lo afectará. Esa respuesta no parece ser apropiada para atender al problema que los daños masivos acarrearán para el sistema judicial.

En algunas obras y proyectos de ley se propone crear un Registro de Procesos Colectivos. El objetivo de ese instituto consiste en evitar que tramiten distintos procesos con una misma pretensión ante distintos jueces y con la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias y de imposible cumplimiento. Asimismo se procura evitar el dispendio judicial que implicarían varios procesos colectivos sobre la misma causa. En las jurisdicciones en que no existe un Registro de esas características, depende de la iniciativa de las partes comunicar al juez la existencia de otro proceso en trámite referido a la misma pretensión. Se ha observado que el demandado, que es quien mayor conocimiento tiene de las causas iniciadas en su contra, podría especular con la pluralidad de procesos y no tendría incentivos para comunicar al juez la existencia de otra causa, ya que el dictado de resoluciones contradictorias las haría de imposible cumplimiento, o le permitiría optar por cumplir sólo alguna de ellas, procurando su beneficio individual y en detrimento de las funciones sociales de interés.

En el Derecho argentino existen varias iniciativas de interés. En primer lugar, el Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero de la provincia de Tierra del Fuego prevé en un título especial sobre "Protección de los intereses colectivos o difusos" la creación de un Registro de juicios que surjan conforme a lo dispuesto en ese capítulo. Prescribe el artículo 658 de ese Código que en ese registro se anotarán todos los juicios iniciados conforme a lo dispuesto en ese capítulo y prescribe que antes de correrse traslado de la demanda, deberá requerirse información al mismo. De este modo, en caso de que una misma acción se interpusiera en distintos procesos, todas las causas se acumularán a la primera que se haya iniciado, salvo el caso de pretensiones de indemnización de daños y perjuicios (artículo 657). Esta regla pone en cabeza del juzgado el deber de requerir la información al Registro, evitando de este modo que el demandado frustre la eficacia del sistema al no denunciar la preexistencia de otro proceso.

La ley 2145 de amparo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires también preveía en su artículo 27 (b) la creación de un Registro Público de Amparos Colectivos y la obligatoriedad de que interpuesta la demanda la acción se registrara y se requiriera un informe sobre la existencia de "*otras acciones que tengan un objeto equivalente o que estén referidas al mismo*

derecho o interés colectivo o que alcancen en forma total o parcial al mismo colectivo o que la cuestión sometida a debate pueda dar lugar a sentencias contradictorias.” Estas reglas fueron observadas por decreto 2018/2006, por lo que el Registro no se ha creado.

En la provincia de Buenos Aires, la ley 14.192 que reforma la ley 13.928 de amparo prevé la creación de un Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva “*en el que se registrarán los procesos de dicha naturaleza, su objeto, radicación, partes intervinientes, medidas cautelares dispuestas y sentencias de todas sus instancias.*” Se prevé que el Registro sea público y de consulta libre y gratuita. Con fecha 21 de agosto de 2013 la Suprema Corte de la Provincia sancionó la Acordada nro. 3660 que reglamenta esa norma. Dispone en su artículo primero la creación de un Registro Público de Procesos de Incidencia Colectiva, en que quedará subsumido el Registro Público de Amparos de Incidencia Colectiva. Contiene además un Reglamento del Registro. Prevé que los datos contenidos en el Registro serán de consulta libre, gratuita y accesibles desde el sitio web de la Corte. Prevé la posibilidad de que soliciten informes jueces de extraña jurisdicción.⁵¹⁶

Las reglas en estudio no resuelven el problema que existe si se inician acciones colectivas en distintas provincias o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ese problema se resolvería mediante la cooperación entre los registros locales, o mediante la creación de un registro nacional.⁵¹⁷ Asimismo, del mismo modo que observamos los beneficios de la creación de este instituto, también debemos considerar los costos, que son los recursos empleados en su mantenimiento. Es contingente que su implementación sea o no eficiente. Si mantener un registro de estas características cuesta al Estado 10.000 y el beneficio esperado asciende a 1.000, entonces claramente nos pronunciaríamos por la negativa; la inversa vale lo mismo. En todos los casos, la conveniencia de crear estos registros es una cuestión contingente que depende de los costos de administración.

IX.8. Mediación y conciliación

La *mediación* es definida por la dogmática como el

⁵¹⁶ Comentan la normativa CAPACCIO, Jeremías y VERBIC, Francisco, “La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires innova con la creación y reglamentación de un Registro de Procesos de Incidencia Colectiva”, *LLBA* 2014 (febrero), 1 (AR/DOC/3759/2013).

⁵¹⁷ MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, pp. 330-331.

... procedimiento que, desarrollado con anterioridad a la iniciación o durante el curso del proceso, comienza con la intervención de un tercero, ajeno al órgano judicial, que a través de la aplicación de técnicas especiales de comunicación procura que se produzca el entendimiento entre las partes y concluye, eventualmente, con la celebración, por éstas, de un acuerdo que compone el conflicto y reviste eficacia equivalente a la de una sentencia firme. Se trata, por consiguiente, de una verdadera autocomposición del litigio, lograda a través del acercamiento que, entre las posiciones e intereses de las partes, lleva a cabo el mediador.⁵¹⁸

Se trata de un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos por el cual se procura evitar su judicialización.⁵¹⁹

Por otro lado, se define a la *conciliación* como un modo anormal de terminación del proceso que

...supone la *iniciativa* y la *intervención* del juez en la celebración del acto. En lo que concierne a su *contenido*, debe estimarse que la conciliación es susceptible de participar, eventualmente, de las características de los restantes modos anormales de terminación del juicio, pues mediante ella las partes pueden concretar un desistimiento, una transacción o un allanamiento, o una figura compleja que presente, al mismo tiempo, notas comunes a esas instituciones.⁵²⁰

Se discute si las acciones colectivas que se inician en el fuero federal y en el nacional deben someterse al trámite prejudicial de mediación regulado por la ley nacional 24.573 (recientemente modificada por la ley 26.589). Se ha dicho, por un lado, que los procesos colectivos no están incorporados al artículo 2 de la ley, que enumera las excepciones al procedimiento y que resulta ser un mecanismo útil, pues las partes podrían llegar a un acuerdo en esa sede.⁵²¹ En contra de esa opción, se afirma que no debe transitarse la mediación previa, ya que el actor no estaría facultado para llegar a acuerdos que involucren derechos de incidencia colectiva. Aún con posterioridad a la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor se ha insistido en esa postura, al advertirse que si la conciliación requiere ineludiblemente la vista del fiscal y la homologación judicial, no podrían evadirse estos requisitos de manera espuria recurriendo al trámite más simple de la mediación, que no requiere homologación

⁵¹⁸ PALACIO, *op. cit.*, pp. 566-567.

⁵¹⁹ KIELMANOVICH, Jorge L., "La Mediación Obligatoria", en *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, LexisNexis – Abeledo Perrot, 2009, Lexis N° 9220/000736, pp. 1-2.

⁵²⁰ PALACIO, *op. cit.*, p. 553.

⁵²¹ GESUITI, Juan Manuel, "Las acciones de clase en la Ley de Defensa del Consumidor: algunas críticas para su correcta evolución", *LA LEY* 03/01/2011,1; *LA LEY* 2011-A, 682; *LA LEY* 04/01/2011, 1 (La Ley Online, p. 2); "Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Bainter SA de Ahorro para fines determinados s/ sumarísimo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 10 de mayo de 2007; en igual sentido, "Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Efectivo Si, Compañía Financiera Argentina s/ sumarísimo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 25 de septiembre de 2007. Consultados en HEQUERA, Elena B. (Prosecretaria de Jurisprudencia), *Defensa del Consumidor. Fallos de 1ª y 2ª Instancia*, Buenos Aires, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 2010, www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00004/00034853.Pdf.

judicial en caso de arribarse a un acuerdo.⁵²² Quienes sostienen la primera postura, replican que nada obsta a que las partes requieran al juez la homologación del convenio al que arribaron en la mediación.⁵²³ Y afirman que es falso que los legitimados colectivos carezcan de facultades para celebrar acuerdos con el proveedor demandado, ya que la Ley de Defensa del Consumidor lo dispone expresamente en materia de conciliación.⁵²⁴

En la provincia de Buenos Aires, a partir de la implementación del trámite de mediación prejudicial obligatoria es posible que se suscite un debate similar, ya que la ley 13.951, con un articulado, en líneas generales, similar al de la ley nacional 24.573, no prevé que los procesos colectivos estén eximidos de este trámite. No obstante, existen diferencias importantes con su par nacional. El artículo 19 de la ley provincial prescribe que el acuerdo al que se arribe será sometido a la homologación del juez, quien la otorgará “*cuando entienda que el mismo representa una justa composición de los intereses de las partes*”; asimismo, el artículo 21 estipula que el juez puede formular observaciones al acuerdo.

En la literatura del Análisis Económico del Derecho, el instituto de la mediación es objeto de dos tipos de análisis: uno *descriptivo* y otro *prescriptivo*. Con el primer tipo de análisis se observan las condiciones bajo las cuales es posible predecir si las partes acordarán y las razones del fracaso de la negociación. En el modelo de Steven Shavell⁵²⁵ el éxito de la negociación depende de las creencias de los particulares acerca del resultado del proceso y de los costos del juicio. El actor no está dispuesto a transigir por una suma inferior a lo que espera obtener en el juicio menos sus costos esperados de ir a juicio. El demandado no está dispuesto a transigir por una suma superior a lo que espera perder en el juicio más sus costos esperados. Si la suma pretendida por el actor es inferior a la máxima aceptable para el demandado, puede acordarse (aunque no hay certidumbre de que se haga), pero de lo contrario no se acordará. El sistema de costas al vencido aumenta la probabilidad de que se vaya a juicio, aunque este

⁵²² "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ord." Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 19 de diciembre de 2008. También GIANNINI, Leandro J., “Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)”, SJA 2/11/2011 (Lexis N° 0003/015637) Versión ampliada y corregida publicada en *Revista de Proceso, Revista dos Tribunais*, N° 201, Noviembre de 2011. El proyecto de ley de la legisladora Escudero expresamente excluye a las acciones de clase del trámite de mediación prejudicial obligatoria en su artículo 7°.

⁵²³ Como ejemplo de la aplicación de este mecanismo, citamos “Padec Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Tarshop SA s/ Ordinario”, Juzgado N° 25, Secretaría N° 50, 10 de junio de 2009 (se trata de la homologación de un acuerdo celebrado en la instancia de mediación; véase http://www.padec.org.ar/boletin/boletin1109_extra.html, sobre dificultades en el cumplimiento del acuerdo). Esta sentencia permanece inédita.

⁵²⁴ GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., “La mediación en las acciones colectivas en defensa de los consumidores”, *DJ* 28/10/2009, 3038; *LA LEY* 2009-F, 572.

⁵²⁵ SHAVELL, Steven, “Economic Analysis of Litigation and the Legal Process”, *NBER Working Paper* 9697, 2003, p. 13 y ss.

efecto puede verse parcialmente compensado por la aversión al riesgo. El sistema de costas pro actor aumenta la probabilidad de que se vaya a juicio al compararse con la regla americana, pero no tanto como ocurre con la regla inglesa.

En el plano *prescriptivo*, en principio es conveniente que las partes negocien y lleguen a un acuerdo. En general, señala Shavell, en todos los países tiende a haber políticas de promoción de los acuerdos, como la etapa de *discovery*, el arbitraje prejudicial, la mediación prejudicial y las audiencias de conciliación. Estos mecanismos incrementan la información que las partes tienen una de la otra y reducen la probabilidad de que la negociación fracase. Asimismo, los jueces utilizan sus poderes para fomentar el acuerdo entre las partes y el Estado hace que esos acuerdos sean vinculantes. El fundamento es que así se alivia la carga del Poder Judicial y se ahorran fondos públicos y privados. En el Derecho argentino también existen esos mecanismos de promoción del acuerdo entre las partes. Si el objetivo del derecho procesal es la reducción de la suma de costos administrativos y costos de error de juicio, un mecanismo extrajudicial que permita arribar a la misma solución que se obtendría en juicio reduce considerablemente los costos de administración (si no los reduce a cero) sin por ello aumentar el costo de error.⁵²⁶ Sin embargo, existen ciertos reparos en materia de efectos sobre los incentivos para prevenir. Los acuerdos privados carecen de la publicidad de las sentencias y por lo tanto la comunidad no toma conocimiento de la lesión ocurrida y de la solución que se le ha dado al conflicto.

La situación en materia de procesos colectivos entraña mayor complejidad, porque el actor no es titular de los derechos que tutela. En consecuencia, creeríamos que su facultad de negociar y de *ceder*, es muy limitada, ya que el juez será muy estricto al evaluar la calidad del acuerdo al que se arribe.

En el ámbito de las *class actions* este problema se ha planteado con respecto a las acciones en que se pretende simultáneamente la certificación y la homologación del acuerdo al que las partes han arribado por vía extrajudicial. Esta práctica presenta dos modalidades. En ocasiones, la presentación reúne todas las condiciones necesarias para que se otorgue la *certification*, tal como observamos en el apartado II.3.1. En otros casos no: entonces se habla de acciones de clase “al solo propósito de celebrar un acuerdo” (*settlement only class actions*).⁵²⁷ En esta modalidad, el demandado asume el compromiso de no oponerse a la solicitud de certificación, pese a que ciertos requisitos no se cumplen. Esta negociación

⁵²⁶ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 1ª edición, Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1987 (2ª edición, 1997; traducción en castellano, *Derecho y Economía*, 1ª edición, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 477).

⁵²⁷ SILVER, *op. cit.*, p. 222-223.

efectuada al margen del tribunal en ocasiones resulta sospechosa, ya que parece sólo beneficiar a los abogados de la clase a expensas de los intereses de ésta. Los letrados evitan los costos y el tiempo del proceso y obtienen de manera rápida el derecho a cobrar sus honorarios; el conflicto de interés surge cuando se observa que una defensa más eficaz y dedicada favorecería a la clase con un acuerdo o sentencia en mejores condiciones. Los términos del acuerdo deben publicitarse, pero difícilmente los integrantes de la clase puedan juzgar su calidad, ya que la información que las partes intercambiaron se mantiene reservada. No obstante, la práctica de las *settlement only class actions* parece haber sido acotada por un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en que se resolvió que un acuerdo celebrado en tales condiciones debe reunir los mismos recaudos que otro celebrado durante el proceso para ser homologado y que la clase debe reunir todos los requisitos legales para que se otorgue la *certification*.⁵²⁸

En el Derecho argentino la situación presenta ciertas peculiaridades. El procedimiento de mediación en la ley nacional 24.573 no involucra una etapa de prueba, sino que consiste exclusivamente en la celebración de audiencias destinadas a que las partes autocompongan el litigio. No existe una instancia similar al descubrimiento del *Common Law*. La única diferencia con la negociación privada radica en la presencia del mediador y en la obligatoriedad de asistir. Por lo tanto, la misma información que las partes pueden intercambiar en forma privada es la que se comparte en esa instancia. Visto así, la mediación no introduciría más que demoras y gastos administrativos innecesarios. Si las partes en el juicio no acordaron antes, de manera privada y la mediación no introduce ninguna motivación o deber que facilite la negociación, la mediación compulsiva sólo introduce demoras y costos administrativos sin beneficios apreciables.

Por otro lado, hemos dicho que la negociación sólo se llevará a cabo si la suma que el demandado está dispuesto a pagar es superior al mínimo que el actor está dispuesto a aceptar. Esta situación parece darse frecuentemente en la etapa de juicio, ya que son numerosas las acciones de incidencia colectiva en la experiencia argentina en que las partes lograron llegar a un acuerdo en la etapa *conciliatoria*.⁵²⁹

⁵²⁸ El fallo es *Amchem Products, Inc. v. Windsor*. Citado por SCHUWERK, *op. cit.*, p. 142. La única diferencia radica en que para certificar una acción de clase que no pasará por la etapa de juicio, el juez no tiene el deber de observar si se cumple el requisito de *manageability*. MARCUS, *op. cit.*, pp. 250-252. Señalan inconsistencias en las reglas que aplican los jueces para resolver estos casos MACEY, Jonathan R. y MILLER, Geoffrey P., "Judicial Review of Class Action Settlements", *Journal of Legal Analysis*, Vol. 1, N° 1, 2009, pp. 1-39.

⁵²⁹ A modo de ejemplo, mencionamos algunas resoluciones (inéditas) de juzgados de primera instancia del fuero nacional comercial en que se homologó un acuerdo alcanzado por las partes: "Consumidores

Supongamos que se da la condición en que las partes tienen incentivos para negociar. Del mismo modo que ocurre en cualquier otro proceso, es necesario determinar si el actor representa adecuadamente los intereses de la clase. En este punto existen diferencias entre la etapa de mediación prejudicial y la etapa de conciliación. Ésta última está sujeta a controles

Argentinos y otros c/ Banco Patagonia S.A. s/ ordinario”, Juzgado N° 1, Secretaría N° 2, 29 de marzo de 2010; “Proconsumer c/ Banca Nazionale del Lavoro SA S/ Sumarísimo”, Juzgado N° 2, Secretaría N° 3, 27 de diciembre de 2007; “Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de Buenos Aires c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ sumarísimo”, Juzgado N° 3, Secretaría N° 5, 17 de octubre de 2005; “ADDUC Asociación Def. de Derechos de Usuarios y Cons. c/ Italcrid S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado N° 5, Secretaría N° 10, 14 de octubre de 2009; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco Río de La Plata SA s/ ordinario”, Juzgado N° 6, Secretaría N° 12, 5 de octubre de 2010; “Adduc Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores c/ Banco Privado de Inversiones SA s/ Ordinario”, Juzgado N° 7, Secretaría N° 13, 2 de septiembre de 2010; “Adecua c/ Banco Santander Río SA y otros s/ Ordinario”, Juzgado N° 7, Secretaría N° 13, 7 de octubre de 2010; “Damnificados Financieros Asociación Civil p/ su Defensa c/ Banco Río de la Plata SA s/ ordinario”, Juzgado N° 7, Secretaría N° 13, 7 de octubre de 2010; “Proconsumer Prot. Del Consumidor del Merc. Común del Sur c/ Banco Hipotecario SA s/ ordinario”, Juzgado N° 7, Secretaría N° 14, 19 de octubre de 2010; “Proconsumer c/ Bco. Credicoop Coop. Ltda. s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 8, Secretaría N° 16, 8 de septiembre de 2006, “Dirección General de Defensa y Protección c/ HSBC Bank s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 9, Secretaría N° 17, 3 de noviembre de 2005; “Dirección General de Defensa del Consumidor GCBA c/ Banco Río de la Plata SA s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 10, Secretaría N° 19, 2 de febrero de 2006; “Dirección Gral. De Defensa y Prot. Al Cons. c/ Banco Sudameris S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado N° 9, Secretaría 18, 8 de noviembre de 2004; “Proconsumer Asoc. Prot. Cons. Del Mercado Común del Sur c/ Hexagon Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado N° 9, Secretaría N° 18, 21 de febrero de 2007; “Adecua c/ Galicia Seguros S.A. y otro s/ Ordinario”, Juzgado N° 10, Secretaría N° 19, 3 de noviembre de 2009; “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banco Patagonia S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado N° 12, Secretaría 23, 4 de octubre de 2010; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco COMAFI SA s/ Ordinario”, Juzgado N° 12, Secretaría N° 24, 15 de abril de 2010; “Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor G.C.B.A. c/ Banco Bank Boston N.A. s/ sumarísimo”, Juzgado N° 13, Secretaría N° 26, 17 de octubre de 2006; “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banco Santander Río S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 14, Secretaría N° 27, 5 de marzo de 2009; “Proconsumer c/ Banco Santander Río S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 15, 29 de septiembre de 2008; “Consumidores Libres Coop. Ltda. Y otros c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 16, Secretaría N° 32, 26 de febrero de 2010; “Proconsumer c/ Círculo de Inversores S.A. de Ahorro p/f determinados s/ sumarísimo”, Juzgado N° 16, Secretaría N° 32, 12 de abril de 2010; “Proconsumer c/ Distribuidora de Confecciones Johnson’s Ltda s/Sumarísimo”, Juzgado N° 16, Secretaría N° 32, 14 de diciembre de 2007; “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco Santander Río SA s/ Ordinario”, Juzgado N° 18, Secretaría 35, 2 de agosto de 2010; “Unión de Usuarios y Consumidores Libres Coop. Ltda c/ Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo”, Juzgado N° 18, Secretaría N° 36, 24 de octubre de 2007; “Proconsumer c/ Gramit SA s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 19, Secretaría 38, 3 de septiembre de 2009; “Asociación Civ. Prev. Asesoram. Y Def. del Consumidor y otro c/ BBVA Banco Francés SA s/ Ordinario (antes Ortiz, Julio César – accionante-), Juzgado n° 21, Secretaría N° 42, 10 de junio de 2010; “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 23, Secretaría 45, 15 de marzo de 2006; “Unión de Consumidores de Argentina c/ Banco Citibank National Association s/ Sumarísimo”, Juzgado N° 25, Secretaría N° 49, 20 de diciembre de 2006; “Padec Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Tarshop SA s/ Ordinario”, Juzgado N° 25, Secretaría N° 50, 10 de junio de 2009 (se trata de la homologación de un acuerdo celebrado en la instancia de mediación; véase http://www.padec.org.ar/boletin/boletin1109_extra.html, sobre dificultades en el cumplimiento del acuerdo); “Unión de Consumidores de Argentina c/ Multicanal SA s/ sumarísimo”, Juzgado N° 25, Secretaría N° 50, 12 de mayo de 2009; “Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco Santander Río SA s/ ordinario”, Juzgado N° 26, Secretaría N° 52, 25 de agosto de 2010; entre otros.

que no se hallan presentes en la mediación prejudicial. En primer lugar, para que se haga lugar a la conciliación, previamente el juez debió haber resuelto que el legitimado activo es un representante adecuado de la clase. En segundo lugar, el acuerdo requiere vista previa al fiscal. En tercer lugar, el juez debe fundar la resolución mediante la cual homologa el acuerdo.⁵³⁰ En cuarto lugar, debe darse a publicidad para que los consumidores insatisfechos con sus términos puedan apartarse del acuerdo. En síntesis, el acuerdo conciliatorio ofrece mayores garantías de adecuada representación para la clase que la mediación prejudicial.

No obstante la existencia de esas garantías, la doctrina sigue observando que están dadas las circunstancias de hecho como para que el acuerdo arribado mediante transacción no sea del todo beneficioso para la clase. En efecto, señalan Francisco Verbic y Adrián Bengolea que a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, la regulación de la Ley de Defensa del Consumidor en materia de acuerdos transaccionales es insuficiente, dado que no exige tres requisitos: la notificación de la propuesta de acuerdo, la obligatoriedad de acompañar para su agregación al expediente cualquier arreglo conexo al acuerdo (eminentemente, el relativo a los honorarios) y la determinación del mecanismo de impugnación del acuerdo por parte de los integrantes de la clase. Estas deficiencias, señalan los autores, habilitan la posibilidad de que el acuerdo sea írrito.⁵³¹

En síntesis: en materia de procesos colectivos la mediación prejudicial no debería ser obligatoria, porque no introduce incentivos que faciliten la negociación. Asimismo en esa instancia es mayor el riesgo de que la representación del colectivo no sea adecuada, porque no se exigen ciertos controles que sí están presentes en el marco de la conciliación en sede judicial. La mediación prejudicial obligatoria, en consecuencia, introduce costos administrativos adicionales que no se ven compensados por beneficios; la falta de controles de la adecuada representación en esa etapa implica perjuicio para los integrantes de la clase y conspira en contra de la realización de funciones sociales de interés.

IX.9. Procedimiento aplicable

⁵³⁰ Desarrolla en detalle los extremos que el juez debería controlar GIANNINI, Leandro J., "Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)", *SJA* 2/11/2011 (Lexis N° 0003/015637) Versión ampliada y corregida publicada en *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, N° 201, Noviembre de 2011.

⁵³¹ VERBIC, Francisco y BENGOLEA, Adrián, "Acuerdos transaccionales colectivos en materia de consumo. Análisis de situación y propuesta de reforma", *LL* 04/04/13, 1.

El artículo 43 de la Constitución Nacional prevé la vía del amparo para la protección de los intereses de incidencia colectiva y entre ellos los del consumidor, por lo que podría entenderse que ésta es la única vía aplicable. Sin embargo, Leandro Giannini explica que no es así y que la respuesta está dada por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “AGUEERA c/ Provincia de Buenos Aires”, del 22 de abril de 1997:

...la cláusula expande su eficacia tuitiva a asuntos en los que si bien no se dan los presupuestos sustanciales de procedencia de dicha pretensión ágil y expeditiva, existen sin embargo las notas que definen a los derechos de incidencia colectiva.

Si se dan los presupuestos propios del juicio de amparo, ésta es la vía adecuada para la protección de los intereses colectivos. En esa tesitura encontramos numerosas leyes provinciales de amparo colectivo y protección de intereses difusos. Cuando esos presupuestos no están presentes no corresponde la vía del amparo, pero eso no significa que el caso carezca de tutela judicial. Lo que corresponde es su protección mediante procesos de conocimiento colectivos.

En el ámbito nacional, el texto de la Ley de Defensa del Consumidor prescribía antes de su reforma en el año 2008:

ARTICULO 53 (texto anterior a la reforma por ley 26.361). — Normas del Proceso. Se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente.

Esa norma era aplicable a todo proceso de tutela al consumidor, fuera individual o colectiva. Se interpretó que el proceso de conocimiento más abreviado era el *proceso sumarísimo*.⁵³² Esta regla fue criticada y más aún lo fue su aplicación a los procesos colectivos. Se señalaba, por ejemplo, que el sumarísimo impedía resolver la falta de legitimación como cuestión de previo y especial pronunciamiento. Por otro lado, se observaba que el sumarísimo, con sus plazos abreviados y la imposibilidad de alegar, resultaba inadecuado ante la intrínseca complejidad de los conflictos colectivos. En algunos fallos, al margen del texto legal, el juez resolvió encauzar el proceso por el trámite ordinario.

Estas críticas parecen haber sido tenidas en cuenta por el legislador nacional en la reforma del año 2008, que introdujo la siguiente norma:

⁵³² Sugiere que el procedimiento más abreviado sería el del incidente ZELAYA, Mario A., “Examen de la aptitud del proceso sumarísimo para tramitar las acciones en defensa de los consumidores”, *APBA* 2013-3-279, 2013-03-01, (Abeledo Perrot N° AP/DOC/210/2013, p. 7).

Art. 53: "...En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado..."

El texto actual plantea algunos interrogantes que aún no han sido resueltos. En primer lugar, requiere *pedido de parte* para ordinarizar el trámite. Pero en algunas resoluciones judiciales se ha prescindido de la solicitud de parte.⁵³³ En segundo lugar, no es claro si todo proceso colectivo, por su complejidad, debe necesariamente encarrilarse por un "trámite de conocimiento más adecuado". Muchas acciones colectivas, como "Edesur", han tramitado por el sumarísimo.

En la provincia de Buenos Aires la ley 13.133, recientemente reformada por ley 14.514 prescribe en su artículo 23 parte pertinente:

Las pretensiones judiciales en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios derivadas de las relaciones de consumo tramitarán por el proceso sumarísimo previsto en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires, a menos que a solicitud de parte el juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión considere necesario un trámite de conocimiento más eficaz.

Como se observa, la redacción legal no difiere de la propia de la legislación nacional, a excepción de que la normativa local explicita que el procedimiento más abreviado es el sumarísimo y a excepción del uso de la palabra "eficaz" en lugar de la palabra "adecuado".

El procedimiento sumarísimo presenta varias diferencias con el ordinario. No se admite la reconvencción ni las excepciones de previo y especial pronunciamiento; se reducen los plazos (2 días en la provincia de Buenos Aires; 3 días en Nación) y el lapso para dictar sentencia; se limitan las resoluciones apelables; se limita la prueba que puede producirse y no hay oportunidad para alegar.

En el ámbito del derecho proyectado, lo que se postula no es la opción por uno u otro régimen de los tradicionalmente incorporados a los códigos procesales civiles, sino la adopción de un régimen especial para las acciones de clase. Las críticas que se efectúan no son desventajas del sumarísimo, sino problemas comunes a todos los procesos imaginados para

⁵³³ "Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y otro c/ Banco Patagonia S.A. s/sumarísimo", CNCom, Sala A, 08/09/2011, elDial.com – AA7157, sosteniendo que "... aún cuando no media pedido expreso del interesado es manifiesto que los breves plazos dispuestos para la tramitación de un proceso sumarísimo resultan exigüos en un proceso de la índole de la especie."

conflictos individuales.⁵³⁴ Luego, las modificaciones sugeridas no parecen ser de utilidad para optar por uno u otro trámite. En esa misma línea se hallan los regímenes provinciales que prevén normas especiales para los procesos de tutela de los intereses individuales homogéneos.

Nuevamente enfrentamos aquí el dilema básico del derecho procesal: la opción entre *costos de error y costos de administración del sistema*. El proceso sumarísimo parece reducir los costos de administración, esencialmente porque se resuelve más rápido que en el ordinario; pero eso implica, de manera concatenada, que aumenta la probabilidad de que la resolución del caso no sea correcta. El ordinario, por el contrario, al permitir una mayor amplitud probatoria, reduciría ese error, pero a costa de una mayor demora y mayores costos administrativos. La preferencia doctrinaria por este último procedimiento implica la aceptación de incurrir en costos de administración con el objetivo de reducir costos de error. Por el contrario, la redacción de la Ley de Defensa del Consumidor y la ley bonaerense 13.133 importan una clara preferencia por la reducción de costos administrativos, preferencia que sólo cede ante la solicitud de la parte (actora o demandada). Esta solicitud, por su parte, seguramente será presentada en los casos en que la parte considere que el error en la adjudicación sería demasiado gravoso para su interés.

IX.10. El rol del juez

En un artículo señero escrito en 1975, Kenneth Dam observó que para el juez la *class action*, en tanto permite que lleguen a los tribunales causas que de otro modo jamás se judicializarían, es una *carga*, una demanda que compite con otras por su tiempo y su atención.⁵³⁵ Más procesos implican más demoras o una reducción en la calidad de las resoluciones (y un aumento en el costo de error). Luego, puede darse una situación paradójica: los titulares de acciones que antes de la existencia de las *class actions* habrían tenido incentivos para demandar, ante la demora judicial, verían reducirse esos incentivos, porque el servicio de justicia será más lento. La acción de clase, en consecuencia, sólo provocaría una *sustitución* de los reclamos que acudirían al sistema judicial. El juez, afirma Dam, tiene en cuenta lo anterior al momento de decidir otorgar o no la *certification*, al menos de manera

⁵³⁴ DE LOS SANTOS, Mabel A., "Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos", SJA 16/11/2005; JA 2005-IV-1269 (Lexis N° 0003/012310).

⁵³⁵ DAM, Kenneth W., "Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence and Conflict of Interest", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 4, No. 1 (enero de 1975), p. 50.

intuitiva y esa facultad está dada por una de las características que debe reunir la *class action* para que se conceda ese paso, cual es la *manageability*.⁵³⁶ Luego y en caso de conceder la *certification*, el juez seguramente acudirá a mecanismos para reducir los costos administrativos, tales como inducir a las partes a conciliar, e incluso modificar el derecho de fondo para poder resolver de manera conjunta las pretensiones de todos los integrantes de la clase.

Parte de la doctrina argentina afirma que en los procesos colectivos el principio dispositivo debe ceder y el juez debe tener una intervención más activa.⁵³⁷ Visto lo anterior, parece una propuesta meramente voluntarista. Claro que no lo es tanto si se observa que los mismos autores postulan la conveniencia de crear tribunales especializados en la materia.⁵³⁸ Esta última alternativa puede resultar muy atractiva, pero no parece de inmediata concreción y su atractivo se reduce si observamos que la creación de un nuevo aparato judicial para los conflictos que involucran bienes colectivos implica mayores costos administrativos. La única justificación requeriría demostrar que las reglas en materia de procesos colectivos (o tutela del consumidor) tienen una especificidad tal que el costo de crear un nuevo órgano judicial está justificado, como puede haber ocurrido históricamente cuando se escindieron las ramas laboral, de familia o contencioso administrativa en fueros especializados. En el largo plazo podríamos considerar beneficiosa la creación de estos institutos, dado que los jueces intervinientes adquirirían experiencia en el manejo de esta clase de conflictos, se evitaría que los procesos colectivos abarrotaran los juzgados ordinarios, las causas se resolverían con menor demora, etc.

En el estado actual de jueces que atienden a causas individuales y también colectivas podríamos preguntarnos qué posibilidad cierta hay de que un juez intervenga activamente en el proceso, o más aún, intervenga más allá de lo mínimo indispensable. El juez es un sujeto racional maximizador de la utilidad y para lograr ese objetivo (la activa intervención en el proceso colectivo) deben crearse incentivos adecuados. El juez intentará resolver del mejor modo posible y en el menor tiempo posible todas las causas a despacho. Pero el alcance de las decisiones que adopta no será igual en los procesos colectivos y en los procesos individuales. En los primeros la relevancia social y los efectos sobre el mercado en términos de prevención de ilícitos serán mucho más importantes pues afectarán a un número mayor de

⁵³⁶ DAM, *op. cit.*, p. 53.

⁵³⁷ EGUREN, María Carolina, "Informe sobre los procesos colectivos. –Una perspectiva posibilista", *La Ley, Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas*, 11/10/2005 (La Ley Online, p. 8); MAURINO, NINO y SIGAL, *op. cit.*, p. 306 y ss.; VERBIC, Francisco, "El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos", en BERIZONCE, Roberto O. (Coordinador), *Los Principios Procesales*, La Plata, Librería Editora Platense, 2011.

⁵³⁸ DE LOS SANTOS, *op. cit.*, pp. 12 y 19.

personas. Esa podría ser una razón para otorgar cierta prelación a los procesos colectivos por sobre los individuales y requerir al juez una intervención más activa.

IX.11. Conclusiones

Es posible elaborar las siguientes conclusiones con respecto a las reglas estudiadas.

Con respecto al requisito de la *pluralidad relevante*, concebimos dos fundamentos alternativos. La primera explicación, aplicable a los casos de daños de escasa cuantía, es que sólo en el caso de que la afectación comprenda a un gran número de individuos se da la situación de que los beneficios del proceso colectivo, en términos de prevención, superan a sus costos. Los beneficios no superarían esos costos en los casos de afectaciones a pocos individuos. La segunda explicación consiste en que el requisito sea aplicable a los casos de reclamos por los que al actor compensa demandar en forma individual y no hay un problema de acceso a la justicia. Si los casos son pocos, el sistema judicial puede absorberlos en procesos separados; sólo si superan cierto número amenazan con colapsar y es deseable acudir al mecanismo colectivo. En cualquiera de los dos casos el requisito de la pluralidad relevante acude implícitamente a un criterio de comparación entre costos y beneficios, pero tiene como ventaja frente a un criterio explícito que al juez le resultará más sencillo de aplicar. La regla, en consecuencia, resulta *eficiente*. Podría asimismo cumplir una función de subsidio a los pequeños proveedores (en comparación con los grandes proveedores) con una capacidad de afectación al público inferior que otras empresas.

Existe un equilibrio entre el alcance de la sentencia en el proceso colectivo, la determinación de la existencia de cuestiones comunes susceptibles de ser resueltas y la definición de la clase. Cuanto más limitado sea el alcance de la decisión colectiva y cuanto más se libre a la posterior ejecución individual, más amplia podrá resultar la clase beneficiaria. La posibilidad de crear grupos o subclases dentro de la clase es un mecanismo estrechamente vinculado y que a costa de incurrir en costos de administración reduce los costos de error del proceso.

La notificación, o su defecto, no acarrea las mismas consecuencias en todos los casos. La imposición al actor de la carga de notificar al colectivo puede desalentar la prosecución del juicio y por ende conspirar contra el acceso a la justicia si esa notificación es demasiado costosa. Es necesario dar un énfasis adicional a la notificación de la sentencia de condena genérica en los casos en que ésta deba ser posteriormente ejecutada por los particulares. En

esos casos la notificación no sólo cumple como función ser reaseguro del respeto a la autonomía de la voluntad, sino que además resulta el único medio para garantizar el resarcimiento y por ende la prevención de conductas ilícitas.

La conveniencia de crear Registros de acciones colectivas no es autoevidente. El modo en que esos registros están implementados en el Derecho comparado no parece ser un mecanismo eficaz para evitar la multiplicación de acciones *individuales* en el caso de afectaciones masivas, sino que resulta eficaz exclusivamente para evitar la superposición de dos o más acciones colectivas.

En materia de mediación y la conciliación en los procesos colectivos, si bien el Análisis Económico del Derecho plantea la conveniencia de que las partes recurran a mecanismos extrajudiciales de composición de los conflictos, en el caso particular no parecen estar dadas las circunstancias para que la probabilidad de acuerdo sea superior a la que es propia de cualquier negociación informal, lo que torna carente de efectos valiosos a la mediación prejudicial obligatoria. Existen, además, dificultades que se observan en el Derecho comparado acerca de la fiabilidad de tales acuerdos y sospechas en torno a los motivos de los abogados para acordar. En el Derecho argentino existen reglas que permiten al juez reprimir la celebración de acuerdos espurios fruto de la colusión en la etapa de conciliación, mecanismos que no se hallan presentes en la etapa prejudicial.

En materia de procedimiento aplicable, la alternativa ordinario *versus* sumarísimo es, esencialmente, un conflicto entre costos de error y costos de administración. No es clara la preferencia por uno u otro procedimiento, e incluso en el Derecho provincial hay casos de sumarísimos *colectivizados* mediante la introducción de algunos cambios. La redacción actual de la Ley de Defensa del Consumidor y de la ley 13.133 de la ley de la provincia de Buenos Aires manifiesta una clara preferencia del Legislador por la reducción de costos administrativos (propio del sumarísimo), preferencia que sólo cede ante el pedido de parte.

La concepción que estipula que el juez debe dar tratamiento prioritario y especial al proceso colectivo atiende implícitamente al mayor impacto de la sentencia sobre la sociedad y por ende resulta razonable, así como la mayor intervención requerida al órgano judicial.

XI. EFICIENCIA DEL SISTEMA. EL COSTO SOCIAL DE LAS ACCIONES DE INCIDENCIA COLECTIVA

XI.1. Introducción

El objetivo de este capítulo consiste en realizar una evaluación global del sistema de las acciones de incidencia colectiva en el Derecho argentino y su eficacia para reducir costos sociales, tanto en la clasificación del Análisis Económico del Derecho Procesal (que distingue los costos de error y administrativos) como en la clasificación de Calabresi (reducción primaria, secundaria y terciaria de los costos de los accidentes). A tal fin debemos concentrarnos en los costos que recaen sobre el actor, pero también sobre el proveedor demandado y sobre el Estado. Y debemos comparar ese costo social total con el que resulta de la ausencia de las acciones colectivas. Se trata de un análisis comprensivo de los aspectos que parcialmente hemos abordado en los capítulos anteriores.

Nuestra primera hipótesis es que la existencia del sistema de acciones colectivas en el Derecho argentino, tal como lo hemos descrito en los capítulos anteriores, provee a la compensación, internalización de costos y consecuente prevención de daños y que resulta más eficiente que la ausencia de tales mecanismos. Nuestra segunda hipótesis es que el sistema es menos eficaz para la consecución de estos objetivos que otras experiencias en el Derecho comparado y que resulta perfectible.

La importancia de este capítulo radica en que nos permitirá lograr una visión global de aspectos que hemos estudiado de manera parcial en los capítulos anteriores.

XI.2. Evolución y estado actual de la cuestión

En la mayoría de las obras este tema es tratado de tres maneras distintas. En algunas, como un comentario introductorio que reúne el análisis de los *objetivos* del proceso colectivo y sus *funciones*, sin atender a la distinción tajante que procuramos efectuar en el capítulo IV. En otras obras, el tema se trata de manera conjunta con el estudio de las diversas pautas de reparación del grupo. Hemos recurrido a estas obras para realizar el capítulo anterior, pero nuestro análisis pretende ser más amplio en este apartado. Un tercer grupo de obras lleva a

cabo una tarea similar a la que pretendemos efectuar aquí.⁶¹⁵ Sin embargo, sus conclusiones se refieren exclusivamente al instituto de las *class actions*, por lo que es menester efectuar algunos acondicionamientos al importar sus conclusiones al ámbito argentino.

XI.3. Acciones de incidencia colectiva e internalización de costos sociales

La literatura en materia de *class actions* sostiene que la litigación en grupo fomenta el objetivo prevención,⁶¹⁶ porque garantiza el *enforcement* de la legislación consumerista de fondo.⁶¹⁷ El cumplimiento efectivo de las obligaciones que impone ese estatuto a los proveedores requiere de un control más eficaz que el que provee la actuación de la Administración Pública en ejercicio del poder de policía y la actuación de los particulares mediante la promoción de juicios individuales. Ninguna de esas alternativas es suficiente, por las razones expuestas en el capítulo III. Como consecuencia, los proveedores no se ven compelidos a cumplir sus obligaciones, entre ellas, la obligación de adoptar medidas de prevención de los daños. La literatura del Análisis Económico del Derecho demuestra que los proveedores, como sujetos racionales, no adoptarán medidas para reducir la gravedad ni la frecuencia de los daños vinculados a los productos o servicios que prestan si no existe un sistema de responsabilidad civil que los constriña a hacerlo, o si las probabilidades de ser condenados son bajas. La inexistencia de incentivos para que los particulares o las agencias públicas ejerzan las facultades que les brinda el Derecho de fondo permite a los proveedores especular con una baja probabilidad de ser demandados y adoptar niveles de precaución inferiores al óptimo, o no prevenir en absoluto.

El sistema de acciones de clase en Estados Unidos crea incentivos adecuados para que abogados racionales actúen como representantes del colectivo en procura del propio interés y

⁶¹⁵ HENSLER, Deborah R., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, 1ª edición, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, 2000, pp. 49, 71-72, 421, etc.; VAN DEN BERGH, Roger y VISSCHER, Louis, "The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law", *Erasmus Law Review*, Vol. 1, N° 2, 2008, p. 19, etc.

⁶¹⁶ KALVEN, Harry y ROSENFELD, Maurice, "The Contemporary Function of the Class Suit", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 8, N° 4, 1941, pp. 691 y 714; NOTE, "Developments in the Law: Class Actions", *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976, p. 1360, 1518-1519; HENSLER, *op. cit.*, pp. 49, 71-72, 421, etc.; VAN DEN BERGH, y VISSCHER, *op. cit.*, p. 19; ROSENBERG, David, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System", *Harvard Law Review*, Volumen 97, No. 4, Febrero de 1984, pp. 900-902; RUBENSTEIN, William B., "Why Enable Litigation?: A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action", *UCLA School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper No. 06-10*.

⁶¹⁷ HENSLER, *op. cit.*, p. 50 y ss.; EPSTEIN, *op. cit.*, pp. 16 y 38.

garanticen el *enforcement* de la legislación de consumo. El proveedor estadounidense sabe que cualquier ilícito que cometa y que afecte a un gran número de consumidores brindará a un abogado la oportunidad de obtener un provecho económico cierto.

Como en los capítulos anteriores hemos estudiado las reglas que componen el instituto de las acciones de incidencia colectiva en el Derecho argentino, podemos preguntarnos si nuestro instituto fomenta ese objetivo *tanto* como lo hace el modelo de las acciones de clase, o si lo hace en mayor o menor medida. A tal fin es preciso observar diversos puntos.

La existencia del instituto eleva la probabilidad de que los reclamos por microdaños lleguen al conocimiento del juez y se materialicen en una sentencia de condena a indemnizar por los daños provocados. La ampliación de la legitimación activa en materia de intereses individuales homogéneos faculta a organismos especializados y de capacidad técnica, tales como las asociaciones de consumidores y las agencias públicas, a accionar en el caso en que adviertan un ilícito. Asimismo, el hecho de que *uno* de los consumidores decida accionar puede suponer un riesgo grave para el demandado, ya que, a diferencia de lo que ocurría con el anterior modelo del proceso individualista, el nuevo modelo admite la expansión de los efectos de la cosa juzgada. El control del juez, del Ministerio Público, de las demás asociaciones litisconsortes, la publicidad y la notificación a los integrantes de la clase impedirán que se defraude a los integrantes del grupo. El deber legal del Ministerio Público Fiscal de proseguir toda acción colectiva cuando la asociación de consumidores desista de ella también procura alcanzar ese objetivo. Finalmente, se obtendrá un pronunciamiento más fácil de ejecutar que el que resulta de un proceso individual y podría ser aprovechado por la totalidad de los afectados. Esto significa que *la responsabilidad en expectativa del proveedor es mayor de la que sería bajo un sistema carente de este instituto*. Si el proveedor especulaba con la baja probabilidad de ser demandado por los particulares, sabe ahora que basta con que uno solo de ellos o un legitimado institucional decida actuar para que se vea obligado a resarcir a la clase toda.

Sin embargo, con su configuración actual, el sistema no parece ser tan eficaz para la prevención de daños como su par estadounidense. Como hemos analizado extensamente en el capítulo VIII, el modelo argentino depende fuertemente de la actuación desinteresada de las asociaciones de defensa del consumidor y de las agencias públicas. No prevé incentivos claros para el particular afectado, ni para su abogado y tampoco prevé mecanismos adecuados de financiación de aquellas instituciones. El régimen de costas ordinario tampoco parece ser adecuado, porque implica que, para el actor, los costos privados del proceso colectivo son superiores a los del proceso individual. El sistema también se funda en una ficción: considerar al beneficio de gratuidad como un beneficio definitivo, cuando en verdad está condicionado a la

mejora de fortuna. Finalmente, la inexistencia de un mecanismo de liquidación y ejecución colectiva tornan poco eficaz al proceso que culmine con una sentencia de condena genérica. Este esquema de incentivos provoca que el sistema argentino contemporáneo de acciones colectivas *no sea tan eficaz como su par norteamericano en la prevención de daños*.

Los opositores al sistema de *class actions* estadounidenses afirman que el sistema *obliga* a los proveedores a celebrar un acuerdo con los actores. Diríamos, en ese caso, que el mecanismo es tan fuerte y otorga tanto poder a las víctimas, que crea incentivos para que los proveedores adopten medidas de prevención por encima de lo óptimo (*overdeterrence*). Es dudoso que ese efecto realmente se dé en Estados Unidos, pero claramente no se da en el Derecho argentino. No sólo carece el litigante argentino de la fuerza de su par estadounidense, sino que además no existen mecanismos adecuados para un nivel de prevención óptima. Luego, ese problema no debe preocuparnos.

Finalmente, también se ha afirmado que la aplicación del instituto a conflictos en que no existe homogeneidad entre las afectaciones de los integrantes de la clase provoca distorsiones en el resultado de la adjudicación.⁶¹⁸ En términos simplificados, conceder a todos los integrantes del grupo una indemnización, por ejemplo, de 100, implicaría que aquellos que han sufrido un daño mayor obtengan una compensación insuficiente y aquéllos que sufrieron daños de menor cuantía obtengan un beneficio indebido. Las consecuencias de este error son difíciles de predecir. Es posible que ese error no tenga incidencia alguna. Supongamos que el juez concede a todos los integrantes de la clase una indemnización de 100, pero que podemos identificar dos grupos. El primer grupo está compuesto por 50 personas que han sufrido un daño de 50. El segundo grupo está compuesto por 50 personas que han sufrido un daño de 150. En este caso, el error no genera un incentivo sesgado en el proveedor, porque debe pagar 10.000, que es lo mismo que debería haber pagado si se hubieran distinguido ambas subcategorías. Por el contrario, es fácil observar que la indemnización común puede sesgarse en uno u otro sentido, con lo cual los incentivos para prevenir también serían inadecuados, en un caso por bajos y en el otro caso por excesivos. La existencia de error o su ausencia y el sentido del error son contingentes y por el momento no parece posible estimar cuál es la probabilidad de cada una de esas alternativas. Es por ello que en el estado actual de situación en el Derecho argentino no parece posible resolver qué efecto tendría sobre los incentivos para prevenir ese tipo de error.

Como síntesis y en términos que hemos utilizado en este trabajo, diremos que la disponibilidad del mecanismo de las acciones de clase en Estados Unidos permite reducir el

⁶¹⁸ EPSTEIN, *op. cit.*, pp. 4, 15, 24 y ss.

costo de error característico del sistema de *enforcement* exclusivamente fundado en el litigio individual, donde el error es la falta de adjudicación y el costo es un nivel de prevención inferior al óptimo. El sistema de acciones de incidencia colectiva en el Derecho argentino también permite reducir el costo de error característico del sistema de adjudicación individual. No obstante, la reducción operada a través del mecanismo colectivo es imperfecta, pues es menos eficaz que el sistema de las *class actions*.

XI.4. Acciones de incidencia colectiva y reducción del costo administrativo de adjudicar conflictos masivos

Un punto más discutido que el anterior es la aptitud del proceso colectivo para reducir el costo administrativo de adjudicar conflictos masivos, un objetivo que se asemeja al principio de la economía procesal. Como sociedad, no estamos dispuestos a prevenir daños a cualquier precio. La pregunta es a qué *costo de administración* estamos dispuestos a reducir el *costo de error* del sistema. Los costos de administración comprenden tanto aquéllos que pesan sobre las partes como los costos que carga el Estado, en la provisión del servicio de Justicia y los demás usuarios del sistema judicial, que *compiten* con el actor en el proceso colectivo por el uso del tiempo del juez.⁶¹⁹ La idea básica es que la resolución colectiva de múltiples casos reduce esos costos. Sin embargo, la cuestión es algo más compleja.

Un sistema de acciones colectivas ideal, que previera incentivos eficientes, daría como resultado la ausencia de promoción de tales acciones. En efecto, si los proveedores tienen la certeza de que siempre que lleven a cabo una conducta ilícita se promoverá una acción colectiva y que en el 100% de los casos en que esa demanda esté fundada prosperará, no incurrirán en esa conducta. En otras palabras, un sistema perfecto de acciones colectivas es un sistema que promueve la adopción de un nivel de prevención eficiente. En los casos de responsabilidad objetiva, el régimen de incentivos llevaría a las partes a negociar un acuerdo en sede extrajudicial. Sin embargo, el sistema de incentivos dista de ser perfecto. Consecuentemente, los proveedores tienen cierto margen para especular con la posibilidad de que no se inicien acciones colectivas, con lo que no adoptarán medidas de prevención. Esa conducta provocará daños y algunos de esos daños conllevarán la promoción de acciones colectivas. Si la *amenaza* del proceso colectivo fuera eficaz, podríamos despreocuparnos de

⁶¹⁹ DAM, Kenneth W., "Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence and Conflict of Interest", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 4, No. 1 (enero de 1975), p. 48 y ss.

esta cuestión. Desafortunadamente, como no somos capaces o no tenemos la voluntad de construir esa amenaza eficaz, debemos analizar el problema.

Podemos comparar, en primer lugar, los costos administrativos del proceso colectivo y del proceso individual. Esto requiere distinguir los casos de daños insignificantes y los casos de *mass torts*. En el caso de los daños de escasa cuantía, la incorporación de las acciones de incidencia colectiva provoca un *aumento* en los costos de administración del sistema, ya que permite acceder a la justicia a causas que no tendrían tal suerte si dependieran exclusivamente del impulso del particular. En el caso de los daños de cuantía elevada, por el contrario, los mecanismos de adjudicación colectiva presumiblemente reducirían los costos de gestión del conflicto. Se generarían *economías de escala*, ya que en un proceso único se resolvería una multitud de conflictos. Sin embargo, la verdad de esto último es contingente. La incorporación del proceso colectivo implica la adopción de mecanismos que generan costos distintos a los del proceso individual: los más importantes son la notificación a los integrantes del grupo y la creación de registros de publicidad de los procesos colectivos. Parece extraordinariamente *improbable*, pero es *posible* que estos mecanismos hagan al proceso colectivo más caro que la suma de procesos individuales en el caso de los daños que justifiquen acudir a ese procedimiento. Se requeriría una evaluación empírica para corroborar este extremo. Las distintas alternativas procesales y pautas para la reparación elegidas también implican diversos costos administrativos. Un proceso colectivo en que se resuelva muy poco y se libere la adjudicación a la posterior ejecución individual, tiene un costo de administración distinto al proceso en que se ordena una restitución automática.

Lo que podemos afirmar sin duda es que en el caso de microdaños los costos de administración del proceso colectivo superan los que la judicatura afrontaría sin ese instituto. Si estos costos son mayores o menores que los costos de error derivados de la ausencia de procesos colectivos es una cuestión *contingente*. Hemos visto que algunos sistemas jurídicos y proyectos legislativos pretenden delegar en el juez la facultad de decidir si se justifica o no la promoción del proceso colectivo atendiendo a la comparación de costos y beneficios. Es posible que esa decisión se traduzca en una comparación de costos de error y de costos de administración. No obstante, no parece una idea correcta delegar en el juez esa decisión, ni hacerlo en esos términos. También hemos visto que algunos requisitos del proceso colectivo, como lo es el requisito de la *pluralidad relevante*, respondan a este interrogante. Sin embargo, la mera adopción del instituto de las acciones de incidencia colectiva ya parece ser una respuesta a la que arribamos como sociedad y a través de nuestros Legisladores. Si estamos dispuestos a adoptar el proceso colectivo con los costos administrativos que implica, *es porque*

consideramos que resulta menos gravoso que la situación anterior de falta de acceso a la justicia, carencia de incentivos adecuados para la prevención, distorsión en el mercado y ausencia de reparación a las víctimas de daños.

Existen algunos mecanismos a través de los cuales podríamos garantizar la eficiencia del régimen de acciones colectivas. Por ejemplo, si el proveedor condenado se viera obligado a cargar con la totalidad de los costos del proceso (incluidos aquellos que tradicionalmente pesan sobre el Estado y no se trasladan en concepto de costas) la decisión a adoptar recaería enteramente sobre la misma persona. En ese caso, el proveedor se vería en la alternativa de invertir en prevención y ahorrar en costos procesales, o no invertir en prevención y cargar con los costos de un pronunciamiento adverso. Guiado exclusivamente por su interés, en el caso de que la probabilidad de condena sea del 100%, el agente tomaría las medidas de prevención sólo en el caso en que esa decisión fuera eficiente. En el caso en que los costos del proceso fueran superiores a las medidas de prevención, adoptará esas medidas y trasladará el costo al precio del producto, con lo cual éste informará acerca de su escasez relativa y no habrá distorsión en el mercado. No obstante ello, una traslación de costos excesiva al proveedor también podría acarrear una consecuencia disvaliosa, cual es el exceso de prevención (los productos en el mercado serían más caros de lo que podrían ser).

La comparación de los costos administrativos de las acciones colectivas también puede efectuarse con relación a *otros* mecanismos de fomento de la litigación individual, o que permitan la resolución de conflictos aún sin acceder al sistema de Justicia. El Derecho argentino pudo haber tenido otra configuración: pudo no haber adoptado las acciones colectivas. Las dificultades en el acceso a la justicia pudieron haberse resuelto mediante la incorporación del arbitraje de consumo, la resolución de conflictos en sede administrativa (mediante el mecanismo del daño directo), la reducción de los costos privados del juicio o la incorporación de los daños punitivos. De hecho, todas esas alternativas están vigentes actualmente. Pero la comparación parece favorecer al instituto en estudio: los costos administrativos de un proceso que resuelva definitivamente el conflicto, aún teniendo en cuenta la necesidad de registrar, notificar, publicar y el caudal de trabajo que pesa sobre un juzgado, parecen ser inferiores a los de la suma de múltiples procesos individuales.

En el ámbito de las *class actions* en Estados Unidos existen algunos intentos de obtener información empírica acerca del costo total de ese tipo de procedimientos. Así, por ejemplo, la profesora Hensler demuestra que los costos de transacción ascienden a un monto que equivale a entre un 10% y un 70% de la indemnización (sin contar honorarios de la demandada ni costos correspondientes al tiempo del tribunal), con una incidencia mucho *mayor* en las *consumer*

class actions que en las *mass torts class actions*.⁶²⁰ Esas cifras tienen una variación tan amplia y excluyen costos tan relevantes que desafortunadamente impiden efectuar una comparación con los costos de las acciones individuales.

Por otro lado, autores como Rosenberg afirman que la adjudicación de *mass torts* mediante *class actions* es el mecanismo más eficiente para la resolución de esta clase de conflictos.⁶²¹ No apelan a datos numéricos sino a las razones que hemos expuesto en los apartados anteriores, y a los incentivos que este sistema crea. Adicionalmente son estos autores los que proponen que en el ámbito de las *mass torts class actions* se elimine el derecho a optar por la exclusión de la clase (el ejercicio de este derecho en las *consumer class actions* es insignificante) a fin de garantizar que los tribunales no deban resolver más de una vez las cuestiones en conflicto.

XI.5. La elección de un conjunto de reglas. Eficiencia del sistema

En este apartado analizaremos las siguientes cuestiones. En primer lugar, qué reglas deberíamos adoptar si pretendiéramos realizar sólo uno de los objetivos descritos en el capítulo IV. En general la legislación cumple distintas funciones, porque se procura el equilibrio entre un conjunto de metas valiosas, pero identificar las reglas más adecuadas para provocar ciertos efectos puede servir para hacer explícitas relaciones que suelen permanecer ocultas. En segundo lugar, observaremos las relaciones que existen entre distintos esquemas de reglas más o menos coherentes entre sí. Finalmente, nos pronunciaremos acerca de la eficacia del sistema argentino para el logro del objetivo *eficiencia*.

Si pretendemos que el sistema brinde mayores incentivos para la *prevención*, o reducción primaria de costos sociales, en términos de Calabresi, deberíamos lograr que aumente la probabilidad de que el proveedor que comete un ilícito sea condenado a indemnizar el daño sufrido por los consumidores. Para ello, en primer lugar, debería aumentar la probabilidad de que se inicien acciones colectivas. Una manera de lograrlo consiste en crear incentivos pecuniarios para la promoción de acciones de clase. Por ejemplo, podrían estipularse beneficios extraordinarios para el actor, un régimen de costas pro-actor, o una regulación de honorarios mayor a la actual. La regla en materia de cosa juzgada debería

⁶²⁰ HENSLER, *op. cit.*, p. 438.

⁶²¹ ROSENBERG, David, "The Regulatory Advantage of the Class Action", en VISCUSI, W. Kip, *Regulation Through Litigation*, 1ª edición, Washington D.C., Brookings Institution Press, 2002, p. 279 y ss.

mantenerse con su actual configuración, esto es, *secundum eventum litis*, pues esto permitiría que ante el fracaso de la primera acción se vuelva a litigar, en vía individual o colectiva, con mejores fundamentos. Además de ello, las pautas para la reparación económica deberían ser modificadas al menos en un aspecto: debería incorporarse la liquidación y ejecución colectiva de los daños, como en el Código brasileño y en el Código Modelo Iberoamericano. La aptitud de las normas *procesales* para fomentar la prevención de daños, no obstante, tiene un límite constituido por los incentivos que generan las normas *sustantivas* en la materia. No obstante, aún esa barrera podría ser superada, en atención a las particularidades de la solución colectiva. Por ejemplo, podría admitirse la aplicación de ciertos institutos (por ejemplo, el abuso de derecho) aún cuando no estuvieran acreditados todos sus extremos (por ejemplo, lo atinente al aprovechamiento de la debilidad del afectado). Un sistema que buscara exclusivamente la prevención, podría dejar de lado los demás objetivos, tales como la reparación individual.

Si pretendemos que el sistema realice la función *reparación individual* de manera más eficaz que en la actualidad, deberíamos incorporar reglas similares en materia de fomento a la acción colectiva, pero, por el contrario, deberíamos eliminar los mecanismos de liquidación y ejecución colectiva y la reparación al grupo. No puede llegarse a una respuesta concluyente en torno a la conveniencia de implementar un mecanismo de *opt-out*. Si la incorporación de este mecanismo requiere que el representante colectivo incurra en mayores costos, desalienta la promoción de algunas acciones colectivas, con lo cual muchas afectaciones de escasa cuantía quedarán sin reparación. Por otro lado, su incorporación efectiva garantiza a los particulares que avizoran la posibilidad de obtener mejores términos para su compensación la efectivización de esa posibilidad. Debería además ponerse énfasis en la distinción de subclases dentro del grupo y debería instaurarse una vigorosa notificación de la sentencia que haga conocer a los particulares su existencia. Asimismo, debería evitarse en lo posible la necesidad de acudir al sistema de justicia por vía incidental y facilitar mecanismos de reparación más sencillos de carácter extrajudicial o automáticos.

Si pretendemos que el sistema *reduzca los costos de administración de Justicia*, la alternativa más eficaz consistiría en rechazar las acciones de clase iniciadas en tutela de intereses individuales ínfimos. Esa estrategia es la que caracteriza a las teorías que no consideran que los derechos de incidencia colectiva comprendan a los intereses individuales homogéneos. Si pretendemos resolver los conflictos colectivos al menor costo posible para el sistema judicial, deberíamos optar por aquellas alternativas menos gravosas en cuestión de tiempo y decisión; una sentencia colectiva del más amplio rango sería lo más adecuado y en general no lo sería la sentencia de condena genérica, que requiere la ejecución individual.

Además, podrían eliminarse las instancias de *opt-out*, principalmente en el caso de daños de escasa cuantía, en que esta facultad no será ejercida. La prosecución de este objetivo también exigiría adoptar una regla en materia de cosa juzgada que extienda sus efectos tanto en el caso de la sentencia estimatoria como en el de la sentencia desestimatoria, para evitar la duplicación de litigación. Finalmente, este objetivo también requeriría modificar el régimen de costas a fin de procurar que sólo las acciones con gran probabilidad de éxito sean las que lleguen a los estrados y promover activamente mecanismos de negociación prejudicial.

Si consideramos que el principio de *autonomía de la voluntad* tiene absoluta primacía sobre cualquier otro objetivo valioso, entonces, nuevamente, no deberíamos habilitar el procedimiento colectivo. Si pretendiéramos crear un proceso colectivo y dotarlo de garantías para que no vulnere ese objetivo valioso, deberíamos crear una o más instancias de notificación, una o más oportunidades para optar por quedar excluido del proceso, la extensión de los efectos de la cosa juzgada sólo en el caso de la sentencia estimatoria y no podríamos habilitar la opción de la reparación grupal. Asimismo el sistema debería cuidar con especial criterio que la representación sea adecuada y seguramente sería necesario crear clases dentro del grupo para dar voz y diferentes respuestas a los intereses contrapuestos.

Otra pregunta que puede plantearse y que resulta más difícil resolver, es si existen conjuntos de reglas más o menos coherentes entre sí. Existen ciertas relaciones que descartaríamos fácilmente, pues parecen no tener sentido; diríamos que no fomentan ninguna función social que consideremos relevante. Por ejemplo, no consideramos que fomente ninguna función de interés un mecanismo amplio y costoso de notificación si no se admite, paralelamente, la posibilidad de ejercer el control de la adecuada representatividad, o de optar por quedar excluido del proceso. En muchos casos hemos señalado algunas relaciones bastante intuitivas entre reglas. Por ejemplo, observamos que existe una relación muy clara entre la regla que confiere efectos *erga omnes* a la sentencia, tanto estimatoria como desestimatoria y la posibilidad de optar por quedar fuera del proceso, o el control de la adecuada representación. Pero en muchos casos esas relaciones no resultan tan evidentes. Así señalamos las críticas que suscita en parte de la doctrina la simultánea existencia de un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis* y la facultad de autoexclusión de la clase. Es posible que eso también ocurra en materia de condena en costas y regulación de honorarios, tal como analizamos oportunamente. Finalmente, también observamos que en algunos casos es preciso distinguir los efectos que tendrán las reglas según el tipo de conflicto sometido a proceso. Eso es lo que ocurre en materia de minimización de costos administrativos, alcance

de la cosa juzgada y facultad de autoexclusión cuando distinguimos daños masivos y microdaños.

Una tercera cuestión a abordar es la de las relaciones entre reglas y sus relativas funciones. La pregunta que podemos hacernos es: ¿fomenta la regla A la función 1 del mismo modo si se aplica de manera simultánea con la regla B que si se aplica junto con la regla alternativa C? Un ejemplo dramático dará cuenta de las dificultades que pueden presentarse. Supongamos que la regla A es la ampliación de la legitimación activa y la función 1 es “acceso a la justicia.” Supongamos, además, que la regla B estipula que los honorarios se fijan en una suma determinada y baja y la regla C estipula que los honorarios se regulan como un porcentaje del monto del litigio. En ambos casos diríamos que la regla A fomenta el acceso a la justicia, pero su coexistencia con la regla B es *más eficaz* para realizar esa función que su coexistencia con la regla C.

Finalmente cabe referirnos a la aptitud del sistema contemporáneo de acciones colectivas para la realización del objetivo *eficiencia*. De lo expuesto en los dos apartados precedentes surge una respuesta tentativamente afirmativa. Por un lado afirmamos que el sistema es más adecuado para la prevención de daños que su ausencia. Por otro lado observamos que en materia de costos administrativos es menester distinguir dos grandes grupos de casos. En materia de daños masivos, los costos administrativos del proceso colectivo parecen ser inferiores a los de una multiplicidad de procesos individuales. En materia de microdaños, si bien los costos administrativos son superiores, el Legislador incorpora el instituto y cabe inferir que lo hace sobre la base de entender que los beneficios superan a los costos. Señalamos, además, que ante la opción frente a distintas alternativas normativas, el Legislador ha optado de manera diversa por opciones que en mayor o menor medida promueven la reducción de costos (en materia de notificación, registración, imposición de costas, habilitación de la transacción, etc.).

Lo anterior demuestra que la elección de un conjunto de reglas depende fundamentalmente de lo que el Legislador pretenda lograr sobre la sociedad. No existe un modelo perfecto, único ni obligatorio de acciones colectivas, sino un conjunto de reglas alternativas que obligan a decidir a cada paso en función de los objetivos que se pretenda promover. En ese sentido nuestro trabajo ha pretendido hacer explícitas las relaciones entre ciertas reglas y la consecución de ciertos objetivos.

XI.6. Conclusiones

Las reglas del Derecho argentino en materia de acciones de incidencia colectiva tienen mayor aptitud que el sistema previo a su adopción para lograr la *prevención* de ilícitos de menor cuantía. No obstante, el sistema tiene una eficacia menor que el sistema de las acciones de clase estadounidenses para lograr ese cometido, porque el esquema de incentivos no es tan beneficioso para el actor y su letrado como su par estadounidense.

En materia de reducción de costos administrativos, es necesario distinguir los casos de conflictos de escasa cuantía que no justifican la promoción de un juicio individual de aquéllos que generan incentivos suficientes para accionar. En el primer caso la acción colectiva importa un aumento en el costo administrativo, mientras que en el segundo caso importa una disminución del mismo.

La eficiencia del sistema, esto es, la reducción óptima de los costos administrativos y de error, es *contingente*. No podemos afirmar de manera tajante que el sistema sea eficiente careciendo de datos empíricos, aunque existen indicios relevantes de que esto es así.

XII. CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto en los capítulos anteriores, podemos formular las siguientes conclusiones:

1.- Existe una divergencia entre el interés de la sociedad en que se inicien ciertas acciones judiciales y los incentivos que los particulares tienen para hacerlo. El fundamento de esa divergencia radica en que el interés de la sociedad se basa en una comparación de beneficios y costos *sociales*, mientras que la decisión del individuo se funda en una comparación de costos y beneficios *individuales*.

Cuando los beneficios individuales son *inferiores* a los costos individuales, los particulares optarán por no reclamar judicialmente. Si los beneficios sociales derivados de esa acción no iniciada superan a los costos sociales en que se habría incurrido, entonces diremos que hay una situación de escasez de litigiosidad socialmente valiosa. Sin embargo, no diremos lo mismo si los beneficios sociales son inferiores a los costos. Esto demuestra que si procuramos un resultado eficiente no estamos dispuestos a garantizar un acceso a la justicia irrestricto, o a cualquier costo.

La situación anteriormente descrita es típica de las afectaciones a los consumidores, que tienen cuatro características relevantes: suelen ser de escasa cuantía, presentan un problema grave de asimetría informativa, exhiben apatía racional y dan lugar al fenómeno del *free riding*.

El Legislador ha manifestado, de manera indirecta, que en materia de defensa del consumidor el nivel de litigiosidad es inferior al óptimo. Lo ha hecho a través de la incorporación de reglas de fomento de la litigación: el beneficio de gratuidad, la carga dinámica de la prueba, la incorporación de los daños punitivos y la adopción del proceso de conocimiento más abreviado. También ha instaurado un mecanismo de resarcimiento en sede administrativa del daño directo, que resulta más simple y rápido que el proceso judicial y no genera costos para el administrado. Estas medidas incrementan el número de afectados que accederán individualmente a una reparación, pero no reduce automáticamente a cero el costo de accionar.

La acción de incidencia colectiva interviene en esta situación con ciertas peculiaridades. No fomenta la litigación individual, sino que la *colectiviza*. Tampoco actúa en cualquier caso, sino exclusivamente cuando la afectación tiene gran difusión social.

Existe un problema distinto al anteriormente enunciado, que se da cuando los beneficios individuales son superiores a los costos y los particulares optan por accionar judicialmente, pero los beneficios sociales derivados de esa acción no superan a los costos sociales. Esa

situación implica un exceso de litigiosidad socialmente disvaliosa. Ese fenómeno caracteriza a los *daños masivos*.

La aplicación de la acción colectiva a los casos de daños masivos importa una lógica completamente distinta a la de los microdaños. No se trata de fomentar la litigiosidad cuando ésta es insuficiente, sino de reemplazar el accionar individual por el colectivo cuando el nivel de litigiosidad es excesivo. Ese nivel de litigiosidad es excesivo en tanto provoca un nivel de gastos administrativos superior al óptimo. En el Derecho argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido, a través de su resolución en el fallo “Halabi”, la acción de incidencia colectiva en casos de daños masivos, esto es, cuando no hay propiamente una situación de afectación del acceso a la justicia, en casos en que se tutele a los consumidores.

2.- Es posible distinguir los conceptos de objetivos y funciones del Derecho. Los primeros consisten en metas valiosas que las reglas jurídicas deben alcanzar en virtud del mandato de una norma superior. Las funciones, por el contrario, consisten en los resultados que las normas provocan en el mundo y sobre la conducta de los agentes. La identificación de estas últimas requiere herramientas analíticas diferentes a las técnicas interpretativas propias de la dogmática jurídica.

En materia de acciones de incidencia colectiva se han identificado ciertos objetivos bajo la denominación genérica “protección de los consumidores”: acceso a la justicia, reparación de daños, prevención de ilícitos, reducción de costos administrativos y eficiencia. Esas funciones pueden ser definidas y distinguidas entre sí. Distintas reglas y regímenes resultarán más eficaces en la promoción de un objetivo (realizarán una función por sobre otra) y menos en la promoción de otro (no realizarán determinada función, o lo harán en menor medida). Esto implica que los objetivos no colapsan en una función genérica, pueden colisionar entre sí y toda decisión institucional acerca de la adopción de una regla jurídica importará una elección entre objetivos divergentes y contradictorios.

Es por lo anterior que no consideramos que pueda afirmarse en general que el sistema de procesos colectivos cumpla con todas esas funciones, sino que esa observación debe hacerse respecto de reglas particularizadas y funciones específicas, para determinar en qué medida lo hace.

3.- La ampliación de la legitimación en las acciones colectivas que tutelan a los consumidores, a diferencia de lo que puede ocurrir en los casos en que se tutelan bienes colectivos, es *eficiente*. El fundamento radica en que en el ámbito de la defensa del consumidor, a diferencia de lo que ocurre en los procesos que se inician en razón de una demanda que pretende tutelar a un bien colectivo, es posible que el proveedor acuerde con

cada consumidor modalidades particulares de implementación de la decisión, esto es, el destino que se dará al bien en conflicto. La decisión colectiva no vuelve indisponible al bien en conflicto, por lo que éste puede destinarse a su uso más valioso. La única excepción a esta observación está dada por aquellos casos en que la conducta u omisión mandada judicialmente es de imposible fraccionamiento, como podría ocurrir si se prohíbe a la empresa clausurar un establecimiento de atención a los consumidores.

La ampliación de la legitimación activa fomenta el *acceso a la justicia* en mayor medida que las reglas tradicionales en esa materia. Sin embargo, la eficacia de este instrumento depende de la existencia de incentivos adecuados para la promoción de una acción colectiva. No basta conceder una facultad (otorgar legitimación) para garantizar que sea ejercida.

A fin de promover los objetivos considerados valiosos (*acceso a la justicia*, reparación y prevención) el criterio que el Legislador debe considerar al determinar *a quiénes* otorga legitimación activa debe consistir en asegurar el grado máximo de eficacia en la protección del interés de los afectados. Debe procurarse que no existan problemas de agencia, extendiendo la legitimación a todos los individuos cuyos intereses no colisionen con los del colectivo, o al menos procurando que la situación sea tal que el juez sea capaz de contender con el problema de agencia. Lo anterior demuestra que el criterio aplicable al legislar en materia de legitimación coincide, en términos generales, con la regla que el juez debe considerar al observar si la representación resulta adecuada en el caso concreto. En consecuencia, algunas restricciones actualmente vigentes en materia de legitimación (como ciertas interpretaciones sobre la legitimación de los particulares, la legitimación del Defensor del Pueblo, de las provincias, de los legisladores) no pueden explicarse de conformidad con ese criterio. Sin embargo, otros criterios, de Justicia, podrían ser una explicación adecuada de esas reglas e interpretaciones.

Concluimos que la representación extraordinaria provoca un *problema de agencia* en dos dimensiones: la propia del patrocinio letrado y la que causa la presencia del representante del colectivo. Señalamos que la razón por la cual el Derecho debe resolver ese problema de agencia radica en que sólo un representante fiel, eficaz y vigoroso de la clase es garante del *enforcement* de la legislación consumerista.

Concluimos que pese al sistema de extensión asimétrica de los efectos de la cosa juzgada en el Derecho argentino, el juez debe controlar que la representación sea adecuada, para evitar el perjuicio a la clase y promover los objetivos señalados anteriormente. Señalamos que el juez enfrenta una dificultad significativa para determinar si el actor será un representante adecuado al momento de interponer una demanda. Esa dificultad consiste en una *situación de información asimétrica*. Observamos que el Derecho prevé distintos mecanismos de

transmisión de la información: algunos de ellos prescriptos expresamente y otros dependientes de la acción de las partes. Señalamos, finalmente, que los regímenes del Derecho provincial que prevén un mecanismo de competencia interna entre los potenciales legitimados, consisten en una tácita aplicación de estos criterios. Estos mecanismos no elevan significativamente los costos administrativos del proceso colectivo y sus beneficios son importantes, por lo que su adopción puede considerarse eficiente.

4.- La extensión de los efectos de la sentencia en el proceso colectivo convierte a este pronunciamiento en un bien con características que lo asemejan a los denominados *bienes públicos*. Es no excluyente, ya que ni el actor ni el demandado pueden impedir que cualquier consumidor la aproveche. Es no rival, ya que el beneficio que uno obtiene no interfiere con el de los demás.

Existen algunas excepciones a la conclusión anterior. Cuando la sentencia condena al pago de sumas de dinero puede existir conflicto entre los beneficiarios de ese pronunciamiento en caso de insolvencia. Por el contrario, cuando la sentencia condena a la realización de una actividad genérica insusceptible de ser fraccionada, lo anterior no ocurre. Es por ello que propusimos limitar nuestra observación a la parte *declarativa* de la sentencia.

Como bien público, es posible que exista un nivel de producción inferior al óptimo, ya que el actor no tiene la posibilidad de exigir a todos los beneficiarios una contribución para financiar la acción. Para asegurar la promoción de un número adecuado de acciones colectivas será menester contar con instrumentos alternativos de fomento.

La cosa juzgada *erga omnes* fomenta el acceso a la justicia, al beneficiar a sujetos cuyos reclamos de otro modo no habrían sido judicializados y reduce los gastos de administración del sistema judicial, al permitir que una única sentencia resuelva un conflicto que involucra a un colectivo de individuos.

La opción del Derecho argentino por la extensión de los efectos de la sentencia *exclusivamente* en el caso de la sentencia favorable se funda en la relativa ineficacia de los controles de la adecuación de la representación. Es un mecanismo que beneficia a los integrantes del colectivo. Algunos autores consideran que sólo en el caso de la extensión según el resultado se justifica no adoptar ciertas medidas de protección especial a los consumidores (como la notificación). Si de esa manera se reducen los costos privados del actor, diremos que esa estructura particular de reglas favorece el acceso a la justicia, porque aumenta la probabilidad de que se demande.

Los efectos en materia de costos de administración de las alternativas normativas en materia de cosa juzgada difieren según el tipo de conflicto que se resuelva. El sistema de

preclusión bilateral prácticamente garantiza que el conflicto no volverá a ser sometido a juicio, pero las garantías que exige implican mayores costos en el primer proceso; la preclusión unilateral prescinde de esas garantías (y de esos costos) pero somete al órgano judicial y al demandado al riesgo de que se inicie un nuevo proceso referido a la misma pretensión. En consecuencia, el objetivo minimización del costo de administración requiere que, en materia de microdaños (en que los incentivos para litigar individualmente u optar por la exclusión son insignificantes) se opte por la preclusión unilateral, mientras que en materia de daños masivos (en que existen tales incentivos) requiere que se opte por la preclusión bilateral.

La distinción entre el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor (que según la interpretación dominante no concede *ningún* efecto a la sentencia desestimatoria) y el de la ley bonaerense 13.133 (que cierra la vía colectiva a menos que en el nuevo proceso el actor pretenda valerse de nueva prueba, aunque no impide la tramitación de acciones individuales) tiene relevantes efectos en materia de microdaños. La primera facilita la iniciación de una nueva acción colectiva mientras que la segunda la dificulta. Además la segunda importa una drástica prevención de costos de administración, ya que en materia de microdaños, por definición, la probabilidad de que el particular accione es muy baja.

La minimización de costos de administración requeriría reglas alternativas en materia de daños masivos y de microdaños. Si nuestro propósito fuera la minimización de costos administrativos sugeriríamos dos vías paralelas para los conflictos en estudio. Por una lado la de los daños masivos, que incluiría una regla de preclusión bilateral, la concesión de la facultad de autoexclusión y un mecanismo de notificación amplio. Por otro lado la de los microdaños, que incluiría una regla de preclusión unilateral y la denegación de la facultad de autoexclusión, o la no exigencia de mecanismos de notificación gravosos previos a su ejercicio.

El sistema de defensa del consumidor no contempla expresamente el caso en que la pretensión sea acogida parcialmente. Es razonable interpretar que esa sentencia también extiende sus efectos a los integrantes del colectivo y les impide accionar por la parte no acogida, atendiendo a la fundamental similitud con el caso de la transacción y considerando la facultad de autoexclusión contemplada por el artículo 54 de la Ley de Defensa del Consumidor.

5.- La integración de la clase a la que se extenderán los efectos de la sentencia en el proceso colectivo puede efectuarse de dos modos distintos. Por un lado, puede requerir la intervención activa de los interesados. Por otro lado, puede ser automática. Esta última regla reduce los costos de transacción en que deberían incurrir las partes aplicando la primera regla y facilita la integración de un grupo numeroso al que se extenderá el pronunciamiento colectivo. El Derecho favorece ese resultado, porque es un medio más eficaz que la alternativa para

realizar las funciones *acceso a la justicia y prevención de ilícitos*. Es además una regla eficiente, porque recrea la situación a la que arribaría el colectivo y el representante en ausencia de costos de transacción.

La regla que otorga a los particulares la facultad de apartarse del proceso es una concesión al principio de autonomía de la voluntad. La eficacia de esa regla como mecanismo que permita a los particulares tomar conocimiento de la existencia del proceso colectivo y efectuar una elección fundada entre quedarse o apartarse del mismo, requiere un mecanismo de notificación más amplio que el actualmente existente en el Derecho argentino. De lo contrario, prácticamente no se distingue en sus efectos de la alternativa, que no contempla tal facultad. Ésta obliga a los interesados a impugnar el accionar del representante, en caso de que no les satisfaga, dentro de los márgenes del control de la representación, pero no da la opción de quedar fuera.

La simultánea aplicación de la regla de cosa juzgada *erga omnes secundum eventum litis* y la facultad del *opt out* plantea interrogantes análogos a los que observamos al estudiar la coexistencia de esta regla de cosa juzgada y el control de la representación adecuada. En todo caso, siempre se trata de brindar la mayor protección posible al interés del particular implicado.

La distinción entre el régimen de la Ley de Defensa del Consumidor y el de la ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires, por la cual el primero concede la facultad de autoexclusión y el segundo no lo hace, implica que el primero hace una mayor concesión al ejercicio de la autonomía de la voluntad que el segundo y asimismo importa mayores costos administrativos, en términos de demora y fijación de mecanismos de notificación y ejercicio del derecho.

En los mismos términos enunciados en el apartado anterior, concluimos que si nuestro propósito fuera la minimización de costos administrativos sugeriríamos dos vías paralelas para los conflictos en estudio. Por una lado la de los daños masivos, que incluiría una regla de preclusión bilateral, la concesión de la facultad de autoexclusión y un mecanismo de notificación amplio. Por otro lado la de los microdaños, que incluiría una regla de preclusión unilateral y la denegación de la facultad de autoexclusión, o la no exigencia de mecanismos de notificación gravosos previos a su ejercicio.

6.- En materia de acciones colectivas, al igual que en el proceso individual, la decisión de demandar o no hacerlo se funda en una comparación de costos y beneficios individuales, aunque puede entenderse que no *exclusivamente* en esa comparación. Distinguimos dos ámbitos de aplicación: las acciones promovidas por *afectados* y las promovidas por *otros legitimados*. En el primer caso, la promoción de una acción colectiva dependerá de que se satisfagan dos condiciones: que los beneficios privados de la acción colectiva superen a sus

costos y que la acción colectiva coloque al agente en mejor situación que la acción privada. Dado que el sistema jurídico argentino no prevé beneficios extraordinarios para el actor en el proceso colectivo, para que esta condición se cumpla será necesario que el costo esperado se reduzca a cero. La circunstancia de que los agentes que tomen esa decisión no sean particulares, sino órganos públicos o privados con intereses públicos, no obsta a esa conclusión.

Se desprende de lo anterior que la promoción de acciones colectivas requiere que los beneficios privados para el actor superen a los costos privados. Cuando las reglas jurídicas no satisfagan esta condición, será necesario introducir normas de fomento de este tipo de acciones para la realización de los objetivos acceso a la justicia, prevención y reparación de daños. De lo contrario, el nivel de litigiosidad colectiva será inferior al óptimo.

El sistema que *en mayor medida* fomenta la promoción de acciones colectivas es aquél que garantiza al actor que en ningún caso, sea cual sea el resultado del litigio, deberá cargar con las costas propias ni con las del adversario y que a su vez garantiza al abogado la posibilidad de obtener un beneficio pecuniario que supere al propio de una acción individual. En los términos expuestos en los párrafos anteriores, es aquel sistema que reduce a cero los costos privados, con lo que cualquier tipo de beneficio justifica accionar. De los modelos existentes en el Derecho comparado, éste es el que realiza más eficazmente la función *acceso a la justicia*.

El sistema de costas y honorarios *menos* eficaz para realizar la función *acceso a la justicia* es aquél que reúne tres características: contempla la condena en costas al vencido, prohíbe celebrar un convenio de cuota litis y prohíbe contar con financiamiento externo para la promoción de la acción. Este sistema caracterizaba a los ordenamientos clásicos del Derecho continental europeo. Su ineficacia deriva de que en ningún caso el afectado estará en mejor situación si opta por la vía colectiva en lugar de la individual.

No existen en el Derecho argentino institutos que prevean beneficios extraordinarios para el actor, como sí los hay en el Derecho comparado. La incorporación de instrumentos de este tipo favorecería el acceso a la justicia, porque permitiría que en un mayor número de casos los beneficios privados superen a los costos privados y el particular decida accionar.

En el Derecho argentino no se ha determinado si el letrado de la clase puede oponer a ésta la regulación judicial de honorarios y ejecutarla sobre la indemnización obtenida. En nuestro sistema de costas al vencido, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de costas por su orden del Derecho federal estadounidense, la ausencia de una regla tal no implica necesariamente el desaliento a la actuación del letrado, porque éste podrá ejecutar su

acreencia contra el demandado vencido en costas. Por el contrario, sí desalentaría la promoción de una acción colectiva la no oponibilidad del convenio de honorarios cuando la regulación judicial de honorarios sea baja y el pacto supere esa cifra.

En el Derecho argentino existen reglas e interpretaciones mediante las cuales se reducen los costos privados de accionar colectivamente. Con respecto a los costos de la representación letrada del grupo, está prevista la celebración de un convenio de cuota litis. Con respecto a las costas del adversario, existen sistemas que descartan la regla de costas al vencido y conforman cuatro sistemas de imposición de costas diferentes al de las costas al vencido.

Otro instituto que en el Derecho argentino reduce los costos de la acción colectiva es el beneficio de gratuidad, cuya extensión es interpretada de distinto modo por la doctrina, implicando una mayor o menor reducción de costos. En este caso, como la exención de costos no es absoluta, sino condicionada a la no mejora de fortuna, su atractivo es inferior que el de una exención absoluta. Cuán diferente sea depende de la probabilidad de que se juzgue que el agente ha mejorado de fortuna. Sin embargo, esa prueba sería imposible si se hace equivalente a la prueba de la solvencia, en cuyo caso el beneficio sería definitivo. La interpretación que asimila el beneficio de gratuidad al beneficio de litigar sin gastos y que echa un cerrojo sobre el incidente de solvencia es la que en mayor grado favorece la promoción de acciones de incidencia colectiva, ya que se asemeja prácticamente a una regla *pro-actor* en materia de costas.

El otorgamiento del beneficio de gratuidad automático y la denegación del incidente de solvencia es una presunción *iuris et de iure* de la insuficiencia de medios de la actora y dado que esa presunción ordinariamente se ajusta a la realidad de los hechos, es una regla eficiente, porque reduce costos de administración (la tramitación del incidente del beneficio de litigar sin gastos) a costa de un mínimo incremento en los costos de error (exceso de litigiosidad).

No existen en el Derecho argentino reglas especiales en materia de regulación de honorarios en las acciones de incidencia colectiva, por lo que se ha propuesto aplicar la regulación propia del amparo, los extremos propios del proceso ordinario y reglas particulares tendientes a evitar una relación directa entre el monto del proceso y la regulación, tales como la fijación por horas de trabajo. Ese criterio desalienta la actuación del letrado en el proceso colectivo y por lo tanto conspira en contra de la función acceso a la justicia.

La imperfección y novedad de estos esquemas, así como la dificultad para ensamblarlos, brinda una adecuada explicación de un fenómeno que puede observarse al estudiar cualquier repertorio jurídico: son muchas más las acciones colectivas iniciadas por

legitimados institucionales que por particulares, porque aquéllos enfrentan menores riesgos que éstos. Se suma a esto la existencia de ciertas reglas especiales y más favorables en materia de costas, la posibilidad de recurrir a ciertas prácticas que reducen la incidencia de los honorarios propios y el aprovechamiento de economías de escala. Sin embargo, no se modifica la condición necesaria de fondo para resolver si se accionará o no: la comparación de costos y beneficios privados.

La creación de incentivos para accionar colectivamente sumada a la vigencia de un sistema de cosa juzgada *secundum eventum litis* puede provocar, a diferencia de lo que ocurre en un sistema de cosa juzgada *pro et contra*, un nivel de litigiosidad superior al óptimo. Sin embargo, en nuestro sistema actual la existencia de reglas que sancionan la litigación temeraria o maliciosa, así como el propio interés del letrado en obtener una condena en costas del vencido, reducen ese riesgo.

7.- Con respecto al requisito de la *pluralidad relevante* para la habilitación de la vía colectiva, concebimos dos fundamentos alternativos. La primera explicación, aplicable a los casos de daños de escasa cuantía, es que sólo en el caso de que la afectación comprenda a un gran número de individuos se da la situación de que los beneficios del proceso colectivo, en términos de prevención, superan a sus costos. Por el contrario, en los casos de afectaciones a pocos individuos, los beneficios no superarían esos costos. La segunda explicación consiste en que el requisito sea aplicable a los casos de reclamos por los que al actor compensa demandar en forma individual y no hay un problema de acceso a la justicia. Si los casos son pocos, el sistema judicial puede absorberlos en procesos separados; sólo si superan cierto número amenazan con colapsar y es deseable acudir al mecanismo colectivo. En cualquiera de los dos casos el requisito de la pluralidad relevante acude implícitamente a un criterio de comparación entre costos y beneficios, pero tiene como ventaja frente a un criterio explícito que al juez le resultará más sencillo de aplicar. La regla, en consecuencia, resulta *eficiente*. Podría asimismo cumplir una función de subsidio a los pequeños proveedores (en comparación con los grandes proveedores) con una capacidad de afectación al público inferior que otras empresas.

Existe un equilibrio entre el alcance de la sentencia en el proceso colectivo, la determinación de la existencia de cuestiones comunes susceptibles de ser resueltas y la definición de la clase. Cuanto más limitado sea el alcance de la decisión colectiva y cuanto más se libre a la posterior ejecución individual, más amplia podrá resultar la clase beneficiaria. La posibilidad de crear grupos o subclases dentro de la clase es un mecanismo estrechamente vinculado y que a costa de incurrir en costos de administración reduce los costos de error del proceso.

La imposición al actor de la carga de notificar al colectivo puede desalentar la prosecución del juicio y por ende conspirar contra el acceso a la justicia si esa notificación es demasiado costosa. Es necesario dar un énfasis adicional a la notificación de la sentencia de condena genérica en los casos en que ésta deba ser posteriormente ejecutada por los particulares. En esos casos la notificación no sólo cumple como función ser reaseguro del respeto a la autonomía de la voluntad, sino que además resulta el único medio para garantizar el resarcimiento y por ende la prevención de conductas ilícitas.

La conveniencia de crear Registros de acciones colectivas no es evidente. El modo en que esos registros están implementados en el Derecho comparado no parece ser un mecanismo eficaz para evitar la multiplicación de acciones *individuales* en el caso de afectaciones masivas, sino que resulta eficaz exclusivamente para evitar la superposición de dos o más acciones colectivas.

En materia de mediación y la conciliación en los procesos colectivos, si bien el Análisis Económico del Derecho plantea la conveniencia de que las partes recurran a mecanismos extrajudiciales de composición de los conflictos, en el caso particular no parecen estar dadas las circunstancias para que la probabilidad de acuerdo sea superior a la que es propia de cualquier negociación informal, lo que torna carente de efectos valiosos a la mediación prejudicial obligatoria. Existen, además, dificultades que se observan en el Derecho comparado acerca de la fiabilidad de tales acuerdos y sospechas en torno a los motivos de los abogados para acordar. En el Derecho argentino existen reglas que permiten al juez reprimir la celebración de acuerdos espurios fruto de la colusión en la etapa de conciliación, mecanismos que no se hallan presentes en la etapa prejudicial.

En materia de procedimiento aplicable, la alternativa ordinario *versus* sumarísimo es, esencialmente, un conflicto entre costos de error y costos de administración. No es clara la preferencia por uno u otro procedimiento, e incluso en el Derecho provincial hay casos de sumarísimos *colectivizados* mediante la introducción de algunos cambios.

La redacción actual de la Ley de Defensa del Consumidor y de la ley 13.133 de la ley de la provincia de Buenos Aires manifiesta una clara preferencia del Legislador por la reducción de costos administrativos (propio del sumarísimo), preferencia que sólo cede ante el pedido de parte.

La concepción que estipula que el juez debe dar tratamiento prioritario y especial al proceso colectivo atiende implícitamente al mayor impacto de la sentencia sobre la sociedad y por ende resulta razonable, así como la mayor intervención requerida al órgano judicial.

8.- El contenido de la cláusula constitucional de protección de los intereses económicos de los consumidores, en materia de procesos colectivos, está dado por el sistema de reglas en materia de ejecución de la sentencia colectiva y las funciones sociales que promueven.

Las alternativas previstas en la Ley de Defensa del Consumidor son cuatro: (1) la liquidación y ejecución individual por vía incidental para el caso de daños diferenciados; (2) la restitución de sumas de dinero a los afectados por las mismas vías por las cuales sufrieron el perjuicio; (3) la restitución de sumas de dinero a los afectados por vías alternativas cuando lo anterior sea imposible; y (4) la compensación al grupo por el daño sufrido. La ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires sólo prevé la primera alternativa, lo que resulta disvalioso, por lo que propusimos interpretar que todas las pautas incorporadas a la ley nacional son de aplicación en jurisdicción provincial.

El Derecho argentino no prevé algunas alternativas previstas en el Derecho comparado: entre ellas resulta de especial interés la liquidación y ejecución colectiva de la sentencia de condena genérica, prevista en la legislación brasileña y en el Código Modelo Iberoamericano de Procesos Colectivos. Propusimos que esa alternativa sea incorporada a la legislación argentina. Por el contrario, consideramos acertada la no inclusión expresa de un mecanismo de reparación que requiera la alteración de los precios de los productos, en virtud de las dificultades que la implementación de tal sistema acarrea.

En líneas generales, afirmamos que el abanico de pautas de reparación y las circunstancias y el orden en que la ley nacional recomienda recurrir a cada una de ellas, *promueven la eficiencia*.

La liquidación y ejecución individual sólo resulta apropiada en el caso de que los daños sean diferenciados, dando a ese concepto el sentido de daños de distinta repercusión o cuantía, o casos en que la repercusión de las circunstancias individuales sea relevante. Esta opción legislativa sacrifica, en aras de reducir el error en la adjudicación, mucho en materia de costos de administración y es la menos eficaz de todas las pautas como mecanismo de fomento de la reparación y prevención. En consecuencia, propusimos que la interpretación de su ámbito de aplicación sea limitativa. Por estas razones resulta inconveniente la restricción del estatuto de la provincia de Buenos Aires. Propusimos, además, que la notificación de la sentencia de condena genérica y de la posibilidad de iniciar un incidente sea objeto de particular atención en materia de notificación a los afectados. Sugerimos, además, que el mecanismo sea complementado con la liquidación y ejecución colectiva transcurrido cierto plazo, como prescriben el régimen brasileño y del Código Modelo Iberoamericano.

Las modalidades de restitución de sumas de dinero por los mismos medios o por medios alternativos resultan el mecanismo más eficaz en materia de reparación, prevención y reducción de costos administrativos, porque no hacen depender el recupero de la acción de los afectados. Se supera, de manera definitiva, el problema de la apatía racional. Sin embargo, la pauta resulta de limitada aplicabilidad. En el primer caso, porque depende de la persistencia de la relación entre proveedor y afectados. En el segundo caso, porque requiere la individualización de los beneficiarios.

La última pauta prevista en el estatuto del consumidor es la reparación del daño sufrido por el grupo. Esta modalidad es sólo aplicable cuando no resulte posible individualizar a los afectados. Propusimos interpretar que basta para aplicarla que no resulte económicamente viable hacerlo, aún cuando sea prácticamente posible, si resulta demasiado oneroso. Propusimos, además, resolver que la reparación al grupo debe cuantificarse como la suma de las indemnizaciones que habrían correspondido a la totalidad de los integrantes del grupo. Esta alternativa promueve la prevención y reduce los costos de administración, pero no fomenta, o lo hace de manera muy insatisfactoria, el objetivo reparación. La reparación al grupo es una directriz amplia, que otorga al juez amplia discrecionalidad para resolver de qué manera llevarla a cabo. Las alternativas previstas en el Derecho comparado y que sería valioso aplicar son: (1) la distribución de los fondos entre asociaciones de defensa de los consumidores y (2) la creación de un fondo especial de compensación en el caso en que sea razonable hacerlo.

La elección de la pauta aplicable al caso concreto depende de la ley, las circunstancias de hecho y el margen de decisión de los participantes en el proceso. De ello dependerán las funciones sociales efectivamente promovidas. Sin embargo, en los casos en que el margen de decisión se ve acotado por la norma del artículo 54, observamos que el objetivo realizado es la eficiencia.

9.- Las reglas del Derecho argentino en materia de acciones de incidencia colectiva tienen mayor aptitud que el sistema previo a su adopción para lograr la *prevención* de ilícitos de menor cuantía y el *acceso a la justicia* de estos conflictos. No obstante, el sistema tiene una eficacia menor que el sistema de las acciones de clase estadounidenses para lograr esos cometidos, porque el esquema de incentivos no es tan beneficioso para el actor y su letrado como su par estadounidense.

En materia de *reducción de costos administrativos*, es necesario distinguir los casos de conflictos de escasa cuantía que no justifican la promoción de un juicio individual de aquéllos que generan incentivos suficientes para accionar. En el primer caso la acción colectiva importa

un aumento en el costo administrativo, mientras que en el segundo caso importa una disminución del mismo.

La eficiencia del sistema, esto es, la reducción óptima de los costos administrativos y de error, es *contingente*. No podemos afirmar de manera tajante que el sistema sea eficiente careciendo de datos empíricos, aunque existen indicios relevantes de que esto es así.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁBALOS, María Graciela, “Acciones de clase y litigios de alta complejidad”, *LA LEY Gran Cuyo* 2005 (junio), 845.
- ABRAHAM, Kenneth S., “Individual Action and Collective Responsibility: The Dilemma of Mass Tort Reform”, *Virginia Law Review*, Vol. 73, 1987, pp. 845-907.
- ABRAHAM, Kenneth S. y ROBINSON, Glen O., “Aggregative Valuation of Mass Tort Claims”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 53, N° 4, 1990, pp. 137-157.
- ACCIARRI, Hugo A., “El Análisis Económico del Derecho de Daños. Elementos para una aproximación”, *SJA* 17/5/2006 – *JA* 2006-II-1008 (Lexis N° 0003/012582).
- ACCIARRI, Hugo A., *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*, ALACDE, George Mason University L&E Center, 2009, 454 páginas.
- ACCIARRI, Hugo A., *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños. Prevención, Reparación, Minimización de Costos Sociales*, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 308 páginas.
- ACCIARRI, Hugo A., voz “Class Actions” en ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto, *Enciclopedia de la Responsabilidad Civil*, t. 2, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 262-270.
- ACCIARRI, Hugo A. y CASTELLANO, Andrea, “Recursos naturales, ambiente y externalidades (Análisis jurídico de un concepto económico)”, *JA* 1996-IV-866 (Lexis N° 0003/001209 ó 0003/001271).
- ACCIARRI, Hugo, CASTELLANO, Andrea y BARBERO, Andrea, “Tasa de interés judicial y costos sociales de los juicios por daños. Un modelo de incentivos para la demora” *Asociación Argentina de Economía Política, Annual Papers*, 2002.
- ACCIARRI, Hugo A. y STIGLITZ, Gabriel, “Legitimación procesal colectiva. Las Acciones de Clase. Reparación de daños”, *La Revista del Foro de Cuyo*, tomo 9-1993, p. 235 y ss.
- AKERLOFF, George A., “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, N° 3, 1970, pp. 488-500.
- ALLEWELDT, Frank (dir.), *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union. Final Report*, European Commission – DG SANCO, 2008, 179 páginas.
- ALTERINI, Atilio A., “El proceso colectivo de daños”, *RCyS* 2009-VII, 161.
- ALTERINI, Atilio A., “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, *LA LEY* 17/06/2009, 1.
- ÁLVAREZ LARRONDO, Federico y RODRÍGUEZ, Gonzalo M., “Las Asociaciones de Consumidores y el alcance del Beneficio de Gratuidad”, *LA LEY* 21/03/2011.
- AA.VV., *La Reforma del Poder Judicial en la Argentina*, 1ª edición, Buenos Aires, FIEL, 1996, 279 páginas.
- ARAZI, Roland, “La legitimación activa en los procesos colectivos”, *LA LEY* 03/09/2012, 5; *LA LEY* 2012-E, 230.
- ARAZI, Roland, “Los derechos individuales homogéneos en la reforma a la ley 24240 (ley 26361): legitimación y cosa juzgada”, *SJA* 16/7/2008; *JA* 2008-III-1193 (Lexis N° 0003/013928).
- AVELLANEDA, Mirta del C., “La justicia gratuita para consumidores y usuarios y su aplicación en la provincia de Salta”, *LLNOA* 2012 (agosto), 699.
- AZAR, María José, “Las acciones de cesación de ilícitos en materia de protección de los intereses de los consumidores. A propósito de la reciente directiva 2009/22/CE”, *Sup. Act.*, 01/04/2010, 1.
- AZAR, María José, “Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión”, *Revista Derecho Privado, Infojus*, octubre 2012, Año 1 N° 2, p. 241 y ss.
- AZAR, María José, “Los daños masivos en la jurisprudencia”, en LORENZETTI, Ricardo Luis y SCHÖTZ, Gustavo Juan (coords.), *Defensa del consumidor*, 1ª edición, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 125-162.
- BACHMAIER WINTER, Lorena, “La tutela de los derechos e intereses colectivos de consumidores y usuarios en el proceso civil español”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, pp. 1-54.

- BARACAT, Edgar J., "Tipos de tutela jurisdiccional que puede reclamar el consumidor en defensa de sus derechos", *JA* 2000-II-812 (Lexis N° 0003/007603).
- BARREIRA DELFINO, Eduardo, "Honorarios y costas en las acciones de clase en cuestiones de consumo y de derechos de incidencia colectiva en general", *El Derecho*, 17/6/2010, pp. 1-3.
- BARRETO MORENO, Antonio Alejandro, *La función de la responsabilidad civil en Colombia en el marco de las acciones populares y de grupo*, 1ª edición, Bogotá, Universidad de los Andes, CIJUS, 2004, 120 páginas.
- BARRINGTON WOLFF, Tobias, "Preclusion in Class Action Litigation", *Columbia Law Review*, Vol. 105, 2005, pp. 717-808.
- BASSETT, Debra Lyn, "The Defendant's Obligation To Ensure Adequate Representation In Class Actions", *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Vol. 74, N° 3, 2006, pp. 511-541.
- BAYLY LETTS, Andrés y PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique, "¿Quién dijo que en Salem hubo brujas? La privatización del servicio de justicia: rompiendo el mito de la justicia estatal", *Themis Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 46, 2003, pp. 315-341. También publicado en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=enrique_pasquel.
- BEBCHUCK, Lucian Arye, "The Questionable Case for Using Auctions to Select Lead Counsel", *Washington University Law Quarterly*, Vol. 80, N° 3, 2002, pp. 889-899.
- BEISNER, John H. y MILLER, Jessica D., *Litigate the Torts, Not the Mass: A Modest Proposal for Reforming How Mass Torts Are Adjudicated*, Washington D.C., Washington Legal Foundation, 2009, 51 páginas.
- BERIZONCE, Roberto O., "Algunos obstáculos al acceso a la justicia", en OVALLE FAVELA (coord.), *Administración de Justicia en Iberoamérica*, 1ª edición, México, UNAM, 1993, pp. 41-66.
- BERIZONCE, Roberto O., "El costo del proceso. (Como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la Justicia)", *JA* 1995-I-955 (Lexis N° 0003/001834).
- BERMEJO, Patricia, "Medios procesales para la protección de los nuevos derechos a la luz de la reforma constitucional", en MORELLO, Augusto (coord.), *La legitimación (Homenaje al profesor Lino Enrique Palacio)*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo Perrot, 1996 (Lexis N° 1001/002912).
- BERSTEN, Horacio L., "Acciones colectivas de consumo: 15 años de vigencia", *LA LEY* 27/04/2011, 1; *LA LEY* 2011-B, 1167.
- BERSTEN, Horacio L., "Algunas reflexiones sobre el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los consumidores y el denominado 'proceso del consumidor'", *JA* 1997-IV-991 (Lexis N° 0003/000810).
- BERSTEN, Horacio L., "La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo", *LA LEY* 2009-B, 370.
- BERSTEN, Horacio L., "La intervención del Ministerio Público en los procesos de consumo", *JA* 2003-IV-370 (Lexis N° 0003/010089 ó 0003/010193 ó 0003/010136).
- BERSTEN, Horacio L., "Legitimación colectiva de consumo en el fuero civil y comercial federal", *LA LEY* 29/6/2010, p. 3 y ss.
- BERSTEN, Horacio L., "La tutela de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios y consumidores en Río Negro", *LA LEY Patagonia* 07/08/2006, 433 – *RCyS* 2007-II, 100.
- BERSTEN, Horacio L., "Procedimiento judicial del consumidor en la Provincia de Buenos Aires", *LA LEY* 2004-B, 1324.
- BLANCO, Sandra *et al.*, "La prueba en los procesos de incidencia colectiva", en DÍAZ SOLIMINE, Omar L. (Dir.), *La prueba en el proceso civil*, t. III, 1º edición, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2013, pp. 59-120.
- BLOOM, Anne, "From Justice to Global Peace: A (Brief) Genealogy of the Class Action Crisis", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 39, N° 2, 2006, pp. 719-757.
- BOICO, Roberto J., "La nueva etapa del amparo colectivo. El caso Halabi y el actual escenario del art. 43 de la C.N.", *LA LEY* 04/03/2009, p. 1 y ss.
- BONE, Robert G., "Class Action", *The University of Texas School of Law, Law and Economics Research Paper No. 209*, a publicarse en *Procedural Law and Economics*, Edward Elgar Ed., mayo de 2011.
- BRONSTEEN, John, "Class Action Settlements: An Opt-In Proposal", *University of Illinois Law Review*, Vol. 2005, N° 4, pp. 903-928.
- BRONSTEEN, John y FISS, Owen, "The Class Action Rule", *Notre Dame Law Review*, Vol. 78, N° 5, 2005, pp. 1419-1453.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "Comprando justicia. ¿Genera el mercado de arbitraje reglas jurídicas predecibles?", *Jurisprudencia Argentina. Número Especial Derecho y Economía*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 2-18.

- BURNHAM, William, *Introduction to the Legal System of the United States*, 1ª edición, St. Paul, Minn., West Group, 1995 (2ª edición, 1999, 626 páginas).
- BURNS, Jean Wegman, "Standing and Mootness in Class Actions: A Search for Consistency", *University of California, Davis*, Vol. 22, 1989, pp. 1239-1288.
- CAFAGGI, Fabrizio y MICKLITZ, Hans-W., "Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in US and the European Community", *EUI Working Paper LAW* N° 2007/22.
- CALABRESI, Guido, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1ª edición, London, Yale University Press, 1970, 340 páginas.
- CALABRESI, Guido y SCHWARTZ, Kevin S., "The Costs of Class Actions: Allocation and Collective Redress in the U.S. Experience", *IEL Paper in Comparative Analysis of Institutions, Economics and Law No. 1*, marzo de 2011.
- CALAIS-AULOY, Jean, "Les délits a grande échelle en droit civil français", *Revue internationale de droit compare*, Vol. 46, N° 2, pp. 379-387.
- CALDERÓN, Maximiliano *et al.*, "Proceso judicial del consumo: análisis de los arts. 52 y 53 de la ley 24.240", *LLC* 2009 (junio), 459.
- CALONJE, Diego, "Primeras consideraciones sobre la nueva regulación del amparo en la provincia de Buenos Aires", *APBA* 2009-7-849 (Lexis N° 0003/800716).
- CAPACCIO, Jeremías y VERBIC, Francisco, "La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires innova con la creación y reglamentación de un Registro de Procesos de Incidencia Colectiva", *LLBA* 2014 (febrero), 1 (AR/DOC/3759/2013).
- CAPARROZ, Luciano, "El derecho constitucional a la información del consumidor y la legitimación activa para su resguardo en un reciente fallo", *MICROJURIS* 02-08-2011.
- CAPPALLI, Richard B. y CONSOLO, Claudio, "Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 6, 1992, pp. 217-292.
- CARBALLO FIDALGO, Marta, "Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, 2010.
- CARDUCCI, Pablo S., "El alcance del beneficio de gratuidad en la Ley de Defensa del Consumidor", *SJA* 8/7/2009 (Lexis N° 0003/014563).
- CARESTIA, Federico S. y SALGADO, José María, "La transacción en las acciones de clase", *LA LEY* 12/03/2012, 1; *LA LEY* 2012-B, 781.
- CARRANZA TORRES, Luis R. y ROSSI, Jorge O., *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*, 1ª edición, Córdoba, Alveroni, 2009, 416 páginas.
- CARRILLO, Santiago R., "Los procesos colectivos ante una futura regulación procesal", *RAP* No. 394, julio de 2011.
- CASEY, Lisa L., "Reforming Securities Class Actions from the Bench: Judging Fiduciaries and Fiduciary Judging", *Brigham Young University Law Review*, 2003, pp. 1239-1332.
- CASSONE, Alberto y RAMELLO, Giovanni B., "The Simple Economics of Class Action: Private Provision of Club and Public Goods", *IEL Paper in Comparative Analysis of Institutions, Economics and Law No. 3*, abril de 2011.
- CASTELLI, Leandro, "Acciones de clase. Necesidad de su regulación", *LA LEY* 15/06/2010.
- CASURELLA, Jeffrey G. y BEVIS, John R., "Class Action Law in Georgia: Emerging Trends in Litigation, Certification, and Settlement", *Mercer Law Review*, Vol. 49, 1997, pp. 39-70.
- CATALANO, Mariana y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Lorena, "Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema", *LA LEY* 2009-B, 598.
- CENINI, Marta, LUPPI, Barbara y PARISI, Francesco, "Incentive Effects of Class Actions and Punitive Damages Under Alternative Procedural Regimes", *University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper N° 10-50*, 2010.
- COASE, Ronald, "The Lighthouse in Economics", *Journal of Law and Economics*, Vol. 17, N° 2, Octubre de 1974, pp. 357-376.
- COASE, Ronald, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, N° 3, 1960, pp. 1-44.
- CODAZZI, Santiago, "Acciones de clase: la búsqueda de la felicidad", *EL DIAL EXPRESS*, 23/02/2011.
- COFFEE, John C., "Accountability and Competition in Securities Class Actions: Why 'Exit' Works Better than 'Voice'", *Cardozo Law Review*, Vol. 30, N° 2, 2008, pp. 407-444.
- COFFEE, John C., "Class Wars: The Dilemma of the Mass Tort Class Action", *Columbia Law Review*, Vol. 95, N° 6, 1995, pp. 1343-1465.

- COMMENT (BALL, Lawrence J.), "Damages in Class Actions: Determinations and Allocation", *Boston College Law Review*, Vol. 10, N° 3, 1969, pp. 615-632.
- COMMENT, "Manageability of Notice and Damage Calculation in Consumer Class Actions", *Michigan Law Review*, Vol. 70, N° 2, 1971, pp. 338-373.
- COMPIANI, María Fabiana, "Responsabilidad por daños colectivos", *Revista Jurídica de UCES*, N° 4, 2001, pp. 65-82.
- CONTE-GRAND, Julio, "Perspectiva Económica y Jurídica. Necesidad de una Apreciación Integral", en LORENZETTI, Ricardo Raúl – SCHÖTZ, Gustavo Juan (coords.), *Defensa del consumidor*, 1ª edición, Buenos Aires, Ábaco, 2003, pp. 27-62.
- COOPER, Edward H., "Class Action Advice in the Form of Questions", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, N° 2, 2001, pp. 215-247.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 1ª edición, Addison-Wesley Educational Publishers Inc., 1987 (2ª edición, 1997; traducción en castellano, *Derecho y Economía*, 1ª edición, México D. F., Fondo de Cultura Económica, 1998, 687 páginas).
- CORREA, José Luis, "Acción colectiva: requisitos imprescindibles para su admisión", *LLGran Cuyo* 2011 (diciembre), 1142.
- CORREA, José Luis, "Acciones de incidencia colectiva. Modificación de la ley de defensa del consumidor", *LA LEY* 2008-F, 1106.
- CRAMTON, Roger C., "Individualized Justice, Mass Torts, And 'Settlement Class Actions': An Introduction", *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 811-836.
- CROCCO, Guillermo E., "La regulación de honorarios en las acciones colectivas", *SJA* 16 de noviembre de 2011 (Abeledo Perrot N° 0003/015659).
- CUETO RÚA, Julio, "La acción por clase de personas. (Class actions)", *LA LEY* 1988-952.
- CUMMINGS, Scott L. y RHODE, Deborah L., "Public Interest Litigation: Insights from Theory and Practice", *Fordham Urban Law Journal*, Vol. XXVI, 2009, pp. 603-651.
- DAM, Kenneth W., "Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence and Conflict of Interest", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 4, N° 1 (enero de 1975), pp. 47-73.
- DATES, Luis E. y SÁNCHEZ CORTINA, Federico J., "La Corte Suprema y las acciones de clase", *LA LEY* 24/10/2013, 3; *LA LEY* 2013-E, 593; *LA LEY* 24/10/2013, 3.
- DE LA RÚA, Fernando y SARAVIA FRÍAS, Bernardo, "Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal", *LA LEY* 06/05/2009, 6.
- DE LOS SANTOS, Mabel A., "Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos", *SJA* 16/11/2005 – *JA* 2005-IV-1269 (Lexis N° 0003/012310).
- Del ROSARIO, Cristian O., "El beneficio de gratuidad y su alcance en las acciones de clase", *LA LEY* 2009-B, 671.
- DEAMBROSSI, Jorge R., "El artículo 42 de la Constitución Nacional y los usuarios de los servicios públicos", *JA* 1996-III-761 (Lexis N° 0003/001332 ó 0003/001349).
- DEJARLAIS, Natalie A., "The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions", *Hastings Law Journal*, Vol. 38, 1987, pp. 729-767.
- DÍAZ VILLASUSO, Mariano A., "Reforma al Estatuto del Consumidor. Impacto en los ordenamientos adjetivos provinciales", *SJA* 10/3/2010 (Lexis N° 0003/014877).
- DIEGUES, Jorge Alberto, "Beneficio de Justicia Gratuita en la Ley de Defensa Del Consumidor", *LA LEY*, 18/03/2011.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, 1ª edición, Madrid, Civitas, 1999, 367 páginas.
- DODSON, Scott, "Subclassing", *Cardozo Law Review*, Vol. 27, N° 5, 2006, pp. 2351-2390.
- DOLE, Richard F., "Consumer Class Actions under the Uniform Deceptive Trade Practices Act", *Duke Law Journal*, Vol. 1968, N° 6, 1968, pp. 1101-1135.
- DONELAN, Charles, "Prerequisites to a Class Action Under New Rule 23", *Boston College Law Review*, Vol. 10, N° 3, 1969, pp. 527-538.
- DRABA, Robert E., "Motorsports Merchandise: A Cy Pres Distribution Not Quite 'As Near As Possible'", *Loyola Consumer Law Review*, Vol. 16, N° 2, 2004, pp. 121-147.
- DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1987 (11ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2006, 1630 páginas).
- DRUCKER, Peter A., "Class Certification and Mass Torts: Are 'Immature' Tort Claims Appropriate for Class Action Treatment?" *Seton Hall Law Review*, Vol. 29, 1998, pp. 213-233.

- DURAND, Anna L., "An Economic Analysis of Fluid Class Recovery Mechanisms", *Stanford Law Review*, Vol. 34, 1981, pp. 173-201.
- EGUREN, María Carolina, "Informe sobre los procesos colectivos. –Una perspectiva posibilista", *La Ley, Sup. Esp. Cuestiones Procesales Modernas*, 11/10/2005 (La Ley Online).
- EGUREN, María Carolina, "La 'cosa juzgada': Sus contornos y su proyección en el proceso colectivo" en OTEIZA, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, 1º edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2006, pp. 391 y ss.
- EISENBERG, Theodore y MILLER, Geoffrey P., "The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 57, N° 5, pp. 1529-1567.
- ELENA, Sandra, *et al.*, "El Acceso a la Justicia en América Latina", *FORES – Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia*, Septiembre de 2005, 29 páginas.
- EPSTEIN, Richard A., "Class Actions. Aggregation, Amplification and Distortion", *Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 182 (2d series)*, 2003, pp. 1-48.
- ESPECHE, Sebastián, "Procesos colectivos en el derecho financiero, a partir de 'Halabi'", PET 2011 (octubre-477), 28/10/2011, 1.
- FALCO, Guillermo E., "El juicio abreviado en la Ley de Defensa del Consumidor (L.D.C.)", *DJ* 11/10/2006, 409.
- FALCÓN, Enrique M., "Algunas cuestiones sobre el proceso colectivo", *LA LEY* 07/07/2009, 1.
- FALCÓN, Enrique M., "Los procesos con sujetos múltiples y el proceso colectivo", *LA LEY* 10/10/2013 (AR/DOC/3679/2013).
- FALKE, Ignacio A., "¿Acciones de clase o proceso de clase? Pasado, presente y futuro de una creación de la jurisprudencia", *SJA* 2014/05/14-3; *JA* 2014-II (AP/DOC/743/2014).
- FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1995 (4ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión, 2009, 704 páginas).
- FARINA, Juan M., "Relación de consumo (a propósito del art. 42 de la Constitución Nacional)", *JA* 1995-I-886 (Lexis N° 0003/001863).
- FARMER, Susan Beth, "More Lessons From the Laboratories: *Cy Pres* Distribution in *Parens Patriae* Antitrust Actions Brought by State Attorneys General", *Fordham Law Review*, Vol. 68, 1999, pp. 361-406.
- FISCH, Jill E., "Class Action Reform, *Qui Tam*, and the Role of the Plaintiff", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 60, N° 4, 1997, pp. 166-202.
- FISS, Owen, "The Political Theory of the Class Action", *Washington and Lee Law Review*, N° 21, 1996, pp. 21-31 (traducción de Roberto Gargarella, "La teoría política de las acciones de clase", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, N° 1, 1996, pp. 5-12).
- FITZPATRICK, Brian T., "Do Class Action Lawyers Make too Little?", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2010, pp. 2043-2083.
- FIX FIERRO, Héctor, *La eficiencia de la justicia (una aproximación y una propuesta)*, 1ª edición, México, UNAM, 1995, edición digital consultada en <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/84/pl84.htm>.
- FORD, Tom, "Federal Rule 23: A Device for Aiding the Small Claimant", *Boston College Law Review*, Vol. 10, N° 3, 1969, pp. 501-514.
- FORDE, Kevin M., "What Can a Court Do with Leftover Class Action Funds? Almost Anything!", *The Judges' Journal*, Vol. 35, N° 3, 1996.
- FRANK, Robert H., *Microeconomics and Behavior*, 1º ed., McGraw Hill (trad. Luis Toharía, *Microeconomía y conducta*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana, 1992, 796 páginas).
- FRIEDMAN, Milton, "The Methodology of Positive Economics", en *Essays In Positive Economics*, Chicago, Univ. of Chicago Press, 1966, pp. 3-16.
- GALDÓS, Jorge M., "Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo", *JA* 2000-II-242 (Lexis N° 0003/007572 ó 0003/007659 ó 0003/007579).
- GALDÓS, Jorge M., "Daños colectivos. Convergencia Procesal y Sustancial", *Revista Jurídica de UCES*, N° 4, 2001, pp. 93-127.
- GALDÓS, Jorge Mario, "La causa 'Halabi' de la Corte Suprema", *Revista Jurídica del Centro*, N° 1, pp. 1-17, 2011.
- GALDÓS, Jorge M., "Los daños masivos y el proceso colectivo (repercusiones de Halabi)", *RCyS* 2010-IV, 71.
- GARCÍA PULLÉS, Fernando R., "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?", *LA LEY* 04/03/2009, 4.

- GARDELLA, Luis L., "Tutela procesal del consumidor", *JA* 2000-II-835 (Lexis N° 0003/007602).
- GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, "La protección de los consumidores en el proceso civil español", publicado en la página web del Institut André Tunc de la Université Paris I – Panthéon-Sorbonne (2005). <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/texteINCHAUSTI.pdf>.
- GELLI, María Angélica, "La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso 'Halabi'", *Sup. Const.* 2009 (marzo), 01/01/2009, LA LEY 2009-B, 565.
- GESUITI, Juan Manuel, "Las acciones de clase en la Ley de Defensa del Consumidor: algunas críticas para su correcta evolución", *LA LEY* 03/01/2011, 1; *LA LEY* 04/01/2011, 1.
- GIANNINI, Leandro J., "Apuntes para el tratamiento de los proyectos de ley sobre procesos colectivos y acciones de clase", *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, 2012, pp. 15 -20.
- GIANNINI, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, 1ª edición, La Plata, Librería Editora Platense, 2007, 368 páginas.
- GIANNINI, Leandro J., "Legitimación en las acciones de clase", *LA LEY* 2006-E, 916.
- GIANNINI, Leandro J., "Liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos de defensa de usuarios y consumidores", *EDial.com*.
- GIANNINI, Leandro J., "Los procesos colectivos y la tutela de derechos individuales homogéneos. Los problemas que suscita la noción de 'derechos de incidencia colectiva'", *LA LEY* 2008-A, 97.
- GIANNINI, Leandro J., "Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)", *SJA* 2/11/2011 (Lexis N° 0003/015637) Versión ampliada y corregida publicada en *Revista de Proceso, Revista dos Tribunais*, N° 201, Noviembre de 2011.
- GIBSON, Jennifer, "New Rules for Class Action Settlements: The Consumer Class Action Bill of Rights", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 39, 2006, pp. 1103-1133.
- GIDI, Antonio, "Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003, pp. 311-408.
- GIDI, Antonio, "Cosa Juzgada en Acciones Colectivas", en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, pp. 261-295.
- GIDI, Antonio, "La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del código modelo", en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, pp. 142-153.
- GIDI, Antonio, "Legitimación para demandar en las acciones colectivas", en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, pp. 107-117.
- GIDI, Antonio, "Notas Críticas al Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal", en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, 1ª edición, México, Porrúa, 2003, pp. 405-420.
- GIDI, Antonio, "The Class Action Code: A Model for Civil Law Countries", *Arizona Journal of International & Comparative Law*, Vol. 23, N° 1, 2005, pp. 37-53.
- GILLES, Myriam, "Class Dismissed: Contemporary Judicial Hostility to Small-Claims Consumer Class Actions", *DePaul Law Review*, Vol. 59, 2010, pp. 201-228.
- GILLES, Myriam, "Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action", *Michigan Law Review*, Vol. 104, 2005, pp. 373-430.
- GILLES, Myriam y FRIEDMAN, Gary B., "Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, 2006, pp. 103-164.
- GÓMEZ, Claudio D. y SALOMÓN, Marcelo J., "La Constitución Nacional y las acciones colectivas: Reflexiones en torno al caso 'Halabi'", *La Ley, Sup. Const.* 01/01/2009, 41.
- GÓMEZ, Manuel A., "Aggregative Procedures in Latin America: A General Overview", *FIU Legal Studies Research Paper Series, Research Paper N° 08-06*, 2009.
- GÓMEZ LEO, Osvaldo R. y AICEGA, María V., "Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", *JA* 2008-III-1353; *SJA* 20/08/2008 (Lexis N° 0003/013985).

- GÓMEZ POMAR, Fernando, "La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Working Paper n° 113, 2003.
- GONCALVEZ DE CASTRO MENDES, Aluisio, "Tutela dos Interesses Difusos, Coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos no Brasil e em Portugal", en en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, pp. 55-109.
- GOOD, Mathew, "Access to Justice, Judicial Economy, and Behaviour Modification: Exploring the Goals of Canadian Class Actions", *Alberta Law Review*, Vol. 47, N° 1, 2009, pp. 185-227.
- GOZAÍNI, Osvaldo A., "El amparo y la defensa de los derechos colectivos", *SJA 25/8/2010* (Lexis N° 0003/015086 ó 0003/015098).
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Protección Procesal del Usuario y Consumidor*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, 680 páginas.
- GREVE, Michael S., *Harm-Less Lawsuits? What's Wrong with Consumer Class Actions*, Washington D.C., The AEI Press, 2005, 55 páginas.
- GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., "La ley 13133 de la prov. de Buenos Aires (Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios) Primeras impresiones sobre sus aspectos procesales", *SJA 2/6/2004 - JA 2004-II-917* (Lexis N° 0003/010595).
- GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., "La mediación en las acciones colectivas en defensa de los consumidores", *DJ 28/10/2009*, 3038; *LA LEY 2009-F*, 572.
- GRILLO IRIDE, Isabel María, "La tutela judicial efectiva como garantía de los derechos de los consumidores: la mirada constitucional", *La Ley Online*.
- GUIRIDLIAN LAROSA, Javier D. y ROSALES CUELLO, Ramiro, "Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor", *LA LEY 2009-B*, 1016 – *DJ 29/04/2009*, 1146.
- HALABI, Ernesto, "Honorarios de la Corte en el 'caso Halabi': una regulación mínima", *Utsupra.Com*, 2009.
- HAREL, Alon y STEIN, Alex, "Auctioning for Loyalty: Selection and Monitoring of Class Counsel", *Yale Law & Policy Review*, Vol. 22, N° 69, 2004, pp. 69-124.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 1ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1961 (traducción de Genaro R. Carrió, *El Concepto de Derecho*, 3ª Edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 352 páginas).
- HAUPT, Stefan, "An Economic Analysis of Consumer Protection in Contract Law", *German Law Journal*, Vol. 4, N° 11, 2003.
- HAY, Bruce L., "Asymmetric Rewards: Why Class Actions (May) Settle for Too Little", *Hastings Law Journal*, Vol. 48, 1997, pp. 479-509.
- HAZARD, Geoffrey C., GEDID, John L. y SOWLE, Stephen, "An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 146, 1998, pp. 1849-1949.
- HENSLER, Deborah R., *Class Actions Dilemmas. Pursuing Public Goals for Private Gain*, 1ª edición, Santa Monica, RAND Institute for Civil Justice, 2000, 609 páginas.
- HENSLER, Deborah R., "Revisiting the Monster: New Myths and Realities of Class Action and Other Large Scale Litigation", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 179-213.
- HENSLER, Deborah R. y ROWE, Thomas D., "Beyond 'It Just Ain't Worth It': Alternative Strategies for Damage Class Action Reform", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, N° 2 y 3, 2001, pp. 137-161.
- HICKS, J. R., "The Foundations of Welfare Economics", *The Economic Journal*, Vol. 49 N° 196 (dic. 1939), pp. 696-712.
- HICKS, J.R., "The Valuation of Social Income", *Economica*, Vol. 7, N° 26 (mayo 1940), pp. 105-124
- HIDALGO, Jorgelina, "La regulación de los procesos para la tutela de los derechos de incidencia colectiva", *Sup. Doctrina Judicial Procesal 2011* (abril), 01/04/2011, 1.
- HITTERS, Juan Manuel y CAIRO, Silvina, *Honorarios de Abogados y Procuradores*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, 888 páginas.
- HODGES, Christopher, "Multi-Party Actions: A European Approach", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 321-354.
- HOLDERNESS, Clifford G., voz "Standing" en NEWMAN, Peter (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Palgrave Macmillan, 1998, pp. 505-508.
- IRIGOYEN, Roberto, "Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor", *LA LEY 1994-E*, 1020.

- IRIGOYEN, Roberto, "Los derechos del consumidor", *LA LEY* 1995-B, 819.
- IRIGOYEN TESTA, Matías, "Revisión judicial de la doctrina del caso 'Halabi' (telefonía móvil y acciones de clase)", *LA LEY* 15/06/2010, 3 (La Ley Online).
- JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Legitimación de las ONG para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. Sus lineamientos en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *LA LEY*, 22/12/2010, 1.
- JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. y HOLDERNESS, Clifford G., "Analysis of Alternative Standing Doctrines", *International Review of Law and Economics*, Vol. 6, N° 2, 1986, pp. 205-216.
- JENSEN, Michael C., MECKLING, William H. y HOLDERNESS, Clifford G., "The Case For Restricting Access To Courts", *Graduate School of Management, University of Rochester, Managerial Economics Research Center Working Paper N° MERC 81-06*, 1981.
- JENSEN, Michael C. y MECKLING, William H., "Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure", *Journal of Financial Economics*, Octubre 1976, Vol. 3, N° 4, pp. 305-360; Disponible en la web oficial del *Social Science Research Network (SSRN)*: <http://papers.ssrn.com/abstract=94043>.
- JIMÉNEZ APARICIO, Emilio, "La ejecución de la sentencia de la colza", *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, Working Paper N° 112, 2003.
- KALDOR, Nicholas, "Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility", *The Economic Journal*, Vol. 49, N° 195 (sept. 1939), pp. 549-552.
- KALVEN, Harry y ROSENFELD, Maurice, "The Contemporary Function of the Class Suit", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 8, N° 4, 1941, pp. 685-721.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Funciones y Fines de la Responsabilidad Civil", en MOSSET DE ESPANÉS, Luis (ed.) *et al.*, *Homenaje a los Congresos de Derecho Civil (1927 – 1937 – 1961 – 1969)*, t. 3, 1ª edición, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, pp. 1287-1330.
- KESKE, Sonja, RENDA, Andrea y VAN DEN BERGH, Roger, "Financing and group litigation", en TUIL, Mark y VISSCHER, Lous (eds.), *New Trends in Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical and Economic Analysis*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 57-91.
- KHANNA, Vikramaditya S., "Toward a Functional Understanding of Standing", *Harvard Law School*, Discussion Paper N° 355, 2002.
- KLEMENT, Alon, "Who Should Guard the Guardians? A New Approach for Monitoring Class Action Lawyers", *The Review of Litigation*, Vol. 21, N° 1, 2002, pp. 25-80.
- KLONOFF, Robert H., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation in a Nutshell*, 1ª edición, Thomson West, 1999 (3ª edición, 2007, 489 páginas).
- KNAVS, Verónica y HERRÁN, Maite, "Problemas que suscita la legitimación y la cosa juzgada en los procesos colectivos", *DJ* 2007-I, 780.
- KONIAK, Susan P., "Feasting While the Widow Weeps: *Georgine v. Amchem Products, Inc.*", *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 1045-1158.
- KONTOROVICH, Eugene, "What Standing Is Good For", *The University of Chicago*, Public Law and Legal Theory Working Paper N° 153, 2007.
- KOROBKIN, Russell B. y ULEN, Thomas S., "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics", *California Law Review*, Vol. 88, N° 4, 2000, pp. 1051-1144.
- KOTZ, Hein, "Public Interest Litigation: A Comparative Survey", en CAPPELLETTI, Mauro (ed.), *Access to Justice and the Welfare State*, 1ª edición, Firenze, European University Institute, 1981, pp. 85-117.
- LAGUINGE, Esteban, "La aplicabilidad de la Ley de Defensa del consumidor a la actividad bancaria y los límites de la legitimación procesal de las asociaciones de consumidores", *LLLitoral* 2006 (mayo), 01/01/2006, 423.
- LANDE, Carolina, "Una carrera en búsqueda de justicia: ¡asociaciones, a inscribirse!", *LA LEY* 2005-F, 334.
- LANDES, William M. y POSNER, Richard A., "The Economics of Anticipatory Adjudication", *The University of Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 18 (2d series)*, también publicado en *Journal of Legal Studies*, N° 23, 1994, pp. 683 y ss.
- ONDARCUHU, José Ignacio, "Legitimación en el proceso colectivo", *LA LEY* 23/08/2012, 7; *LA LEY* 2012-E, 123.

- LEROY MILLER, Roger y MEINERS, Roger E., *Intermediate Microeconomics*, 3ª edición, McGraw-Hill, 1986, (traducción de Carlos Felipe Arango Congote y Víctor Manuel Mayorga Torrado, *Microeconomía*, 2ª edición en español, McGraw Hill, México, 1996, 704 páginas).
- LESLIE, Christopher R., "A Market-Based Approach to Coupon Settlements in Antitrust and Consumer Class Action Litigation", *UCLA Law Review*, Vol. 49, 2002, pp. 991-1098.
- LESLIE, Christopher, "The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements", *Florida Law Review*, Vol. 59, N° 1, 2007, pp. 71-134.
- L'HEREUX, Nicole, "El acceso efectivo del consumidor a la justicia: tribunales de pequeñas reclamaciones y acciones de interés colectivo", *JA* 1993-II-942.
- LIN, Yu-Hsin, "Modeling Securities Class Actions Outside the United States: The Role of Nonprofits in the Case of Taiwan", *NYU Journal of Law and Business*, Vol. 4, 2007, pp. 143-198.
- LÓPEZ MIROSSEVICH, Jorge Enrique, "Destino de las astreintes en procesos colectivos. Inaplicabilidad y/o inconstitucionalidad del art. 666 bis del Código Civil y aplicación del art. 263 del CPCCSF", *LLLitoral* 2010 (agosto), 30/07/2010, 703.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, 2º edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, 688 páginas.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, "Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad", *JA* 2000-II-235 (Lexis N° 0003/007571 ó 0003/007658 ó 0003/007578).
- LORENZETTI, Ricardo, *Justicia Colectiva*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2010, 344 páginas.
- LORES, Horacio, "La acción de clase – El desafío legislativo", *Sup. Act.* 25/08/2011, 1.
- LOUTAYF RANEA, Roberto G., *Condena en costas en el proceso civil*, 1ª edición, Buenos Aires, Astrea, 1998, 537 páginas.
- LOVECE, Graciela Isabel, "La nueva Ley de Defensa del Consumidor. El libre acceso a la justicia y la expansión de la cosa juzgada como posibilidad de ejercicio efectivo del derecho", *MICROJURIS* 29-06-2011.
- LOZANO, Luis Francisco, "A propósito del fallo 'Halabi'", *LA LEY* 2009-F, 777.
- LUCHINSKY, Matías F., "¿Class actions o acciones colectivas?: acciones de consumidores", *LLBA* 2010 (julio), 645.
- MAC DONALD, Andrea Fabiana, "Las asociaciones de consumidores y el beneficio de gratuidad en el art. 55 de la Ley 26361", *EL DIAL EXPRESS* 03-06-2011.
- MACEY, Jonathan R. y MILLER, Geoffrey P., "Judicial Review of Class Action Settlements", *Journal of Legal Analysis*, Vol. 1, N° 1, 2009, pp. 1-39.
- MACEY, Jonathan R. y MILLER, Geoffrey P., "The Plaintiffs' Attorney's Role in Class Action and Derivative Litigation: Economic Analysis and Recommendations for Reform", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, N° 1, 1991, pp. 1-118.
- MALHOTRA PASTOR, Nikita, "Equity and Settlement Class Actions: Can There be Justice for All in *Ortiz v. Fibreboard?*", *American University Law Review*, Vol. 49, 2000, pp. 773-821.
- MANFREDI, Leonardo Nahuel, "Un análisis económico de la legitimación activa de las asociaciones de defensa de usuarios y consumidores a través de un fallo modelo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *SJA* 2014/04/30-62; *JA* 2014-II (AP/DOC/3034/2013).
- MARCUS, Richard L., "They Can't Do That, Can They? Tort Reform Via Rule 23", *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 858-908.
- MARCUS, Stanley (ed.) *et al.*, *Manual for Complex Litigation*, 1ª edición, Federal Judicial Center, 1969 (4ª edición, 2004, 798 páginas).
- MARÍN LÓPEZ, Juan José, "Las acciones de clase en el derecho español", *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, N° 3/2001.
- MARTIN, Elizabeth A. (ed.), *A Dictionary of Law*, 1ª edición, Oxford, Oxford University Press, 1983 (5ª edición, 2002, reimpresión 2003, 551 páginas).
- MARTÍNEZ ALLES, María Guadalupe, "Modelos de Daños Punitivos: Entre Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Óptima", *Universidad Nacional del Sur, Departamento de Derecho, Seminarios de Derecho e Instituciones*, Documento de Trabajo N° 13 (2011).
- MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor para la restitución colectiva de sumas indebidamente percibidas de los consumidores", *LA LEY* 22-12-2010, 8.
- MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Certificación de una acción de clase", *LA LEY* 3/12/2009, 1.
- MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "El procedimiento de recuperación fluida ('fluid recovery') en la ejecución de sentencias colectivas de consumidores", *MICROJURIS* 20-05-2011.

- MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "La Corte Suprema reconoce la legitimación colectiva de las asociaciones de consumidores. Comentario a PADEC c/SWISS MEDICAL, Corte Suprema 21 de agosto de 2013", *SJA* 18/09/2013; *JA* 2013-III.
- MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Liquidación y ejecución colectiva de sentencias en acciones de clase de consumidores", *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, Año II, Nro. 3, Junio 2011, Ed. La Ley, Bs. As., p. 101 y ss.
- MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Procedimiento de acciones colectivas. Comunicación a consumidores, derecho de exclusión voluntaria y cosa juzgada", *La Ley* 2011.
- MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Procesos colectivos en el sector bancario", *LA LEY* 09/06/2010, p. 1.
- MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Publicidad de las acciones colectivas", *LA LEY* 18/11/2013, 6.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ, Estela, "La cosa juzgada en los procesos colectivos", *LLNOA* 2012 (abril), 233.
- MAURINO, Gustavo y SIGAL, Martín, "Halabi: la consolidación jurisprudencial de los derechos y acciones de incidencia colectiva", *SJA* 22/4/2009 (Lexis N° 0003/014394).
- MAURINO, Gustavo, NINO, Ezequiel y SIGAL, Martín, *Las Acciones Colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, 448 páginas.
- MAZZILLI, Hugo Nigro, "Das Ações Coletivas em Matéria de Proteção ao Consumidor –o Papel do Ministério Público" *Justitia*, São Paulo, 54 (160), 1992, pp. 158-180.
- McGOVERN, Francis E., "An Analysis of Mass Torts for Judges", *Texas Law Review*, Vol. 73, 1995, pp. 1821-1845.
- McGOVERN, Francis E., "Resolving Mature Mass Tort Litigation", *Boston University Law Review*, Vol. 69, 1989, pp. 659-694.
- McNUTT, Patrick, "Public Goods and Club Goods", en BOUCKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 1999, pp. 928-951.
- MELNICK, Katie, "In Defense of the Class Action Lawsuit: An Examination of the Implicit Advantages and a Response to Common Criticisms", *St. John's Journal of Legal Commentary*, Vol. 22, N° 3, 2008, pp. 756-803.
- MEROI, Andrea A., "La tutela de los 'derechos de incidencia colectiva' y la reforma a la ley de defensa del consumidor" en ARIZA, Ariel (coord.), *La Reforma del Régimen de Defensa del Consumidor por Ley 26.361*, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pp. 183-200.
- MEROI, Andrea A., *Procesos Colectivos. Recepción y Problemas*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, 368 páginas.
- MERY NIETO, Rafael, "Una Aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile", *Programa de Derecho y Economía, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales*, 2006.
- MICELI, Thomas J., *The Economic Approach to Law*, 1ª edición, Stanford, Stanford University Press, 2004, 380 páginas.
- MIDÓN, Marcelo Sebastián, "El amparo colectivo como medio para la defensa de derechos individuales homogéneos y la medida cautelar que, en beneficio de todos los usuarios de una provincia, dejó sin efecto un aumento en la tarifa por el servicio de energía eléctrica", *La Ley Online*.
- MILLER, Arthur R., "Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myth, Reality, and the 'Class Action Problem'", *Harvard Law Review*, Vol. 92, N° 3, 1979, pp. 664-694.
- MILLER, Geoffrey P. y SINGER, Lori S., "Nonpecuniary Class Action Settlements", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 60, N° 4, 1997, pp. 97-153.
- MONTI, Jorge Eduardo, *El caso Edesur*, 1ª edición, Morón, Universidad de Morón, 2007, 420 páginas.
- MORABITO, Vince, "Federal Class Actions, Contingency Fees, and the Rules Governing Litigation Costs", *Monash University Law Review*, Vol. 21, N° 2, 1995, pp. 231-271.
- MORELLO, Augusto M., "El proceso civil colectivo", *JA* 1993-I-881 (Lexis N° 0003/011826 ó 0003/011943 ó 0003/011925 ó 0003/011916).
- MORELLO, Augusto M., "El proceso judicial versus la economía", *JA* 2005-IV-932 - *SJA* 12/10/2005 (Lexis N° 0003/012219).
- MULLENIX, Linda, *Mass Tort Litigation: Cases and Materials*, 1ª edición, St. Paul, West, 1996, 1537 páginas.
- NEGRE DE ALONSO, Liliana T., "Las acciones de clase: un desafío legislativo", *Sup. Act.* 15/12/2011, 1.
- NOTE, "Developments in the Law: Class Actions", *Harvard Law Review*, Vol. 89, 1976, p. 1318 y ss.
- NOTE, "Federal Rules Amendments", *Harvard Law Review*, Vol. 81, 1967, pp. 375 y ss.

- NOTE, "Locating Investment Asymmetries and Optimal Deterrence in the Mass Tort Class Action", *Harvard Law Review*, Vol. 117, 2004, pp. 2665-2683.
- OTEIZA, Eduardo (coord.), *Procesos Colectivos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1ª edición, 2006, 512 páginas.
- OTEIZA, Eduardo y VERBIC, Francisco, "La representatividad adecuada como requisito constitucional de los procesos colectivos. ¿Cuáles son los nuevos estándares que brinda el fallo 'Halabi'", *SJA* 10/3/2010 (Lexis N° 0003/014882).
- OVALLE FAVELA, José, "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVI, N° 107, 2003, pp. 587-615.
- PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., "El beneficio de 'Justicia gratuita' para el consumidor y las costas del proceso", *La Ley, Sup. Doctrina Judicial Procesal* 2010 (abril), 05/04/2010, 24.
- PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., "La legitimación de las asociaciones en las acciones colectivas referidas a derechos individuales homogéneos", *LA LEY* 29/11/2013, 6 (AR/DOC/3966/2013).
- PALACIO, Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 18ª edición actualizada, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2004, 980 páginas.
- PARISI, Francesco, "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics", *European Journal of Law and Economics*, Vol. 18, N° 3, Diciembre 2004.
- PARKER, Douglas L., "Standing to Litigate Abstract Social Interests in the United States and Italy: Reexamining Injury in Fact", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 33, N° 2, 1995, pp. 259-318.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Acción de amparo colectiva ('mandado de seguridad'). Legitimación, objeto y cosa juzgada", *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, N° 4, 2000, pp. 201-214.
- PERCIVAL, Robert V. y MILLER, Geoffrey P., "The Role of Attorney Fee Shifting in Public Interest Litigation", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 47, N° 1, 1984, pp. 233-247.
- PEREZ BUSTAMANTE, Laura, "Class actions de consumo y representación colectiva", *LA LEY* 13/11/2013, 1 (AR/DOC/4207/2013).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro J. D., "Prolegómenos de los amparos colectivos. Tutela de las incumbencias multisubjetivas. Parte general", *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, N° 4, 2000, pp. 81-158.
- PERINO, Michael A., "Class Action Chaos? The Theory of the Core and an Analysis of Opt-Out Rights in Mass Tort Class Actions", *Emory Law Journal*, Vol. 46, 1997, pp. 85-161.
- PERRACHIONE, Mario, "Cosa juzgada. Una aproximación al efecto 'ultra parte'", *APC* 2009-12-1305 (Lexis N° 0003/70057022-1).
- PERRIAUX, Enrique J., "Defensa gratuita del consumidor: ¿Con bill de indemnidad?", *LA LEY* 2009-B, 227.
- PERRIAUX, Enrique J., "La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor", *LA LEY* 2008-E, 1224.
- PEYRANO, Jorge W., "Legitimaciones atípicas", en MORELLO, Augusto (coord.), *La legitimación (Homenaje al profesor Lino Enrique Palacio)*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo Perrot, 1996 (Lexis N° 1001/000942).
- PEYRANO, Jorge W. (dir.) y GARDELLA, Luis Luciano (coord.), *Tutela procesal del consumidor y del usuario*, 1ª edición, Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana, 2000, 450 páginas.
- PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada*, T. I, Parte General, Buenos Aires, La Ley, 2009, 1008 páginas.
- PIGOU, A. C., *The Economics of Welfare*, 4º ed., Macmillan and Co., Londres, 1932 (1º ed., 1920).
- PINDYCK, Robert S. y RUBINFELD, Daniel L., *Microeconomics*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995 (traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia, *Microeconomía*, 3ª edición, Prentice Hall, 1995, 700 páginas).
- POSNER, Eric, "Agency Models in Law and Economics", *Chicago, John M. Olin Law & Economics Working Paper N° 92 (2ª series)*, 2000.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Boston, Little, Brown and Company, 1972 (4ª edición, 1992, 722 páginas).
- PRATO, Osvaldo A., "Acción de clase vs. Asociaciones de consumidores", *LA LEY* 2008-A, 867.
- PRAVATO, Luis Emilio, "La regulación pretoriana de las acciones de clase", *LA LEY* 14/03/2013, 4.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *El Amparo Colectivo*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998, 276 páginas.
- RAGO, Carlos Aurelio y RAGO, Graciana M., "El Código de la Provincia de Buenos Aires de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios", *LLBA* 2005 (agosto), 877.

- RAJA, A. V. y RATHINAM, Francis, "Economic Efficiency of Public Interest Litigation (PIL): Lessons from India", Disponible en la página web <http://mpr.ub.uni-muenchen.de/3870/>. MPRA Paper No. 3870, 2005.
- REDISH, Martin H., JULIAN, Peter y ZYONTZ, Samantha, "Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis", *Northwestern Law, Searle Center on Law, Regulation and Economic Growth*, 2009; disponible en la página oficial del SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1485047>. También publicado en *Florida Law Review*, Vol. 62, N° 3, 2010.
- RHODE, Deborah L., "Class Conflicts in Class Actions", *Stanford Law Review*, Vol. 34, N° 6, 1982, pp. 1183-1262.
- RIVAS, Adolfo A., "Alcance de la cosa juzgada en las acciones colectivas", *LA LEY* 02/03/2011, 10.
- RIVERA, Julio C., "Los intereses difusos (o derechos de incidencia colectiva)", en *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, LexisNexis – Abeledo Perrot, 5ª edición, 2010, Lexis N° 9233/006814.
- RIVERA (h), Julio César y RIVERA, Julio César, "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional", *LA LEY* 2005-B, 1053.
- RIZZI, Guillermo F., "La acordada N° 3660/2013 de la SCBA o la inconveniencia de regular los procesos colectivos en una ley de amparo", *Sup. Adm.* 2013 (noviembre), 3; *LA LEY* 2013-F (AR/DOC/4069/2013).
- ROCHA PEREYRA, Gerónimo, "Reflexiones en torno a la legitimación de las asociaciones de usuarios", *SJA* 3/8/2005 – *JA* 2005-III-1321 (Lexis N° 0003/011569).
- RODRÍGUEZ SAIACH, Luis A., *Derecho Procesal Teórico Práctico de la Provincia de Buenos Aires: Civil, Comercial, Administrativo, Laboral, Familia*, EDICI Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- ROSALES CUELLO, Ramiro, "Los intereses individuales homogéneos y la defensa del consumidor", *LA LEY*, 23/03/2009, 1.
- ROSALES CUELLO, Ramiro y GURIDLIAN LAROSA, Javier D., "Nuevas consideraciones sobre el caso 'Halabi'", *LA LEY* 13/07/2009, 8.
- ROSENBERG, David, "Class Actions for Mass Torts: Doing Individual Justice by Collective Means", *Indiana Law Journal*, Vol. 62, 1987, pp. 561-596.
- ROSENBERG, David, "The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A 'Public Law' Vision of the Tort System", *Harvard Law Review*, Vol. 97, N° 4, Febrero de 1984, pp. 849-929.
- ROSENBERG, David, "The Regulatory Advantage of the Class Action", en VISCUSI, W. Kip, *Regulation Through Litigation*, 1ª edición, Washington D.C., Brookins Institution Press, 2002, pp. 244-309.
- ROWE, Thomas D., "Shift Happens: Pressure on Foreign Attorney-Fee Paradigms From Class Actions", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, 2003, pp. 125-149.
- ROWE, Thomas D., "State and Foreign Class-Action Rules and Statutes: Differences From –And Lessons For? – Federal Rule 23", *Western State University Law Review*, Vol. 35, N° 1, 2007, pp. 101-126.
- RUBENSTEIN, William B., "Why Enable Litigation?: A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action", *UCLA School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper No. 06-10*, disponible en la página oficial del *Social Sciences Research Network* (SSRN), <http://ssrn.com/abstract=890303>.
- RUSCONI, Dante D., "Influencia del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado en el Estatuto del Consumidor", *SJA* 2012/10/31-3; *JA* 2012-IV (ABELEDOR PERROT N° AP/DOC/4250/2012).
- RUSCONI, Dante D. (coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, 688 páginas.
- RUSSELL, Tiana Leia, "Exporting Class Actions to the European Union", *Boston University International Law Journal*, Vol. 28, 2010, pp. 141-180.
- SAGÜÉS, María Sofía, "Falencias del acceso a la justicia en la tutela del consumidor en Argentina: problemática y perspectivas", *Revista IIDH*, Vol. 32-33, 2000-2001.
- SAGÜÉS, Néstor P., "La creación judicial del 'amparo-acción de clase' como proceso constitucional", *SJA* 22/4/2009 (Lexis N° 0003/014385 ó 0003/014393 ó 0003/014387).
- SALGADO, José María, "La demanda por daños masivos", en KIPER, Claudio M. (dir.), *Proceso de Daños*, t. II, 1ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 427-526.
- SALGADO, José María, "Pretensión representativa y cosa juzgada colectiva", comunicación presentada ante la *I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal y el Coloquio de Buenos Aires de la Asociación Internacional de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 2012.

- Publicada además en el sitio web <http://www.ciprocesalistas.com.ar/index.php/publicaciones/21-pretensi%C3%B3n-representativa-y-cosa-juzgada-colectiva>.
- SALGADO, José María, “Una ley de procesos colectivos”, *RCyS* 2014-V, 227 (AR/DOC/638/2014).
- SARACENO, Margherita, “Group Litigation, Access to Justice, and Deterrence”, *Amsterdam Center for Law & Economics, Working Paper No. 2008-4*, 2008.
- SARAVIA FRÍAS, Bernardo, “Acciones de clase: aspectos constitucionales y filosóficos”, *LA LEY* 21/10/2011, 3.
- SARAVIA FRÍAS, Bernardo y Péres, Lucas, “Acciones de clase”, *LA LEY* 2007-E. 1097.
- SBDAR, Claudia, “La sentencia en el proceso colectivo”, *SJA* 25/8/2010 (Lexis N° 0003/015099 ó 0003/015105).
- SCHUCK, Peter H., “Mass Torts: An Institutional Evolutionist Perspective”, *Cornell Law Review*, Vol. 80, pp. 941-989.
- SCHUWERK, Robert P., “An Overview of Class Action Litigation in the United States of America”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, pp. 133-176.
- SCHWARZER, William W., “Settlement of Mass Tort Class Actions: Order Out of Chaos”, *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 837-844.
- SETTLE, Russell F. y WEISBROD, Burton A., “Financing Public Interest Law: An Evaluation of Alternative Financing Arrangements”, en WEISBROD, Burton A., *Public Interest Law. An Economic and Institutional Analysis*, 1ª edición, Berkeley, Los Angeles, London, University of California Press, 1978, pp. 532-549.
- SHAPIRO, David L., “Class Actions: The Class as Party and Client”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, N° 4, 1998, pp. 913-963.
- SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Accident Law*, 1ª edición, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts – London, England, 1987, 310 páginas.
- SHAVELL, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 1ª edición, Cambridge – London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, 737 páginas.
- SHAVELL, Steven, “Suit, Settlement, and Trial: a Theoretical Analysis Under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs”, *Journal of Legal Studies*, Vol. XI, Enero de 1982, pp. 55-81.
- SHAVELL, Steven, “The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System”, *The Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, Junio de 1997, pp. 575-612.
- SHINA, Fernando, “Acciones de Clase -Primera Parte”, *EL DIAL EXPRESS*, 05-08-2011.
- SICILIANO, John A., “Mass Torts and the Rhetoric of Crisis”, *Cornell Law Review*, Vol. 80, 1995, pp. 990-1013.
- SIGAL, Martín, “Los derechos de incidencia colectiva y su relación con los derechos individuales y colectivos”, *SJA* 21/6/2006 – *JA* 2006-II-1191 (Lexis N° 0003/012635).
- SILBERMAN, Linda, “The Vicissitudes of the American Class Action – With a Comparative Eye”, *Tulane Journal of International & Comparative Law*, Vol. 7, 1999, pp. 201-219.
- SILVER, Charles, “A Restitutionary Theory of Attorneys’ Fees in Class Actions”, *Cornell Law Review*, Vol. 76, 1991, pp. 656-721.
- SILVER, Charles, “Class actions-Representative proceedings”, en BOUCKAERT, Boudewijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume V. The Economics of Crime and Litigation*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 194-240.
- SOLA, Juan Vicente, “El caso Halabi y la creación de las ‘acciones colectivas’”, *LA LEY* 02/03/2009, 6.
- SOLA, Juan V., “La Constitución y las acciones de clase”, *JA* 2003-II-891 (Lexis N° 0003/009544 ó 0003/009745 ó 0003/009571).
- SPROVIERI, Luis E., “Accidentes masivos y acumulación subjetiva de pretensiones”, *Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni*, t. 2, 2004, pp. 113-140.
- SPROVIERI, Luis E., “Las acciones de clase y el derecho de daños a partir del fallo ‘Halabi’”, *SJA* 22/4/2009 (Lexis N° 0003/014389 ó 0003/014395).
- STEIN, José Luis, “Protección al consumidor en Inglaterra”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 44, 1982, pp. 567-612.
- STIGLITZ, Rubén, STIGLITZ, Gabriel y STIGLITZ, Hernán R., “Acciones colectivas de los consumidores. Cesación de cláusulas abusivas”, *SJA* 21/6/2006; *JA* 2006-II-1248 (Lexis N° 0003/012629 ó 0003/012639).

- STUYCK, Jules, *et al.*, *An analysis and evaluation of alternative means of consumer redress other than redress through ordinary judicial proceedings. Final Report*, The Study Centre for Consumer Law – Centre for European Economic Law, Katholieke Universiteit Leuven, Belgium, 2007, 415 páginas.
- TABOSSI, Ramiro J., “El acceso a la justicia mediante las acciones colectivas”, *DJ* 14/03/2012, 1.
- TAMAYO y SALMORÁN, Rolando, “Class Action: Una Solución al Problema de Acceso a la Justicia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 58, 1987, pp. 147-165.
- TARUFFO, Michele, “I limiti soggettivi del giudicato e le ‘class action’”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. 24, 1969, pp. 618 y ss.
- TARUFFO, Michele, “Modelos de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, N° 9, 2005, pp. 23-33.
- TARUFFO, Michele, “Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 405-421.
- TIDMARSH, Jay, *Mass Tort Settlement Class Actions: Five Case Studies*, Federal Judicial Center, 1998, 100 páginas.
- TIDMARSH, Jay, “Rethinking Adequacy of Representation”, *Texas Law Review*, Vol. 87, 2009, pp. 1137-1203. Comentado por CHAMBLEE BURCH, Elizabeth, “Procedural Adequacy”, *Texas Law Review*, Vol. 88, 2010, pp. 55-63 y por MARCUS, David, “Making Adequacy More Adequate”, *Texas Law Review*, Vol. 88, 2010, pp. 137-147.
- TIMPANARO, Adrián, “Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente”, en DOS SANTOS, Marcelo A. Bruno (Director) y COGLIATI, Natalia (Colaboradora), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el Derecho Procesal Administrativo*, 1° edición, Buenos Aires, FDA, 2012, pp.287-304
- TOLOSA, Pamela, “La legitimación para reclamar por daño ambiental”, ponencia presentada ante el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 2002, publicada en <http://www.aaba.org.ar/bi20op48.htm>.
- TORICELLI, Maximiliano, “Un importante avance en material de legitimación activa”, *LA LEY* 04/03/2009, 9.
- TRAKMAN, Leon E., “David Meets Goliath: Consumers Unite Against Big Business”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 25, 1994, pp. 617-665.
- TRANGSRUD, Roger H., “Joinder Alternatives in Mass Tort Litigation”, *Cornell Law Review*, Vol. 70, 1985, pp. 779-849.
- ULEN, Thomas S., “Rational Choice Theory in Law and Economics”, en BOUCKAERT, Bouedijn y DE GEEST, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, 1ª edición, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 790-818.
- URE, Carlos Ernesto, “Honorarios en demandas masivas”, *LA LEY* 2006-C, 27.
- VAN DEN BERGH, Roger y VISSCHER, Louis, “The Preventive Function of Collective Actions for Damages in Consumer Law”, *Erasmus Law Review*, Vol. 1, N° 2, 2008, pp. 5-30.
- VARIZAT, Andrés F., “Derechos creditorios de reducida cuantía en favor de consumidores y usuarios: dificultades para su reclamo en la provincia de Córdoba ante la denegación del beneficio de justicia gratuita (art. 53, LDC)”, *APC* 2013-09-18 (ABELEDOR PERROT N° AP/DOC/1865/2013).
- VÁZQUEZ, Adolfo R., “La protección jurisdiccional del consumidor: Planteos - Otros derechos novedosos - Dudas-Interrogantes”, *JA* 1997-III-917 (Lexis N° 0003/000955).
- VÁZQUEZ, María G., “La tendencia a ampliar la legitimación activa: sus riesgos”, *SJA* 5/4/2006 - *JA* 2006-II-817 (Lexis N° 0003/012533).
- VÁZQUEZ, Mónica *et al.*, “Las acciones de grupo. Una visión a través de los procesos colectivos”, *Revista de Derecho* N° 26, Universidad del Norte, Barranquilla, 2006, pp. 273-306.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. y AVALLE, Damián, “El alcance del beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor”, *LA LEY* 2009-C, 401 - 18/05/2009, 5.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, “La tutela de los intereses colectivos y difusos en la nueva ley de enjuiciamiento civil española”, en OVALLE FAVELA, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, 1ª edición, México, UNAM, 2004, pp. 177-190.
- VERBIC, Francisco y BENGOLEA, Adrián, “Acuerdos transaccionales colectivos en materia de consumo. Análisis de situación y propuesta de reforma”, *LL* 04/04/13, 1.
- VERBIC, Francisco, “Condena de restitución colectiva: el destino de los fondos no reclamados y el mecanismo de fluid recovery (o de cómo garantizar que la demanda no lucre con su actividad ilícita)”, *RDCO, Abeledo Perrot* N° 254, 2012-A.

- VERBIC, Francisco, "El proceso colectivo en la nueva ley de amparo de la Provincia de Buenos Aires. Falta de visión sistemática y un oportuno veto parcial del Poder Ejecutivo", *LLBA* 2009 (abril), 235.
- VERBIC, Francisco, "La decisión de la CSJN en 'PADEC C. SWISS MEDICAL'. Ratificación de 'Halabi' y confirmación de las bases para un modelo de tutela colectiva de derechos en Argentina", *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, 2013-B.
- VERBIC, Francisco, "La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361", *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal Culzoni, 2009-I, pp. 145-187.
- VERBIC, Francisco, "La importancia del mecanismo de liquidación y ejecución fluida para dotar de eficacia a las sentencias colectivas de consumo", *Erreius online*, octubre de 2013.
- VERBIC, Francisco, "Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil", *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 2012-6, pp. 3791-3813.
- VERBIC, Francisco, "Necesidad de sancionar reglas especiales para la ejecución de sentencias colectivas de condena", *DJ* 19/12/2012, 1.
- VERBIC, Francisco, *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007, 416 páginas.
- VÉSCOVI, Enrique, "Sistemas de protección al interés de los consumidores y otros intereses colectivos", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 133, 1984, pp. 569-602.
- VIDMAR, Neil, "Seeking Justice: An Empirical Map of Consumer Problems and Consumer Responses in Canada", *Osgoode Law Journal*, Vol. 26, N° 4, 1988, pp. 757-796.
- VIEL TEMPERLEY, Facundo, "Acciones colectivas. Dificultades prácticas", *LA LEY* 2008-C, 996.
- VIEL TEMPERLEY, Facundo, "¿Es obligatorio el proceso sumarísimo para los reclamos de los consumidores?", *Sup. Act.* 06/06/2006, 06/06/2006, 1; *DJ* 2007-I, 388.
- VITANTONIO, Marina, "El derrotero de la protección de los intereses colectivos luego de 'Halabi'. Análisis de la jurisprudencia regional", *LLLitoral* 2011 (abril), 29/03/2011, 242.
- WAJNTRAUB, Javier H., "Aplicación del régimen de defensa del consumidor a la contratación bancaria. Acciones colectivas y legitimación", en KABAS DE MARTORELL, María (dir.), *Responsabilidad de los bancos frente al cliente*, 1ª edición, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2006, pp. 187-216.
- WAJNTRAUB, Javier H., "Las acciones colectivas tras la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", *JA* 2008-II-1286 - *SJA* 28/5/2008 (Lexis N° 0003/013849).
- WAJNTRAUB, Javier H., *Protección Jurídica del Consumidor*, 1ª edición, Buenos Aires, LexisNexis – Depalma, 2004.
- WALTER, Gerhard, "Mass Tort Litigation in Germany and Switzerland", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 369-379.
- WASSERMAN, Rhonda, "Dueling Class Actions", *Boston University Law Review*, Vol. 80, 2000, pp. 461-543.
- WASSERMAN, Rhonda, "The Curious Complications with Back-end Opt-out Rights", *William and Mary Law Review*, Vol. 49, N° 2, 2007, pp. 373-459.
- WATSON, Garry D., "Class Actions: The Canadian Experience", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 269-287.
- WEINSTEIN, Jack B., "Compensating Large Number of Victims for Inflicted Harms" *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 11, 2001, pp. 165-177.
- WERNECK VIANNA, Luiz y BAUMANN BURGOS, Marcelo, "Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública", *DADOS-Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 48, N° 4, 2005, pp. 777-843.
- WHITE, Michelle J., "Asbestos and the Future of Mass Torts", *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 18, N° 2, 2004, pp. 183-204.
- WILLGING, Thomas E., HOOPER, Laura L. y NIEMIC, Robert J., *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts: Final Report to the Advisory Committee on Civil Rules*, 1ª edición, Washington, Federal Judicial Center, 1996, 200 páginas.
- WILLGING, Thomas E. (dir.), *Individual Characteristics of Mass Torts Case Congregations. A Report to the Mass Torts Working Group*, 1ª edición, Washington D.C., Federal Judicial Center, 1999, 113 páginas.
- WOLFRAM, Charles W., "The Antibiotics Class Actions", *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 1, N° 1, 1976, pp. 251-363.
- WOOLEY, Patrick, "Collateral Attack and the Role of Adequate Representation in Class Suits for Money Damages", *Kansas Law Review*, Vol. 58, 2010, pp. 917-977.

YOSPE, Sam, "Cy Pres Distributions in Class Action Settlements", *Columbia Business Law Review*, Vol. 2009, N° 3, pp. 1014-1064.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. 4. Presupuestos y funciones del derecho de daños*, 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, 783 páginas.

ZAVASCKI, Teori Albino, "O Ministério público e a defesa de direitos individuais homogêneos", *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, N° 117, 1993, pp. 173-186.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

“ACUBA c. AMX”, Juzgado Civil y Comercial de Mar del Plata N° 13, 28 de abril de 2010, publicado en la web oficial de la Mesa de Entradas Virtual, www.mev.gov.ar.

“Adduc Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores c/ Banco Privado de Inversiones SA s/ Ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 7, Secretaría N° 13, 2 de septiembre de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“ADDUC Asociación Def. de Derechos de Usuarios y Cons. c/ Italcred S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 5, Secretaría N° 10, 14 de octubre de 2009, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Adecua c. Banco BNP Paribas S.A. y otros s/ Beneficio de Litigar sin Gastos”, Cámara Nacional Comercial, Sala D, 4 de diciembre de 2008 (inédito).

“Adecua c. Telefónica de Argentina S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 2ª, 03/12/1998, LA LEY 1999-D, 370.

“Adecua c/ Banco Santander Río SA y otros s/ Ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 7, Secretaría N° 13, 7 de octubre de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Adecua c/ DaimlerChrysler Financial Services Cia Financiera y otro s/ Beneficio de litigar sin gastos”, Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Comercial N° 21, 25 de junio de 2009, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Adecua c/ Galicia Seguros S.A. y otro s/ Ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 10, Secretaría N° 19, 3 de noviembre de 2009, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Adecua c/ Galicia Seguros SA y otro s/ ordinario”, Juzgado Nacional Comercial N° 10, Secretaría 19, 3 de noviembre de 2009, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

“Adecua –Telefónica de Argentina S.A. s/ amparo proc. Sumarísimo art. 321 inc. 2 C.P.C.C./Causa: 29.913”, Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala 2ª, 14/09/1999, JA 2000-I-325 (Lexis N° 20001059).

“Adecua v. Toyota Compañía Financiera Argentina S.A”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 02/09/2010, Abeledo Perrot N° 70066813.

“Aguiar, María E. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 11/02/2004, Lexis N° 70012988.

“Angelini, Gabriela V. c. Edesur S.A. y otros”, Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala 2ª, 20/10/2005, SJA 1/2/2006, JA 2006-I-269 (Lexis N° 35002530).

“Arrow Servicios S.R.L. c. EDESUR S.A. s/daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 26/12/2002, Lexis N° 7/11468 (sumario).

“Asoc. Civil de Usuarios Bancarios Arg. c. BBVA Banco Francés SA s/ materia a categorizar”, Juzgado Civil y Comercial de Mar del Plata N° 14, 25 de marzo de 2010, publicado en la web oficial de la Mesa de Entradas Virtual, www.mev.gov.ar;

“Asociación Civ. Prev. Asesoram. Y Def. del Consumidor y otro c/ BBVA Banco Francés SA s/ Ordinario (antes Ortiz, Julio César –accionante-”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 21, Secretaría N° 42, 10 de junio de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Asociación Civ. Prev. Asesoram. Y Def. del Consumidor y otro c/ BBVA Banco Francés SA S/ Ordinario (antes Ortiz, Julio Cesar -accionante-)” Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 21 Secretaría 42, 7 de septiembre de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

“Asociación Civil de Usuarios Bancarios Arg. c. AMX Argentina SA s. materia a categorizar”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 1ª, 22 de diciembre de 2009, publicado en *EL DIAL*, 02/07/2010 y en *LA LEY*, 15/06/2010, 3.

“Asociación Civil de Usuarios Bancarios Arg. c. AMX Argentina SA s. materia a categorizar”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 1ª, 22 de diciembre de 2009, publicado en *EL DIAL*, 02/07/2010 y en *LA LEY*, 15/06/2010, 3.

“Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentinos c/ Bazar Avenida S.A. (Red Megatone) s/ materia a categorizar”, N° 115.591, Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Mar del Plata, 15 de septiembre de 2010, publicado en la web oficial de la Mesa de Entradas Virtual del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, www.mev.gov.ar.

“Asociación Civil de Usuarios Bancarios Argentinos c/ Bazar Avenida S.A. (Red Megatone) s/ materia a categorizar”, Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Mar del Plata, 15 de septiembre de 2010, publicado en la web oficial de la Mesa de Entradas Virtual, www.mev.gov.ar.

“Asociación Civil de Usuarios c. Bancarios C./AMX Argentina”, Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, 22 de diciembre de 2009, publicado en *EL DIAL*, 02/07/2010 y en *LA LEY*, 15/06/2010, 3.

“Asociación de Defensa de Usuarios y Consumidores c/ C&A Argentina S.C.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado en lo Comercial N° 5, Secretaría N° 10, 3 de julio de 2008, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

“Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores y otros v. C & A Argentina S.C.A.”, APDJ 12/03/2012 (Abeledo Perrot N° AP/JUR/226/2011).

“Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro”, CSJN, *LA LEY* 1997-C, 322.

“Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c/ C&A Argentina S.C.S. s/ sumarísimo (n° 88.903)”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 8, 15 de abril de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

“Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur Proconsumer c. Nuevo Banco de Entre Ríos S.A., Juzgado Civil y Comercial de Gualaguaychú N° 1, 6 de marzo de 2006, *LLLitoral*, junio de 2006, p. 581, *DJ* 19/7/2006, p. 855;

“Asociación Protección de Consumidores del Mercado Común del Sur Proconsumer c. Nuevo Banco de Entre Ríos S.A.” Juzgado Civil y Comercial de Gualaguaychú N° 1, 6 de marzo de 2006, *LLLitoral*, junio de 2006, p. 581, *DJ* 19/7/2006, p. 855.

“Bercovich, Cecilia J. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 15/02/2005, *Lexis* N° 70018588.

“Bianchi, Isabel M. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 01/10/2002, *Lexis* N° 35012366.

“Bogado, Nancy c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 20/07/2006, *Lexis* N° 70035060.

“Bugallo Traba, Leopoldo H. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 11/09/2001, *Lexis* N° 30000889.

“Cano, José Manuel y otros c. Estado Nacional y Ente Prov. Regulador de Energ. De Tucumán s/ acción de amparo”, Expte. N° 200.004ª/09, Juzgado Federal N° 2 de la provincia de Tucumán, resolución de febrero de 2009 publicada en <http://www.cij.gov.ar/nota-576-Suspenden-el-aumento-de-la-tarifa-electrica-en-Tucuman-.html>.

“Cao, Daniel E. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 12/04/2005, *Lexis* N° 35001728.

“Castro, Marcela V. y otro c. Empresa Distribuidora de Electricidad –EDESUR S.A.-, 08/11/2007, *Lexis* N° 70042887.

“Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ord.” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 19 de diciembre de 2008. Inédito.

“Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Banco de San Juan S.A. s/ord.” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 19 de diciembre de 2008.

“Consumidores Argentinos c/ Banco Patagonia S.A. s/ Ordinario”, Juzgado Nacional Comercial N° 1, Secretaría N° 2, 7 de mayo de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

“Consumidores Argentinos y otros c/ Banco Patagonia S.A. s/ ordinario”, Juzgado en lo Comercial N° 1, Secretaría N° 2, 29 de marzo de 2010 publicado en www.cncom.gov.ar.

“Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Metrogas S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 17 de agosto de 2010, publicado en *LA LEY* 22-12-2010.

“Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco COMAFI SA s/ Ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 12, Secretaría N° 24, 15 de abril de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco Río de La Plata SA s/ ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 6, Secretaría N° 12, 5 de octubre de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c/ Banco Santander Río SA s/ ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 26, Secretaría N° 52, 25 de agosto de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Banco Santander Río SA s/ Ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 18, Secretaría 35, 2 de agosto de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”, CSJN, 24 de junio de 2014, publicado en el sitio web oficial de la CSJN.

“Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c/ Banco Itaú Buen Ayre Argentina S.A. s/ ordinario”, CSJN, 24 de junio de 2014, publicado en el sitio web oficial de la CSJN.

Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y otro c/ Banco Patagonia S.A. s/sumarísimo”, CNCom, Sala A, 08/09/2011, *eDial.com* – AA7157.

“Consumidores Libres Coop. Ltda. y otros c. HSBC Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 16, Secretaría 32, 9 de octubre de 2009, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

“Consumidores Libres Coop. Ltda. Y otros c. HSBC Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 16, Secretaría 32, 26 de febrero 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

“Consumidores Libres Coop. Ltda. y otros c. HSBC Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Comercial N° 16 Secretaría 32, 9 de octubre de 2009 , publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>;

“Consumidores Libres Coop. Ltda. Y otros c/ HSBC Bank Argentina S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 16, Secretaría N° 32, 26 de febrero de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Consumidores Financieros Asociación Civil c. Liderar Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F, 22/08/2013, LA LEY 18/11/2013, 6 (AR/DOC/3844/2013).

"Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Bainter SA de Ahorro para fines determinados s/ sumarísimo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 10 de mayo de 2007,

"Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Bainter SA de Ahorro para fines determinados s/ sumarísimo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 10 de mayo de 2007.

"Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Credilogros Compañía Financiera SA s/ Sumarísimo", Juzgado Nacional Comercial N° 14, Secretaría 27, 19 de marzo de 2008, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

"Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Efectivo Si, Compañía Financiera Argentina s/ sumarísimo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 25 de septiembre de 2007.

"Damnificados Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Efectivo Si, Compañía Financiera Argentina s/ sumarísimo", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 25 de septiembre de 2007. Consultados en HEQUERA, Elena B. (Prosecretaria de Jurisprudencia), *Defensa del Consumidor. Fallos de 1ª y 2ª Instancia*, Buenos Aires, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 2010, www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00004/00034853.Pdf.

"Damnificados Financieros Asoc. Civil P/Su Defensa c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. y otros", Cámara Nacional Comercial Sala B, 19 de noviembre de 2009, *Lexis* N° 70058342.

"Damnificados Financieros Asociación Civil p. su defensa c. Citibank NA s. ordinario", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala B, 21 de octubre de 2009. Inédito.

"Damnificados Financieros Asociación Civil p/ su Defensa c/ Banco Río de la Plata SA s/ ordinario", Juzgado Nacional en lo Comercial N° 7, Secretaría N° 13, 7 de octubre de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

"Damnificados Financieros Asociación Civil p/su Defensa y otro c/Banco Hipotecario S.A. s/Sumarísimo", Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Comercial N° 8, Secretaría N° 15, 3 de noviembre de 2008, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.

"Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ BBVA Banco Francés SA s/ Sumarísimo", CNCom Sala A, 16 de noviembre de 2010, *EL DIAL EXPRESS*, 7/4/2011; se adopta la decisión contraria

en *PADEC c. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/sumarísimo*, del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 14, de fecha 5 de mayo de 2009.

“Defensor del Pueblo de la Provincia de San Juan c/ Cámara de Exp. De Combustibles y Afines s/ Amparo”, 4° Juzgado en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, 4 de julio de 2007 (sentencia no firme), *Patagonia Legal*, Suplemento de Defensa de la Competencia y el Consumidor, Año 3 N° 6, julio de 2007.

“Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. EDESUR S.A.”, Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala 1ª, 16 de marzo de 2000, publicado en *JA* 2000-II-235, *Lexis* N° 0003/007571 ó 0003/007658 ó 0003/007578.

“Del Gaudio, Alberto Ernesto c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 16/04/2002, *Lexis* N° 7/12425 (sumario).

“Demarie, Atilio Alberto c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios. Causa N° 1813/1999”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 1ª, 23/11/2000, *Lexis* N° 7/9724 (sumario).

“Dirección General de Defensa del Consumidor c. Banca Nazionale del Lavoro”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 18, 31 de agosto de 2004, *La Ley Sup. Adm.* 2005 (febrero), Sup. Adm. 2005 (febrero), 24, *LA LEY* 2005-A, 819 - *LA LEY* 2004-E, 962, confirmada en segunda instancia por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, con fecha 10 de mayo de 2005, *LA LEY* 24/06/2005; *LA LEY* 2005-C. 726.

“Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires c. Banca Nazionale del Lavoro”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, 10 de mayo de 2005, publicado en *LA LEY* 24/06/2005.

“Dirección General de Defensa del Consumidor GCBA c/ Banco Río de la Plata SA s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 10, Secretaría N° 19, 2 de febrero de 2006, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de Buenos Aires c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/ sumarísimo”, Juzgado en lo Comercial N° 3, Secretaría N° 5, 17 de octubre de 2005, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor G.C.B.A. c/ Banco Bank Boston N.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 13, Secretaría N° 26, 17 de octubre de 2006, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor G.C.B.A. c/ Bank Boston N.A s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 13, Secretaría 26, 17 de octubre de 2006, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar>.

“Dirección General de Defensa y Protección c/ HSBC Bank s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 9, Secretaría N° 17, 3 de noviembre de 2005, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Dirección Gral. De Defensa y Prot. Al Cons. c/ Banco Sudameris S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 9, Secretaría 18, 8 de noviembre de 2004, ; publicado en www.cncom.gov.ar.

“Dirección General de Defensa del Consumidor de la Ciudad de Buenos Aires c. Banca Nazionale del Lavoro”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 10/05/2005, publicado en *LA LEY* 24/06/2005.

“Donalísio, Eduardo T. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 14/07/2006, *Lexis* N° 70037761.

“Drzevoko, Luisa y otros c. EDESUR S.A. s/daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 26/11/2002, *Lexis* N° 7/11622 (sumario).

“El Palacio de las Letras S.R.L. c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 05/12/2002, *Lexis* N° 7/11577 (sumario).

“Eleven Tennis SRL c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 20/12/2001, *Lexis* N° 70005066.

“Elicetche, Alberto P. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 15/08/2006, *Lexis* N° 70035065.

“Facchin Arrino, Carlos y otros c. EDESUR S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 09/05/2006, *Lexis* N° 70035118.

“Falcone, Jorge E. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 23/12/2004, *Lexis* N° 70017275.

“Feinsilber, Daniel G. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 1ª, 12/12/2002, *Lexis* N° 70006106.

“Fontanet, Jorge G. y otros c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 24/02/2005, *Lexis* N° 70018367.

“Franco, Ana Bautista c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios. Causa N° 3705/2000”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 14/06/2001, *JA* 2001-IV-244 (*Lexis* N° 200013408).

“Fridman, Elena c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 01/04/2004, *Lexis* N° 70014706.

“Frosi, Hugo O. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 15/02/2005, *Lexis* N° 70018026.

“González de Pérez, Nélide Delia c. EDESUR S.A. s/daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 08/08/2002, *Lexis* N° 7/12172 (sumario).

“González, Ernesto c. Estaciones de Venta de Combustibles y Anexos, Asociación de Estaciones de Servicio de Corrientes”, con sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, Sala IV, del 15 de abril de 2009, *LLLitoral* 01/01/1900, 786 - *RCyS*2009-X, 174.

“Guerra, Alejandro F. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 1ª, 03/04/2007, *Lexis* N° 70037824.

“Halabi, Ernesto c. Estado Nacional”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 24 de febrero de 2009, publicado en *Fallos*: 332:111; *SJA* 22/4/2009, *Lexis* N° 70051373; *LA LEY*, 2009-B, 157.

“Hernández, María Carmen c. Edesur S.A. s/ Daños y Perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 1ª, 12/12/2002, *Lexis* N° 7/11549.

“La Química Quirúrgica S.A.C.I. c. Edesur S.A.”, 12/09/2006, *Lexis* N° 70035057.

“López, Rodolfo Osvaldo contra Cooperativa Eléctrica de Pehuajó. Sumarísimo”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 26 de marzo de 2014, causa 91.576.

“Lucero, Osvaldo Walter s. Amparo”, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 17 de septiembre de 2008, causa C102100, publicado en <http://www.scba.gov.ar/jubanuevo/integral.is>.

“Makantassis, Atanasia c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 12/04/2005, *Lexis* N° 35001729.

“Molina, Osvaldo Hugo Gabriel c/ Red Megatone – Carsa S.A. s/ Acción de Amparo”, Expte. N° 19.612/02, Juzgado Civil y Comercial de la 6ª nominación de Resistencia, Chaco, 24 de marzo de 2003, recuperado de la página web del Colegio de Abogados de La Plata, <http://www.calp.org.ar/instituc/Institutos/verinsti.asp?id=7&#integrantes>.

“Occhiuzzi, Martha Adhelma c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 19/03/2002, *Lexis* N° 7/12523 (sumario).

“PADEC Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional Comercial N° 14, 5 de mayo de 2009. Recuperado el 6 de diciembre de 2010 de http://www.diariojudicial.com/contenidos/2009/05/11/noticia_0005.html.

“PADEC Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Beneficio de litigar sin gastos”, Juzgado Nacional de 1ª instancia en lo Comercial N° 14, 13 de julio de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Padec Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Tarshop SA s/ Ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 25, Secretaría N° 50, 10 de junio de 2009, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Padec Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ Tarshop SA s/ Ordinario”, Juzgado N° 25, Secretaría N° 50, 10 de junio de 2009. Esta sentencia permanece inédita.

“Pallone, Fidel c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 07/08/2001 *Lexis* N° 30000890.

“Parada Siete S.A. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 21/04/2005, *Lexis* N° 35001727.

“Pata de Bordoni, Iris Cándida c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 26/04/2002, *Lexis* N° 7/12402 (sumario).

“Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor-PADEC- c. BBVA”, 10 de febrero de 2010, Cámara Nacional Comercial, Sala B, *Lexis* N° 70060497.

“Proconsumer Asoc. Prot. Cons. Del Mercado Común del Sur c/ Hexagon Bank Argentina S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 9, Secretaría N° 18, 21 de febrero de 2007, publicado en www.cncom.gov.ar.

“Proconsumer c. Banco Patagonia S.A.”, Cámara Nacional Comercial, Sala A, 11 de agosto de 2009, *Lexis* N° 70056143.

- “PROCONSUMER c. Círculo de Inversores S.A. de Ahorro p/f Determinados s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional Comercial N° 16 Secretaría 32, 12 de abril de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.
- “Proconsumer c/ Banca Nazionale del Lavoro SA S/ Sumarísimo”, Juzgado en lo Comercial N° 2, Secretaría N° 3, 27 de diciembre de 2007 publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Proconsumer c/ Banco Santander Río S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 15, 29 de septiembre de 2008, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Proconsumer c/ Banco Santander Río S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 15, 29 de septiembre de 2008, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.
- “Proconsumer c/ Bco. Credicoop Coop. Ltda. s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 8, Secretaría N° 16, 8 de septiembre de 2006, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Proconsumer c/ Círculo de Inversores S.A. de Ahorro p/f determinados s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 16, Secretaría N° 32, 12 de abril de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Proconsumer c/ Distribuidora de Confecciones Johnson’s Ltda s/Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 16, Secretaría N° 32, 14 de diciembre de 2007, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Proconsumer c/ Gramit SA s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 19, Secretaría 38, 3 de septiembre de 2009, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Proconsumer Prot. Del Consumidor del Merc. Común del Sur c/ Banco Hipotecario SA s/ ordinario”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 7, Secretaría N° 14, 19 de octubre de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Proconsumer y otro c. Plan Ovalo S.A. s/ sumarísimo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 08/11/2012, AR/JUR/69894/2012.
- “Protección Asociación de Defensa al Consumidor y otros v. Instituto Provincial de Juegos y Casinos”, Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 06/06/2012, APJD 02/07/2012 (Abeledo Perrot N° AP/JUR/1260/2012).
- “Quinteros, Luz M. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 22/04/2004, Lexis N° 70012941.
- “Red Argentina de Consumidores (Asoc Civil) c. Banco Patagonia S.A. s/sumarísimo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sala A, 30/08/2013, LA LEY 29/11/2013, 5 (AR/JUR/63082/2013).
- “Rodríguez, Betty L. c. Edesur”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial:, Sala 1ª, 07/06/2007, Lexis N° 70040188.
- “Samoczko, Teodoro c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 28/02/2002, Lexis N° 7/12571 (sumario).
- “San Miguel, Martín Héctor y otros c. Caja de Seguros S.A. s. ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, 29 de junio de 2010, publicado en MJ-JU-M-58422-AR | MJJ58422.
- “San Miguel, Martín Héctor y otros c/ Caja de Seguros S.A. Ordinario”, Cámara Nacional Comercial, Sala F, 29/06/2010.
- “Sañudo, Marta Alicia Francisca c. EDESUR S.A. s/daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, 10/09/2002, Lexis N° 7/12016 (sumario).
- “Sarmiento, Marta E. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 21/06/2005, Lexis N° 70021680.
- “Sciarini, Roberto Eduardo c. EDESUR S.A. s/responsabilidad por daños”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 2ª, Lexis N° 7/13021 (sumario).
- “Sosa, Beatriz c. AMX Argentina S.A. Denominación Comercial Claro p. Acción de Amparo” Juzgado de Gestión Asociado Primero, Mendoza, 30 de agosto de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.
- “Toth, Mariela V. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 17/05/2005, Lexis N° 70039764.
- “Trocca, Marta F. y otro c. EDESUR S.A. s/ daños y perjuicios”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 16/05/2002, Lexis N° 7/12358 (sumario).
- “Unión de Consumidores de Argentina c/ Banco Citibank National Association s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 25, Secretaría N° 49, 20 de diciembre de 2006, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Unión de Consumidores de Argentina c/ Multicanal SA s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 25, Secretaría N° 50, 12 de mayo de 2009, publicado en www.cncom.gov.ar.

- “Unión de Usuarios y Consumidores c. AMX Argentina SA s/ Proceso de conocimiento”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala IV, 9 de marzo de 2010. Inédito.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Bs. As. s/ Incidente de Ejecución (Reservado)”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial n° 18, Secretaría 35, 18 de octubre de 2007, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”, Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, 4 de octubre de 2005, SJA 22/2/2006. JA 2006-I-473. JA 2005-IV-340, Lexis N° 35002531.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”, Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, 4 de octubre de 2005, SJA 22/2/2006. JA 2006-I-473. JA 2005-IV-340, Lexis N° 35002531;
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s. sumarísimo”, Juzgado Nacional Comercial No. 18, 8 de septiembre de 2004; confirmado por la Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, el 4 de octubre de 2005.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Cablevisión S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 17, Secretaría 33, 16 de marzo de 2010, publicado en la página web oficial de la Cámara Nacional Comercial, <http://www.cncom.gov.ar/>.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Edesur S.A.”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 17 de junio de 2004, LA LEY 2005-A, 93.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. y otro”, Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 3ª, SJA 4/3/2009 – JA 2009-I-712 (Lexis N° 70048274).
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Telefónica Comunicaciones Personales S.A. y otro”, Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 18 de octubre de 2007 (inédito) revocada por la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala III, 16 de julio de 2008, *La Ley Online*.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c/ AMX Argentina S.A. s/ Proceso de conocimiento”, Causa N° 12.830/2001, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 9 de marzo de 2010, recuperado el 6 de diciembre de 2010 de <http://gestion-judicial.cij.gov.ar/nota-3782-Ordenan-a-empresa-de-telefonía-celular-devolver-a-usuarios-dinero-por-cargos-irregulares.html>.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 23, Secretaría 45, 15 de marzo de 2006, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco Industrial S.A. s/ sumarísimo”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, 09/10/2012, LA LEY 18/02/2013, 10; LA LEY 2013-A, 375; DJ 02/05/2013,84 (AR/JUR/57417/2012).
- “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco Provincia de Buenos Aires s/ Beneficio de litigar sin gastos”, Juzgado Nacional de 1ª instancia N° 18, 14 de noviembre de 2007, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Telefónica Móviles Argentina SA s/ sumarísimo”, Cámara Nacional Comercial, Sala B, 28 de octubre de 2008.
- “Unión de Usuarios y Consumidores contra C.N.C. y otro”, Juzgado en lo Contencioso administrativo Federal N° 5, 27 de marzo de 2002, publicado en LA LEY 2002-D, 397.
- “Unión de Usuarios y Consumidores Libres Coop. Ltda c/ Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 18, Secretaría N° 36, 24 de octubre de 2007, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banco Patagonia S.A. s/ sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 12, Secretaría 23, 4 de octubre de 2010, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Unión de Usuarios y Consumidores y otros c/ Banco Santander Río S.A. s/ Sumarísimo”, Juzgado Nacional en lo Comercial N° 14, Secretaría N° 27, 5 de marzo de 2009, publicado en www.cncom.gov.ar.
- “Unión de Usuarios y Consumidores c. Movicom Bell South y otro”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala 4ª, 22/11/2007, Lexis N° 70061684.
- “Villano, Ana N. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 18/02/2004, Lexis N° 70012937.
- “Zárate, Blanca N. c. Edesur S.A.”, Cámara Federal en lo Civil y Comercial, Sala 3ª, 09/05/2001, Lexis N° 70005884.

“Zuleta v. Provincia de Buenos Aires – Poder Ejecutivo s/ demanda contencioso administrativa”,
Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, causa B 52.694.