

“ALGUNAS PAUTAS PARA LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LOS PROCESOS COLECTIVOS”¹

Por Mabel De los Santos²

Profesora titular de Derecho Procesal Civil

*“No es lo que existe,
sino lo que podría y debería existir,
lo que tiene necesidad de nosotros”.*
CORNELIUS CASTORIADIS.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Precisiones conceptuales. 3. Legitimación y representatividad adecuada. 3.1. Pautas para decidir sobre la representatividad adecuada. 3.2. Oportunidad del control de la representatividad. 3.3. Efectos de la falta de representatividad. 4. Cosa juzgada colectiva. 4.1. Extensión a los miembros del grupo actor. 4.2. Extensión a los miembros del grupo demandado. 5. Bases para la regulación del proceso colectivo.

1.- Introducción

La necesidad de elaborar el marco procesal adecuado para el trámite de los procesos colectivos convoca al análisis de sus especiales particularidades, cumpliendo así con la recomendación de Scialoja de “*hacer ciencia útil*”, de manera que el derecho procesal alcance a cabalidad su finalidad de ser fiel escudero del derecho material.³ La reforma constitucional de 1994 consagró la protección de nuevos derechos cuya principal característica es que son derechos supraindividuales o pluripersonales por pertenecer indistinta o alternativamente a una pluralidad de sujetos, en tanto integrantes de un grupo, categoría, clase o sector sociales. A veces se los denomina por el especial objeto de tutela (derechos ambientales) o por las características de sus titulares (derechos de los consumidores y usuarios) o por ambos (derechos étnicos o de los pueblos indígenas).

La doctrina constitucional tradicional no se ocupó de estas categorías de derechos sosteniendo que nuestro ordenamiento jurídico sólo admitía el acceso a la justicia para los clásicos derechos subjetivos, individuales y exclusivos (verdadera limitación a la garantía de acceso a la jurisdicción). Sin embargo, mucho antes de la reforma de 1994 encontramos una implícita referencia a estos derechos en el anterior art. 33 C.N. (Derechos y garantías implícitos), incorporado al texto constitucional en 1860, oportunidad en que, en el seno de la Convención bonaerense Bartolomé Mitre entendió que esa norma

¹ Ponencia presentada para el XXIII Congreso Argentino de Derecho Procesal (Mendoza-2005).

² Profesora titular de Derecho Procesal Civil, Facultad de Derecho y Ciencia Sociales UBA, Juez Nacional en lo Civil –ciudad de Buenos Aires-, Secretaria de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

³ Morello, Augusto M., “Derecho material y derecho procesal, senderos bifurcados que hoy se reencuentran”, L.L. 186-1079.

no trataba sólo de otros derechos individuales sino también de aquéllos que se reconocen a la sociedad como “*ente moral o colectivo*”.⁴

En Iberoamérica y, en general, en los países tributarios del sistema continental europeo (*civil law systems*) el desarrollo de los procesos para la protección de los derechos de incidencia colectiva es de reciente data. Hasta ahora Brasil y la provincia de Quebec son los únicos sistemas de derecho civil que han desarrollado un régimen sofisticado de estas acciones.⁵

Es en los Estados Unidos de Norteamérica (sistema del “*common law*”) donde se observa un mayor y más antiguo desarrollo del tema. El origen de la acción colectiva (“*class action*”) en ese país se remonta a las cortes de equidad (*Equity Courts*) del Reino Unido y esta acción era propia de todas aquellas personas que fueran afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas simultáneamente a todas a juicio.⁶ Las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 fijaron, en la regla 23, las normas fundamentales rectoras de las “*class actions*”, pero no fue hasta 1966, cuando se reformó la citada regla 23, que se superaron las dificultades prevalecientes en su aplicación. Sin embargo el modelo norteamericano no puede ser trasplantado sin más a los sistemas del “civil law” sin una adaptación a sus particularidades. Como señala Gidi⁷, algunos juristas –en los países del sistema continental europeo– tienen una opinión negativa de las “*class actions*” norteamericanas, argumentando que son caras e innecesarias, que generan altos honorarios a los abogados, jugosas compensaciones y pagos por daños y perjuicios y, especialmente, que permiten a los tribunales crear políticas públicas y usurpar la función que corresponde al Poder Legislativo.

Sin embargo algunos cuestionamientos –en especial los relativos al rol de los tribunales– derivan de la concepción declarativa del derecho, propia de los teóricos de la Revolución Francesa y, por ello, del “*civil law*”, en contraposición a la concepción constitutiva del derecho, propia de los países del “*common law*”⁸, la que en los últimos años se ha minimizado por el acercamiento entre ambos sistemas, al observarse un relevante cambio en la concepción del rol del juez en los países del sistema continental.⁹ En cuanto a los restantes reparos, los mismos pueden ser superados con una adecuada regulación

⁴ Quiroga Lavié-Benedetti-Cenicacelaya, “Derecho Constitucional Argentino”, T. I., pág. 294, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

⁵ Gidi, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)”, pág. 1, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

⁶ Clark, David S., “Civil Procedure”, en Clark, David S. Ansary, Tugrul (eds.), “Introduction to the Law of de United States”, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992, p. 370.

⁷ Gidi, Antonio, “Las acciones colectivas...” cit., p. 5.-

⁸ Ver al respecto: Couture, Eduardo J., “Introducción al estudio del proceso civil”, Depalma, 1988, pág. 72 a 77.

⁹ De los Santos, Mabel, “Deberes y facultades de los jueces en el proceso” en Libro del Congreso Internacional: Jueces. Abogados. Medios de comunicación. Nuevos desafíos” Universidad Buenos Aires, 19, 29 y 21 de abril de 2001, pág. 396 y ver Perelman, Ch., “Lógica jurídica y nueva retórica”, p. 179, Civitas, Madrid, 1979.

procesal que contemple sus particularidades, en especial, la predominancia del interés común sobre el individual.

Ahora bien, en nuestro país los artículos 41 a 43 de la Constitución Nacional establecen el marco constitucional para la protección de los derechos de incidencia colectiva, a saber: derechos al ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y las actividades productivas, la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, los derechos contra la discriminación y la protección de la competencia.

A su vez, contemporáneamente o con posterioridad a la reforma constitucional, se han dictado normas nacionales y provinciales para regular la protección de tales derechos constitucionales. En efecto, en el ámbito nacional la ley de Defensa del Consumidor nº 24.240¹⁰ y la Ley General del Ambiente nº 25.675¹¹, contienen especiales previsiones procesales para el trámite de los procesos colectivos. La primera regula pormenorizadamente la legitimación y la representatividad adecuada (arts. 52, 53, 55, 56 y 57 de la ley 24.240) y la última establece los alcances de la cosa juzgada (art. 33, ley 25.675).

En el ámbito provincial se destaca el Código Procesal Constitucional tucumano (ley provincial nº 6944)¹², que regula el amparo colectivo, conteniendo disposiciones relativas a la legitimación colectiva activa y pasiva, a la representatividad del grupo y a las costas del proceso (arts. 71 a 86), el que constituye un estatuto de avanzada en nuestro medio.

Sin embargo no existe una regulación procesal general para este tipo de procesos que contemple de modo eficaz sus relevantes particularidades. El objeto del presente trabajo es proponer los parámetros que debe observar la legislación que regule el trámite procesal de los procesos colectivos para su eficacia y para facilitar la operatividad efectiva de los derechos constitucionales antes enumerados.

2. Precisiones conceptuales:

Definiremos a la acción colectiva, siguiendo a Gidi¹³, como la “*acción promovida por un representante (legitimación colectiva) para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)*”. La misma definición antes transcripta destaca los elementos esenciales y peculiares de este tipo de acción judicial: la legitimación colectiva, los alcances subjetivos de la cosa juzgada y el particular tipo de derechos que son objeto de protección: los derechos de grupo o colectivos.

¹⁰ Sancionada el 22/0/1993, promul. Parcial 13/10/1993, publ. 15/10/1993, reglamentada por decreto 1798/1994.

¹¹ Sanc. 6/11/2002, promul. 27/11/2002, publ. 28/11/2002.

¹² B.O. 8/3/1999.

¹³ Gidi, Antonio, Ob. cit. , pág. 31.-

Los derechos de grupo pueden ser clasificados -teniendo en cuenta la relación existente entre los miembros del grupo- en tres tipos: a) los denominados derechos difusos, b) los derechos colectivos y 3) los derechos individuales homogéneos. Los **derechos difusos** son aquellos intereses que afectan a una comunidad de sujetos amplia e indeterminada, no existiendo de ordinario vínculo o nexo jurídico entre ellos. Los ejemplos más claros se encuentran en los campos de la protección del medio ambiente y del consumidor. Los **derechos colectivos**, transindividuales o indivisibles tienen la particularidad de que los integrantes del grupo se encuentran vinculados por una relación jurídica previa que hace que la pertenencia al grupo sea más definida que en el caso de los derechos difusos. Vale decir que abarca a un grupo determinado de personas, vgr. clientes de un banco que cobra cargos indebidos a los usuarios de tarjetas de crédito o asociados a una empresa de medicina prepaga que se rehúsa a dar tratamiento en el caso de ciertas enfermedades. Finalmente, los **derechos individuales homogéneos** son los mismos derechos individuales que tradicionalmente han sido conocidos en el sistema del derecho civil como “derechos subjetivos”. Toda vez que los mismos tienen un origen o causa común, la normativa procesal acuerda un nuevo instrumento para su tratamiento unitario, pudiendo reclamarse su protección en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales (“*class action for damages*”).¹⁴

Desde otro punto de vista -poniendo la mira en la naturaleza divisible o indivisible del derecho invocado- también puede hablarse de derechos esencialmente colectivos y de derechos accidentalmente colectivos. Los primeros son indivisibles, la regla federal 23 de EEUU los denomina “*true group rights*”. Los segundos son los tradicionales derechos subjetivos individuales que son protegidos de manera colectiva, reclamando una indemnización común y a los que la regla federal 23 denomina “*spurious group rights*”.¹⁵

Las precisiones terminológicas antes realizadas obedecen a la circunstancia de que la legitimación y, especialmente, la extensión subjetiva de la cosa juzgada difieren según el tipo de derechos de que se trate.

3. Legitimación y representatividad adecuada

Tener legitimación para obrar consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, puede formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda. Su determinación constituye un tema estrechamente ligado a la posibilidad de acceso a la jurisdicción y desde esa óptica ha sido

¹⁴ **Bachmaier Winter, Lorena**, “La tutela de los intereses colectivos en la ley de enjuiciamiento civil española 1/2000”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal n° 2, pág. 279, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002 y Gidi, Ob. Cit., pág. 57.-

¹⁵ **Bermejo, Patricia**, “Medios procesales para la protección de los nuevos derechos a la luz de la reforma constitucional” en “La legitimación. Homenaje al Profesor Dr. Lino Enrique Palacio”, obra colectiva coordinada por Augusto Mario Morello, ed. Astrea, 1996, p. 335.

objeto de revisión por la procesalística moderna, ampliando el elenco de legitimados.¹⁶ En el ámbito de los procesos colectivos la verificación de la legitimación (activa o pasiva) involucra la determinación de la representatividad adecuada, vale decir, de la selección del representante del grupo. En efecto, uno de los aspectos más importantes que debe prever cualquier legislación de los procesos colectivos es el suministro de bases o pautas para establecer quien puede representar los intereses del grupo en el tribunal.

El art. 43 de la Constitución Nacional establece que están legitimados para la defensa de los derechos de incidencia colectiva “*el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización*”. Por su lado el art. 55 de la ley 24.240 prevé al respecto lo siguiente: “*Legitimación. Las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el segundo párrafo del art. 58 (Promoción de reclamos)*” y los arts. 56 y 57 de la ley citada determinan los requisitos para obtener la autorización para funcionar de la autoridad de aplicación y los recaudos adicionales que deben acreditar las asociaciones civiles para ser reconocidas como organizaciones de consumidores. Como se observa, legitimación y representatividad adecuada son recaudos íntimamente vinculados.

Específicamente respecto de la legitimación y a los fines de esbozar un texto legal que contemple como proceso especial el proceso colectivo, sería conveniente que la determinación de los legitimados fuera más amplia, al modo como lo propone el Código Modelo de Procesos Colectivos¹⁷ en su artículo tercero¹⁸. También es importante prever, como lo hace el Código Modelo –que regula de modo irreprochable la legitimación y la representatividad– los siguientes puntos vinculados a las particularidades de la legitimación en estos procesos. A saber: 1) la posibilidad de dispensa del requisito

¹⁶ **De los Santos, Mabel**, “Falta de acción. Falta manifiesta de legitimación para obrar” en “Excepciones Procesales”, obra colectiva dirigida por J.W. Peyrano, Tomo 1, pág. 63 y sgtes., Santa Fe, 2000.-

¹⁷ Aprobado en Caracas el 28/10/2004 y elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a partir de una idea gestada en ocasión del “VII Seminario Internazionale su Formazione e Caratteri del Sistema giuridico Latinoamericano e Problemi del Processo Civile” celebrado en Roma entre el 16 y 18 de mayo de 2002 y patrocinado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

¹⁸ Art. 3º. Legitimación activa.- Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva: I) toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos...de personas ligadas por circunstancias de hecho; II) cualquier miembro del grupo...para la defensa de intereses de personas ligadas ...por una relación jurídica de base y para la defensa de intereses individuales homogéneos, III) el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría Pública, IV) las personas jurídicas de derecho público interno, V) las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aún aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código, VI) las entidades sindicales..., VII) Las asociaciones legalmente constituida desde por los menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos..., VIII) los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales...”

de la preconstitución cuando existe manifiesto interés social, 2) la admisibilidad del litisconsorcio facultativo (art. 88 C.P.N.) entre los legitimados, 3) que en caso de existir un interés social relevante, si el Ministerio Público no promoviera la acción deba actuar como fiscal de la ley y 4) que en caso de no existir representatividad adecuada o de mediar desistimiento infundado o abandono de la acción, el juez deba notificar al Ministerio Público o a otros legitimados para que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

El Código Procesal Constitucional tucumano contiene disposiciones que preven este último aspecto en el art. 78: *“...El Ministerio Público, cuando no intervenga en el proceso como parte, actúa obligatoriamente en defensa del interés público... El juez puede ordenar el impulso del proceso a cargo del Ministerio Público cuando resulte verosímil la existencia de la perturbación, alteración o amenaza al interés colectivo demandado, incluso cuando resuelva denegar legitimación al demandante... En caso de desistimiento o abandono de la acción de las entidades legitimadas, la titularidad activa es asumida por el Ministerio Público”*.

Estos cuatro tópicos antes enunciados constituyen especiales resortes para la eficacia del proceso colectivo, que obedecen a la primacía que corresponde asignar al interés público en el ámbito de estos litigios¹⁹ (ver puntos 1, 3 y 4) y al debido cuidado que debe prestarse a no afectar el acceso amplio a la tutela jurisdiccional (ver punto 2).

3.1. Pautas para decidir sobre la representatividad adecuada

El Código Modelo enuncia en el art. 2º, párrafo 2º pautas referenciales para que el juez decida sobre la representatividad adecuada. Alude a condiciones como la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado, sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos del grupo, su conducta en otros procesos colectivos, la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y el objeto de la demanda, el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo.

Habida cuenta que corresponde al juez en cada caso particular determinar si existe representatividad adecuada de quien se presenta por el grupo, aún cuando la enunciación de recaudos pudiere parecer que se superpone parcialmente o es reiteratoria, teniendo en cuenta la variedad de circunstancias que pueden presentarse en la multifacética realidad, considero conveniente la amplia y pormenorizada enunciación de recaudos contenida en el Código Modelo pues permite comprender en su seno una gran variedad de casos y suministra un marco referencial útil para la decisión judicial.

En el texto del anteproyecto se aludía a la **capacidad financiera** del demandante, pero dicho recaudo fue eliminado del actual modelo. El referido estándar ha sido objeto de objeciones,

básicamente por cuanto la imposición de patrones económicos para la defensa de derechos colectivos podría resultar contraria a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales en cuanto garantizan el libre acceso a la jurisdicción sin discriminaciones basadas en su patrimonio. Sin embargo, en determinados casos podría ser relevante conocer si el estado patrimonial de quien se presenta por el grupo no será obstáculo para la defensa de intereses ajenos, de manera que considero que la pauta de la capacidad financiera debiera incluirse. Por otra parte no se advierte cómo ello podría constituir una limitación al acceso a la jurisdicción cuando el régimen procesal prevé la solicitud del beneficio de litigar sin gastos a esos fines, el que ha sido concedido por la jurisprudencia nacional ante la necesidad de una Municipalidad de reclamar por graves y cuantiosos daños ambientales.²⁰

Ahora bien, si se resuelve eliminar dicho recaudo como pauta para verificar la representatividad adecuada, será menester establecer, como hace el Código Modelo, que *“los actores en los procesos colectivos no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales”* (v. art. 15). Sin embargo esta norma también involucra dificultades prácticas. En efecto, la realización de determinadas pericias para establecer la existencia de un daño al medio ambiente puede involucrar gastos importantes y cabe preguntarse quién se hará cargo de los mismos si el accionante -que representa al grupo- no se encuentra obligado a adelantar costas ni ha acreditado tampoco su capacidad económica para responder por las costas o las demás sanciones que pudieren corresponder si pierde el juicio o ha actuado de mala fe.

Por otra parte no considero una solución adecuada que en todos los casos de procesos colectivos se exima del pago de gastos y costas pues puede darse el caso de demandas millonarias, de naturaleza resarcitoria, respecto de las cuales tal exención puede resultar un privilegio indebido. Por tal razón considero que es preferible, en lugar de establecer una regla rígida y universal, que sea el juez quien, en cada caso, resuelva los aspectos antes considerados, haciendo jugar las pautas del beneficio de litigar sin gastos y el recaudo de la capacidad financiera para el reconocimiento de la representatividad del grupo.

3.2. Oportunidad del control de la representatividad

¹⁹ Ver sobre el particular la advertencia que realiza Cassagne, Juan Carlos en su trabajo sobre “El daño ambiental colectivo”, La Ley del 14/9/2004.

²⁰ Cfr. Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala II, 1/2/2001, “Municipalidad de Magdalena c. Shell C.A.P.S.A. y otro”, J.A., 2001-I-343: *“La invocación de graves y económicamente cuantiosos daños ambientales por parte de la Municipalidad actora –en el caso, por derrame de petróleo en su zona costera– torna procedente la concesión del beneficio de litigar sin gastos en el marco de una acción entablada en representación de intereses difusos o colectivos, pues de otro modo la protección y la legitimación constitucionalmente previstas se tornarían ilusorias ante la imposibilidad de asumir los elevados gastos propios de dicha clase de juicios”*.

La legitimación y la representatividad adecuada deben ser controladas -como sucede en todo proceso- en el inicio, a los fines que el juez pueda indicar los defectos u omisiones y disponer se subsanen deficiencias o se acrediten los extremos vinculados a la legitimación y la representatividad (cfr. Art. 34 inciso 5º b) del C.P.N.). Si quien se presenta carece de legitimación o representatividad, la posibilidad del rechazo “in límine” (art. 337 C.P.N.) debe compatibilizarse no sólo con el deber de disponer un despacho saneador sino también con el de ordenar la citación de otros legitimados para que asuman la titularidad de la acción, que prevé el art. 3 del Código Modelo, o la citación del Ministerio Público, tal como prevé en nuestro medio para el amparo colectivo el art. 78 del Código Procesal Constitucional tucumano.

Sin embargo es cierto que tanto el sistema norteamericano (regla federal 23) como el Código Modelo contemplan un mecanismo de control permanente de este recaudo. La regla federal 23 establece el requisito de la “certificación”, que consiste en reconocerle legitimación al grupo y se realiza al inicio del proceso. Sin embargo esta certificación no es definitiva: un proceso que fue certificado para proceder como tal puede ser que no se mantenga o que se exijan determinados recaudos con posterioridad a la certificación.²¹ Por ese motivo se sostiene que la decisión sobre el particular no causa estado y puede ser revisada de oficio o a pedido de parte si se alteran las circunstancias tenidas en cuenta al admitir la representatividad. El Código Modelo contiene una previsión similar, pues en la audiencia preliminar el juez debe decidir expresamente si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva (cfr. Art. 11 CM).

3.3. Efectos de la falta de representatividad

Como se expuso en los acápites precedentes, si el juez encuentra que el presentante carece de representatividad, tal circunstancia no lo autoriza, en el ámbito del proceso colectivo, al rechazo liminar de la demanda. En función de la especial naturaleza de los derechos involucrados los regímenes legales que regulan los procesos colectivos establecen la citación de otros legitimados para que asuman la titularidad de la acción. Así lo establece el art. 3 del Código Modelo y el art. 78 del Código Procesal Constitucional de la Provincia de Tucumán.

4. Cosa juzgada colectiva

El debate en cuanto a la cosa juzgada en materia de procesos colectivos no atiende a su naturaleza, elementos o requisitos, ni siquiera a los límites objetivos, pues en esos aspectos no se verifican diferencias con el concepto y alcances de la cosa juzgada que es común a los procesos individuales. El tema a considerar a los fines de elaborar un régimen procesal para la protección de los derechos

²¹ Bermejo, Patricia, “Medios procesales...” citado en “La Legitimación...”, pág. 340.-

supraindividuales estriba en los **límites subjetivos de la cosa juzgada**, vale decir, la determinación de qué personas quedan sometidas a los efectos de la sentencia dictada en el proceso colectivo, a quienes les está prohibido desconocer su eficacia, y asimismo, a la situación jurídica en que se hallan quienes no han sido partes en el proceso, respecto de lo decidido en la sentencia.

La cuestión de los límites subjetivos de la cosa juzgada se vincula con la garantía constitucional de la defensa en juicio (art. 18 C.N.) en tanto los intervinientes en el proceso han tenido derecho al debido proceso legal, mientras quienes no han intervenido han carecido de ese derecho.²² De allí la íntima relación existente en la materia entre legitimación (que involucra la representatividad adecuada) y cosa juzgada pues si el proceso colectivo necesariamente supone la extensión de la cosa juzgada a los miembros ausentes de un grupo, serán menester que éstos se encuentren adecuadamente representados de modo que no se afecte la garantía del debido proceso. Legitimación y cosa juzgada son conceptos inescindiblemente vinculados en el diseño procesal de las acciones colectivas.

Ahora bien, en las acciones individuales el principio general es que la cosa juzgada comprende sólo a quienes han sido partes en el proceso en el que se la dictó. Por consiguiente no puede perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos al juicio, principio general que admite escasas excepciones.²³

Por el contrario, en materia de derechos colectivos el principio general es la eficacia "*erga omnes*" del fallo. Tal como expresa con gran claridad Gidi: "*una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo*"²⁴, de modo que la sentencia debe tener efectos "*ultra partes*". La eficacia "*erga omnes*" de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento en la acción colectiva.²⁵

Ahora bien, para compatibilizar la eficacia "*erga omnes*" de la sentencia con la garantía de la defensa, los sistemas que regulan las acciones colectivas establecen **excepciones** a la extensión de los efectos personales del fallo.

Analizaremos tales excepciones distinguiendo el caso de la **cosa juzgada activa** (que se extiende a los miembros ausentes del grupo actor), de la **cosa juzgada pasiva** (vale decir, la que se extiende a los miembros ausentes del grupo demandado) y, dentro de cada una, los límites a la extensión subjetiva de la cosa juzgada para los **intereses o derechos difusos** y, por otro lado, para el caso de los **intereses o derechos individuales homogéneos**. La distinción entre cosa juzgada activa

²² De los Santos, Mabel, "Excepción de cosa juzgada" en "Excepciones Procesales", obra colectiva dirigida por J.W. Peyrano, Edit. Panamericana, Santa Fe, 2000, pág. 248.

²³ De los Santos, Mabel, "Excepción de cosa juzgada" cit., pág. 249/253.

²⁴ Gidi, Antonio, Ob. Cit., pág. 98.

²⁵ Hazard, Geoffrey C., "An Historical Analysis of the Binding Effect of Class Suits", U. Pa. L. Rev., núm. 146, 1998, pág. 1849 y Taruffo, Michele, "La azione a tutela degli interessi collettivi", Vittorio Denti Ed., 1976, pág. 330.-

y pasiva ha sido tomada del modelo norteamericano e importa dejar sin efecto el principio del “civil law” de que el cambio de posición no altera el efecto de la cosa juzgada.²⁶

4.1. Extensión a los miembros del grupo actor

El principio general de la eficacia “erga omnes” reconoce básicamente dos excepciones, a saber:

1) En el caso de los **intereses o derechos difusos el principio es la eficacia “ultra partes”** tanto en caso de procedencia o improcedencia del pedido. Pero tanto el Código Modelo como la Ley General del Ambiente establecen una **excepción cuando la improcedencia se diera por falta o insuficiencia de prueba.**

El art. 33 del Código Modelo establece al respecto: “*COSA JUZGADA: En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada erga omnes, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba.*”

Similar regulación de la cuestión encontramos en el art. 33 de la Ley General del Ambiente n° 25.675. La norma establece que “...*La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias.*”

Esta solución es tradicional en los países de Iberoamérica, pero el Código Modelo avanzó al admitir la interposición de nueva acción con base en pruebas nuevas planteada dentro del plazo de 2 años desde el conocimiento de la prueba sobreviniente a la sentencia colectiva (cosa juzgada *secundum probationem*, como derivación especial de la cláusula *rebus sic stantibus*).²⁷

2) En el caso de los **derechos individuales homogéneos**, la opción adoptada por el Código Modelo es la **cosa juzgada *secundum eventum litis*** (no obligatoriedad de la sentencia desfavorable), lo que no importa sino una aplicación de los principios generales en materia de cosa juzgada, habida cuenta que ésta siempre puede favorecer a los miembros ausentes del grupo pero no puede perjudicarlos pues ello afectaría las bases del debido proceso y la defensa en juicio, al no haber tenido oportunidad adecuada de audiencia y prueba para la defensa del derecho individual.²⁸

²⁶ Couture, Eduardo J., “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, pág. 423, n° 276, Depalma, Bs. As., 1990.

²⁷ Ver Exposición de Motivos del Código Modelo, elaborada por los profesores Roberto Berizonce, Ada Pellegrini Grinover y Angel Landoni Sosa.

²⁸ Savigny explicaba esta extensión de la sentencia favorable con la teoría de la representación, que luego fue redondeada en la figura de la representación “*in utilibus*” pues el tercero puede beneficiarse con el fallo pero nunca ser perjudicado.

De lo expuesto se colige que la **segunda excepción** al principio de la eficacia *erga omnes* es el **rechazo de demanda en el caso de los derechos individuales homogéneos**, pues los miembros ausentes del grupo pueden deducir acción de daños a título individual.

4.2. Extensión a los miembros del grupo demandado

La extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada en la acción colectiva pasiva o "*defendant class action*" ha sido tomada por el Código Modelo del sistema norteamericano. La eficacia "*erga omnes*" de la cosa juzgada pasiva se encuentra supeditada a que se trate de una colectividad organizada de personas o que el grupo tenga un representante adecuado y que el bien jurídico a ser tutelado sea transindividual y de relevancia social. El régimen propuesto por el Código Modelo –que resuelve de modo inteligente la cuestión– distingue el caso de los derechos difusos del que plantean los derechos individuales homogéneos.

En materia de **derechos difusos se establece el principio de la eficacia "erga omnes"** sin excepciones.

En el caso de los **derechos individuales homogéneos** rige el principio general de la **eficacia "erga omnes" en el plano colectivo**. Pero en el **plano individual** los miembros ausentes del grupo pueden plantear defensas o pretensiones propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera individual (solución del art. 37 CM), lo que no es sino el mismo tratamiento que se acuerda a la cosa juzgada cuando la clase litiga como actora, en que se establece la no obligatoriedad de la sentencia desfavorable (o cosa juzgada "*secundum eventum litis*"). Cabe preguntarse qué se entiende por plano colectivo y por plano individual del grupo demandado. El primero se vincula a la violación colectiva de un derecho –que se tiene por probada y declarada con efectos "*erga omnes*"– y el segundo a la procedencia de la acción resarcitoria contra los miembros del grupo, que pueden oponer en la etapa de ejecución defensas que no opuso el representante del grupo, demostrando que no han causado el daño o que cumplen la prestación que se reclama.

5. Bases para la regulación del proceso colectivo.

En el diseño procesal de la estructura del proceso colectivo y teniendo en cuenta sus peculiaridades, estimo conveniente tener presentes las siguientes pautas que entiendo esenciales para facilitar la actuación del derecho material:

1.- Actuación oficiosa del tribunal en el control liminar de la legitimación y la representatividad adecuada, en la integración de la litis, en la instrucción probatoria y en materia cautelar.

2.- Relevancia de la tutela preventiva para evitar daños o su agravamiento. A tal efecto propongo incluir expresamente y como institutos diferenciados de las medidas cautelares, la tutela anticipada y la medida autosatisfactiva.

3.- Interpretación extensiva y amplia de la demanda (v. art. 10 C.M.). Flexibilización de la congruencia a los fines de las resoluciones judiciales.

4.- Interpretación abierta y flexible de las normas procesales (v. art. 39 C.M.).

5.- Notificación adecuada de los miembros del grupo.

6.- Efecto devolutivo de la apelación contra la sentencia, salvo perjuicio irreparable.

7.- Ejecutabilidad provisoria de la sentencia por cuenta y riesgo del ejecutante, quien responderá por daños sin la sentencia es revocada o modificada.

8.- Gratuidad de la actuación limitada a los derechos “esencialmente colectivos” (*true group rights*) o a la protección de los derechos en su esfera colectiva.

9.- Utilización por los magistrados de medidas conminatorias eficaces para obtener el cumplimiento efectivo de la condena impuesta en la sentencia.

10.- Tribunales o magistrados especializados en procesos colectivos.

11.- Inserción de la normativa relativa a los procesos colectivos en los códigos procesales vigentes, en el capítulo sobre “procesos especiales”.

Analizaremos los fundamentos de cada propuesta:

1. Actuación oficiosa del tribunal en el control liminar de la legitimación y la representatividad adecuada, en la integración de la litis, en la instrucción probatoria y en materia cautelar.

Si bien es cierto que los tópicos respecto de los cuales se señala la necesidad de una actuación oficiosa del juzgador son los clásicos que constituyen excepciones al principio dispositivo puro, consagradas en los códigos procesales vigentes,²⁹ no lo es menos que la naturaleza de los hechos que se discuten en ciertos procesos colectivos (vgr. casos de daño ambiental, protección al consumidor -en especial cuando se trata de protección a la salud- y preservación del patrimonio histórico o cultural) requiere de la dirección oficiosa del proceso por el juez y de su especial contralor en los tramos indicados: inicio, control de la legitimación, integración de la litis, prueba y medidas cautelares.

En efecto, temas como los que involucra el derecho ambiental son abordados tanto por el derecho civil como por el derecho administrativo. En materia de derecho ambiental prevalece el objetivo de la preservación de daños al medio ambiente y la recomposición “*in natura*” del daño ambiental antes que

²⁹ De los Santos, Mabel, “Los hechos en el proceso y la flexibilización del principio de congruencia” en “Los hechos en el proceso civil”, obra colectiva dirigida por Augusto M. Morello, La Ley, 2003, pág. 61/62.

la compensación o reparación dineraria de los perjuicios, motivo por el cual se ha sostenido que en estos procesos deben prevalecer la norma y las técnicas del derecho administrativo, habida cuenta de la primacía que corresponde asignar al interés público, aunque siempre en el marco de las garantías constitucionales.³⁰

Sin embargo también los civilistas sostienen la prevalencia del interés común y la relevancia en la materia de herramientas pragmáticas tales como la anticipación, la prevención (v. arts. 2499 y 2618 del C. Civil), que involucran la actuación oficiosa y preventiva del tribunal.³¹

Las propias características del proceso colectivo lo colocan a mitad de camino entre el interés público y el privado, circunstancia que hace imprescindible la actuación oficiosa del juzgador para asegurar la eficacia del proceso, la legitimación y representatividad adecuadas, la integración de la litis y la notificación de los miembros del grupo. En la etapa probatoria, la necesidad de conocer la verdad material de los hechos en lugar de resolver sobre la base de meras abstracciones, torna aplicable la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que impone a ambas partes un deber de colaboración en el aporte del material de conocimiento, pero especialmente a quien se encuentre en mejores condiciones de acreditar los hechos controvertidos³². También el juzgador debe hacer uso de las medidas para mejor proveer y disponer aún oficiosamente medidas de prevención del daño o de su agravamiento a través de las llamadas tutelas materiales.

Así lo han entendido los autores del Código Modelo, tal como resulta de los artículos 10,11 y 12 C.M. y resulta del contexto de sus potestades en el proceso colectivo. Así también lo han consagrado algunos fallos judiciales en nuestro medio.³³

2. Relevancia de la tutela preventiva para evitar daños o su agravamiento. A tal efecto propongo incluir expresamente y como instituto diferenciado de las medidas cautelares, la tutela anticipada y la medida autosatisfactiva.

³⁰ Cassagne, Juan Carlos, “Daño ambiental colectivo”, Revista La Ley del 14/9/2004.-

³¹ Ghersi, Carlos A., Lovece, G., Weingarten, C., “Daños al ecosistema y al medio ambiente”, Astrea, 2004, p. 69.-

³² Peyrano-Chiappini, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED 107-1005; De los Santos, Mabel, “Algo más acerca de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, J.A. 1993-IV-866 y “El juez frente a la prueba”, J.A. 1996-I-652.

³³ SCBA, 19/5/1998, “Almada, Hugo c. Copetro S.A. y otro, Irazu, Margarita c. Copetro S.A. y otro, Klaus, Juan c. Copetro S.A. y otro”, LLBA, 1998-943, con nota de Gabriel Stiglitz. “*Debe admitirse la procedencia de una acción de cesación preventiva de toda manifestación que al producir daños al medio ambiente o a la ecología requiera la enérgica y perentoria neutralización de sus efectos; para ello debe concederse a los jueces –y éstos deben ejercerlos- mayores poderes deberes lo que implica que los magistrados judiciales deben ejercitar dinámicamente todos los resortes que las leyes les confieren*”.

Prevenir el daño o su agravamiento constituye sin duda una de las funciones más excelsas del sistema jurídico. La efectividad del derecho sólo se alcanzará cuando éste brinde instrumentos más aptos para la prevención que para la reparación del daño. Sin embargo nuestra tradición jurídica es renuente a permitir la tutela preventiva, que involucra conferir al juez un rol que excede de la mera declaración del derecho.³⁴

Sin embargo la reformulación del Código Civil, realizado por Borda en 1968 permitió ingresar en un derecho de daños distinto, con vértice en la reparación del damnificado³⁵ y así lo evidencian el texto de los arts. 1071 bis C.C., 2499, 2618, entre otros. Así también la reforma constitucional de 1994 consagró la tutela preventiva en los arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional y sin duda la prevención del daño o de su agravamiento constituye el eje de la tutela judicial efectiva en materia de procesos colectivos, especialmente cuando se trata de daño ambiental, al patrimonio histórico o cultural o a la salud.

A los fines de contar con instrumentos idóneos para dicha tutela preventiva propongo la adopción no sólo de medidas cautelares –que el tribunal pueda disponer aún de oficio- sino especialmente de la tutela anticipada y la medida autosatisfactiva.³⁶

En cuanto a la regulación de la **tutela anticipada** discrepo con los requisitos de procedencia establecidos por el Código Modelo, que pone el acento sólo en recaudos de procedencia no esenciales, como: a) el fundado temor de la ineficacia del proveimiento final y b) el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. Ha existido en nuestro medio un nutrido aporte doctrinario³⁷ que permite identificar como recaudos esenciales de procedencia los siguientes:

- a) Que exista **certeza suficiente del derecho** invocado,
- b) Que si no se concede la anticipación pedida tal circunstancia derivaría fatalmente en un **perjuicio irreparable** y
- c) Contracautela en relación razonable con la verosimilitud del derecho.

³⁴ Ver Vgr. art. 1142 del Código de Napoleón: “...*toda obligación de hacer o no hacer, en caso de incumplimiento, se resuelve en pérdidas y daños*”.

³⁵ **Gheri-Lovece-Weingarten**, “Daños al ecosistema y al medio ambiente”, cit., pág. 65.-

³⁶ Ver fallo Cám. 1ª. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, Sala III, 9/2/1995, “Almada, H. c. Copetro S.A. y otro”; “Irazu, M. c. Copetro S.A. y otro”; “Klaus, Juan J. c. Copetro S.a. y otro” : “*Frente a la situación de riesgo en que la contaminación ambiental coloca a la salud y a las vidas de los actores, de los convecinos y de las generaciones por venir a poblar dicho ambiente, de lo que se trata es de anticiparse a la concreción del daño, debiendo el órgano jurisdiccional desplegar técnicas preventivas dirigidas a evitar que el daño temido que prenuncia el riesgo se torne real...*”

³⁷ **Peyrano-Carbone y otros**, “Sentencia Anticipada”, Rubinzal Culzoni, 2000; **Berizonce, Roberto**, “La tutela anticipatoria en la Argentina”, J.A. 1998-II-917; **De los Santos, Mabel**; “La medida cautelar innovativa y el anticipo de la sentencia: su ubicación entre los llamados “procesos urgentes”, J.A. 1996-I-633 y “Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas”, J.A., 1997-IV-800 y “Medida autosatisfactiva y medida cautelar (semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”, Revista de Derecho Procesal nº 1, pág. 33, edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1998; **Rivas, Adolfo A.**, “La Jurisdicción anticipatoria”, ponencia

La crítica al recaudo del temor fundado es que el peligro en la demora genérico es presupuesto de la traba de cautelares en general, pero para que se justifique adelantar lo que debe ser objeto de decisión en la sentencia es menester que si no se anticipa la tutela se produzca un perjuicio irreparable. Este recaudo se determina observando la situación de quienes piden la tutela -que sufren, vgr., las consecuencias dañosas de algún contaminante-, a diferencia del peligro genérico derivado de la demora que involucra el trámite del proceso (o temor fundado) que, en la generalidad de los casos se establece poniendo la mira en quien es demandado y desvuelve conductas tendientes a eludir la acción de la justicia. Vale decir que el denominado “perjuicio irreparable” es un requisito más preciso y el único que justifica anticipar lo que debe ser objeto de decisión en la sentencia final.³⁸

En cuanto al recaudo del “abuso de la defensa o manifiesto propósito dilatorio” –característico del régimen procesal de Brasil- considero que la inconducta procesal no debe ser recaudo de procedencia de un anticipo jurisdiccional a modo de castigo: para ello el régimen procesal prevé las multas por inconducta. Por otro lado cabe preguntarse qué sucedería si la parte demandada no incurre en abuso de la defensa y sin embargo existe un perjuicio irreparable que obliga a anticipar la tutela. ¿Sería procedente denegarla por ausencia de dicho recaudo? Estimo que la respuesta negativa se impone y ello me persuade de la inconveniencia de incluir dicho requisito de admisibilidad de la tutela anticipada en general y en materia de procesos colectivos en particular.

Sin embargo considero acertado lo establecido en el Código Modelo en los párrafos 1º al 4º del art. 5, a saber: a) que no exista peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado a menos que la denegación de la medida importe un sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante, b) que medie debida fundamentación en su concesión, c) que la tutela anticipada pueda ser revocada o modificada en cualquier tiempo por decisión fundada (provisoriedad de la medida) y d) que si no hubiere controversia en cuando a la parte anticipada, luego de trabada la litis ésta se torne definitiva y haga cosa juzgada, prosiguiendo el proceso al solo efecto del juzgamiento de las demás cuestiones involucradas en la demanda (adquisición de firmeza del anticipo total o parcial).

La necesidad de la regulación normativa de tal tutela diferenciada se impone, tal como se sostuviera reiteradamente por la doctrina³⁹ y lo evidencian los vaivenes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, que en uno de sus últimos fallos parece haber dejado de lado la doctrina sentada en “Camacho Acosta c/ Grafi Graf S.R.L.” del 7/8/1997 (Fallos 320:1634).⁴⁰

presentada al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en Santa Fe, Argentina, en junio de 1995, Anexo Com. nro. 2 del Libro de Ponencias, entre muchos otros.

³⁸ Ver fallos CSJN, 320:1634, CNCiv., Sala F, 10/5/2000, J.A. 2000-IV-523, entre otros.

³⁹ Ver conclusiones del **XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, San Martín de los Andes, 1999**. Revista de Derecho Procesal, N° 4, pág. 524/525.

⁴⁰ CSJN, 13/7/2004, “Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. y otros”, L.L., 2004/10/13, 8 – DJ, 2004/10/13, 482: “*En el marco de la acción entablada por la Asociación de Superficiarios de la Patagonia contra Y.P.F. S.A. y demás concesionarias de la explotación de las áreas*

Por otra parte postulo se incluya la medida autosatisfactiva cuando la pretensión formulada sea de procedencia evidente, clara (“derechos líquidos”) y exista peligro de frustración del derecho si no se concede la medida urgente. Por supuesto se trata de prever una hipótesis excepcional, para aquéllos casos en que los actores en su demanda se limiten a solicitar la protección urgente reclamada (vgr. remoción de un elemento contaminante), sin requerir ninguna pretensión resarcitoria o declarativa adicional y que, en función de la urgencia, requiera del trámite monitorio o de una brevísima sustanciación.⁴¹

3. Interpretación extensiva y amplia de la demanda (v. art. 10 C.M.). Flexibilización de la congruencia a los fines de las resoluciones judiciales.

Si bien la interpretación extensiva y amplia de los escritos judiciales hace a la vigencia plena de la garantía de la tutela judicial efectiva⁴², en el diseño del proceso colectivo, donde el interés general adquiere especial relevancia, tal postulado es particularmente importante. Así lo han entendido los redactores del Código Modelo al incluir en el Art. 10: Objeto y fundamento: “*En los procesos colectivos, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente...*”

Se prevé también en dicha norma la posibilidad de enmienda de la demanda, la alteración o ampliación de su objeto y de la causa de pedir una vez oídas las partes y en cualquier tiempo y grado de jurisdicción en tanto el cambio sea realizado de buena fe, no perjudique injustificadamente a la contraria y el contradictorio sea preservado. Sin duda la norma balancea adecuadamente las garantías constitucionales vinculadas al debido proceso adjetivo, a saber: la tutela judicial efectiva que tiene en mira a quienes demandan (art. 8, Pacto de San José de Costa Rica), la garantía de la defensa en juicio que asiste a ambas partes, pero especialmente al accionado (art. 18 C.N.) y la garantía de la igualdad que consagra el art. 16 C.N.⁴³

En cuanto a la denominada “flexibilización de la congruencia” o flexibilización de la exigencia de identidad que debe existir entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima, evidentemente las previsiones del art. 10 del C.M. la

hidrocarburíferas de la “Cuenca Neuquina”, cuencas hídricas de los ríos Negro y Colorado, para que se las condene a realizar las acciones necesarias para la recomposición integral de los daños colectivos ambientales causados por la actividad que desarrollan, construir el fondo de restauración ambiental de la ley 25.675 y adoptar medidas para evitar daños en lo sucesivo, es improcedente requerir con carácter cautelar que las demandadas acrediten la contratación del seguro de cobertura por actividades riesgosas para el medio ambiente que prescribe el art. 22 de la ley 25.675, toda vez que existe una clara identificación entre el objeto de la demanda y dicha pretensión.”

⁴¹ De los Santos, M., “Conveniencia y necesidad de legislar sobre las tutelas de urgencia”, J.A. 1999-IV-992.

⁴² Bertolino, Pedro, “Para una doctrina de interpretación de los escritos judiciales”, E.D. 100-182.

consagran de modo expreso, admitiendo no sólo la procedencia de la alteración que plantea la admisión de hechos sobrevivientes⁴⁴, sino también el cambio del objeto de la pretensión bajo las condiciones que establece el pár. 2º del art. 10.

Algunos fallos relativos a la protección del ambiente así lo han consagrado expresamente, estableciendo que *“El juez que frente a una demanda por daño ambiental reparó la lesión presente y dispuso las previsiones útiles destinadas a evitar que se siguieran produciendo en el futuro –que hubiera provocado la promoción de otra acción resarcitoria, dispendio de actividad y resultado social insolidario, con la consecuencia de volver a condenar a un resarcimiento de daños causados que debieron evitarse– no ha quebrado el **principio de congruencia**, antes bien, ha ejercido ni más ni menos que las potestades que le son inherentes y que en el marco de su actividad jurisdiccional le otorgan las normas que rigen la misma”*.⁴⁵

4. Interpretación abierta y flexible de las normas procesales

Es fundamental consagrar este principio general de interpretación de las normas procesales, ya sea como capítulo preliminar o, como en el Código Modelo, entre sus disposiciones finales (art. 39). Tratase del principio de hermenéutica de las normas procesales que impide incurrir en los consabidos “excesos rituales” que tanto cuestionara la Corte Nacional a través de la doctrina de la arbitrariedad y a partir del célebre caso “Colalillo” del año 1957. En efecto: en la interpretación de la norma procesal debe tenerse en cuenta que el fin del proceso es la operatividad del derecho sustancial, en el caso, la efectiva tutela colectiva de los derechos.

Como señalara Couture, el proceso tiene una finalidad que interesa a la comunidad. Esa finalidad de carácter público consiste en asegurar la efectividad del derecho en su integridad. El proceso es un instrumento de producción jurídica y una incesante forma de realización del derecho, el que se realiza en las sentencias judiciales⁴⁶.

Tal postulado adquiere especial significación en materia de intereses o derechos colectivos, pues este fin público se acentúa ante el interés general de los derechos sustanciales involucrados.

5. Notificación adecuada de los miembros del grupo.

⁴³ De los Santos, M., “Los hechos en el proceso y la flexibilización del principio de congruencia” cit. en Morello y otros, “Los hechos en el proceso civil”, pág. 65.-

⁴⁴ De los Santos, M., “Condiciones para la admisibilidad de hecho sobreviviente en el proceso civil”, Revista La Ley del 17/10/2003 y Revista Zeus Córdoba, del 28/10/2003.

⁴⁵ SCBA, 19/5/1998, LLBA, 1998-943 con nota de Gabriel Stiglitz y LLBA, 1998, 1314, con nota de Cayuso, Susana.

⁴⁶ Couture, Eduardo, “Introducción...” cit., pág. 56.

Este aspecto es de gran relevancia en materia de procesos colectivos pues debe darse a los interesados la posibilidad de intervenir en el proceso como coadyuvantes con la limitación de no poder discutir en el proceso colectivo de conocimiento sus pretensiones individuales. Así lo regula el Código Modelo en el art. 21 y lo prevé también en nuestro medio el art. 79 del Código Procesal Constitucional de Tucumán para el amparo colectivo.

La notificación o publicidad debe hacerse por todos los medios de difusión disponibles en el lugar: edictos, televisión, radio o los que el juez estime convenientes en cada caso.

6. Efecto devolutivo de la apelación contra la sentencia, salvo perjuicio irreparable y ejecutabilidad provisoria de la sentencia por cuenta y riesgo del ejecutante, quien responderá por daños; sin la sentencia es revocada o modificada.

El efecto devolutivo de la apelación –como regla general- se encuentra previsto en el Código Procesal Nacional para el proceso sumarísimo, con la excepción de que la ejecución provisoria de la sentencia no cause perjuicio irreparable (cf. Art. 498 inc. 6º C.P.C.N.). Sin embargo el Código Modelo establece que el juez puede también otorgar efecto suspensivo al recurso –aún después de haberlo concedido con efecto devolutivo- cuando la “fundamentación fuere relevante”, previsión que contempla inteligentemente la revisabilidad por el “a quo” del efecto acordado al recurso.

La ejecución provisoria de la sentencia, sin embargo, debe ser bajo la responsabilidad de quien la impulsa en todos los casos.

Propongo sobre el particular la clara y precisa definición y previsión que acuerdan al tema los arts. 18 y 19 del C.M.

7. Gratuidad de la actuación limitada a los derechos “esencialmente colectivos” (*true group rights*) o a la protección de los derechos en la “esfera colectiva”, no en cuanto hace a las ejecuciones individuales de indemnización.

El tema requiere la adecuada regulación normativa, que priorice las posibilidades de acceso a la Justicia del grupo, sin generar privilegios indebidos. Sin embargo corresponde circunscribir la previsión contenida en el art. 15, pár. 3º del C.M. (“beneficio automático para litigar sin gastos”) a la protección de los derechos en la esfera colectiva.

8. Utilización por los magistrados de medidas conminatorias eficaces para obtener el cumplimiento efectivo de la condena impuesta en la sentencia.

La ejecución forzada de la sentencia colectiva es uno de los temas esenciales a tener en cuenta para la adecuada regulación de este tipo de procesos. El juez debe recurrir a la medida conminatoria más adecuada para obtener el cumplimiento “in natura” de la condena, el que debe preferirse a su reemplazo por una indemnización y sin perjuicio de corresponder esta última a favor de los individualmente afectados. Obviamente no se trata de las clásicas “astreintes” sino de la facultad del tribunal de disponer medidas eficaces (que representen un mal mayor que la condena pecuniaria o que persistir en la actitud contumaz) para obtener la prestación “in natura” de la condena o la ejecución del mandato incumplido “a costa del demandado”. A esos fines los jueces deben hacer pleno uso de las potestades judiciales inherentes a la “*executio*” como elemento de la jurisdicción.⁴⁷

Algunos precedentes jurisprudenciales dan cuenta de las serias dificultades que ocasiona la ejecución de las condenas en materia de recomposición del medio ambiente dañado⁴⁸ y que evidencian la necesidad de un mayor rigor en la ejecución forzada de los mandatos judiciales. Más aún, sería conveniente prever la posibilidad de modificar en la etapa de ejecución el modo de “recomposición” del medio ambiente, para adecuar la condena a las dificultades prácticas que plantea su concreción.

9. Tribunales o magistrados especializados en procesos colectivos.

Resulta conveniente prever la especialización de los magistrados que habrán de resolver este tipo de contiendas no sólo por la eficacia de su actuación, sino también por los procesos que pueden atraer por conexidad y que hacen conveniente analizar la adecuada distribución de las causas.

11. Inserción de la normativa relativa a los procesos colectivos en los códigos procesales vigentes, en el capítulo sobre “procesos especiales”.

La inclusión del trámite procesal para los procesos colectivos puede insertarse por ley en el capítulo relativo a los procesos especiales en los códigos vigentes en el país, sin necesidad de reformas procesales generales y difíciles de alcanzar.

⁴⁷ Peyrano, Jorge W., “Procedimiento civil y comercial”, T. 2, pág. 19, Juris, 1992.

⁴⁸ CNCiv., Sala H, 18/9/2001, “Subterráneos de Buenos Aires S.E. c. Propietarios de Estación de Servicio Shell Estación Lima”, J.A. 2002-III, 382.

El catálogo de propuestas realizado es meramente indicativo y constituye un simple “borrador de trabajo” para esbozar la inserción legislativa de los procesos colectivos en nuestro medio.