

La representatividad adecuada en las “class actions” norteamericanas*

Por Francisco Verbic

1. El caso “Damnificados Financieros”

El fallo en comentario resolvió confirmar la decisión de primera instancia que había rechazado la legitimación colectiva invocada por la asociación civil “Damnificados Financieros”¹ en el marco de un proceso mediante el cual ésta pretendía obtener una sentencia que condenara civilmente a las demandadas (diversas entidades financieras) por la presunta mala praxis en que habrían incurrido al asesorar a inversores para la compra de títulos de la deuda pública argentina².

Si bien el tribunal rechazó el recurso de apelación de la actora por insuficiente³, las precisiones vertidas a mayor abundamiento y el desarrollo efectuado por la fiscal general en su dictamen, ponen al descubierto –una vez más– las serias deficiencias que presenta el instrumental procesal colectivo en el orden nacional, especialmente a la hora de enfrentar un conflicto colectivo generado por vulneración de bienes individuales⁴.

Más allá de las afirmaciones efectuadas por la actora en su escrito de demanda, relativas a que la pretensión era entablada con el objeto de suplir el desconocimiento jurídico de los consumidores y sortear los obstáculos económicos que supuestamente impedían la iniciación de acciones individuales, así como también aquellas orientadas a demostrar que los derechos de sus representados eran “equivalentes” y que la afectación provenía de un mismo acto; tanto la representación fiscal como la Cámara estimaron que el caso no presentaba las características necesarias para considerar habilitada la tutela colectiva.

* Extraído del artículo publicado en “Revista de Derecho Comercial”, n° 233, nov.-dic. 2008 (nota a fallo). [Bibliografía recomendada.](#)

¹ “Damnificados Financieros, Asociación Civil para su Defensa” se encuentra inscripta en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores con el n° 0022.

² Según se desprende del dictamen de la fiscal general de Cámara, el objeto de la demanda era obtener “se reintegre a los adquirentes de bonos soberanos argentinos durante el período enero 2000 a diciembre 2001 en las entidades demandadas, una suma equivalente a las cifras líquidas perjudicadas, sea de capital y/o intereses (todas ellas recalculadas por la pesificación establecida en el precedente de la Corte Suprema, caso ‘Galli’ –LL, 2005-B-719–)”.
³ El tribunal sostuvo que “el llamado ‘memorial’ no por extenso cumple los recaudos establecidos por el art. 265”, y señaló que la recurrente “abunda en alegaciones y citas jurisprudenciales y doctrinarias vinculadas con la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para representar intereses patrimoniales divisibles, pero comunes u homogéneos, no obstante lo cual no controvierte eficazmente la conclusión de la *a quo* en el sentido de que esta última característica no está presente en el caso concreto analizado aquí”.

⁴ Sobre el *conflicto colectivo* como noción justificante de la tutela colectiva de derechos, las características que lo diferencian del conflicto individual y los distintos modos en que puede provocarse (por vulneración de bienes colectivos o de bienes individuales), me remito al desarrollo efectuado en Verbic, Francisco, *Procesos colectivos*, Bs. As., Astrea, 2007, p. 27 a 41.

La fiscal general distinguió el caso de aquel resuelto por la misma Cámara de Apelaciones en autos “Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/sumarísimo”, donde reconoció legitimación a una asociación de consumidores para accionar en defensa de derechos individuales homogéneos de carácter patrimonial⁵.

En aquella ocasión concurrían dos aspectos que fueron determinantes para la solución adoptada: a) las pretensiones de los afectados eran homogéneas, ya que la asociación perseguía la restitución de sumas de dinero determinables por medio de una sencilla operación matemática a través de los datos obrantes en los libros de la demandada, sin requerir el análisis de la particular situación de cada uno de los usuarios que habían contratado con el banco, y b) consideradas individualmente, las lesiones de los interesados carecían de significación y tornaban antieconómico un reclamo judicial.

En la presente causa, por el contrario, la representante del Ministerio Público entendió que ninguno de ambos extremos se encontraba reunido. Por un lado, la pretensión actora carecía de homogeneidad, en tanto exigía el análisis de la situación particular de cada uno de los miembros del grupo afectado (en especial, el nivel de conocimiento del mercado financiero) a fin de determinar si el asesoramiento brindado por las demandadas había sido suficiente para inducirlos a actuar como lo hicieron. Esta particularidad, se sostuvo en el dictamen, tornaba imposible dictar una sentencia única que satisfaga los derechos de todos los usuarios. Por otro lado, tampoco estaba en riesgo el derecho de acceso a la justicia de los miembros del grupo afectado ya que, a diferencia de lo que sucedía en el caso anteriormente citado, *“los montos involucrados no tornan improbable que los inversores accionen individualmente en defensa de sus derechos”*.

En las precisiones vertidas a mayor abundamiento (luego de afirmar la insuficiencia del recurso), la Cámara transitó por un camino argumental similar. En primer término, sostuvo que si bien en otras oportunidades reconoció legitimación colectiva a las asociaciones de defensa del consumidor⁶ y a la autoridad local de aplicación de la ley 24.240⁷, ello sucedió *“siempre sobre la base de un denominador o interés común homogéneo que justifique razonablemente esa alegada representatividad”*.

Sentado ello, a fin de evaluar la operatividad del art. 43 de la Const. nacional consideró aplicables los estándares esbozados por Lorenzetti al votar en disidencia en la causa “Mujeres por la Vida –asociación civil sin fines de lucro– filial Córdoba c/Estado nacional”⁸ (causa fáctica común, pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que, en ausencia de un proceso colectivo, se configuraría una grave afectación del acceso a la justicia de los miembros del grupo). En opinión de la Cámara (completamente alineada con la de la representación fiscal), el caso planteado por damnificados financieros no reunía el primero ni el tercero de tales factores.

⁵ Dictamen n° 105.307, 11/4/05.

⁶ “Unión de Usuarios y Consumidores c/Citibank s/sumarísimo”, LL, 2006-D-226.

⁷ “Dirección General de Defensa del Consumidor GCBA c/Banca Nazionale del Lavoro s/sumarísimo”, LL, 2003-D-250.

⁸ CSJN, 31/10/06.

Según los magistrados la falta de homogeneidad estaría dada por el hecho que la procedencia de la indemnización respecto de cada uno de los miembros del grupo afectado dependería de circunstancias particulares *“imposibles de considerar en abstracto para arribar a un resultado justo respecto de toda la comunidad involucrada y las distintas entidades demandadas”*⁹. En cuanto a la ausencia de afectación del derecho de acceso a la justicia, la Cámara apuntó que en el caso se estaba reclamando *“la restitución de inversiones que no pueden suponerse de escasa entidad económica en relación con el costo del litigio”*¹⁰.

2. El objetivo de estas líneas

Entre las distintas cuestiones que podrían ser objeto de alguna reflexión, limitaré mi trabajo al análisis de los alcances de la noción de *representatividad adecuada* debido a que, a pesar de configurar un pilar fundamental para sostener la constitucionalidad de los procesos colectivos a la luz de la garantía de debido proceso legal, se encuentra ausente de regulación en nuestro sistema federal¹¹. A tal fin abordaré

⁹ Los jueces destacaron que el único elemento común de la “clase” que la actora pretendía representar *“sería que todos sus integrantes han sufrido la pérdida de parte de sus inversiones por la cesación de pagos del Estado nacional; es decir, el daño”*. No obstante, *“la plataforma fáctica homogénea no se aprecia configurada en los demás elementos determinantes del éxito o fracaso de la pretensión”*. Según el tribunal *“no puede juzgarse de igual modo en una sola causa si ha existido el debido asesoramiento e información de cuatro distintos bancos respecto de un universo de inversores, sin ponderar las cualidades individuales de estos últimos y aún considerando que sólo se pretende accionar por los consumidores financieros ‘no profesionales’; por ejemplo: la posibilidad de conocer los riesgos de la inversión, el manejo de información institucional, económica y financiera, la habitualidad en la colocación de capital en inversiones de alto riesgo, la atención y asesoramiento brindados por el personal de la entidad en cada caso, el porcentaje del total de inversiones colocado en los bonos de la deuda pública, el modo de adquisición de los títulos en cada caso, etcétera”*.

¹⁰ Al abordar esta cuestión la Cámara volvió a remarcar la insuficiencia del recurso en los siguientes términos: *“Adviértase que, en este punto, la expresión de agravios tampoco resulta idónea para conmovir los fundamentos del fallo apelado, desde que hace referencia a demandas contra bancos que ‘emplean cláusulas abusivas, o cobran cargos indebidos como en el caso de autos’ (fs. 2354), cita el fallo de la Sala C de esta Cámara in re: ‘Unión de Usuarios y Consumidores c/Banco de la Provincia de Buenos Aires s/sumarísimo’, del 4/10/05, o se refiere a sectores sociales ‘vulnerables’, pese a que lo cuestionado aquí ninguna vinculación tiene con esas situaciones”*.

¹¹ Las leyes 25.675 y 24.240 –únicos textos legales que regulan con cierta coherencia, aunque de modo completamente insuficiente, algunos institutos del proceso colectivo– carecen de previsiones al respecto. En la reciente reforma de la ley de defensa del consumidor, operada con la sanción de su similar 26.361, el instituto de la representatividad adecuada brilla por su ausencia a pesar de que diversos fallos han puesto sobre la mesa el problema y también a pesar del cada vez más profuso desarrollo doctrinario sobre el tema, tanto a nivel local como regional e internacional. Por brindar sólo un ejemplo, destaco la falta de atención prestada a las conclusiones del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en Mendoza en el año 2005 (donde se presentaron más de 100 ponencias sobre diversos aspectos de los procesos colectivos), cuyo punto 6.1 asevera que el juez *“deberá controlar y pronunciarse liminarmente sobre la admisibilidad del proceso colectivo, la legitimación y la representatividad adecuada”*). En cuanto hace a la ley general del ambiente, cabe destacar que con fecha 13/3/07 los senadores nacionales Ricardo Gómez Díez y Pedro Salvatori presentaron en la Cámara Alta un proyecto de reformas a sus aspectos procesales. Dicha iniciativa recoge la sugerencia de la Asociación Argentina de Derecho Procesal que, a su turno, tuvo origen en una propuesta elaborada por el Instituto de Derecho Procesal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Este proyecto consta de cuatro artículos que introducen modificaciones a los arts. 30, 33 y 34 e incorporan un nuevo art. 30 bis al texto vigente. Tales modificaciones prevén habilitar a los legitimados colectivos para demandar la reparación de daños individuales sufridos por los integrantes del

los contornos que asume dicho requisito fundamental de la tutela colectiva en el sistema federal de acciones de clase vigente en los Estados Unidos de América, regulado por la *Federal Rule of Civil Procedure 23* (en adelante Regla 23).

En ese orden, presentaré someramente el alcance de las *class actions* como instrumento para acumular pretensiones de grandes grupos de personas, poniendo énfasis en el tipo especial de representación sobre la cual descansa el sistema y las razones que lo justifican aun cuando implica un importante sacrificio para la autonomía privada de los sujetos afectados. Sentado ello, avanzaré sobre el significado acordado a la noción de *adequacy of representation* (representatividad adecuada), su relación con la garantía de debido proceso legal y con el instituto de la cosa juzgada, los estándares que deben considerarse para evaluar su configuración (tanto con respecto a las partes como a sus abogados), quién debe asumir la carga de acreditarlo y cuál es el alcance de las objeciones que se esgrimen en la práctica para socavar su configuración.

3. Las “class actions” y el representante del grupo afectado

Las *class actions* configuran un tipo de proceso que permite juzgar concentradamente la situación de un gran número de personas afectadas en forma similar por la conducta u omisión de la contraria, sin que aquéllas asuman el carácter de *parte* en el pleito. El sistema descansa sobre la ficción de considerarlas presentes por medio de su representante. En este sentido, las *class actions* son calificadas como un *proceso de tipo representativo* y se erigen como uno de los mecanismos procesales disponibles en los Estados Unidos para canalizar pretensiones colectivas¹².

La particularidad más relevante del sistema es que tal representante no es elegido voluntariamente por los miembros del grupo, sino que se autonomina como tal¹³. La posibilidad de actuar en tal carácter debe ser aprobada por el tribunal. Para

grupo afectado, establecen la exigencia de controlar la representatividad adecuada del legitimado y los límites dentro de los cuales resulta viable la tutela colectiva de los derechos individuales, incorporan la posibilidad del dictado de una condena genérica dejando para una segunda fase del proceso la liquidación de los daños individuales, aclaran y redefinen los actuales alcances de la expansividad de la cosa juzgada de los efectos de la sentencia y, finalmente, habilitan al juez a crear fondos de compensación *ad hoc*, hasta tanto el legislador confiera operatividad al art. 34 de la ley general del ambiente, por medio de la ley especial pertinente. Sobre los alcances de la reforma me remito al análisis realizado en Verbic, Francisco, *El proyecto de reformas a la ley general del ambiente 25.675. En búsqueda de un sistema procesal colectivo para la reparación del daño ambiental en la República Argentina*, “Revista de Processo”, n° 157, Brasil, 2008.

¹² En el relato general sobre la temática presentado por Linda S. Mullenix en el XIII Congreso Internacional de Derecho Procesal (Salvador Bahía, 16 al 22 de septiembre de 2007), titulado *New trends in standing and res judicata in collective suits*, la profesora norteamericana destaca que más allá de las reglas sobre litisconsorcio previstas en el orden federal y en todos los Estados locales, el ordenamiento procesal estadounidense cuenta con otras herramientas para generar procesos colectivos ya que éstos también pueden provocarse por transferencia (*transfer*) y consolidación (*consolidation*) de diversos casos en el marco de uno solo y, en el orden federal, por medio del instituto de *multi-district litigation* (que permite reunir ante un mismo juez todos los procesos iniciados en las distintas jurisdicciones federales que cuenten con determinadas características comunes). En lo que respecta específicamente al dispositivo de las *class actions*, todos los Estados locales (con excepción de 2) cuentan con regulaciones al respecto, las cuales operan a la par de su similar federal (Regla 23).

¹³ Ver Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en Gidi - Ferrer Mac-Gregor (coords.), “Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogé-

ello no resulta necesario contar con experiencia legal ni tampoco con antecedentes como representante en otros procesos de corte similar. Lo que sí debe controlar y asegurar el magistrado es: a) que el representante comprenda y asuma la responsabilidad de llevar adelante el caso no sólo por su propio interés sino en beneficio de toda la clase, y b) que se mantenga libre de conflictos de intereses con la clase y con sus propios abogados. Algunos tribunales han exigido también el conocimiento (aunque sea básico) de los alcances de la pretensión esgrimida¹⁴.

Esta forma de designar a quien habrá de llevar la voz de la clase ante los estrados judiciales no ha sido objeto de mayor atención entre nosotros. No obstante, cuenta con diversos precedentes en el mundo de la política y en otros dominios sociales, habiendo resultado muy común en el marco de cambios de regímenes políticos.

Al respecto apunta Fiss que las personas que se reunieron en Filadelfia en 1887 para trazar las primeras líneas de la Constitución de los Estados Unidos de América, por ejemplo, se designaron por sí solas representantes del pueblo. Según dicho autor, esta circunstancia demuestra que la autonominación es una verdadera forma, si bien anómala, de representación; una forma justificada por las excepcionales circunstancias que darían lugar a la misma. Así, su utilización en el ámbito de las *class actions* revela el carácter verdaderamente excepcional de este dispositivo procesal¹⁵.

Frente a tales premisas generales, cabe mencionar que la *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995 estableció algunas previsiones específicas para las *class actions* que tengan por causa fraudes cometidos en materia de inversiones. La primera de ellas exige al sujeto que pretende representar a la clase publicar un anuncio en periódicos de negocios y medios de comunicación, invitando a participar en el pleito a quienes tengan interés en ocupar la posición de actor principal. Entre todos aquellos que se presenten al efecto, el tribunal elegirá a quien considere más adecuado. Esta elección, a su turno, se encuentra condicionada por una presunción a favor de quien cuenta con el interés económico más alto en juego.

La segunda previsión de relevancia para el tema que nos ocupa es la expresa prohibición dirigida a los “representantes profesionales” (personas que adquieren pequeños paquetes accionarios de diversas corporaciones y se asocian generalmente con estudios jurídicos para lucrar con estos procesos), limitando la posibilidad de actuar en tal carácter en el orden federal a 5 veces en el plazo de 3 años¹⁶.

neos en una perspectiva comparada”, México, Porrúa, 2003, p. 6; Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de los derechos individuales homogéneos*, La Plata, Platense, 2007, p. 79 a 100; Bianchi, Alberto B., *Las acciones de clase como medio de solución de los problemas de la legitimación colectiva a gran escala*, “Revista de Administración Pública”, n° 235; Verbic, *Procesos colectivos*, p. 13 a 21, 80 y 81.

¹⁴ *Manual of complex litigation, fourth*, Federal Judicial Center, 2004, p. 276 a 278.

¹⁵ Fiss, Owen, *A teoria política das ações coletivas*, en “Um novo processo civil. Estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade”, “Revista dos Tribunais”, 2004, p. 240. Un análisis histórico sobre la evolución de este tipo de representación anómala puede verse en Yeazell, Stephen C., *From medieval group litigation to the modern class action*, New Haven-London, Yale University Press, 1987, especialmente p. 197 a 212 y 280 a 290.

¹⁶ *Manual of complex litigation, fourth*, p. 259.

4. Una aclaración relevante

Habida cuenta que, según se desprende del fallo en comentario, la actora intentó fundar su pretensión por analogía con el mecanismo de acciones de clase y que la decisión de primera instancia habría citado precedentes norteamericanos en sostén de los argumentos brindados para rechazar la pretensión, antes de avanzar es importante efectuar una aclaración preliminar: las *class actions* no operan como un mecanismo que amplíe la legitimación del representante del grupo afectado¹⁷.

De allí que, en lo que refiere al *standing to sue*, los tribunales norteamericanos no exijan a los actores más requisitos que aquellos requeridos para plantear una acción individual.

5. La renuncia a prerrogativas individuales en pos de objetivos colectivos

En mayor o menor medida, todos los mecanismos de “tratamiento agregado de causas” vigentes en el sistema norteamericano ponen sobre la mesa el problema de la pérdida de control del individuo sobre la decisión de iniciar o no la demanda en reclamo de su derecho, dónde y cómo hacerlo.

En lo que respecta específicamente a las *class actions*, la afectación de la primera decisión se produce al ligar involuntariamente al miembro de la clase con cualquier otro que –encontrándose en similar situación– promueva el pleito en representación de todos. Asimismo, afectan el “dónde” al someter a la clase a la jurisdicción que elija el representante. Finalmente, desplazan la posibilidad de escoger cuándo plantear el caso al dejar, nuevamente, en manos del representante tal decisión.

Como si ello fuera poco, este dispositivo procesal obliga a los miembros de la clase a dejar el caso en manos de un abogado que no han elegido y que se encuentra sujeto al exclusivo control del representante, al menos en principio ya que los jueces deben ejercer una fuerte vigilancia sobre la tarea de aquél¹⁸.

Frente a este panorama es fácil advertir como las *class actions* implican una importante renuncia a prerrogativas de tipo individual de los miembros de la clase, así como también una limitación de su libertad de acción ante los conflictos en que pudieran verse envueltos¹⁹. Y a ello debe sumarse, en el contexto norteamericano, la

¹⁷ Por todos, Mullenix, *New trends in standing and res judicata in collective suits*, p. 21 y 22. Vale la aclaración especialmente para disipar cualquier equívoco que pudiera desprenderse de la afirmación efectuada por la Cámara en el sentido que en Estados Unidos las acciones de clase “*sí están reguladas y existe una tradición en el análisis de este tipo de legitimación extraordinaria*”.

¹⁸ Tidmarsh, Jay - Trangsrud, Roger H., *Complex litigation and the adversary system*, New York, Foundation Press, 1998, p. 535. Sobre los alcances de la función del juez en este aspecto ver *Manual of complex litigation*, fourth, p. 278 a 282.

¹⁹ La inquietud que provoca esta limitación de la autonomía individual parece estar involucrada, aunque de un modo poco claro, en las distintas decisiones de la CSJN que han rechazado sistemáticamente pretensiones colectivas en procura de proteger derechos individuales (desde “Colegio de Fonoaudiólogos de Entre Ríos c/Estado nacional s/acción de amparo”, sentencia del 26/8/03, causa C. 547. XXXVI, y hasta la actualidad). Sobre el particular, resulta ilustrativo el argumento que brindó el sentenciante de primera instancia para rechazar la legitimación de la actora en el caso en comentario: “*el principio es que a nadie resulta lícito inmiscuirse en los negocios ni en los intereses de otro, principio del que sólo cabe apartarse cuando la ley autoriza tal apartamiento. Fuera de esos casos legalmente contemplados, debe descartarse la posibilidad de un tercero de invocar, aun para favore-*

inserción del dispositivo procesal en el marco de un sistema de administración de justicia caracterizado tradicionalmente por un perfil fuertemente adversarial²⁰.

¿Cómo se justifica entonces semejante tipo de proceso? La respuesta debe buscarse en las ventajas que apareja la implementación de procesos representativos. La posibilidad de litigar concentradamente un conflicto que afecta a un gran número de personas refuerza el derecho de acceso a la justicia y la garantía de igualdad de las partes, desalienta el desarrollo de conductas ilícitas colectivas, y conlleva importantes ventajas comparativas en términos de eficiencia y economía procesal. Asimismo, permite mejorar la calidad de las decisiones al optimizar la discusión y evita el riesgo de escándalo jurídico por sentencias contradictorias²¹.

Pero el sistema de la Regla 23 no sólo apareja ventajas para los miembros que integran la clase (generalmente situada en el polo activo de la relación procesal), sino también para la contraparte. Desde tal perspectiva se señala que un litigio de este tipo es el mejor medio para desactivar definitivamente el conflicto, ya que ninguno de los otros mecanismos previstos en el ordenamiento procesal norteamerica-

cerlo, derechos que corresponden a un patrimonio ajeno" (Juzg1ªCom n° 23). También comparte esta preocupación Casasnovas, quien destaca que "Al no haber un 'control de representatividad genuina' de la clase por parte de quienes invocan legitimación activa, los problemas de potenciales afectados son coto de caza de quienes aspiran a demandar en su interés. Asistimos así a la apropiación de los intereses individuales de los usuarios" (Casasnovas, María E., *Procesos colectivos y acciones de clase. Diagnóstico y propuestas para una adecuada regulación*, ED, 225-783).

²⁰ Chayes señala como características de este perfil tradicional de adjudicación de derechos las siguientes: a) proceso bipolar, organizado como una disputa entre dos individuos (o al menos dos intereses unitarios) diametralmente contrapuestos, la cual debe ser decidida en función de un resultado todo o nada; b) retrospectivo, en tanto la controversia gira en torno a una serie identificada de eventos completos; c) derecho y remedio son interdependientes, en cuanto el objetivo de la sentencia se deriva más o menos lógicamente de la violación del derecho sustancial y la medida de la reparación depende de la medida del daño; d) el proceso es autosuficiente, en el sentido que el impacto de su resolución se encuentra confinado a las partes y hace cesar la intervención del tribunal, y e) el proceso es iniciado y controlado por voluntad de las partes, el juez opera como un árbitro neutral de la interacción entre éstas y se limita exclusivamente a resolver aquellas cuestiones que le son planteadas adecuadamente por las partes. Más allá de las razones históricas que pudieran justificar este modelo tradicional, Chayes apuntaba en su trabajo (hace ya más de 30 años) que el mismo resulta claramente inadecuado para describir gran parte de lo que sucede en la cortes federales (Chayes, Abram, *The role of the judge in public law litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281). Para mayores referencias sobre el sistema adversarial, Hazard, Geoffrey C. - Tait, Colin C. - Fletcher, William A., *Pleading and procedure. State and Federal*, 8ª ed., New York, Foundation Press, 1999, p. 32 a 48. Con especial referencia al rol de los abogados en el marco del modelo adversarial y los poderes y funciones que asumen los tribunales, Hazard, Geoffrey C. - Taruffo, Michele, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, 2ª ed., Bologna, Mulino, 1993, p. 59 a 80 y 101 a 124. Analizando los distintos modelos de proceso y administración de justicia en clave comparada, especialmente a partir de la relación que existe entre ellos y el tipo de sistema político en el cual se incardinan, Damaska, Mirjan R., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, New Haven-London, Yale University Press, 1986.

²¹ Entre otros, Taruffo, Michele, *Some remarks on group litigation in comparative perspective*, "Duke Journal of Comparative & International Law", vol. 11, n° 2, p. 405; Giussani, Andrea, *Studi sulle class actions*, Padova, Cedam, 1996, p. 99 a 238; Giuggioli, Pier F., *Class action e azione di gruppo*, Padova, Cedam, 2006, p. 77 a 89; Hensler, Deborah R. - Dombey-Moore, Bonnie - Giddens, Elizabeth - Gross, Jennifer - Moller, Eric - Pace, Nicholas M., *Class action dilemmas. Pursuing public goals for private gain*, Santa Monica, Rand, 2000, p. 49 a 72; Weinstein, Jack B., *Keynote address. Compensating large numbers of people for inflicted harms*, "Duke Journal of Comparative & International Law", vol. 11, n° 2; Verbic, *Procesos colectivos*, capítulo I.

no conlleva la posibilidad de precluir, con autoridad de cosa juzgada, los reclamos de todos los afectados por determinado hecho u omisión²².

Más allá de lo expuesto, es evidente que todas estas directrices políticas (por deseables que fueran) difícilmente pueden justificar en términos constitucionales la renuncia a derechos individuales²³. De allí que la Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha insistido permanentemente en la necesidad de controlar y garantizar que, conforme lo exige la Regla 23, a.4 y a modo de reaseguro de la garantía de debido proceso legal de los miembros ausentes, el representante de la clase sea “adecuado”.

6. La representatividad adecuada como prerequisite necesario para certificar una “class action”

La Regla 23, a.4 establece que la acción de clase sólo será certificada en la medida que los representantes protejan justa y adecuadamente los intereses de la clase (*fairly and adequately protect the interests of the class*). Este prerequisite, que se encontraba ausente en el texto de la *Equity Rule 38*²⁴ configura el pilar fundamental sobre el cual se asienta el sistema, alcanzando un carácter verdaderamente esencial para que la decisión no vulnere la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo ausentes en el debate²⁵. Asimismo, es importante desde el punto de vista práctico ya que, ausente tal calidad en el representante y sus abogados, la decisión no podrá desactivar el conflicto en su totalidad²⁶.

El precedente que marcó un antes y un después en la materia es el conocido fallo recaído en “Hansberry v. Lee”²⁷. En dicha oportunidad, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América recordó el principio general de que nadie puede ser obligado personalmente por una decisión dictada en el marco de un proceso en el cual no participó, y que la eventual ejecución de una sentencia del género contra el sujeto ausente en el pleito vulneraría la garantía de debido proceso requerida por la quinta y la decimocuarta enmienda de la Constitución norteamericana.

²² Tidmarsh - Trangsrud, *Complex litigation and the adversary system*, p. 539.

²³ En este aspecto sigo la tesis de Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, 1977; tr. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.

²⁴ Harkins, John G. (jr.), *Federal rule 23. The early years*, 39 Ariz.L.Rev. 705 (1997). El autor destaca que, a pesar de la falta de previsión expresa, dicha calidad del representante fue bien entendida por los tribunales como un prerequisite de este tipo de acciones.

²⁵ Klonoff, Robert H. - Bilich, Edward K. M., *Class actions and other multiparty litigation*, Minnesota, West Group, 2000, p. 109; Wright, Charles A., *Class actions*, 47 F.R.D. 169 (1970); Gidi, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en Gidi - Ferrer Mac-Gregor (coords.), “Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada”, p. 6; Fleming, James - Hazard, Geoffrey C. - Leubsdorf, John, *Civil procedure*, 5ª ed., New York, Foundation Press, 2001, ap. 10.23.

²⁶ Friedenthal, Jack H. - Kane, Mary K. - Miller, Arthur R., *Civil procedure*, Minnesota, West Publishing, 1985, p. 730 y 731.

²⁷ 311 U.S. 32 (1940). El trasfondo de la causa, que involucraba aspectos de discriminación racial y tenía contacto directo con delicados asuntos de orden político, puede consultarse en Subrin, Stephen N. - Minow, Martha L. - Brodin, Mark S. - Main, Thomas O., *Civil procedure. Doctrine, practice, and context*, New York, Aspen Law & Business, 2000, p. 906 y siguientes.

Sentado ello, recordó la reconocida excepción a tal principio, configurada por las decisiones tomadas en procesos representativos o de clase, y apuntó que dichas sentencias sólo pueden afectar a los miembros ausentes con cualidad de cosa juzgada en la medida que: a) el procedimiento para obtenerlas esté diseñado y aplicado de modo tal de asegurar que los miembros presentes son de la misma clase que los ausentes, y b) el litigio sea conducido de forma tal que asegure la completa y justa consideración de las cuestiones comunes.

Para comprender acabadamente los alcances del instituto, debe tenerse en cuenta que en el marco de un litigio tradicional la “seriedad” del actor se encuentra generalmente asegurada por el hecho de acordarse legitimación (*standing*) sólo a la persona afectada directamente en su propia esfera individual²⁸. Nadie mejor que uno mismo para cuidar sus derechos, o bien –al menos en principio– nadie más interesado en hacerlo.

Por el contrario, en el marco de un proceso representativo, donde el miembro de la clase no participa activamente en el trámite y en ciertas ocasiones se encuentra involucrado sin conocer tal situación (y hasta contra su voluntad expresa en algunos supuestos), el sistema necesariamente debe prever mecanismos de control para asegurar que quien pretende discutir sobre el conflicto haga obtener a los miembros ausentes una solución que no sería mejor de aquella que obtendrían si estuvieran defendiendo personalmente sus intereses²⁹. De esta premisa surge la previsión expresa de la Regla 23, a.4 y el carácter esencial que reviste para el sistema.

7. La certificación de la acción

La evaluación de todos los prerequisites previstos en la Regla 23, a, por parte del juez se realiza en una etapa temprana del proceso. En el supuesto de estimar que aquellos se encuentran reunidos y que la pretensión encuadra en alguna de las “hipótesis de cabimiento” previstas en la Regla 23, b, el juez *certifica* la acción como colectiva³⁰. El dictado de esta sentencia interlocutoria determina que el pleito tramitará en el marco de las previsiones establecidas por la Regla 23 y que la sentencia a dictarse estará revestida de una cualidad de cosa juzgada también de tipo colectivo. Las importantes consecuencias que ello implica han llevado a destacar que el juez debe utilizar un criterio estricto al efectuar el análisis³¹.

La disputa de las partes sobre la certificación de la acción es una de las más áridas batallas en el marco de las *class actions*, al punto tal que en muchas ocasiones es en realidad la única que se presenta. Sucede que en general el demandado (salvo que por una cuestión estratégica prefiera litigar colectivamente el conflicto) se

²⁸ Cappelletti, Mauro, *Vindicating the public interest through the courts: a comparativist's contribution*, en “Acces to justice”, vol. III, Milano, Giuffrè, 1979, p. 561.

²⁹ Gidi, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en Gidi - Ferrer Mac-Gregor (coords.), “Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada”, p. 6.

³⁰ Regla 23, c.1. Esta sentencia debe contener, entre otras cuestiones, la definición precisa de la clase y de las pretensiones y defensas esgrimidas, designando también al representante legal que llevará adelante el proceso.

³¹ Giussani, Andrea, *Studi sulle class actions*, Padova, Cedam, 1996, p. 66; *Manual of complex litigation, fourth*, p. 258 a 260.

opone ferozmente y levanta todas las objeciones imaginables para impedir la certificación, buscando escapar al escrutinio colectivo de la responsabilidad por sus actos. Sin embargo, una vez obtenida la certificación de la acción el equilibrio del litigio se altera en atención al aumento considerable del poder del grupo, haciendo que la contraparte pase a estar más dispuesta para negociar un acuerdo³².

Es importante señalar que la decisión que certifica la acción no causa estado. Ello significa que las facultades del juez para rever la cuestión no precluyen con el su dictado. La *class action* sólo puede continuar tramitando como tal en la medida que los prerequisites establecidos en la Regla 23, a, se mantengan reunidos durante toda la marcha del proceso. El tribunal debe monitorear de oficio su cumplimiento, incluso durante el desarrollo de las etapas recursivas³³.

8. Representatividad adecuada y cosa juzgada

En esta línea de análisis, para comprender aun mejor cómo opera el instituto debe tenerse presente la estrecha relación que existe entre legitimación activa y cosa juzgada. Como claramente ha puesto de resalto Gidi, si bien los procesos colectivos presentan el problema de la legitimación activa como cronológicamente anterior al de la cosa juzgada, este último resulta ser lógicamente anterior³⁴. Es que a fin de poder determinar razonablemente a quién se habilitará para llevar la voz en la discusión, resulta necesario tener en cuenta la calidad y consecuencias del resultado que tal discusión arrojará.

En términos muy generales la cuestión podría plantearse de este modo: como la sentencia a dictarse en el marco de una *class action* afectará con cualidad de cosa juzgada a todos los miembros de la clase independientemente del resultado obtenido³⁵, sólo debemos autorizar a discutir sobre el asunto a quien reúna ciertas condiciones necesarias al efecto. Esta es la única forma de que tal decisión resulte constitucionalmente aceptable a la luz de la garantía de debido proceso legal de los miembros de la clase³⁶.

³² Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del derecho civil*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

³³ Pese a que en nuestro país no se encuentra expresamente regulado, Giannini entiende que el control de representatividad adecuada debe ser llevado a cabo de oficio por los jueces “por hallarse en juego la garantía de defensa de los afectados y la seriedad y eficiencia del servicio de justicia” (Giannini, Leandro J., *Legitimación en las acciones de clase*, LL, 2006-E-916).

³⁴ Ver el desarrollo y las propuestas efectuadas por Gidi, Antonio, *Cosa juzgada en acciones colectivas*, en Gidi - Mac Gregor (coords.), “La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica”, México, Porrúa, p. 261 y siguientes.

³⁵ *Weather favorable or not to the class*, Regla 23, c.3. Cabe destacar que el fenómeno de la cosa juzgada en las *class actions* se perfiló siempre como una materia equívoca y confusa, con numerosas excepciones y variables que, en gran medida, responden a la estructura de distribución horizontal del poder y a la orientación eminentemente pragmática que caracteriza el pensamiento procesal norteamericano (sobre algunas de estas dificultades y para un desarrollo más amplio del tema ver Klonoff - Bilich, *Class actions and other multiparty litigation*, p. 498 a 536; Verbic, Francisco, *La cosa juzgada en el proceso civil estadounidense y su influencia sobre el proyecto de reformas a la ley 25.675*, “Revista de Derecho Procesal”, 2008-2).

³⁶ Entre nosotros Vargas ha señalado que, en el contexto del proceso colectivo, la adecuada representación se erige como el *equivalente funcional* de la citación personal a las partes y del efecti-

¿Cómo se hace valer esta garantía por parte de los individuos ausentes una vez firme la sentencia que los afecta? Tomemos como ejemplo el citado caso “Hansberry v. Lee”. En aquella oportunidad los actores argumentaban que un acuerdo sobre ocupación de tierras suscripto por sus antepasados no reunía las condiciones pactadas para serles oponible (en tanto no se había obtenido el número de firmas necesario para tornarlo operativo). La validez y vigencia del mentado acuerdo había sido discutida y juzgada en una *class action* planteada anteriormente. Con fundamento en la sentencia recaída en dicho proceso (que se encontraba firme para entonces), los demandados opusieron una excepción de cosa juzgada.

Al analizar el caso, la Suprema Corte consideró que los intereses de los actores no habían sido adecuadamente representados en el proceso originario por haberse definido erróneamente la clase, lo cual –a su turno– derivó en intereses encontrados entre ésta y sus representantes de entonces. En virtud de ello revocó la sentencia que había hecho lugar a la excepción de cosa juzgada, sosteniendo que los efectos de la decisión no podían extenderse a quienes no fueron adecuadamente representados, so pena de violentar su garantía de debido proceso legal (*due process of law*).

De este modo, el máximo tribunal estadounidense dejó en claro que si en una acción futura se establece –mediante una evaluación retrospectiva, como en el ejemplo– la inadecuación de la representación oportunamente ejercida, los jueces deben evitar que la cualidad de cosa juzgada de los efectos de aquella sentencia colectiva perjudique a quienes no hubieran sido correctamente representados. Puede advertirse así que la posibilidad de revisar el cumplimiento del prerrequisito fijado por la Regla 23, a.4 no precluye siquiera cuando la sentencia definitiva quedó firme.

9. Estándares para evaluar la calidad de la representación

A efectos de analizar la calidad de la representación invocada por quien pretende actuar en beneficio de toda la clase, los tribunales deben evaluar distintos factores cuya determinación puede estar fijada expresamente en la ley o bien dejada en manos de los jueces. A su turno, el establecimiento de estos parámetros en el texto de la ley puede ser rígido o abierto (a modo de estándares). En cualquier caso, un nivel de discreción judicial y flexibilidad, por más mínimas que éstas sean, resulta inevitable y hasta conveniente. Es que, como señalaba Cappelletti, adoptar una solución legal expresa, rígida y uniforme sería como utilizar el hacha del leñador para llevar adelante una delicada cirugía³⁷.

En el sistema de la Regla 23 la determinación y evolución de los factores que se consideran para evaluar la calidad del representante es fruto de la labor jurisprudencial.

vo contradictorio [Vargas, Abraham L., *La legitimación activa en los procesos colectivos*, en Oteiza, Eduardo (coord.), “Procesos colectivos”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 241]. Según Gidi, esto se impone por un concepto básico de justicia [Gidi, *Las acciones colectivas en Estados Unidos*, en Gidi - Ferrer Mac-Gregor (coords.), “Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada”, p. 6].

³⁷ Cappelletti, *Vindicating the public interest through the courts: a comparativist’s contribution*, p. 561. El autor señalaba en aquel momento que el análisis comparativo del fenómeno tendía a demostrar que resulta absurdo esperar que la legislación provea respuestas completas y uniformes a la problemática.

dencial³⁸. Un ejemplo de estándares flexibles y abiertos fijados expresamente en normas positivas puede encontrarse en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual establece en su art. 2, parr. 2° que al evaluar la representatividad adecuada el juez debe tener en cuenta datos tales como la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos³⁹; la coincidencia entre los

³⁸ Ver lo expuesto al respecto en el punto 3 de este trabajo.

³⁹ La asociación actora en el caso en comentario cuenta con antecedentes en la protección de este tipo de derechos, aunque los resultados obtenidos no son del todo alentadores. Entre los fallos que pude identificar relacionados con la actividad de aquélla se encuentran los siguientes: CNCom, Sala E, 25/9/07, “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Efectivo Sí Compañía Financiera Argentina”, *Lexis* n° 35020007 (la Cámara rechazó la apelación de la actora contra la decisión que había denegado su solicitud tendiente a que se la exima del trámite de la mediación previa y rechazado la “prueba anticipada cautelar” pretendida en el escrito inicial); CNCom, Sala B, 28/9/07, “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Banco Hipotecario”, *LLonline* (la Cámara rechazó la queja interpuesta por la demandada contra la denegatoria de una apelación por la cual se cuestionaba la resolución que imprimió a las actuaciones el trámite del juicio sumarísimo, ya que los clientes del banco demandado son usuarios o consumidores en los términos de la ley 24.240); CNCom, Sala A, 12/4/07, “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Siembra AFJP y otro”, *Lexis* n° 70038326 (la Cámara revocó la sentencia de primera instancia que había rechazado *in limine* la demanda interpuesta por la actora. En el caso, ésta pretende se condene a las demandadas a que depositen en las cuentas de todos sus afiliados los montos dinerarios en pesos más CER y los intereses por mora que habrían percibido por los denominados “préstamos garantizados” que fueron canjeados por bonos entregados en la reestructuración de la deuda pública. A tal fin, y para justificar el apartamiento de una decisión dictada anteriormente donde estaba involucrada la misma asociación, los magistrados votantes resaltaron que “la clara delimitación expuesta por la recurrente en su escrito de demanda con relación al objeto pretendido en este proceso constituye una nueva circunstancia que permite adoptar la solución diversa”. Según el tribunal, de la demanda no surgía que la actora pretenda “una indemnización particular a favor de cada uno de los asociados, sino una condena de carácter general y homogénea”); CNCom, Sala B, 24/10/05, “Damnificados Financieros Asociación Civil c/Bank Boston y otros”, *ED*, 216-208 (en un caso muy similar al que comento en esta oportunidad, la Cámara confirmó el rechazo de la acción intentada, por medio de la cual la actora perseguía obtener que ciertas entidades financieras fueran condenadas a indemnizar a todos los sujetos que se vieron perjudicados por la compra de bonos argentinos en *default*. A tal fin sostuvo que no existía en el caso un derecho de incidencia colectiva, con el alcance que otorga el art. 43 de la Const. nacional, para legitimar a la accionante ya que los derechos involucrados eran personales, individuales y diferenciados); CNCom, Sala B, 30/9/05, “Damnificados Financieros Asociación Civil c/Siembra AFJP y otros”, *LL*, 2006-C-848 (la Cámara resolvió que correspondía rechazar *in limine* la diligencia preliminar articulada por la actora por medio de la cual pretendía obtener información sobre la declinación de acciones judiciales por parte de tres AFJP, el ingreso por parte de éstas al canje propuesto por el PEN respecto de títulos de deuda pública, y sobre presuntas inversiones especulativas que aquellas habrían realizado con bonos “Divas”. Para ello sostuvo que la pretensión llevaba por causa el presunto perjuicio sufrido por ciertos afiliados al sistema de AFJP y se encontraba orientada a la iniciación de una demanda resarcitoria. Si bien el tribunal reconoció que se encontraba afectado un importante grupo de personas, destacó que los derechos involucrados en el caso eran personales, individuales y diferenciados. En virtud de ello, la actora no tenía legitimación para actuar en su defensa ya que de otro modo se permitiría sustituir la voluntad de los interesados a quienes corresponde en forma exclusiva el ejercicio y tutela de sus derechos en cuanto titulares de la relación jurídica). CSJN, 7/6/05, “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Siembra AFJP y otros”, *LL*, 2005-E-525 (el máximo tribunal rechazó un pedido de avocamiento por vía de *per saltum* intentado por la actora a modo de prohibición de innovar con el objeto de impedir que ciertas AFJP rubricaran el canje de deuda pública del Estado nacional. El argumento fue de tipo formal: la vía intentada no constituye acción o recurso alguno que, con arreglo a los arts. 116 y 117 de la Const. nacional, habilitara la competencia ordinaria o extraordinaria del tribunal); CNCom, Sala

intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y, finalmente, el nivel de representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase que pretende proteger⁴⁰.

En la redacción original de este precepto se incluía entre los estándares a considerar la capacidad financiera del actor, aunque luego fue eliminado haciendo eco de las objeciones presentadas con fundamento en que la imposición de patrones económicos para la admisión de la actuación de legitimados extraordinarios podría resultar contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos que garantizan el derecho de libre acceso a la justicia⁴¹. En la jurisprudencia norteamericana la capacidad financiera del representante resulta efectivamente considerada por los tribunales a fin de determinar la posibilidad de que aquél pueda llevar adelante una defensa vigorosa del caso y no se encuentre forzado a celebrar acuerdos desfavorables por no poder mantener la discusión durante el tiempo que sea necesario⁴².

10. Los abogados de la clase. Potenciales conflictos de intereses y el (necesario) control sobre su actuación

A pesar de que la Regla 23, a.4 se refiere sólo a la representatividad adecuada que deben ejercer “las partes”, los tribunales norteamericanos han extendido el análisis de este prerrequisito con relación a los abogados que representan a quienes invocan tal carácter⁴³.

D, 20/4/05, “Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/Banco Río de la Plata y otros”, ED, 214-171 (la Cámara se pronunció por la competencia comercial en un pleito que llevaba por objeto hechos similares a los ventilados en el caso en comentario. Esto es, obtener el reintegro –a los residentes de la Ciudad de Buenos Aires– de las sumas invertidas en función del asesoramiento emitido por las entidades financieras demandadas a favor de la compra de bonos de la deuda pública de la República Argentina en el período 1/01 - 12/01).

⁴⁰ Desde el seno del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal se ha impulsado hace ya varios años una seria discusión sobre el fenómeno de los procesos colectivos. La elaboración de un Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica por parte de algunos de sus integrantes (Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Aidi) y su posterior discusión en diversos encuentros científicos, derivó en la aprobación de un texto definitivo que se presenta hoy como una fuente de suma relevancia a la hora de pensar en el diagrama que habría que acordar a los mecanismos colectivos de resolución de conflictos en nuestro país (el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica fue aprobado en la reunión del Instituto celebrada en Caracas, el 28/10/04, <http://www.iidp.org/upload/CodigoModelodeProcesosColectivosParalberoamerica.doc>).

⁴¹ La objeción fue lanzada en el trabajo de Calvo Marcilese, Eduardo J. - Rosbaco, Federico G., *La representatividad adecuada en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*, ponencia presentada en las X Jornadas Bonaerense de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional y Administrativo, Junín, nov. 2003). Sobre el particular, Giannini considera que esta objeción resulta “de discutible acierto” en la medida que aparece como razonable exigir que el legitimado extraordinario “asegure que su estado patrimonial no será un obstáculo para la defensa de intereses ajenos” (Giannini, *Legitimación en las acciones de clase*, LL, 2006-E-916). En la misma línea, De Los Santos, Mabel, *Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos*, ponencia presentada al XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, sep. 2005).

⁴² La reforma del año 2003 incluyó este factor expresamente, pero sólo con respecto a los abogados de la clase. Ver al respecto lo expuesto en el apartado 10 de este trabajo.

⁴³ Klonoff - Bilich, *Class actions and other multiparty litigation*, p. 108; Tidmarsh - Trangsrud, *Complex litigation and the adversary system*, p. 580; Marcus, Richard L. - Sherman, Edward F., *Com-*

Sucede que en la práctica cotidiana la parte que representa a la clase es, en la gran mayoría de los casos, un mero instrumento de los abogados⁴⁴. Tan es así que algunos autores han llegado incluso a reclamar que se suprima la necesidad de que concurra la parte y directamente se acuerde a los abogados legitimación suficiente para plantear este tipo de casos⁴⁵; o bien que se prohíba a los demandados indagar sobre la inteligencia, antecedentes personales y entendimiento del conflicto que pueda tener la parte que actúa como representante⁴⁶.

Desde la reforma del año 2003, la Regla 23, *g*, impone al tribunal el deber de designar a los abogados de la clase en todas las causas que certifique como colectivas. A tal fin aquél *debe* considerar: *a*) el trabajo realizado para identificar potenciales reclamos; *b*) la experiencia en el patrocinio de *class actions* y otros tipos de litigios complejos; *c*) el conocimiento de la ley que rige el caso, y *d*) recursos disponibles para llevar adelante el litigio. En igual sentido, la norma establece que el juez *puede* tener en cuenta otros aspectos que demuestren la habilidad de los abogados para representar justa y adecuadamente los intereses de la clase⁴⁷.

Otro aspecto que merece atención es que las *class actions* generan particulares dilemas de tipo ético para los letrados⁴⁸. Fácil es advertir el problema que surge cuando el abogado procura proteger su derecho al honorario y a la vez patrocinar lealmente a su “cliente formal” (la parte que representa a la clase) y a su “cliente au-

plex Litigation. Cases and materials on advanced civil procedure, St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1985, p. 318.

⁴⁴ Según Gidi, en el sistema estadounidense el representante funciona como una llave necesaria para activar el mecanismo del proceso colectivo, aun cuando el verdadero representante de la clase resulta ser su abogado (Gidi, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, p. 76).

⁴⁵ Burns, Jean W., *Decorative figureheads: Eliminating class representatives in class actions*, 42 *Hastings L.J.* 165 (1990). Según el autor, la existencia del representante de la clase no sólo enmascara los problemas reales que presentan este tipo de procesos, sino que además desperdicia recursos (de las partes y del propio tribunal) en cuestiones que lisa y llanamente califica de “fantasmas”.

⁴⁶ Macey, Jonathan R. - Miller, Geoffrey P., *The plaintiffs' attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform*, 58 *U.Chi.L.Rev.* 1, 1991, p. 93 y 94.

⁴⁷ En opinión de Klonoff, si bien esta reforma configura un importante avance en la materia puede llegar a ser entendida como una señal de que los tribunales no deben preocuparse más por la calidad del representante de la clase. El autor considera que hubiera sido mejor abordar la reglas que gobiernan el requisito de la representatividad adecuada tanto para los abogados como para las partes (Klonoff, Robert H., *The judiciary's flawed application of Rule 23's 'adequacy of representation' requirement*, 2004, *Mich. St. L. Rev.* 671, p. 699 a 701).

⁴⁸ En Estados Unidos –al igual de lo que sucede en la Argentina– las normas de ética que rigen la actuación de los abogados fueron designadas partiendo del modelo de proceso tradicional: bipolar y eminentemente adversarial (Tidmarsh - Trangsrud, *Complex litigation and the adversary system*, p. 546). En ese marco, tales normas presuponen la existencia de un cliente con visiones claramente identificables frente al conflicto en que se encuentra envuelto, algo prácticamente imposible de encontrar en el marco de una clase de individuos (Rhode, Deborah L., *Class conflicts in class actions*, 34 *Sta.L.Rev.* 1183, 1982). En atención a ello, a efectos de modificar algunas de estas normas en el campo de las *class actions* (en especial aquellas que imponen límites al modo en que los abogados pueden publicitar sus servicios y las que limitan la posibilidad de provocar el litigio) se ha sugerido establecer un trato diferencial entre casos donde prima el interés público y casos en los que éste se encuentre mayormente ausente (Marcus - Sherman, *Complex litigation. Cases and materials on advanced civil procedure*, p. 241).

sente” (la clase)⁴⁹. Máxime si tenemos en cuenta que las contradicciones también pueden presentarse entre ambos clientes y exigir la intervención del letrado, ya que la parte que representa a la clase –como fuera señalado– tiene el deber de hacerlo justa y adecuadamente aun cuando ello implique resignar un mejor resultado con respecto a su situación individual⁵⁰.

En este marco cabe subrayar que los honorarios del abogado se encuentran en el corazón mismo de las *class actions*. El sistema difícilmente puede ser entendido si se dejan a un lado los incentivos económicos que genera para los profesionales del derecho que actúan en su seno⁵¹. Si bien algunos sostienen que el mito “abogado rico - miembro de la clase pobre” es falso⁵², lo cierto es que la existencia potencial de importantes honorarios, además de actuar como incentivo para litigar casos colectivos, crea dificultades que justifican sobradamente el control de la adecuada representatividad que debe ejercerse sobre los abogados.

Especialmente si tomamos también en consideración que en muchas ocasiones este tipo de acciones da lugar a que los tribunales se aparten de la “regla americana” en materia de imposición de costas (que establece que cada parte paga aquellas que hubiera generado), haciendo cargar con ellas a la demandada⁵³.

⁴⁹ Las comillas tienen por motivo la discusión que existe con respecto a cuál es realmente el cliente del abogado en este tipo de procesos.

⁵⁰ Marcus - Sherman, *Complex litigation. Cases and materials on advanced civil procedure*, p. 236 y 237. Un caso particularmente interesante de este potencial conflicto de intereses fue puesto de resalto por la Suprema Corte Norteamericana (con particular referencia a la influencia que puede tener sobre la valoración del carácter adecuado de la representatividad ejercida) en las trascendentes causas “Amchem Products Inc. v. Windsor”, 521 U.S. 591 (1997) y “Ortiz v. Fibreboard Corp.” 527 U.S. 815 (1999). Me refiero al que se presenta en el marco de *class actions* cuyos abogados “construyeron” la clase pretendiendo representar tanto a los actuales como a los futuros eventuales damnificados por la demandada.

⁵¹ La ganancia que puede generar un proceso de este tipo para los abogados ha sido caracterizada como el verdadero motor que impulsa el sistema (Hensler - Dombey-Moore - Giddens - Gross - Moller - Pace, *Class action dilemmas. Pursuing public goals for private gain*, p. 490). Esta particularidad ha llevado también a fuertes críticas, especialmente fundadas en el abuso en que incurren los abogados en su afán por obtener ganancias (en este sentido puede verse en Simon, William, *Class actions. Useful tool or engine of destruction*, 55 F.R.D., West Publishing, 1973; Landers, Jonathan M., *Of legalized blackmail and legalized theft: consumer class actions and the subsistence-procedure dilemma*, 47 S.Cal.L.Rev. 842 (1974). Más allá de esto, cabe destacar que en ciertos casos el móvil no es económico sino que responde a razones de *solidaridad ideológica*, especialmente cuando por medio del proceso colectivo se pretende litigar un caso de interés público (Berizonce, Roberto O., *Derecho procesal civil actual*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2001, p. 702).

⁵² Tidmarsh - Trangsrud, *Complex litigation and the adversary system*, p. 555.

⁵³ Más allá de las críticas que se han dirigido en general a la “regla americana” (*American rule*), en lo que aquí más interesa cabe destacar cómo ella opera desincentivando el planteo de pretensiones colectivas, especialmente cuando se encuentra en juego un interés público por la materia involucrada. Para contrarrestar este efecto, el Congreso norteamericano aprobó numerosos estatutos relacionados con ciertas materias de derecho sustancial (libertad de expresión, medio ambiente, libre acceso a la información, entre otras), por medio de los cuales se atribuye a los tribunales la facultad de cargar a la demandada con los honorarios de los abogados de la actora. Tales estatutos se basan en la premisa de que el litigio privado es una herramienta fundamental para asegurar el cumplimiento de los derechos involucrados, y que los honorarios de los abogados intervinientes son esenciales para viabilizar ese tipo de actuación. Tan relevante es el asunto que algunos tribunales inferiores, echando mano a argumentos de equidad, han dejado a un lado la regla general aun en ausencia de estatuto legal que los autorice para ello. No obstante, al fallar en la causa “Alyesca Pipeline Service v. Wilderness Society”, 421 U.S. 240 (1975) la Suprema Corte norteamericana resolvió que sólo el Con-

¿Cuáles son las dificultades que se presentan en este aspecto? En primer lugar, la existencia de enormes sumas de dinero en danza puede generar una carrera por certificar la acción antes que otros lo hagan, apresurando el planteo del caso y corriendo el riesgo de no hacerlo del mejor modo posible. En segundo lugar, tal circunstancia multiplica el riesgo de colusión con la demandada. Finalmente, aun descartando la colusión, esta situación provoca incentivos muy diferentes para los abogados y los miembros de la clase, generando una tensión sumamente difícil de manejar (especialmente a la hora de evaluar propuestas conciliatorias, donde el conflicto se presenta invariablemente)⁵⁴.

11. ¿A quién incumbe la carga de acreditar que la representación ejercida es adecuada?

Como en el interés está la medida de la acción, en línea de principio es a la parte que invoca la representación colectiva a quien incumbe la carga de acreditar que tanto ella como sus abogados se encuentran en condiciones de proteger adecuadamente los derechos de los miembros de la clase.

La Suprema Corte norteamericana dejó en claro los alcances de esta carga al fallar en la causa “General Telephone of the Southwest v. Falcon”⁵⁵, donde sostuvo que los tribunales sólo deben certificar una *class action* luego de efectuar un riguroso análisis que arroje como conclusión el cumplimiento de todos los extremos previstos en la Regla 23. Esta regla ha sido seguida por la gran mayoría de los tribunales inferiores. No obstante, algunos de éstos incluso han llegado a sostener –en postura difícilmente justificable a la luz del carácter excepcional de este tipo de procesos– que la calidad adecuada del representante se presume y, por tanto, corresponde a los demandados desvirtuarla⁵⁶.

12. El ataque a las cualidades del representante y sus abogados

En la gran mayoría de los casos, las objeciones contra la calidad del representante y sus abogados no vienen de la mano de otros miembros de la clase sino de

greso se encuentra facultado al efecto (Kötz, Hein, *Public interest litigation: a comparative survey*, en Cappelletti, Mauro, “Access to justice and the welfare state”, Firenze, Le Monnier, 1981, p. 90 a 93; Homburger, Adolf, *State class actions and the federal rule*, Col. L. Rev. LXXI, 1971, p. 609 y 647 a 651). Sobre este tema puede ampliarse en Hensler - Dombey-Moore - Giddens - Gross - Moller - Pace, *Class action dilemmas. Pursuing public goals for private gain*, p. 71, 72 y 77 a 79.

⁵⁴ Tidmarsh - Trangsrud, *Complex litigation and the adversary system*, p. 65 y 66. En gran medida ello sucede por la diferencia que existe en términos de riesgos asumidos por la parte y por sus abogados. En la generalidad de los casos estos últimos buscan a la parte, financian los costos del litigio e invierten su tiempo en la preparación del caso; lo cual hace que sean reticentes frente a la opción de arriesgar todo en la etapa del juicio ya que tiene mucho por perder y no tanto por ganar (Marcus - Sherman, *Complex Litigation. Cases and materials on advanced civil procedure*, p. 243).

⁵⁵ 457 U.S. 147 (1982). Para ampliar sobre la influencia de esta decisión a efectos de evaluar el requisito en estudio ver: Downs, Howard, *Federal class actions: Due process by adequacy of representation (identity of claims) and the impact of General Telephone v. Falcon*, 54 Ohio St. L.J. 607 (1993).

⁵⁶ Klonoff, *The judiciary’s flawed application of Rule 23’s ‘adequacy of representation’ requirement*, p. 676 y 677. El autor destaca que si bien muchas cortes han impuesto la carga de la prueba en cabeza de los actores, el hecho de que otras no lo hagan es preocupante.

los propios demandados; lo cual sucede particularmente cuando las pretensiones económicas son individualmente no recuperables⁵⁷. Esto es, cuando el mejor resultado que pueda obtener un sujeto litigando individualmente su caso nunca superará los gastos derivados de llevar adelante tal proceso⁵⁸.

En dicho tipo de situaciones, los demandados saben que si logran ganar la batalla por la certificación de la acción y obtienen su rechazo, habrán ganado la guerra ante la falta de incentivos que tendrán los miembros de la clase para volver a la carga⁵⁹. Por el contrario, cuando las pretensiones resultan individualmente recuperables, los demandados no guardan tanto celo en el control de la representatividad del actor ya que, aun de triunfar en aquella batalla, la guerra continuará contra quienes intenten por sus propios medios obtener el reconocimiento de su derecho.

El argumento más utilizado para objetar la calidad del representante se asienta en la existencia de conflicto de intereses con otros integrantes de la clase y/o con sus propios abogados⁶⁰. También se han esgrimido como objeciones la ausencia de control sobre sus letrados, la falta de cooperación con éstos, violaciones éticas, falta de honestidad, desconocimiento absoluto del caso, características personales y cuestiones de salud. Fuera del conflicto de intereses, muy pocos de estos planteos han tenido favorable acogida en la jurisprudencia más reciente⁶¹.

En cuanto hace al patrocinio letrado del representante, cabe advertir que los conflictos de intereses a que me referí en el apartado 10, no son la única razón por la cual los abogados pueden no representar adecuadamente los intereses de su cliente, aun cuando investigaciones empíricas han demostrado que configuran –por mucho– el fundamento más utilizado por los tribunales para rechazar pedidos de certificación de *class actions* en el orden federal.

Entre otros aspectos a meritar, los precedentes analizados consideraron el celo con que efectivamente los letrados llevan adelante el expediente, la conducta de éstos durante la tramitación del proceso, la falta de recursos económicos y el rechazo a proveer información pertinente cuando el estado del trámite así lo requiere. Por último, pero no por ello menos importante, cabe destacar que la conclusión fundamental a la cual se arribó con motivo del análisis llevado adelante en esta tarea de campo fue que los tribunales son sumamente reticentes a considerar inadecuada la representación legal de la clase, y que aquellos que abordan expresamente la cuestión generalmente lo hacen con escasos desarrollos que sustenten la decisión⁶².

⁵⁷ Sin perjuicio de ello, el cuestionamiento directo por parte de los miembros de la clase ha sido subrayado como el mecanismo más fiable para evitar conflictos de intereses, aun cuando pueda entorpecer la marcha del litigio (Note, *The attorney-client privilege in class actions: Fashioning an exception to promote adequacy of representation*, Harv. L. Rev. 947, 1984).

⁵⁸ Para la distinción entre pretensiones *individualmente recuperables*, *individualmente no recuperables*, y *no viables* puede verse Lindblom, Per Henrik - Nordh, Roberth, *La ley sueca de procedimientos de grupo*, en Gidi - Mc. Gregor (coords.), "Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivo se individuales homogéneos en una perspectiva comparada", p. 96.

⁵⁹ Tidmarsh - Trangsrud, *Complex litigation and the adversary system*, p. 581 y 582.

⁶⁰ Tidmarsh - Trangsrud, *Complex litigation and the adversary system*, p. 582.

⁶¹ Ver al respecto los resultados de la investigación desarrollada por Klonoff, *The judiciary's flawed application of Rule 23's 'adequacy of representation' requirement*, p. 678 a 689.

⁶² Ver Klonoff, *The judiciary's flawed application of Rule 23's 'adequacy of representation' requirement*, p. 689 a 694. La investigación se desarrolló en base a todas las decisiones que pudieron identificarse de la base Lexis sobre pedidos de certificación de *plaintiff class actions* (acciones de

13. A modo de conclusión

Como mencioné al comenzar esta nota, los magistrados actuantes sentenciaron que si bien en otras oportunidades habían admitido la legitimación para obrar de las asociaciones de consumidores en resguardo de intereses patrimoniales individuales, ello había ocurrido “*siempre sobre la base de un denominador o interés común homogéneo que justifique razonablemente esa alegada representatividad*”⁶³.

Habida cuenta que lo dicho por la Cámara fue a modo de *obiter dictum* (recordemos que rechazó el recurso por insuficiente), entiendo prudente no profundizar demasiado al respecto. No obstante ello, y más allá del acierto o error de tal afirmación, cabe señalar que de existir un proceso adecuadamente reglado para discutir sobre este tipo de conflictos los jueces podrían contar con alternativas viables para obtener los resultados que justifican la tutela colectiva, sin violentar la garantía de debido proceso legal de los miembros del grupo afectado ni descartar de plano –como en el presente caso– la posibilidad de juzgar concentradamente la situación de todos ellos (por ejemplo, dividir la clase en subclases y designar para cada una de ellas un representante adecuado)⁶⁴.

En otro orden, creo importante destacar que no es la primera vez que el problema de la representatividad adecuada es abordado por los tribunales nacionales, y que –a esta altura de las circunstancias– la necesidad de diagramar un mecanismo adecuado que expresamente recoja la necesidad de evaluar aquel requisito para habilitar a los legitimados del art. 43 de la Const. nacional a discutir sobre los conflictos colectivos resulta imperiosa.

He puesto de resalto en distintas oportunidades cómo jueces y abogados acuden permanentemente a interpretaciones amplias y teleológicas de las distintas vías e institutos procesales vigentes a fin de solucionar conflictos de este tipo y cómo, a pesar de ello, resulta sumamente difícil encontrar criterios jurisprudenciales consolidados y coherentes que atiendan en toda su dimensión la problemática envuelta en este tipo de casos. La inseguridad jurídica que deriva de este panorama es realmente preocupante y encuentra una de sus principales causas, a mi entender, en la falta de definición de un modelo colectivo a seguir⁶⁵.

Frente a este cuadro de situación, a la hora de tomar las decisiones políticas del caso (como fue la –escasamente útil, al menos en términos procesales– reforma

clase donde el grupo actuaba como actor) en el orden federal durante la década 1994-2003. Del total de la muestra, conformado por 988 decisiones, 763 se expidieron sobre la calidad del representante y 687 hicieron lo propio sobre la calidad de los abogados. De estas últimas, tan sólo en 31 (4,5%) el tribunal encontró inadecuada la calidad de los abogados y denegó la certificación con fundamento en tal circunstancia.

⁶³ Comentando este mismo fallo se ha señalado que la asociación “*hizo caso omiso de considerar diferencias elementales que pueden existir dentro de un universo de inversores en títulos públicos de cuatro bancos distintos*” (Saravia Frías, Bernardo - Chillier, Leandro, *A propósito de una reciente sentencia sobre acciones de clase*, LL, 2008-C-313).

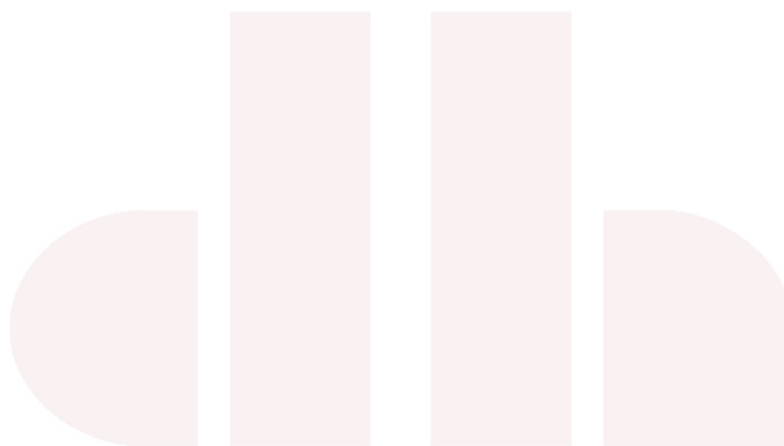
⁶⁴ Como señala acertadamente Salgado, la falta de control sobre la representatividad del legitimado colectivo nos situaría ante una innumerable cantidad de impugnaciones contra la sentencia colectiva “*contradiendo aquello que quisimos evitar desde un comienzo: el colapso del sistema por la avalancha de reclamos, sumado al gasto en recursos y tiempo que el litigio inconsistente ha irrogado*” (Salgado, José M., *Visión procesal de los derechos de incidencia colectiva*, LL, 2006-C-848).

⁶⁵ Verbic, *Procesos colectivos*, p. 27 y siguientes.

de la ley 24.240) debe prestarse especial consideración a las experiencias adquiridas en los sistemas foráneos como posibles modelos a seguir. Y entre tales modelos, la Regla 23 norteamericana, el sistema procesal colectivo brasileño (en especial las previsiones del Código de Defensa del Consumidor) y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica pueden ser de suma utilidad siempre que –claro está– no descansemos en el análisis superficial de la norma y profundicemos en el estudio del funcionamiento efectivo de los institutos, las orientaciones existentes en la praxis jurisprudencial y las escogencias de política judicial presentes (explícita o implícitamente) detrás de todos estos aspectos⁶⁶.

En líneas generales, el desarrollo efectuado hasta aquí intentó ser coherente con esta premisa y colaborar a través del aporte de algunas nociones elementales sobre el instituto de la representatividad adecuada, requisito tan importante como necesario en el marco de cualquier mecanismo procesal colectivo.

© Editorial Astrea, 2009. Todos los derechos reservados.



⁶⁶ Taruffo, Michele, *El “civil law” y el “common law”: aspectos fundamentales*, en “Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, Bogotá, Temis, 2006, p. 58.