

Voces: PROCESO COLECTIVO ~ ACCION DE CLASE ~ LEGITIMACION ~ COSA JUZGADA ~ DEBIDO PROCESO ~ INTERESES DIFUSOS

Título: Legitimación en las acciones de clase

Autor: Giannini, Leandro J.

Publicado en: LA LEY 23/08/2006, 23/08/2006, 1 - LA LEY2006-E, 916

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. — II. Concepto. Deslinde respecto de otros requisitos de la demanda colectiva. — III. Representatividad adecuada, cosa juzgada y debido proceso. — IV. Algunos aspectos a considerar. — V. Conclusiones.

I. Introducción

La temática que se aborda en el presente artículo resulta uno de los puntos centrales de la problemática de la legitimación colectiva y, en general, de las acciones de grupo. Su estudio particular necesariamente debe dar por conocidos los conceptos que sobre este tipo de procesos han sido desarrollados desde hace décadas por la disciplina procesal. Valga esta aclaración como advertencia y como dispensa de ciertas afirmaciones vertidas en el texto, cuya verificación demandaría en cada caso una explicación paralela que haría a estas líneas ineficaces para satisfacer los cometidos antes indicados.

En consecuencia, sólo se hará referencia a otras instituciones propias de las acciones colectivas en cuanto guarden relación con el de la representatividad adecuada, o demuestren utilidad para su dilucidación.

II. Concepto. Deslinde respecto de otros requisitos de la demanda colectiva

1. Puede definirse liminarmente a la representatividad adecuada como el requisito de las pretensiones de incidencia colectiva (1) según el cual, quien interviene en el proceso gestionando o "representando" (2) los intereses de una clase, debe poseer las condiciones personales, profesionales, financieras, etc., suficientes para garantizar una apropiada defensa de dichos intereses.

El recaudo es propio de todas las variantes de acción colectiva. Es decir que, por un lado, rige tanto en las que versan sobre intereses de naturaleza indivisible (difusos y colectivos) o divisible (individuales homogéneos). Y, por el otro, se aplica tanto en los procesos donde la parte plural se halla en el extremo activo de la relación procesal, como en aquellos en los que dicha situación se da en el polo pasivo de la litis (acción colectiva pasiva) (3).

La determinación de los parámetros útiles para la definición de esta idoneidad del "representante", serán estudiadas infra. Completaremos este acápite con el deslinde de este recaudo respecto de otros que son también propios de los mecanismos de tutela colectiva.

2. En primer lugar, no debe confundirse el recaudo de la representatividad adecuada con la necesidad de predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales en la pretensión respectiva. La distinción, que resulta obvia para cualquier estudioso de la temática, puede ayudarnos a precisar el concepto examinado e introducirnos en él, como capítulo integrante del análisis de los requisitos de las demandas colectivas.

Se entiende expresa o tácitamente incorporado a cualquier ordenamiento que prevea mecanismos de enjuiciamiento pluriindividual, la necesidad de que los aspectos comunes de la lesión masiva, predominen sobre las particularidades con que el hecho se manifiesta en la esfera individual.

Así, como es sabido, en los EE.UU., la regla federal 23 dispone que "uno o más miembros de una clase pueden demandar o ser demandados como partes representativas de todos sólo si [...] (2) existen cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase [...]"(4). Hasta aquí la necesidad de que existan aspectos comunes (commonality). Ahora bien, para el caso de la subespecie de acción de clase determinada en la regla 23.b).3) (5), no basta con que dichos paralelos existan: deben predominar (6).

Por su parte, el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (7) (en adelante: "CM"), determina que para la tutela de los intereses individuales homogéneos, además de los requisitos establecidos para toda acción colectiva, será necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales (art. 2º, par. 1º, cuerpo cit.).

El presupuesto del predominio (predominance), tiene como lógico fundamento la preocupación del legislador en evitar que las peculiaridades de cada situación individual terminen conspirando contra la télesis primordial de la institución, transformándola en una herramienta más compleja y pesada para la solución del conflicto que el tradicional litigio individual o litisconsorcial.

Pese a que tanto en el sistema norteamericano como en el proyectado para Iberoamérica la exigencia del predominio opera sólo para una especie de pretensión colectiva (a grandes rasgos, las que tutelan situaciones de vulneración a intereses divisibles), entendemos que la preeminencia de los aspectos comunes es consustancial a los demás subtipos, dado que cuando el interés tutelado es indivisible, la naturaleza misma de la pretensión impone la solución colectiva, deviniendo así improcedente toda elucubración especial relativa a la regla de predominio. La comunidad de destino que une a los miembros de la clase, hace que las diferencias entre los individuos necesariamente se desvanezcan a los efectos del litigio, por lo que el legislador se desentiende de

dichas particularidades. Por ello es que la ley no necesita exigir este predominio expresamente, sino que se limita a hacerlo en los casos en que el enjuiciamiento colectivo no resulta un imperativo ontológico, sino de mera conveniencia.

Pero volviendo al tema que nos convoca, la breve caracterización precedente evidencia las gruesas diferencias que separan a este requisito con el de la representatividad adecuada. Baste decir que, en realidad, el presupuesto del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales apunta al análisis de los elementos objetivos de la pretensión. Puede apreciarse con la mera presentación del caso a decidir, sin importar en absoluto quién lo ha sometido a conocimiento del tribunal. Mientras que —por el contrario— la representatividad adecuada se muestra como un presupuesto estrictamente subjetivo, por estar primordialmente relacionado con las aptitudes del legitimado para la gestión [\(8\)](#).

3. No es tan evidente —o por lo menos no sigue los mismos parámetros de diferenciación— la separación del recaudo bajo análisis respecto del que en las class actions de los EE.UU. es denominado "typicality" (tipicalidad).

Dispone la citada regla federal 23 (a) (3) entre los prerequisites de estas demandas (como tales, comunes a todas sus especies) que sólo puede promoverse este tipo de litigio si "los reclamos o defensas de las partes representativas son típicas de los reclamos o defensas de la clase" [\(9\)](#).

El Proyecto Iberoamericano no contempla el recaudo en los mismos términos. Sólo establece entre los parámetros a tener en cuenta para determinar la existencia de representatividad adecuada en el legitimado, "la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo [...] y el objeto de la demanda" (art. 2º, par. 2º, e) del CM).

Como puede advertirse, el paralelo entre las citadas disposiciones no es total, pero en ambas se presenta la necesidad de un análisis de la posición adoptada en el pleito y los intereses del grupo.

El presupuesto no es uniformemente interpretado en el derecho norteamericano [\(10\)](#) y, en lo que hace a nuestro objeto de estudio, en ocasiones es asimilado a la representatividad adecuada, como uno de sus elementos. Es decir, que para que la parte actuante demuestre que será un apropiado defensor de los intereses del grupo, debe demostrar —entre otras circunstancias— que sus intereses coinciden sustancialmente con los de aquél.

III. Representatividad adecuada, cosa juzgada y debido proceso

La máxima según la cual la voluntad —expresa o tácita— crea y extingue derechos y obligaciones no sólo en el ámbito extraprocesal sino también en el procesal, es uno de los principales postulados del derecho liberal y el primordial fundamento del sistema dispositivo que rige casi universalmente en el proceso civil [\(11\)](#).

Es en virtud de tal enunciado que en el proceso tradicional resulta una obviedad que el hecho de que una persona confiera la representación de sus derechos a un incompetente, no excusa al mandante de las consecuencias que su desatino en eligiendo le ocasionará (sin perjuicio, claro está, de las responsabilidades en las que el mandatario podrá incurrir por ejercicio irregular del encargo).

Sin embargo, esta lógica no pertenece al campo del litigio colectivo. En este ámbito, como es sabido, las consecuencias del obrar del legitimado "extraordinario" [\(12\)](#) (activo o pasivo) son capaces de repercutir favorable o desfavorablemente en la esfera de interés de múltiples sujetos, sin que éstos necesariamente hayan prestado su voluntad expresa o tácita [\(13\)](#).

Es así que la salvaguarda de la garantía del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional; art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos — Adla, XLIV-B, 1250—) hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quien va a actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen [\(14\)](#), lo haga apropiadamente.

Alguien podría objetar esta afirmación de la siguiente manera: "es cierto que para que alguien pueda disponer de derechos ajenos necesita un mandato específico de su titular y que, en el caso de la gestión que por razones de conveniencia autoriza el sistema de enjuiciamiento colectivo, dicho poder no es necesario. También es cierto que la garantía del debido proceso de la parte ausente hace necesaria la existencia de un control de adecuación en el actuar del legitimado grupal. Ahora bien: ¿qué ocurre si el sistema que se idea para resolver litigios colectivos sólo extiende los efectos de la cosa juzgada en caso acogimiento de la pretensión, limitándolo únicamente a la parte actuante en caso de rechazo de la demanda? O, en otras palabras, ¿continúa siendo necesaria la exigencia de la representatividad adecuada aun cuando el legislador establezca un sistema de vinculatoriedad secundum eventum litis?

Podría afirmarse inicialmente que si la actuación del legitimado o "representante" fuera incapaz de perjudicar a los miembros del grupo ausentes en el juicio, ninguna razón existiría para requerir que aquél sea un defensor apropiado de los intereses colectivos.

Este razonamiento es acertado, pero únicamente admisible en un esquema normativo en el cual la sentencia nunca pueda serle opuesta al afectado que no se incorporó a la litis. Sin embargo, difícilmente un sistema funcional de acciones colectivas contemple con carácter absoluto e ilimitado la posibilidad de reedición del pleito respectivo por cada uno de los individuos integrantes de la clase.

Veamos lo que ocurre en los dos principales sistemas que venimos analizando y que constituyen las

elaboraciones más serias y seguidas en la materia: el estadounidense y el iberoamericano (de raíces brasileñas).

En los Estados Unidos, como es sabido, la vinculatoriedad de la decisión final del pleito se extiende a favor y en contra de los miembros de la clase (15), razón por la cual el legislador ha previsto determinadas herramientas tendientes a impedir que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad. Entre ellas, cabe recordar el sistema de notificación de los miembros ausentes del grupo (16), el derecho al opt out (17) y, principalmente, el estudio de la representatividad adecuada como uno de los más trascendentes capítulos en la certificación de una class action.

Por ende, el esquema de la regla 23 norteamericana muestra pocas dificultades en la línea argumental que venimos sosteniendo. Como la sentencia que se dicte en el juicio no sólo beneficiará a los "representados" en caso de acogimiento de la pretensión, sino que también les será oponible en la hipótesis de rechazo (18), resulta fundamental que quien tenga en sus manos el poder de definir tal suerte deba demostrar atributos suficientes, de modo tal que pueda presumirse que si un afectado medio (19) actuara por derecho propio no correría mejor destino.

El valor de la representatividad adecuada como garante del debido proceso ha sido resaltado reiteradamente y desde tiempo atrás por la Suprema Corte de los Estados Unidos:

"Es un principio de aplicación general en la jurisprudencia anglo-americana que uno no está ligado personalmente por una sentencia en un pleito en el cual no es designado como parte [...]. Una sentencia dictada en tales circunstancias no está calificada por la plena fe y crédito que prescribe la Constitución y la ley de los Estados Unidos [...] y una acción judicial que la haga ejecutoria contra la persona o propiedad de la parte ausente no se ajusta a ese debido proceso que la quinta y décimo cuarta enmienda requieren [...]"

"Para estas reglas generales existe una reconocida excepción que, con un alcance no definido precisamente por la jurisprudencia, la sentencia en una demanda "de clase" o "representativa", en la que algunos miembros de la clase son partes, puede vincular a miembros de la clase o aquellos representados que no fueron citados como parte en ella [...]"

"Es una doctrina familiar en las cortes federales que los miembros de una clase no presentados como partes en el juicio [...] pueden quedar vinculados por la sentencia de un juicio en el que son de hecho adecuadamente representados por las partes presentes [...]"(20).

Incluso se admite la posibilidad de que decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada sean declaradas inoponibles para determinados miembros de la clase que la decisión original contemplaba, con fundamento en la ausencia del recaudo que examinamos (collateral attack on adequacy of representation).

Por ejemplo, en el mes de octubre de 2002 la Suprema Corte de los EE.UU. concedió certiorari en la conocida acción colectiva de daños iniciada en representación de los veteranos de la guerra de Vietnam que se vieron expuestos a un elemento probadamente tóxico conocido como "agente naranja". La causa inicial, iniciada en 1970, concluyó en un acuerdo transaccional por el que la empresa abonó U\$S 180.000.000 para un fondo de reparación de los afectados. El acuerdo explicitaba que "la clase específicamente incluye a personas que aun no han manifestado lesiones" ("Agent Orange' Prod. Liability Litigation", 597 F. Supp. 740, 865 -E.D.N.Y., 1984). El 75 % del acuerdo fue utilizado para compensar a los veteranos o sus sucesores; el 25% restante fue aplicado a una fundación de asistencia para los miembros de la clase. El acuerdo asimismo determinaba que ningún pago podría hacerse en casos de muerte o incapacidad posterior al 31/12/1994.

En 1998 —varios años después de que los fondos depositados fueran consumidos—, dos veteranos accionaron individual y separadamente contra los fabricantes del producto cuestionado, alegando que habían sufrido recientemente las secuelas de la exposición al "agente naranja" durante la guerra de Vietnam (21). Ellos no habían ejercido el derecho al opt out en la primera acción, ni habían cobrado suma alguna del fondo. Argumentaron así que la sentencia original no los vinculaba, porque no habían sido adecuadamente representados en dicho juicio. El mismo juez que había tratado el primer caso (Judge Weinstein) receptó la excepción interpuesta por la accionada, con fundamento en que los demandantes habían sido beneficiados por el acuerdo inicial, por más que no recibieran pagos directos. La Cámara de Apelaciones de Segundo Circuito revocó este pronunciamiento dictaminando que la cosa juzgada precedente no cubría en el caso la discusión sobre la representatividad adecuada, porque ningún tribunal había precedentemente resuelto este recaudo con relación a los miembros de la clase que para quienes se manifestara la afección con posterioridad a la liquidación del fondo. Estos veteranos —concluyó— no fueron adecuadamente representados en el primer proceso porque sus intereses se encontraban en conflicto con los de las partes "representativas", que no contemplaron solución para quienes la lesión apareciera después de 1994.

Finalmente la Suprema Corte de los Estados Unidos confirmó la decisión recurrida (22).

De la reseña efectuada a título de ejemplo puede apreciarse la alta estima que, en el sistema comentado, posee el análisis de la adecuada representatividad: su examen es capaz de hacer caer una decisión firme en un sistema de vinculatoriedad erga omnes sin excepciones como es el norteamericano.

Distinto es lo que ocurre en Brasil y en el ya citado Proyecto Iberoamericano. Con leves diferencias (más

destinadas a depurar la sistemática de la reglamentación que a modificar aspectos de fondo) el CM ha seguido las aguas del CDC limítrofe, relativizando los límites subjetivos de la cosa juzgada obtenida en un proceso colectivo.

Resumiendo ambos sistemas (23), diremos que el esquema de vinculatoriedad del decisorio final por ellos perfeñado es el siguiente:

(a) tutela de derechos de naturaleza divisible (individuales homogéneos) o indivisible (difusos y colectivos) (24): la sentencia, como regla, causa efectos erga omnes (25), salvo que la misma disponga el rechazo de la pretensión por insuficiencia de pruebas. En tal hipótesis, "cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba" (art. 30, CM).

(b) Sólo para tutela de intereses de naturaleza divisible (individuales homogéneos): repercusión "in utilibus" de la decisión que acoge la pretensión, en favor de los restantes miembros del grupo. En caso de rechazo de la acción, no podrá reeditarse la cuestión colectivamente, pero cada lesionado podrá perseguir a título individual la satisfacción de su interés (extensión de los alcances personales del dispositivo sentencial secundum eventum litis).

En este último supuesto no resulta necesario demostrar que la representación en el juicio anterior no fue adecuada (26), como tuvieron que hacerlo Isaacson y Stephenson en el reseñado caso "Agent Orange". Los particulares pueden, por ende, demandar libremente a título personal pese al rechazo de la pretensión colectiva.

En la primera hipótesis (v. supra, "(a)"), pese a que —como vimos— las restricciones al replanteo son mayores, tampoco es imprescindible la demostración de la vulneración del requisito del art. 2, párr. 2º del CM. Si bien sólo podrá reeditarse la cuestión (por cualquier legitimado) cuando la demanda fue rechazada por insuficiencia probatoria (27), no será necesaria la demostración especial de la ausencia de representatividad en el pleito anterior. Puede afirmarse de este modo que el sistema "presume" este defecto ante la mera existencia de una resolución desfavorable por falta de evidencia (28).

Un interrogante que queda por definir en el sistema del Proyecto sería si, en caso de alegarse fundadamente la ausencia de representatividad adecuada en el juicio original por otros motivos que no sean la negligencia probatoria (29), podría reeditarse el debate al modo del collateral attack norteamericano.

Podría pensarse que los mentores del CM han descartado esta posibilidad, cerrando el esquema de vinculatoriedad con las previsiones expresamente incorporadas. Lo cual no obsta, claro está, a la posibilidad de revisión de la res judicata que excepcionalmente reconoce la legislación y jurisprudencia, tanto en nuestro país como en el derecho comparado, para casos de vicios sustanciales de los actos del proceso (30). Sin embargo, siguiendo los principios que venimos desarrollando, participamos de la opinión de Gidi quien afirma —para el sistema brasileño— que "la representación incompetente de derechos de grupo por parte de la entidad legitimada debe ser considerada como denegación del debido proceso garantizado por la Constitución. En tales circunstancias ... si el tribunal decide el fondo del asunto, la sentencia no debe poseer los atributos de la cosa juzgada"(31).

Volviendo al punto que nos llevó a estos desarrollos, advertimos aun en los sistemas que prevén la inexistencia de res judicata colectiva en determinadas hipótesis (vg., el reseñado sistema secundum eventum probationis del CM), de todos modos se hace necesaria la previsión de un control de calidad en la gestión del actor. La ausencia de repercusiones graves en casos de extrema desidia (por ejemplo, falta absoluta de ofrecimiento de una prueba u omisión de peticionar la inconstitucionalidad de la norma que precisamente permitía el actuar lesivo, etc.), no obstan a la posible afectación al accionar de otros legitimados, cuando la impericia no es de semejante entidad. Así, por ejemplo, si los hechos en los que se sustenta la pretensión son genéricamente postulados y la prueba es ofrecida y producida con una dedicación media pero insuficiente, puede llegarse a perder el caso, creándose una jurisprudencia negativa y ahuyentando toda posibilidad de replanteo de la cuestión, aparentemente debatida "en profundidad".

Lo mismo cabe decir respecto de la segunda de las hipótesis señaladas (es decir, para los derechos individuales homogéneos, v. supra, "(b)"). En esta categoría, aun cuando la acción colectiva rechazada no impida a los particulares demandar individualmente la reparación de su cuota divisible de afectación, esta reedición será posible en la práctica siempre que la relación costo-beneficio del reclamo personal sea positiva. Caso contrario, la posibilidad de accionar individualmente será una mera licencia formal de ejercicio inviable.

Siguiendo con la línea argumental que venimos desarrollando, puede apreciarse en este último supuesto que los miembros de una clase pueden verse irremediabilmente perjudicados por el actuar del legitimado, aun cuando la cosa juzgada respecto de la pretensión individual sea consagrada secundum eventum litis. Por lo que este sistema especial de vinculatoriedad de la res judicata para nada exime o hace innecesario el recaudo bajo estudio.

En conclusión, por más que el legislador prevea ciertas hipótesis en las cuales la sentencia colectiva no alcanzará a los miembros del grupo, ello no implica de por sí que el obrar del legitimado sea incapaz de perjudicar a aquéllos. Por lo tanto, el recaudo de la representatividad debe ser contemplado también en esta clase de sistemas.

IV. Algunos aspectos a considerar

Planteamos a continuación ciertas cuestiones que entendemos vigentes en el estado actual de los desarrollos

sobre el tema abordado, con particular referencia en la República Argentina.

1) De lege lata, ¿rige la exigencia en nuestro país?

Ciertamente los desarrollos precedentes nos pueden ayudar en la respuesta que cabe dar a este interrogante.

Nuestro país no posee una regulación completa y sistemática de los procesos colectivos. Es decir, no cuenta con un cuerpo suficientemente armónico y unificado de normas destinadas a regir en este tipo de trámite judicial. En razón de ello —y salvo excepciones expresamente indicadas para materias específicas (32)— nuestro derecho positivo carece de una disciplina en materia de cosa juzgada colectiva que abarque genéricamente la totalidad de los conflictos de esta índole. Del mismo modo —aun en la actualidad, en que varias leyes especiales han corregido dicha inicial falencia de nuestro ordenamiento— en la normativa de nuestro país se soslaya toda previsión en materia de representatividad adecuada (33).

Fácil sería afirmar que, por carecer nuestro país de expresas directivas en materia de representatividad adecuada, esta cualidad no resulta exigible en los litigios colectivos vernáculos. Con lo cual cualquier incompetente podría ligeramente llevar a juicio una pretensión en defensa de intereses de grupo, sin posibilidad de contralor por los jueces, de oficio o a instancia de parte. La justicia quedaría vedada de actuar frente a una torpe postulación encaminada al fracaso por la ineptitud del "representante".

Por el tenor de sus consecuencias, esta afirmación debe necesariamente ser sometida a un proceso más profundo de verificación. No creemos que sea suficiente la falta de previsión normativa del recaudo de la idónea representatividad, para derivar automáticamente de dicha laguna la más absoluta permisividad en materia de legitimación.

Siguiendo la línea que hemos desarrollado supra (v. parágrafo III), podríamos aseverar que para salvaguardar el debido proceso de los afectados ausentes, la exigibilidad del requisito en estudio dependerá de las consecuencias que la actividad procesal del legitimado pueda ocasionar en las posibilidades postulatorias o defensivas (en sentido genérico) del miembro del grupo que no ha sido parte en el juicio.

Para clarificar el interrogante relativo a las repercusiones de la gestión procesal del "representante", podríamos preguntarnos: ¿qué vinculatoriedad tiene en nuestro país la sentencia desfavorable a los intereses del grupo?.

Sólo si garantizamos que ninguna secuela puede ocasionar la actuación del legitimado en la esfera de interés de los lesionados ausentes del juicio, podríamos concluir en la improcedencia de exigir la representatividad adecuada a los legitimados de las acciones colectivas argentinas. Si, por el contrario, es posible oponer todos o algunos alcances jurídicos de la desestimación o se pueden verificar repercusiones prácticas en perjuicio del afectado que no intervino en el proceso, el recaudo de la cabal representación debe ser exigido aun en ausencia de norma expresa que lo disponga, por las explicadas razones constitucionales.

Retomando el interrogante precedente, veamos qué consecuencias perjudiciales puede tener en nuestro país una sentencia desfavorable a los intereses del grupo tutelado.

Como hemos visto, no contamos con una disposición que con carácter general (esto es, para todas las pretensiones colectivas) (34) reglamente el efecto vinculatorio de la sentencia dictada en acciones plurales. Si utilizáramos la analogía (art. 17, Código Civil) e integráramos semejante laguna con las previsiones procesales de la Ley General Ambiental (que es la que a nivel nacional cuenta con la disciplina más concreta en la materia), concluiríamos que:

a) la sentencia que acoge la pretensión beneficia a los miembros del grupo (35).

b) la que rechaza la misma, también lo tendrá, salvo que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias (art. 33, ley 25.675 —Adla, LXIII-A, 4—) (36).

En las provincias, cabe la integración normativa con los regímenes que en cada jurisdicción contemplan de la manera más precisa mecanismos de tutela colectiva (vg., en la Provincia de Buenos Aires, el reciente Código de Defensa del Consumidor) (37), siempre que las particularidades del sistema respectivo no conspiran contra la aplicación del razonamiento analógico, no siempre utilizado con la precaución debida.

Hemos explicado que la previsión por el legislador de casos en los que la eficacia del decisorio no afecta a los afectados ausentes (vg., rechazo de la demanda por insuficiencia de pruebas), no implica de por sí que el obrar del legitimado sea incapaz de perjudicar a aquéllos. Por lo que, siguiendo los parámetros ya explicados supra, concluimos que el recaudo de la adecuada representatividad de las partes formales del pleito es un requisito exigible de lege lata en nuestro ordenamiento. Lo contrario importaría a) permitir la vulneración del debido proceso de los miembros ausentes del grupo afectado, en los casos en que los alcances de la decisión pueda comprometerlos directa o indirectamente (38); b) tolerar una clara disfunción para el servicio de justicia, como es la actividad procesal inútil o ineficiente de un litigante probadamente incompetente para actuar en esta clase de conflictos.

Es por ello que, más allá de que en nuestra opinión, en la Argentina el control de representatividad adecuada debe ser llevado a cabo de oficio por los jueces aun sin regulación específica sobre el punto, por hallarse en juego la garantía de defensa de los afectados y la seriedad y eficiencia del servicio de justicia, postulamos de lege

ferenda la inmediata rectificación de la señalada laguna normativa (39).

Respecto de ciertos legitimados (vg., Ministerio Público, Defensor del Pueblo, Asociaciones que deben cumplir determinados recaudos legales para que les sea reconocida la legitimación), el panorama relativo a la exigibilidad actual en nuestro derecho positivo del requisito de la representatividad adecuada impone mayores precisiones, atento a la existencia de disposiciones específicas a su respecto. Debido a la relativa autonomía de la cuestión, estas particularidades serán abordadas infra (v. punto 3), luego de reseñar los parámetros a tener en cuenta para evaluar el requisito objeto de estudio.

2) Determinación de los presupuestos. Standards rígidos o flexibles.

En este apartado intentaremos desarrollar dos aspectos centrales de la cuestión. En primer lugar, si resulta conveniente la regulación del mismo mediante una fórmula abierta o si es conveniente circunscribir su análisis a parámetros específicos (y, en este último caso, con qué alcances taxativos o meramente enunciativos). En segundo lugar, cuáles serían estos elementos a tener en cuenta para definir la adecuación del legitimado colectivo.

a) ¿Standards rígidos o flexibles?

En cuanto al primer aspecto, sopesando los factores en favor y en contra de cada sistema, es claro que la definición legal de parámetros a los cuales circunscribir el análisis de la representatividad es un mecanismo más seguro, pero que puede desentenderse de las circunstancias de cada caso. Y así, alguien que formalmente cubra las exigencias legales, podría sin embargo desarrollar una estrategia torpe y desinteresada en el caso concreto, sin que en el juicio pueda controlarse dicha falencia.

Las definiciones abiertas (como la que por ejemplo ensayamos al principio de este trabajo —v. supra, párrafo II— o la que prevé la regla 23 de los Estados Unidos) (40) hacen mérito de la señalada dificultad, pero le confieren al juez una discrecionalidad cuya correcta utilización es siempre una incógnita.

Entendemos que alguna discreción debe reconocerse al juez, so riesgo de convertirse el sistema de control en una ficción desapegada de las particularidades de cada caso. Sin embargo, la previsión normativa de parámetros a tener en cuenta para comprobar la adecuación del litigante resulta plausible, en primer lugar para objetivar el sistema en la medida de lo posible y, en segundo, para exteriorizar la preferencia del legislador respecto de los elementos enunciados.

La composición de los vectores precedentes nos lleva a concluir en la conveniencia de una definición de ciertos parámetros, aunque con alcance meramente enunciativo (41).

b) Algunos parámetros.

Dicho esto, ¿cuáles serían los elementos trascendentes para la ponderación de la adecuada representatividad? ¿Alguno de ellos debe ser considerado sine qua non, de modo que su inexistencia determine el rechazo de la legitimación?

El Proyecto Iberoamericano y la praxis jurisprudencial norteamericana pueden resultar guías útiles en este campo.

El primero contiene en el art. 2, par. 2°, una enumeración de "datos" que "el juez deberá analizar" para determinar la adecuación del legitimado. De la redacción de la disposición se advierte su carácter meramente enunciativo, sin perjuicio de lo cual, como ya hemos adelantado, resulta un acierto la objetivación de algunos de los principales parámetros en esta materia, para dotar al sistema de una mayor seguridad, sin encorsetarlo en fórmulas taxativas que terminen transformando al recaudo en una ficción.

Las pautas a cumplimentar por el legitimado según este modelo son:

- a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;
- b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;
- c) su conducta en otros procesos colectivos;
- d) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda (42).

En atención al carácter más general de la enunciación de la norma estadounidense, la jurisprudencia de dicho país muestra un análisis más casuístico del recaudo en cuestión (43).

Formularemos a continuación algunas observaciones al esquema del Proyecto Iberoamericano.

— Puede advertirse que varios de los conceptos enunciados precedentemente son en cierta medida reiteraciones o especificaciones de otros previstos en la misma disposición con carácter más general. Esta impureza, sin embargo, no resulta criticable cuando lo que se quiere es asegurar que cierto rasgo de la representatividad del legitimado no sea soslayado. La concreción en una fórmula más acotada de una cualidad requerida es a veces necesaria. Así, por ejemplo, podría decirse que es innecesario el inciso "b)" referido a los "antecedentes en la tutela de derechos colectivos" cuando el inciso "a)" habla de "experiencia" del litigante (44). Sin embargo, además de no ser idénticos los conceptos (alguien puede tener gran experiencia forense sin que ella necesariamente recaiga sobre litigios colectivos), los apartados del art. 2, par. 2° del CM interactúan como onzas

en una balanza. De modo que cuando el legitimado posea antecedentes particulares en la tutela de intereses colectivos (inc. b), no será necesario exigir la "experiencia" (inc. a) que requeriría quien no cuenta con aquellos pergaminos.

— Sin perjuicio de lo expresado, entendemos que la mención de la "representatividad" como standard de calidad de la asociación (inc. e) es sobreabundante, dado que se identifica hasta literalmente con el recaudo que pretende cualificar.

— En cuanto a la capacidad financiera del demandante (ex inc. "d") del anteproyecto), pese a su remoción en el actual modelo, su exigibilidad (ahora librada a la prudencia judicial, en atención al carácter enunciativo de los parámetros señalados) merece un breve comentario.

En varias oportunidades se han presentado objeciones (45) a dicho estándar. Se argumentó que la imposición de patrones económicos para la admisión de la actuación de legitimados extraordinarios, podría resultar contraria a la Constitución Nacional y tratados internacionales, en cuanto garantizan el libre acceso de las personas al servicio de justicia sin discriminaciones basadas en su patrimonio.

En nuestro país la proposición de acciones colectivas ha tenido un fuerte influjo por parte de asociaciones sin fines de lucro y afectados individuales. La capacidad económica de los legitimados activos en la Argentina ha sido insignificante en términos comparativos con los parámetros que se vislumbran en países como los Estados Unidos de Norteamérica. Por ello, se mira con cierto recelo la incorporación de un standard de apreciación de este tipo, en un medio que no ha hecho aplicación de esta pauta hasta el momento (46). A raíz de este tipo de observaciones, como hemos adelantado, la Comisión Revisora del Proyecto Iberoamericano ha entendido necesario remover la mención de la capacidad financiera como pauta explícita para la valoración del requisito analizado.

El argumento de la restricción patrimonial y la eventual discriminación resulta, a nuestro juicio, de discutible acierto. En razón del conocido postulado según el cual las distinciones de trato son tolerables en la medida que el criterio que se utiliza para la distinción se muestre como razonable (47), debería someterse dicha afirmación a un control de razonabilidad más profundo.

En este sentido, cabe destacar que la exigencia de solvencia económica del legitimado es un parámetro exigido al solo efecto de que quien sea "representado" en ausencia cuente con una adecuada defensa de su interés. No se trata de un "retaceo" elitista ni de un reparo formal aleatorio (48) sino —insistimos— de la salvaguarda del debido proceso de los afectados ajenos al pleito.

Por otra parte, no debe olvidarse que la capacidad financiera es un parámetro, pero no el único. La interrelación de los diversos factores a tener en cuenta de acuerdo a la enunciación que venimos siguiendo, impone un análisis integral por el juez en cada caso.

Es esencial vincular el análisis de este recaudo con las circunstancias del caso. Existen conflictos colectivos en los que la solvencia del demandante no resulta relevante, ya que ni la elaboración previa del caso ni el mantenimiento del proceso necesita de ingentes o extraordinarias erogaciones en medios técnicos, recursos humanos, etc. (49). Lógicamente, en tales casos la solvencia económica requerida será menor.

En definitiva, a nuestro juicio es razonable exigir que el legitimado extraordinario asegure que su estado patrimonial no será un obstáculo para la defensa de intereses ajenos (en el caso de los individuales homogéneos) o colectivamente titularizados (indivisibles o difusos). Ello no implica obviamente que al iniciarse cada proceso el juez deba requerir un balance o demostración de un estado contable superavitario del actor. Interpretar así el recaudo sería un absurdo, porque se desentendería de las circunstancias del caso. Basta, como dijimos, con la demostración de que la situación económica del litigante no sea óbice a la adecuada tutela del interés colectivo.

Dicho esto cabría el siguiente interrogante: ¿podría el legitimado colectivo entonces solicitar el beneficio de litigar sin gastos? A primera vista parecería que si alguien carece de los recursos suficientes para actuar en juicio y solicita dicha licencia estaría reconociendo en paralelo la falta de capacidad financiera, por lo que la demanda principal sería inadmisibles por no encontrarse reunido el requisito analizado. Sin embargo, yendo más a fondo en la cuestión, advertimos que precisamente la concesión del beneficio puede apuntocar la calidad del demandado, que al verse eximido de gastos que no podría afrontar (vg., tasas, sellados, adelantos a peritos (50), etc.) recobraría sus aptitudes para avanzar satisfactoriamente en el litigio. Por lo que a nuestro juicio es admisible la petición del beneficio de gratuidad por parte del legitimado, sin que ello implique necesaria o automáticamente la ausencia de representatividad adecuada por falta de capacidad financiera.

Reiteramos la necesidad de un análisis integral y caso por caso por parte de la jurisdicción al considerar las diferentes calidades que definen la adecuación de la parte.

— Respecto del parámetro sentado en el inciso "e)" (coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda), hemos explicado supra (v. par. II.3) la aproximación entre este recaudo y el de la "tipicalidad" (typicality) previsto en el sistema norteamericano. La indicada pauta del CM importa un cotejo entre la pretensión incoada y los intereses de la comunidad afectada, de modo tal que si existe conflictividad entre el objeto reclamado y las preferencias del grupo cuya representación se invoca, dos vías posibles pueden presentarse: o se rechaza la demanda por ausencia de representatividad; o, de ser posible, se

limita la clase representada, diseñando su integración con quienes poseen intereses coincidentes a los del "representante", con la consecuente exclusión del resto de los sujetos.

El adecuado manejo de este parámetro es trascendente. La práctica puede mostrar situaciones de tirantez entre los miembros de una comunidad que tornan pertinente la definición precisa de la clase que el legitimado intenta defender. Por otra parte, esto facilita la correcta definición de la contraparte del pleito, que muchas veces es olvidada al iniciarse esta clase de procesos.

Algunos ejemplos nos servirán para demostrar este aserto. El primero lo extraemos del curioso caso suscitado a consecuencia de la de la entronización de una imagen religiosa en el Palacio de Tribunales nacional. En el año 2003 una Jueza de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Capital Federal hizo lugar a la demanda de amparo promovida por la "Asociación por los Derechos Civiles", que tenía por objeto la declaración de inconstitucionalidad de una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en ejercicio de potestades de superintendencia, había autorizado la entronización de la imagen de la Virgen de San Nicolás en el hall de ingreso al edificio. Se peticionaba su remoción, así como la prohibición de colocar en su reemplazo cualquier otro signo de carácter religioso, bajo el fundamento de que tales símbolos importan una actitud discriminatoria para quienes no comulgan con el credo católico, afectando además la imparcialidad de la judicatura. Apelada la sentencia, la Cámara Federal acogió el recurso, disponiendo el rechazo de la acción incoada (51). Más allá de las variadas peculiaridades que este caso presenta, tanto desde el derecho de fondo como desde el procesal, resulta interesante analizarlo en relación con el recaudo que venimos estudiando.

El dictamen del Fiscal ante la Cámara expresa respecto de la cuestión del conflicto de intereses: "no puedo dejar de señalar que los actores han instaurado un amparo colectivo, lo cual supone, en términos estrictos, la existencia de un grupo homogéneo en el que no exista[n], como en la especie, intereses y derechos contrapuestos. En el sub examine, reconocer derechos a algunos en términos de injusta discriminación importa desconocer derechos a otros, que pueden, a su vez, sentirse debidamente discriminados. Ello ... muestra ... la inadecuada integración de la litis".

Como puede advertirse, en los autos referidos la asociación demandante en realidad no estaba defendiendo los intereses de toda la comunidad, sino sólo de quienes al concurrir al Palacio de Tribunales pudieran sentirse discriminados o pudieran percibir que la imagen afectaría la imparcialidad judicial. Contra la decisión de primera instancia apelaron la Corporación de Abogados Católicos y distintos particulares que invocaron su condición de letrados que profesan dicho culto, cuya intervención sobreviniente debió ser reconocida en atención a la ausencia que en primera instancia existió respecto de las voces interesadas en el mantenimiento de la imagen.

El caso nos permite acentuar un concepto cardinal que a nuestro juicio debe quedar en claro en materia de procesos colectivos. El recaudo de la coincidencia entre la demanda y los intereses de la clase representada no implica que los procesos colectivos sean inoperantes en los supuestos que presenten conflictividad de intereses dentro de una comunidad más o menos determinada. El mecanismo de la acción colectiva pasiva (v. cap. VI del CM, arts. 32 y sigtes.) es precisamente la solución a este trance procesal. Lo que el proceso colectivo demanda es que no exista oposición entre el accionante y la clase representada, y no entre ésta y otro grupo de interés. La distinción es fundamental: en el primer caso la tutela colectiva es inviable; en el segundo, además de ser admisible la pretensión, deberá integrarse la litis a través de los mecanismos pertinentes (entre los que se destaca, de lege ferenda, el de la acción colectiva pasiva).

Los ejemplos de este tipo se multiplican. El caso de la llamada "píldora del día después" es otra muestra (52). En dicho asunto, la asociación que inició la demanda, más allá del alcance que arrogara a su legitimación en el libelo inicial, sólo pudo representar adecuadamente a quienes sostienen una especial interpretación del carácter abortivo de dicho mecanismo anticonceptivo. Quienes por el contrario propugnan la viabilidad constitucional del reconocimiento de este dispositivo, no sólo no se encuentran representados por la entidad reclamante, sino que, por el contrario, son legítimos contradictores de la pretensión. Así, en el caso, la gestión procesal de contradicción a la demanda promovida resulta un fenómeno encausable por vía de la denominada acción colectiva pasiva (53); de modo que, al igual que para incoar la pretensión, para oponerse a la misma debe hallarse un adecuado contradictor.

3) Cómo juegan los parámetros indicados según cada legitimado (asociaciones, Defensor del Pueblo, Ministerio Público)

Hemos adelantado supra que el panorama descrito de lege lata en nuestro país reclama ciertas aclaraciones en casos puntuales de legitimación colectiva reconocida por el ordenamiento jurídico. Pese a la ausencia de pautas generales establecidas legalmente para el análisis del recaudo de la representatividad adecuada, existen a ciertas previsiones respecto de determinados sujetos, como por ejemplo las asociaciones de consumidores, el Defensor del Pueblo o el Ministerio Público.

a) Respecto de las primeras, cabe recordar los requisitos establecidos en el art. 57 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) (LDC) para el reconocimiento de las organizaciones de consumidores: i) prohibición de participación en actividades políticas partidarias; ii) independencia de toda forma de actividad profesional, comercial o productiva; iii) imposibilidad de percibir donaciones por parte de empresas comerciales; iv)

prohibición de insertar avisos publicitarios en sus publicaciones (54). Puede advertirse que los parámetros indicados propenden a salvaguardar la independencia y objetividad de tales asociaciones. Sin embargo, por su generalidad y por el carácter abstracto y a priori de la enunciación, no es posible afirmar que esta norma consagra un sistema de contralor de representatividad suficiente.

Por ello, haciéndonos nuevamente eco de los fundamentos precedentemente expuestos en relación a la importancia del recaudo analizado respecto de la garantía del debido proceso, concluimos que el mero reconocimiento de una asociación en los términos del art. 57 no implica de por sí su adecuada representatividad. En cada caso podrá demostrarse la ausencia de este elemento, sin perjuicio de la presunción favorable que implica el indicado reconocimiento oficial.

b) El Defensor del Pueblo de la Nación es, como las asociaciones intermedias, otro de los sujetos cuya legitimación proviene de la Carta Magna federal.

Dada la designación oficial de este funcionario, su marco normativo carece de previsiones específicas en materia de representatividad. Es más, siendo su función primordial la defensa de esta clase de intereses, parece acertado pensar que la legitimación de este órgano debe ser ope legis reconocida en las acciones grupales, sin necesidad de un análisis de parámetros como los explicados anteriormente.

De todos modos, las calidades de la representación que exige cada caso pueden hacer discutible este aserto. Es cierto que la Defensoría del Pueblo cuenta con una calidad funcional que torna casi automático el reconocimiento de su legitimación, pero a mi juicio no lo es menos que para evitar que el análisis de la representatividad se torne una mera ficción legal, debe mantenerse la posibilidad de un estudio concreto de este recaudo (55), para garantizar fehacientemente la defensa propicia de los intereses en juego.

c) Lo dicho para el ombudsman es de especial aplicación en nuestro país para el Ministerio Público. Quizá con más razón que para la Defensoría, se hace necesario advertir la adecuada representatividad del Ministerio Público en atención a que —como es sabido— pese al reconocimiento legal de su legitimación colectiva, este organismo no ha hecho ejercicio activo de tal prerrogativa. Lo que en determinadas circunstancias puede llegar a significar una merma en relación a otros sujetos (como el Defensor del Pueblo) cuya estructura y finalidad institucional están primordialmente abocadas a estos menesteres.

4) Oportunidad para el control.

Tanto el sistema norteamericano (regla federal 23), como el del Proyecto para Iberoamérica contemplan un mecanismo de contralor permanente respecto del recaudo en estudio. Es decir, que no sólo será analizada la adecuación del legitimado en la etapa constitutiva del proceso (vg., en EE.UU., al momento de la "certificación" del pedido como una class action; en el CM, en la oportunidad de la audiencia preliminar —conf. art. 11, ap. I del cuerpo citado—) sino durante el transcurso del mismo (56). Con este criterio se permite una salvaguarda constante y actualizada del debido proceso.

Por esta razón es que resulta acertado que la decisión en materia de representatividad adecuada no cause estado. En otras palabras, que pueda ser revisada de oficio o a pedido de parte, ante la alteración de las circunstancias en las que dicha adecuación fue reconocida.

Las posibles maniobras obstruccionistas que puedan resultar a consecuencia de esta opción, hallan adecuado resguardo en el sistema de costas por el vencimiento de la incidencia respectiva (las cuales deberán ser abonadas con carácter previo al inicio de un nuevo artículo —art. 69 CPCN—) (57), sanciones ante planteos temerarios o manifiestamente infundados, valoración de la conducta de la parte a los fines probatorios, etc. Por otra parte, aun cuando este tipo de medidas no inhiban absolutamente los artilugios dilatorios, no debe perderse de vista la télesis garantizadora del criterio adoptado, que permite tolerar el dato como un trastorno menor al que ocasionaría la irrevocabilidad de la decisión en esta materia.

Una alternativa al sistema de control durante el proceso, puede apreciarse en las acciones de grupo colombianas (58), en las que la ausencia de representatividad debe ser alegada ex post facto, conforme lo dispone el art. 56 de la ley 472/1998. En el término de veinte días posteriores a la publicación de la sentencia, quien no participó en el proceso puede pedir la exclusión del grupo, con fundamento en la existencia de graves errores en la notificación o alegando que sus intereses no fueron gestionados en forma adecuada (59).

Como hemos visto anteriormente, la posibilidad de revisar la adecuación en el desempeño del legitimado colectivo aun después de concluido el proceso por sentencia firme, es una contingencia que ha sido admitida en las class actions estadounidenses, a través del mecanismo del collateral attack.

5) Efectos de la declaración de falta de representatividad.

Al igual que la explicación de la télesis garantizadora del recaudo analizado, el punto que ahora tocamos resulta una forma de evitar caer en la errónea tentación de creer que el requisito de la representatividad adecuada es sólo un "retaceo" de la legitimación amplia que cabe reconocer en este tipo de procesos.

El interrogante a abordar aquí sería el siguiente ¿cuál es el efecto de la declaración de la ausencia de representatividad? O en otras palabras, ¿qué ocurre cuando al inicio del proceso o sobrevivientemente (es decir, revocándose la admisión inicial de este recaudo), el juez deniega al postulante su habilidad para estar en juicio en

representación de terceros?

La respuesta que brinda el Código Modelo para Iberoamérica nos parece la más acertada: "en caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada ... el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados (60) para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción" (art. 3, par. 4º del citado cuerpo) (61).

Esta solución permite disipar en gran medida la noción —a nuestro juicio, reiteramos, equivocada— de que la previsión de este límite a las posibilidades de los sujetos genéricamente considerados legitimados colectivamente, resulta un obstáculo disfuncional o mezquino. Es que las consecuencias de la denegación de aptitud suficiente no deriva en el rechazo de la pretensión (como ocurre en términos generales en los procesos tradicionales), sino en la suspensión de los trámites e incorporación de un representante idóneo.

V. Conclusiones

1) La representatividad adecuada —entendida como el requisito de las pretensiones de incidencia colectiva según el cual, quien interviene en el proceso gestionando o "representando" los intereses de una clase, debe poseer las condiciones personales, profesionales, financieras, etc., suficientes para garantizar una apropiada defensa de dichos intereses— es un recaudo propio de todas las variantes de acción colectiva. Es decir que, por un lado, rige tanto en las que versan sobre intereses de naturaleza indivisible (difusos y colectivos) o divisible (individuales homogéneos). Y, por el otro, se aplica tanto en los procesos donde la parte plural se halla en el extremo activo de la relación procesal, como en aquellos en los que dicha situación se da en el polo pasivo de la litis (acción colectiva pasiva).

2) En la medida que las consecuencias del obrar del legitimado "extraordinario" (activo o pasivo) sean capaces de repercutir favorable o desfavorablemente en la esfera de interés de múltiples sujetos, sin que éstos necesariamente hayan prestado su voluntad expresa o tácita, la salvaguarda de la garantía del debido proceso (art. 18, Constitución Nacional; art. 8, Convención Americana de Derechos Humanos) hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quien va a actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen, lo haga apropiadamente.

3) Por más que el legislador prevea ciertas hipótesis en las cuales la sentencia colectiva no alcanzará a los miembros del grupo, ello no implica de por sí que el obrar del legitimado sea incapaz de perjudicar a aquéllos. Por lo tanto, el recaudo de la representatividad debe ser contemplado también en esta clase de sistemas.

4) Pese a que nuestro país no posee una regulación sistemática del requisito de la representatividad adecuada, entendemos de lege lata 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.

5) Sin perjuicio de ello, postulamos de lege ferenda la rectificación de la señalada laguna normativa.

6) Respecto de ciertos legitimados (vg., Ministerio Público, Defensor del Pueblo, Asociaciones que deben cumplir determinados recaudos legales para que les sea reconocida la legitimación), la exigibilidad actual del requisito de la representatividad adecuada, se encuentra condicionada por el encuadre normativo específico de cada organismo y, principalmente, en atención a su finalidad institucional, datos que en algunos casos permiten presumir fuertemente la existencia de dicha aptitud.

7) En cuanto a la definición de los standards a considerar a efectos del control de representatividad entendemos que alguna discreción debe reconocerse al juez, so riesgo de convertirse el sistema de control en una ficción desapegada de las particularidades de cada caso. Sin embargo, la previsión normativa de parámetros a tener en cuenta para comprobar la adecuación del litigante resulta plausible, en primer lugar para objetivar el sistema en la medida de lo posible y, en segundo, para exteriorizar la preferencia del legislador respecto de los elementos enunciados. Por lo que es conveniente una definición de ciertos parámetros, aunque con alcance meramente enunciativo.

8) Por esta razón es que resulta acertado que la decisión en materia de representatividad adecuada no cause estado. En otras palabras, que pueda ser revisada de oficio o a pedido de parte, ante la alteración de las circunstancias en las que dicha adecuación fue reconocida.

9) En lo atinente a los efectos de la declaración (inicial o sobreviviente) de la ausencia de representatividad, la respuesta que brinda el Código Modelo para Iberoamérica resulta la más acertada: "en caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada ... el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción".

Esta solución (junto con la explicada tésis garantizadora del recaudo en cuestión) permite disipar en gran medida la equivocada noción de que la previsión de esta exigencia resulta un obstáculo disfuncional o mezquino a la legitimación procesal. Las consecuencias de la denegación de aptitud suficiente no deriva en el rechazo de la pretensión (como ocurre en términos generales en los procesos tradicionales), sino en la suspensión de los trámites e incorporación de un representante idóneo.

(1) Hemos dicho ya que la expresión "derechos de incidencia colectiva" resulta omnicomprensiva de todas las posibles pretensiones plurisubjetivas. Es decir, que debe adoptarse tanto para las versan sobre intereses de naturaleza indivisible (colectivos y difusos) como los de carácter divisible (individuales homogéneos, en la terminología brasileña, adoptada por el Proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica). V. nuestro relato nacional por la República Argentina, presentado en el marco del VIII Seminario Internacional "Sistema guirúdico latinoamericano e processo", celebrado en Roma, 20-22 de mayo de 2004.

Pese a que la cuestión desborda los límites de este trabajo, debemos aclarar —para evitar desinterpretaciones— que la afirmación precedente no pretende provocar un "sobredimensionamiento" del amparo, legislado en el art. 43 de la Constitución Nacional. Este proceso posee una serie de límites (en sus posibilidades de conocimiento, en su objeto, etc.) que operan como valladar al desborde de la figura.

Lo que se indica al postular este sentido amplio de la expresión "intereses de incidencia colectiva", es la posibilidad de adoptar esta terminología como género y punto de partida en el estudio y aplicación (legislativa o judicial) de los procesos colectivos en nuestro país. Al haber sacado carta de ciudadanía y haberse arraigado en nuestra praxis forense, esta fraseología se muestra adecuada a tales efectos.

(2) Es sabido que en esta clase de acciones no se presenta una relación jurídica de representación stricto sensu entre el legitimado legalmente y el interesado directamente. Más bien podría asemejarse el vínculo jurígeno al de una gestión de negocios parcial o totalmente ajenos, sin que, por supuesto, quepa hablar de identidad entre ambas situaciones. Sin embargo, en este trabajo utilizaremos como sinónimos las voces "representante" o "gestor", para referirnos al legitimado colectivo. Lo hacemos por razones lingüísticas y también por la expandida utilización de la expresión en todos los países en los que se ha estudiado la problemática.

(3) El estudio de las acciones colectivas pasivas se muestra en nuestro país, en el mejor de los casos, como una preocupación de lege ferenda. Sin embargo, no debe ser soslayada su importancia como herramienta de enjuiciamiento para situaciones en las que la dispersión y anonimato se presenten no ya en el grupo de afectados, sino en el de los autores de la lesión.

(4) "One or more members of a class may sue or be sued as representatives parties on behalf of all only if ... (2) there are questions of law or fact common to the class ..." (Federal Rule 23 a) (2)).

(5) Se trata quizá de la especie más controvertida de las acciones de clase norteamericanas, las class action for damages, nombre debido a su frecuente utilización para procesos de daños colectivos. El paralelo de este tipo de acción en el sistema iberoamericano, puede hallarse en la tutela de los intereses individuales homogéneos; aunque la uniformidad no sea absoluta debido a los diversos alcances de las disposiciones contenidas en la regla 23 (b) y en el art. 1.II del CM (íd. art. 81.III del Cód. de Defensa del Consumidor Brasileño) y —como acertadamente sostiene GIDI—, a las profundas diferencias filosóficas de los sistemas del civil y common law (v. GIDI, Antonio, "Class Actions in Brazil. A model for civil law countries", en American Journal of Comparative Law, vol. LI, 2003, N° 2, p. 350), que sobresalen al momento de las definiciones legales.

(6) Regla 23.b): "Acción de clase proponibles. Una acción puede ser propuesta como acción de clase si los prerequisites de la subdivisión (a) son satisfechos, y además: ... (3) la corte encuentra que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre aquellas cuestiones que afectan exclusivamente a los miembros individuales..." ("Class action mantainable. An action may be mantained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in adition: ... (3) the court finds that the question of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members ..." las transcripciones de la regla federal 23 que realizamos en el presente texto son traducciones propias; pueden verse versiones completas de dicha norma en español, con leves diferencias, en CUETO RUA, Julio C., "Las acciones de clase", en LA LEY, 1988-C, 956-958; BIANCHI, A., "Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala", Bs. As. Abaco, 2001, ps. 50-58.

Destaca Klonoff que el requisito del art. 23 (a) (2) (commonality) es frecuentemente confundido con el del art. 23 (b) (3) (predominance) (KLONOFF, Robert, "Class actions and other multi party litigation in a nutshell", St.

Paul, Minn, 1999, p. 29).

(7) Elaborado por los profesores Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gidi y Kazúo Watanabe. Presentado como anteproyecto en las XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en la ciudad de Montevideo, 2002. Finalmente aprobado por la Comisión Revisora integrada por los supramencionados y los siguientes profesores: A. G. de Castro Mendes, A. Quiroga León, E. M. Falcón, J. L. Vázquez Sotelo, R. Bejarano Guzmán, R. Berizonce, S. Artavia. Redacción revisada por A. Landoni Sosa.

(8) No siempre la práctica forense comparada confirma la afirmación vertida en el texto acerca de la relativa sencillez de la distinción. A modo de ejemplo, véase el antiguo caso citado por TIDMARSCH - TRANGSRUD ("Dolgow v. Anderson", 43 F.R.D. 472 —E.D.N.Y., 1968—), en el que el Juzgado de Distrito actuante estableció que: "dos requisitos deben encontrarse verificados para que la corte queda satisfecha respecto de que las partes representativas protegerán adecuadamente los intereses de la clase que buscan representar. Primero, los intereses de las personas anónimas deben estar identificados cercanamente con los intereses de los representantes - i.e. deben ser miembros de la clase que compartan asuntos e intereses comunes [ver Suprema Corte EE.UU., "Hansberry v. Lee", 311 U.S. 32 (1940)] Segundo, la Corte debe estar segura de que los representantes presentarán una real batalla". El caso fue presentado por cuatro tenedores de acciones de Monsanto Company, contra dicha empresa y sus principales directivos, a quienes se les imputaba la consecución de maniobras fraudulentas destinadas a "inflar" artificialmente el precio de tales valores, de modo de vender sus partes en la Compañía (extraído de TIDMARSCH, Jay - TRANGSRUD, Roger H., "Complex litigation and the adversary system", New York, Foundation Press, 1998, p. 571).

(9) "One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if ... (2) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class ..." (Federal Rule 23 a) (3)).

(10) Como es sabido, el requisito de la "tipicalidad" (typicality) no estaba previsto en la primera versión de la regla federal 23, sino que fue incorporado en la reforma que a dicha norma se le efectuara en 1966. Pese a su frecuente utilización como guía para la interpretación de la reforma, las notas del Comité Consultivo (Advisory Committee) encargado de la redacción de dichas modificaciones, no incorporaron guías suficientes para la delimitación de este requisito. Por lo que las cortes norteamericanas no han guardado uniformidad alguna a su respecto, llegando incluso a ser expresamente ignorada o subsumida en la commonality o la adequacy of representation.

(11) V. CALAMENDREI, P., "Instituciones de Derecho Procesal Civil" (trad.: SENTIS MELENDO, S.), Ed. El Foro, Buenos Aires, 1996, t. I, ps. 403 y sigtes.; PALACIO, L. E., "Derecho Procesal Civil", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., t. I, ps. 253 y siguientes.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dicho en este sentido que "La actividad de los sujetos procesales es fundamental para la suerte de sus pretensiones y defensas, lo que se agudiza cuando el trámite ritual se rige por el principio dispositivo" (Ac. 81.746, sent. del 5-3-2003, "Bisarccia, Emilia c. Compañía de Transportes La Argentina S.A. —Línea 87— y otros s/daños y perjuicios").

(12) Utilizamos esta voz con un sentido genérico y sin tomar posición en la discusión relativa al carácter ordinario o excepcional de la legitimación colectiva, asunto que ha sido tratado por la doctrina y que excede los límites del presente. Sólo hacemos hincapié con tal calificativo a la diferencia que los efectos del ejercicio de la gestión procesal tiene en estos casos y en los de legitimación "común".

(13) La ausencia de ejercicio del opt out, en un sistema que lo prevea, no puede ser interpretado como una manifestación tácita de conformidad con el actuar del legitimado, porque los sistemas de notificación de las partes ausentes en los procesos colectivos no siempre garantizan el conocimiento efectivo de la existencia del proceso en trámite por los miembros de la clase. Falla así —en muchos casos— un presupuesto esencial de la manifestación tácita de la voluntad, que es el conocimiento de la existencia del hecho sobre el cual los actos de las personas pueden permitir dar por manifestada la voluntad en determinado sentido (v. art. 918, Código Civil).

(14) La falta de titularidad o "ajenidad" del legitimado colectivo respecto de los intereses debatidos, varía en las diferentes especies de derechos grupales. En los de naturaleza indivisible (difusos), cuando quien actúa forma

parte del grupo de afectados, el interés no le pertenece exclusivamente, pero tampoco es un alio a su respecto. Sí hay gestión de intereses totalmente ajenos en los casos de acciones en defensa de derechos individuales homogéneos. Pero la afirmación del texto se mantiene, el legitimado colectivo puede influir en derechos que no son propios (sea porque terceros concurren con él en su titularidad o porque directamente no le pertenecen).

(15) Regla federal 23, c.2."B)" y c.3. Explica Zeckariah Cafee para el sistema británico —recordado por Cueto Rúa—: "Si las partes no individualizadas (unnamed parties) son permitidas (en acciones por clases de personas en Inglaterra) entonces se encuentran obligadas por la sentencia. O los tribunales admiten una acción por clase de personas o de lo contrario insisten en la acumulación de acciones (joinder). No hay terreno intermedio. Si la acumulación no es necesaria, tampoco lo es contar con un día en el tribunal" ("Some problems of equity: five lectures delivered al the University of Michigan", p. 225, University of Michigan Law School, Ann Arbor, 1950; citado por CUETO RUA, Julio C., "La acción por clase de personas (class actions)", LA LEY, 1988-C, 954).

(16) "...best notice practicable under circumstances" —la mejor notificación practicable según las circunstancias — (regla federal 23, c.2).

(17) "the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion" —la sentencia, sea o no favorable, incluirá a todos los miembros que no requieran exclusión— (regla federal 23, c.2."B").

(18) La afirmación del texto resulta aplicable a las acciones colectivas pasivas, lógicamente invirtiendo sus extremos. La sentencia desestimatoria beneficiará a los ausentes, pero la que acoga la demanda les será oponible.

(19) Como veremos infra, el standard de adecuación no importa la carga de demostrar que el litigante es un "superhombre", sino un adecuado defensor de los intereses del grupo. Se trata de criterios similares a los de "buen hombre de negocios" (v. art. 59, Ley de Sociedades Comerciales), que no impone la sagacidad y capacidad del C.E.O. de una corporación internacional.

(20) Suprema Corte de los Estados Unidos, "Hansberry v. Lee", 311 U.S. 32, sent. del 12-11-1940. La cuestión principal a decidir en el caso —como señaló el Justice Stone en el primer párrafo de su voto— era si la Suprema Corte de Illinois al decidir que lo resuelto previamente en una acción de clase vinculaba a los ahora peticionantes pese a que los mismos no habían sido parte en el juicio anterior, importaba o no lesión al debido proceso legal garantizado por la décimo cuarta enmienda de la Constitución de dicho país.

(21) A Joe Isaacson le fue diagnosticado "non-Hodgkin's lymphoma" en 1996 y a Raymond Stephenson, cáncer óseo en 1998.

(22) USSC, sent. del 09/06/2003, "Agent Orange Product Liability Litigation, "in re" Dow Chemical Co., et al. v. Daniel Raymond Stephenson, et. al.", N° 02-271).

(23) Obviamente el tratamiento exhaustivo de la cuestión desborda los límites del presente trabajo. Remitimos a la extensa bibliografía sobre el particular. Especialmente: BARBOSA MOREIRA, José C., "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos", en Temas de Direito Processual, Saravia, 1977, ps. 110-123; HITTERS, Juan C., "Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos", L.L. del 24-10-2005, p. 1; GIDI, A., "Coisa julgada e litispendência em ações coletivas", Sao Paulo, Saravia, 1995; íd., "Class Actions in Brazil. A model for civil law countries", en American Journal of Comparative Law, vol. LI, 2003, N° 2, ps. 384 y sigtes.; íd., "Cosa Juzgada en acciones colectivas", en GIDI, A. - FERRER MAC GREGOR, E. (coord.), "La tutela de los derechos difusos colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica", Porrúa, México, 2003, ps. 261 y sigtes.; PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto", Rfo de Janeiro, 6ª edic., 1999; íd., "Ações coletivas Iberoamericanas: Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada", Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, año I, N° 1 (2002), ps. 11-27; CASTRO MENDES, Aluisio G., A., "Ações coletivas no direito comparado e nacional", Ed. Revista dos Tribunais, 2002, ps. 262-264.

(24) Categorías unificadas en la segunda versión del anteproyecto, bajo la denominación genérica de "difusos".

(25) En realidad el sistema del Proyecto Iberoamericano en este sentido es superior técnicamente que el de su modelo, el Código de Defensa del Consumidor brasileño. Este último cuerpo normativo distingue la vinculatoriedad de la sentencia en los casos de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos, determinando que en cada categoría la sentencia hará, respectivamente, cosa juzgada erga omnes, ultra partes y erga omnes "sólo para el caso de procedencia del pedido" (art. 103, CDC de Brasil). La primera versión del CM poseía un esquema casi idéntico. Sin embargo, su nueva versión ha mejorado la sistemática, unificando las categorías erga omnes y ultra partes, que no poseían diferencias ontológicas justificativas de dicha duplicidad (v. GIDI, Antonio, "Cosa Juzgada en acciones colectivas", en "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica", Porrúa, México, 2003, ps. 269-270; citando la opinión contraria de PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto", cit., ps. 584-585 y de ARRUDA ALVIM, José M. et alii, "Codigo do consumidor comentado", p. 222). Para no desbordar los límites del presente, remitimos para el tratamiento de este "delicado trabajo de relojería" (en las palabras de MORELLO, Augusto M., "Los procesos colectivos (el Anteproyecto para Iberoamérica de los colegas brasileños)", en "La tutela de los derechos difusos...", ob. cit., p. 336) a la doctrina citada en la nota N° 23.

(26) V. GIDI, A., "Class actions in Brazil...", cit., p. 391, comparando el sistema limítrofe con el criterio sentado por la Suprema Corte estadounidense "in re" "Cooper v. Federal Reserve Bank of Richmond" (467 U.S. 867 —1984—) en cuanto a la necesidad de prueba de patrones individuales de discriminación por parte de miembro ausente, para evadir los efectos vinculantes de la sentencia dictada en una acción de clase rechazada por ausencia de acreditación de discriminación basada en patrones generales o colectivos.

(27) Véanse los desarrollos que sobre diversos aspectos de este dispositivo formula GIDI, Antonio, "Coisa julgada e litispendencia e em ações coletivas", São Paulo, Saravia, 1995, ps. 131 y sigtes.; del mismo autor, "Class actions in Brazil - A model for civil law countries", ob. cit., ps. 392 y 22.

(28) Conf. GIDI, Antonio, "Class actions in Brazil...", ob. cit, p. 392, (argumentando que "el hecho de que el representante no haya podido encontrar o no haya producido toda la prueba, significa que abogó inadecuadamente por los intereses del grupo en juicio" - "the fact that the representative could not find or did not produce all evidence, signifies that the representative inadequately advocated the group's interests in court").

(29) Hemos recién visto que la insuficiencia probatoria expresamente posee solución en el esquema reseñado: no hay cosa juzgada.

(30) Véase HITTERS, Juan C., "La revisión de la cosa juzgada", La Plata, LEP, 2ª ed., 2000, pássim; íd., "Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos", ob. cit.; BERIZONCE, Roberto O., "La nulidad en el proceso", La Plata, LEP, 1967, p. cap. II y cap. X, pto. 48; COUTURE, E., "La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta", LA LEY, 16-110; más acotadamente, GIANNINI, Leandro J., "La revisión de la cosa juzgada. Cuestiones actuales", La Ley, 2001-E, 1259 (y bibliografía allí citada).

(31) GIDI, Antonio, "Class actions in Brazil...", ob. Cit., p. 372.

(32) Vg., en la órbita nacional, el art. 33 de la ley general ambiental (25.675 —Adla, LXIII-A, 4—); en el ámbito provincial, a modo de ejemplo, hallamos el art. 28 del Código de Defensa del Consumidor de la Provincia de Buenos Aires (v. nota al pie N° 37); entre otros cuerpos locales que abordan materias específicas.

(33) Destaca Sagüés que "cierta jurisprudencia aclara que la sentencia de amparo se proyecta igualmente contra quienes no fueron citados al proceso, si los demandados ocupan 'un puesto igual y suficientemente representativo de aquéllos' (aunque a nuestro juicio de los fallos citados por el prestigioso autor no surge expresamente esta cualidad requerida en el representante, aunque pueda deducírsela de su contexto) (SAGÜES, Néstor P., "El amparo ambiental (ley 25.675)", en LA LEY, 2004-E, 1194, nota al pie 17. En tal hipótesis, manifiesta su coincidencia con Lago, en el sentido que si el no citado estuvo de todos modos comprendido y defendido por quien resultó en forma demandado y condenado, se le debe aplicar la sentencia (LAGO, Daniel H., "La ley general del ambiente (ley 25.675) y sus reglas procesales, Reflexiones sobre su constitucionalidad", JA, 2003-III-1286).

Adviértase que el criterio sustentado —y el que explicitaremos en el texto— difiere del utilizado por la CSJN

en el conocido caso "Ekmekdjian c. Sofovich" (LA LEY, 1992-C, 543). Efectivamente, el Máximo Tribunal otorgó allí efectos expansivos a su decisión, en un asunto llevado a conocimiento de la jurisdicción por un particular que "asumió una suerte de representación colectiva". Se solicitaba el ejercicio del derecho a réplica por parte de un católico militante que se vio afectado por manifestaciones vertidas en un programa televisivo, derecho reconocido en la sentencia. En lo relativo a los efectos de la decisión (a la luz de la gran cantidad de gente que pudo verse aquejado por dichas declaraciones), la Corte dijo que "ejercido este derecho de responder a los dichos del ofensor, su efecto reparador alcanza, sin duda, al conjunto de quienes pudieron sentirse con igual intensidad ofendidos por el mismo agravio", afirmando asimismo que en dicho caso "quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal" (CSJN, sent. del 07/07/1992, Fallos 315:1492, consid. 25). Recuérdese que para la época de dicho fallo, no había sido sancionada la reforma de la Constitución Nacional al art. 43 (circunstancia que en gran medida resalta el ya reconocido valor del citado *leading case*), por lo que la doctrina y jurisprudencia existente hasta el momento no se caracterizaba por la precisión terminológica absoluta. Pero en definitiva lo que cabalga en este pronunciamiento, es un criterio de representatividad meramente temporal, el actor representó los derechos de los demás afectados y replicó en nombre de todos no porque fuera un paradigma de la clase o tuviera cualidades especiales a tal efecto, sino "en virtud de una preferencia temporal".

(34) Es decir, para todas las materias (derecho ambiental, del consumidor, laboral, comercial, etc.) y para los diversos objetos de reclamo (declaración, cesación, restitución, resarcimiento, etc.).

(35) Esta conclusión no sólo está contemplada en la norma indicada, sino que resulta una pauta elemental del litigio colectivo y conclusión necesaria del reconocimiento de la legitimación "extraordinaria". Ver al respecto las conclusiones de las X Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional y Administrativo, Junín, Argentina, celebradas en el mes de noviembre de 2003. Asimismo, v. CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, causa 15.499, sent. del 23/09/97, "in re" "Defensor del Pueblo —incidente III— c. Estado nacional s/amparo": "Teniendo en cuenta que el Defensor del Pueblo no actúa ejerciendo un derecho propio sino en representación de los derechos de incidencia colectiva de los usuarios afectados por un decreto que es de aplicación en todo el país, la sentencia a dictarse como la medida cautelar que tiene a asegurar su cumplimiento deben tener ese alcance".

(36) La res judicata secundum eventum probationem, también ha sido contemplada en la ley medioambiental de la Provincia de Buenos Aires, en estos términos: "las sentencias que dicten los tribunales en virtud de lo preceptuado por este Capítulo, no harán cosa juzgada en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta de prueba" (art. 38, ley provincial 11.723 —Adla, LVI-A, 1240—).

(37) La disciplina de la res judicata en el reciente Código de Defensa del Consumidor de la Provincia de Buenos Aires (ley 13.133, BO 5 - 09/01/2004— Adla, LXIV-A, 731—) puede muy sintéticamente ser resumida de este modo: i) en caso de acogimiento de la pretensión, todos los usuarios lesionados serán beneficiados por el decisorio; ii) en caso de rechazo, quedan expeditas las acciones individuales de los afectados que no hayan intervenido en el proceso; iii) en caso de rechazo por insuficiencia probatoria, podrá replantearse la cuestión mediante aporte de nuevos elementos de juicio (art. 28, cuerpo citado). Ver un comentario sobre los aspectos procesales de este cuerpo normativo en GRILLO CIOCCHINI, Pablo, "La ley 13.133 de la provincia de Buenos Aires (Código Provincial de implementación de los Derechos de Consumidores y Usuarios) Primeras impresiones sobre sus aspectos procesales", en JA, supl. del 02/06/2004.

(38) Hemos desarrollado nuestras ideas tomando como punto de partida la aplicación supletoria de las disposiciones análogas en este campo. Es decir, dimos por supuesto que la jurisprudencia no adopte —ante la ausencia de disposiciones generales para materias que carecen de una regulación específica— una hermenéutica rígida que descarte directamente el ejercicio de nuevas acciones por la existencia previa de debate sobre un conflicto determinado. En caso contrario, si se hiciera valer esta interpretación restrictiva de la res judicata, el daño sería, obviamente, directo e inmediato.

(39) Esta necesidad fue receptada en las conclusiones del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mendoza, 2005), que en lo pertinente expresan: "5. ...Será requisito de la acción colectiva la adecuada representatividad del legitimado, que se verificará liminarmente como presupuesto de admisión de la demanda, y en cualquier estado del proceso".

(40) "One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if ...

(4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class..." (Federal Rule 23 a) (4)). Otros países como Canadá y Australia siguen la misma orientación (v. WATSON, Gerry, "Las acciones colectivas en Canadá", en GIDI A. - FERRER MAC GREGOR, E. (coord.), "Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en una perspectiva comparada", Porrúa, México, 2003, p. 30; WILCOX, Murray, "Las acciones colectivas en Australia", en la obra recién citada, p. 50).

(41) Además del Proyecto Iberoamericano (que será analizado en el texto), encontramos previsiones más o menos aisladas en países como Suecia, que en la sección 8.5 de la Ley de Procedimientos de Grupo menciona a la capacidad financiera y al interés sustancial en el asunto como parámetros a considerar en este sentido (v. LINDBLOM, H. - NORTH, R., "La ley sueca de procedimientos de grupo", en la obra citada en la nota anterior, ps. 106 y 114).

También cabe mencionar países que, si bien cuentan con alguna regulación de los procesos colectivos, no prevén el recaudo objeto de este trabajo. Así, por ejemplo, el Código de Defensa del Consumidor brasileño no indica esta exigencia. Sin embargo, pese a esta falencia, Gidi ha sostenido su vigencia de lege lata, como derivación necesaria de la garantía del debido proceso (GIDI, A., "A representação adequada nas ações coletivas brasileiras. Uma proposta", en Rev. de processo, 61 (2002), postura a la que se ha plegado PELLEGRINI GRINOVER, A., "Ações coletivas Iberoamericanas: Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada", cit., ps. 15-16. Recuerda la profesora paulista que el proyecto de ley Flavio Biérrenbach (del que ella participara junto con otros profesores brasileños) contemplaba el control judicial de representatividad, sistema dejado de lado al ser sancionada la ley 7347/85 "de acción civil pública" (v. nuestra traducción al español de dicha norma en GIDI, A. - FERRER MAC GREGOR, E. (coord.), "La tutela de los derechos difusos colectivos e individuales homogéneos. Hacia un código modelo para Iberoamérica", Porrúa, México, 2003, p. 690) - (PELLEGRINI GRINOVER, A., "Ações coletivas Iberoamericanas...", cit., p. 14).

España tampoco contempla expresamente la exigencia de representatividad adecuada, aunque Silguero afirma que "no sería extraño que los tribunales utilicen lo dispuesto en el art. 9 de la LEC, al señalar que 'la falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso', para controlar la formación y el mantenimiento de una representatividad adecuada por quienes pretendan la tutela de los intereses del grupo", (SILGUERO, J., "Las acciones colectivas de grupo en España", en "Procesos colectivos...", ob. cit., p. 349; cursiva en el original). Al explicar los requisitos para el reconocimiento de la legitimación de los grupos de afectados, destaca Bachmaier Winter que la ley española prevé un "criterio exclusivamente cuantitativo para acreditar que ese grupo es suficientemente representativo de los intereses de los afectados, lo cual legitima su actuación procesal y la extensión de sus consecuencias, incluso a afectados ausentes del proceso ... No se exigen otros criterios cualitativos...". (BACHMAIER WINTER, L., "La tutela de los intereses colectivos en la ley de enjuiciamiento civil española 1/2000", en Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, año I, N° 2 —2002—, p. 290, énfasis agregado).

(42) La versión anterior del anteproyecto citado, señalaba otro parámetro removido por la Comisión Revisora del documento: el de la "capacidad financiera para la conducción del proceso colectivo" (ex. inc. d). Ver lo que decimos al respecto en el texto.

(43) La representatividad adecuada del actor es en definitiva una cuestión de hecho respecto de la cual aquél debe afrontar la carga de la prueba ("Predmore v Allen", 407 F. Supp 1053, 1064 —1975—). Se ha dicho que el requisito se verifica si: (1) el actor presentado tiene intereses comunes y no antagónicos respecto de los miembros ausentes; y (2) el abogado de la parte representativa está calificado, tiene experiencia y es en general capaz para llevar adelante el litigio ("Sosna v Iowa", 419 U.S. 393, 403, 95 S.Ct 553, 42 L.Ed 2d 532 -1975). El factor más importante —destacan Wright, Miller y Kane— para determinar la representatividad adecuada es cómo el interés de los ausentes se compara con el de los presentes (WRIGHT, C., MILLER, A. & KANE, Mary K., "Federal Practice and Procedure, West Publishing Co.", St. Paul Minnesota, 2ª edic., 1986, N° 1909).

(44) O incluso la mención de "la conducta en otros procesos" (inc. c), que puede ser considerada como un "antecedente", en los términos del inc. b).

(45) Por ejemplo, en las X Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal, Laboral, Constitucional y Administrativo, Junín, Argentina, celebradas en el mes de noviembre de 2003, la materia fue objeto de debate. V. CALVO MARCILESE, E. J. y ROSBACO F. G., "La representatividad adecuada en el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica" (cap. III.B.), ponencia presentada en

dicho encuentro, en la que los autores critican el parámetro.

(46) La observación de este párrafo fue incluida en nuestro relato nacional para el VIII Seminario Internacional "Sistema guirídico latinoamericano e processo", celebrado en Roma, 20-22 de mayo de 2004.

(47) CSJN, Fallos 7:118; 95:327; 117:22; 123:106; 300:1084; 306:1560, entre muchos otros. Tal garantía, en definitiva —ha dicho reiteradamente nuestro máximo tribunal— no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes ("Fallos" 182:399; 236:168; 288:275, entre otros) en tanto dichas discriminaciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de ilegítima persecución (Fallos 181:203; 263:545; 295:138; 302:192, etc.).

(48) El disfavor con el que son miradas determinadas cargas económicas previas requeridas para acceder al servicio de justicia (vg., tasa de justicia, depósitos previos para recurrir) ha sido materia de constante desarrollo doctrinario y jurisprudencial (vg., a nivel trasnacional, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "in re" "Cantos c. República Argentina", del 28/11/2002), aspecto que obviamente excede las finalidades del presente. Sólo destacamos en lo que ahora concierne, que la finalidad constitucional del requisito de la representatividad adecuada (aspecto que hemos resaltado constantemente a lo largo de este trabajo), permite distinguir claramente el parámetro de la capacidad financiera, respecto de las cargas económicas indicadas anteriormente, que se encuentran principalmente orientadas a engrosar las rentas fiscales (tasa de justicia) o restringir el paso de causas a los tribunales superiores (depósitos previos para recurrir, como el del art. 280 del código procesal de la Provincia de Buenos Aires).

(49) Recuérdese que en nuestro país, pese a las habituales quejas de los consumidores y operadores judiciales, los costos del proceso resultan significativamente menores que en países como Inglaterra o EE.UU.

(50) Anticipos que pueden resultar onerosos cuando el estudio encomendado requiere de sofisticado instrumental.

(51) Cám. Nac. en lo Cont. Adm. Federal, sala IV, sent. del 20/04/2004, "Asociación por los Derechos Civiles y otros c. Estado Nacional - Poder Judicial de la Nación s/amparo".

(52) CSJN, sent. del 05/03/2002, "in re" "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo".

(53) El *amicus curiae* es otra alternativa propicia para casos como el citado, en los que el legitimado pasivo es el Estado. Recuérdese que la causa se inicia a consecuencia de la autorización acordada por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación para la fabricación, distribución y comercialización del fármaco "Imediat". Idéntica circunstancia (autorización del mismo producto por parte del Ministerio de Sanidad) fue la que originó en España en el año 2001, la promoción de un recurso de amparo ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, por parte de la Federación Española de Asociaciones Pro Vida. Similar panorama se ha presentado en Chile donde, a mediados de 2004, la justicia civil de primera instancia prohibió la fabricación y comercialización de un fármaco de idénticas potencialidades, ordenando preventivamente la incautación de todas las dosis habidas en farmacias, consultorios, etc. del país.

(54) En virtud de lo dispuesto en el decreto reglamentario 1789/94 (anexo I, art. 57), se entiende por publicaciones a los "folletos, diarios, revistas, programas de radio y televisión, boletines informativos, etc."

(55) Podríamos encontrar un paralelo de la situación descrita en Brasil. Sabido es que el Ministerio Público de dicho país es el principal promotor de esta clase de pretensiones. Sin embargo, como explica la profesora Pellegrini Grinover, aun en dicho organismo se habrían encontrado casos en los que algunos miembros del Ministerio Público terminaban convirtiéndose en "pseudo defensores de una categoría cuyos verdaderos intereses pueden estar en contraste con lo pedido" (PELLEGRINI GRINOVER, A., "Ações coletivas Iberoamericanas: Novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada", cit., p. 15). Cita la autora como ejemplo el pedido de reserva del 50 % de las vacantes para el examen de ingreso a la Universidad, que el Ministerio Público de ese país requirió que quede en cabeza de los egresados de la enseñanza pública, perjudicando así directamente a quienes se hallasen diplomados en colegios privados (ob. cit., nota al pie 13).

(56) Art. 2º, par. 3º, CM: "El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento...".

(57) "No se sustanciarán nuevos incidentes promovidos por quien hubiere sido condenado al pago de las costas en otro anterior, mientras no satisfaga su importe o, en su caso, lo dé a embargo".

(58) En dicho país, este tipo de acciones están destinadas a la protección colectiva de derechos ontológicamente individuales, pero masivamente afectados (categoría asimilable a los intereses individuales homogéneos del sistema brasileño y del CM). A diferencia de ellas, el régimen de la acción popular (orientado a tutela de los derechos colectivos) se desentiende del problema de la representatividad, en atención a que la legitimación para incoarla pertenece a cualquier ciudadano, sin distinción. Ver, en general, al respecto, BEJARANO GUZMAN, R., "Las acciones populares", Bogotá, 1993; PARRA QUIJANO, J., "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", Rev. Iberoamericana de Derecho Procesal, Año I, N° 2 (2002), ps. 55-84.

(59) V. GUAYACAN ORTIZ, Juan C., "La acción popular, la acción de grupo y las acciones colectivas -comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el Anteproyecto de Código de procesos colectivos para Iberoamérica", documento preparado para el "VIII Seminario Internazionale sul sistema giurídico latinoamericano e processo. Unificazione del dritto", celebrado en Roma, del 20 al 22 de mayo de 2004.

(60) Vg., en nuestro país correspondería, en general, dar vista a la Defensoría del Pueblo o a las asociaciones respectivas, según la materia comprometida (de defensa del consumidor, del medioambiente, etc.).

(61) Similar solución fue igualmente receptada en las citadas conclusiones del XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mendoza, 2005), en las que se expresa que: "si el legitimado carece de representatividad adecuada se suspenderán las actuaciones y se ordenará la citación de otro legitimado que cuente con aptitud suficiente".