

ACCIONES DE CLASE. CONSIDERACIONES RESPECTO A SU REGIMEN
PROCESAL ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY QUE LO REGLAMENTE

Por ADRIÁN R. TIMPANARO

SUMARIO

1. Introducción	289
2. El caso <i>Halabi</i> y las acciones de clase.....	291
3. Cuestiones de competencia.....	293
4. Legitimación.....	295
5. Conformación de la clase	297
6. Representación de la clase.....	299
7. Vía procesal	300
8. Efectos de la sentencia.....	301
9. Conclusión	303

ACCIONES DE CLASE. CONSIDERACIONES RESPECTO A SU REGIMEN PROCESAL ANTE LA AUSENCIA DE UNA LEY QUE LO REGLAMENTE

Por ADRIÁN R. TIMPANARO

1. *Introducción*

Al efectuárseme el convite para participar en una obra colectiva que hablara del fuero contencioso administrativo federal en primera persona, se generaron dos reacciones en forma inmediata. Por una parte un profundo agradecimiento ante la posibilidad de compartir la misma con tan ilustres nombres, cuyos trabajos constituyeron y siguen siendo material de consulta en mi formación y actividad profesional. Por otro lado, reflexionando sobre el tema a desarrollar, vinieron a mi memoria los reiterados relatos de colegas y compañeros de tareas que formaron parte del fuero en décadas anteriores. Épocas en las cuales la realidad de éste guardaba estricta relación con la idea de la jurisdicción federal como un fuero de excepción.

En claro contraste, los últimos años han traído de la mano una exponencial multiplicación de la litigiosidad en la materia. A la hora de mencionar las razones de tal transformación, no puede soslayarse el efecto que se ha operado en el derecho público al enraizarse, dentro del ámbito jurídico, la noción de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva como un medio eficaz a fin de canalizar la participación ciudadana, en aras de asegurar la efectiva vigencia, tanto del sistema republicano en sí, como del estado de derecho. Sobre todo si se pondera que ambos conceptos se encuentran fuertemente entrelazados.

Esta aseveración se puede encontrar verificada en la proliferación de institutos jurídicos, los cuales permiten canalizar pretensiones que, a su vez, persiguen obtener un actuar de parte del Estado frente a las múltiples demandas de la sociedad y que han desplazado, parcialmente, a los clásicos procesos administrativos orientados hacia el carácter revisor de la competencia contencioso administrativa. Ejemplo de esto pueden constituir el desarrollo de la doctrina

de la inconstitucionalidad por omisión, la multiplicación de juicios en los que se ha planteado la responsabilidad del Estado nacional por omisión de sus deberes, y la admisión, si bien con limitaciones, de la procedencia de las denominadas medidas cautelares autosatisfactivas.

Sin duda, otro factor fundamental en la transformación apuntada resultó ser la reforma constitucional de 1994. En el marco de ella se produjo la consagración de la acción de amparo en el art. 43 de la Constitución nacional, otorgando a ésta una regulación más acorde con su finalidad, al operar expresas derogaciones respecto del régimen establecido por el decreto-ley 16.986/66.¹ En la misma oportunidad, se introdujo la mención de los derechos enumerados en los arts. 41 y 42, así como se creó el amparo colectivo, inserto en el segundo párrafo del ya mencionado art. 43, como vía procesal apta para su protección judicial. Cabe advertir entonces este cambio en el paradigma del derecho público que ha tendido hacia la realización del ideal de otorgar vigencia a aquello que postulara BIDART CAMPOS, la fuerza normativa de la Constitución.²

Engarzado en este proceso llega el pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el llamado caso *Halabi*.³ En esta sentencia, el Máximo Tribunal, en oportunidad de tratar una demanda en la cual se requería la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 y su decreto reglamentario 1563/04,⁴ realizó una sistematización de las situaciones jurídicas subjetivas que habilitan la legitimación procesal para promover la acción de amparo colectiva. Entre dichos supuestos, se incluyó a aquellos casos en los cuales la necesidad de perseguir la defensa de un derecho individual adquiere, incidentalmente, rasgos colectivos en razón de la existencia de determinados extremos que la Corte enumeró. A partir de esta decisión se ha señalado que el tribunal reconoció la vigencia, en nuestro ordenamiento jurídico y con rango constitucional (en la medida de

¹ En efecto el art. 43 de la Constitución nacional derogó expresamente algunos presupuestos de improcedencia de la acción de amparo previstos en el art. 2° de dicha reglamentación, los que, por su parte, autorizaban al juez a su rechazo *in limine*. Sin embargo, cabe aclarar que en el fallo plenario recaído en la causa *Capizzano de Galdi* la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo Federal fijó como doctrina legal y, por lo tanto, obligatoria (art. 303 del CPCCN) que, luego de sancionada la reforma constitucional de 1994, mantiene su vigencia el decreto-ley 16.986/66 en todo aquello que no ha sido expresamente derogada por el texto del actual art. 43. Esto ha llevado a varias posiciones encontradas en relación a si el plazo de 15 días previsto para el inicio del amparo, o el efecto suspensivo que se otorga al recurso de apelación contra la sentencia o la resolución que concede una medida cautelar, deben admitirse compatibles con las pautas del art. 43 de la norma fundamental.

² BIDART CAMPOS, GERMAN J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, pp. 19-22.

³ CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332: 111.

⁴ En su momento bautizada como ley espía, junto con su reglamentación, sus disposiciones habilitaban la intervención de las comunicaciones telefónicas sin la correspondiente orden judicial y la acumulación de datos sensibles. Tal medida fue justificada en la necesidad de prevenir la modalidad delictiva de los secuestros *express*, en cuya mecánica resultaba fundamental la utilización de telefonía celular. El actor denunció que, de esta forma, se veían afectados de manera ilegítima su deber de confidencialidad como abogado respecto de sus clientes y su derecho a la privacidad como ciudadano.

que se las consideró implícitamente incluidas en el propio art. 43 de la norma fundamental), de las comúnmente llamadas *acciones de clase*. De tal suerte, así como aconteciere en su momento con la acción de amparo *tradicional* (así la denomina el tribunal en el propio fallo)⁵ cuya operatividad fue instrumentada en forma pretoriana en los fallos *Siri* y *Kot*,⁶ la Corte Suprema entendió ahora necesario subsanar lo que estimó una omisión de parte del Congreso de la Nación.

2. *El caso Halabi y las acciones de clase*

El caso referido en el acápite que antecede llega a conocimiento del Alto Tribunal merced al recurso extraordinario interpuesto por el Estado nacional contra la sentencia emanada de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en la cual se había decidido otorgar efectos extra-parte a la solución allí arribada. Ello así, el principal fundamento esbozado por la demandada estribó en torno a la improcedencia del efecto atribuido al pronunciamiento, en tanto no habían formado parte del proceso ni el Defensor del Pueblo, ni alguna de las asociaciones a las que otorga legitimación colectiva la ley suprema.

De esta forma, si bien hacia el final del voto mayoritario se estimó pertinente abordar la cuestión de fondo debatida,⁷ el *holding* del fallo se centró en este aspecto procesal. De esta manera el Tribunal Supremo señaló que las cuestiones a elucidar eran “la naturaleza jurídica del derecho cuya salvaguarda se procuró mediante la acción deducida, quiénes son los sujetos habilitados para articularla, bajo qué condiciones puede resultar admisible y cuáles son los efectos que derivan de la resolución que en definitiva se dicte.”⁸

Seguidamente precisó que, en referencia a la legitimación procesal, existen tres categorías de derechos: Individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.⁹ En lo atinente a estos últimos (sin perjuicio de que, con un claro ánimo ilustrativo, se desarrolló la diferenciación entre las dos primeras categorías enumeradas), se estimó que los mismos se hallaban de igual forma consagrados en el art. 43 de la Constitución nacional. Asimismo se mencionaron taxativamente algunos ejemplos, como ser los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores, y los derechos de sujetos discriminados.

⁵ Considerando 10, segundo párrafo.

⁶ CSJN, *Siri*, 1957, *Fallos*, 239: 459; *Kot*, 1958, *Fallos*, 241: 291.

⁷ En cuanto a la decisión sobre el fondo de la cuestión, el tribunal confirmó la sentencia de la anterior instancia y declaró la inconstitucionalidad de la ley. Aplicando el criterio de necesidad, al controlar su razonabilidad, entendió que el Estado no justificó la utilización del medio implementado en relación con el fin que se había invocado al dictar la ley.

⁸ Considerando 8.

⁹ Considerando 9, primer párrafo.

Amén de tal enumeración, la Corte otorgó criterio general para definir a los mentados *intereses individuales homogéneos*, esto sería que, más allá de encontrarse involucrados derechos individuales enteramente divisibles, debe existir un hecho único o continuado que provoca la lesión de cada uno y todos ellos. La verificación de tal causa fáctica homogénea, determinaría la demostración de que los presupuestos de la pretensión resultaren comunes a todos los casos, con la salvedad de algún daño diferenciable que individualmente se sufriera. Así se tornaría razonable la realización de un solo juicio en el cual se vieran expandidos los efectos de la cosa juzgada que llegase a producir la sentencia.¹⁰

Sentado esto, haciendo mérito de que las acciones de clase son la vía procesal idónea para encausar este tipo de reclamos y la inexistencia de una legislación infraconstitucional que reglamente su régimen procesal (a punto tal que se declara la mora del legislador en el particular), el tribunal formula las reglas elementales que deberán observarse en el futuro para la sustanciación de estos procesos. De esta forma, además de la ya mencionada comprobación de una causa fáctica común, deberá asegurarse que la pretensión procesal se encuentre enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho, así como la constatación de que el ejercicio individual de los mismos no resultaría viable en virtud de su escasa trascendencia económica. Respecto de este último extremo, se podrá admitir como excepción aquellos supuestos en los cuales exista un fuerte interés estatal en la protección de los derechos involucrados. Sobre tales hipotéticos casos se reitera que los mismos deberán versar sobre los derechos del usuario, del consumidor o de grupos de personas históricamente postergados.¹¹

Por último, el Tribunal Cintero aclaró el carácter elemental de los presupuestos referidos, resaltando que tal falta de rigurosidad obedeció a que se trataba de la primera oportunidad en la cual se admitía la procedencia de este tipo de acción. Sin embargo, sentó como pauta para el trámite de las futuras controversias, así como para ser tenida en cuenta por la legislación que se deberá dictar, que será necesario establecer los mecanismos adecuados para “garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.”¹² En el mismo sentido, habrá que implementar adecuadas medidas de publicidad con el fin de prevenir la multiplicación o superposición de procesos colectivos y el consiguiente peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idéntica materia.

Más allá de este núcleo de requerimientos, cabe de igual forma esperar que una ley determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita

¹⁰ Considerando 12.

¹¹ Considerando 13.

¹² Considerando 20.

ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.¹³

Hemos optado por utilizar la denominación de *acciones de clase*, acuñada en el derecho norteamericano, por ser ésta la utilizada por el propio tribunal. Sin embargo, como se puede advertir en los considerandos 18 y 19 del fallo previamente reseñado —en los cuales se acude al derecho comparado para mencionar una serie de institutos análogos regulados en otros países—¹⁴ bajo esta caracterización se engloban diferentes procedimientos. Todos ellos comparten la peculiaridad de permitir que varios reclamos, que podrían formularse en forma individual, se unifiquen en un único proceso en el marco del cual, finalmente, se dictará una sentencia cuyos efectos trasciendan a todos aquellos que componen ese grupo o clase. Por otra parte los mecanismos implementados en cada ordenamiento jurídico pueden admitir finalidades variadas. Esencialmente, como señala SOLA,¹⁵ se pueden distinguir dos tipos claramente diferenciables, por una parte aquellas acciones de naturaleza normativa que permiten la impugnación de una ley, reglamento o acto administrativo de alcance general y por otro lado, aquellas de contenido pecuniario que persiguen generalmente el resarcimiento de un daño ocasionado a un grupo de individuos el cual reconoce un misma causa fáctica. Esta divergencia lejos se encuentra de resultar nimia. Por el contrario, concebimos que —según se trate de una u otra— la necesidad de guardar rigurosa observancia sobre el cumplimiento de los particulares actos procesales que estas acciones colectivas presuponen puede verse morigerada en la práctica y en su reglamentación.

Lo dicho no implica que se trate de opciones excluyentes. En efecto la norma deberá incluir la reglamentación de ambas. Sólo se advierte la conveniencia de hacer mérito de estas desigualdades para adecuar su trámite a las peculiaridades que cada una presenta, sin perjuicio de que luego pudiera incluso acaecer que, en una misma demandada, se presentasen las dos pretensiones en forma conjunta.

3. *Cuestiones de competencia*

Los principales riesgos de implementar este tipo de acciones en nuestro sistema de control de constitucionalidad difuso giran en torno a la posibilidad de encon-

¹³ SOLA, JUAN V., “El caso Halabi y la creación de las «acciones colectivas,»” *LL*, 2009-B, 154.

¹⁴ Se menciona como antecedente concebido en Inglaterra el *Bill of peace* del siglo XVII, el cual ha dado lugar a las *Class actions* del derecho norteamericano, reguladas actualmente en la Regla 23. (*Equity Rule 23*.) Asimismo se remite a la regulación vigente en España en materia de derechos de los consumidores y de los usuarios, consagrada en la Ley de Enjuiciamiento Civil española y al ordenamiento legal de Brasil, con especial referencia a los arts. 81, 91 y ss. del Código de Defensa del Consumidor, ley 8078, del 11-IX-90.

¹⁵ SOLA, *op. cit.*

trarse con sentencias contradictorias y como garantizar la debida tutela de la defensa en juicio.¹⁶ Respecto a la segunda cuestión nos referiremos más adelante. En cuanto a la primera, entendemos que se encuentra claramente emparentada con el tema abordado en esta parte.

Efectivamente, si una de las principales ventajas que se atribuye a estos procesos se conforma con la unificación de una significativa cantidad de reclamos, que normalmente deberían plantearse en forma individual, en un solo juicio (con los beneficios que esto significa en cuanto a mayor eficiencia en la gestión judicial y costos de transacción de los procesos, así como la posibilidad de una respuesta judicial más oportuna frente a situaciones de incertidumbre jurídica generalizada, que bien podría verse agravada mediante pronunciamientos encontrados), entonces no cabe sino sostener que éste proceso debería producir los efectos propios del fuero de atracción respecto de cualquier otra acción intentada con idéntico objeto.¹⁷

El interrogante se transfiere así hacia como lograr que la interposición de una demanda de este tipo llegue a conocimiento oportuno, tanto de los justiciables y sus letrados, como así también de los propios juzgadores. Por sobre todas las cosas porque estos últimos deben conocer, con la mayor celeridad posible, si les corresponderá inhibirse o prevenir en la cuestión. Es aquí donde adquiere palpable relevancia la necesidad de un registro oficial que dé cuenta en forma inmediata de la interposición de aquella primera acción referida a cada tema en particular.

No debe soslayarse que, por caso, las demandas iniciadas con motivo de la impugnación de las medidas de emergencia económica adoptadas a partir de fin del año 2001 fueron resueltas tanto por jueces locales como federales, con asiento en las provincias y también en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello así, con prescindencia de la reglamentación que cada provincia deberá dictar en su jurisdicción si no existiera (nuevamente debe recordarse que la Corte ha dicho que esta acción se encuentra reconocida en el texto constitucional), el registro aludido requerirá consolidar la información pertinente de todas las jurisdicciones. Esto halla su explicación toda vez que, en algunos supuestos, los actos y/o normas atacados, o los hechos que hubieran dado lugar a los daños cuyo resarcimiento se persiga, podrían llegar a producir efectos en diferentes jurisdicciones o en todo el territorio nacional incluso. Lo dicho, claro está, en la medida que se pretenda mantener el perfil que el Máximo Tribunal parece haber previsto para tales procesos.

Ahora bien, en este punto en particular cabe cuestionarse si, dado lo imprescindible de la existencia de este registro, es dable que se dilate su instrumentación hasta que el legislador dicte la norma pertinente. Pues se aprecia que su

¹⁶ CASSAGNE, JUAN C., "Derechos de incidencia colectiva. Los efectos «erga omnes» de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva," *LL*, 2009-B, 646.

¹⁷ La idea en absoluto resulta innovadora en nuestro ordenamiento jurídico interno. Sabido es que estos efectos se atribuyen, tanto al proceso sucesorio como a los concursos y las quiebras.

creación difícilmente podría afectar los derechos sustanciales en juego, más su ausencia si puede culminar por frustrar los fines enarbolados en el fallo *Halabi*. Ello así no sería desproporcionado esperar que la propia Corte subsanase esta falencia, del mismo modo en que creó un organismo para monitorear el cumplimiento de la sentencia dictada en la causa *Mendoza*,¹⁸ instrumentó la Oficina de la Mujer o puso en funcionamiento un Departamento de Análisis Económico del Derecho —con la finalidad de contar con datos que le permitieran sopesar las consecuencias sociales de sus sentencias más trascendentes— bajo la órbita de su superintendencia.

4. Legitimación

Una de las primeras aclaraciones que efectúa la Corte en el fallo analizado consistió en especificar que, el ejercicio de todos los supuestos de legitimación procesal que allí se enumeraron debería ser igualmente enmarcado en las previsiones de los arts. 116 de la norma fundamental y 2° de la ley 27. Esto significa que la incorporación de una nueva categoría de acciones colectivas no implica la prerrogativa de prescindir del requisito de la existencia de un caso, causa o controversia.

Por más que tal especificación impresiona como una obviedad, no debe pasarse por alto el extenso debate que tuvo lugar en el seno de la Convención Constituyente del año 1994 y aún luego de promulgarse la reforma, en torno a si el alcance de la norma constitucional permitiría incluir entre sus contenidos a la *acción popular*.¹⁹ En cuanto atañe a la legitimación sustancial,²⁰ claramente la jurisprudencia del Alto Tribunal, en su actual composición, ha venido descartando tal hipótesis.²¹ Sin perjuicio de ello, en ocasión de intervenir en una causa en la cual se cuestionó la constitucionalidad de la ley 26.522 —ley de servicios de comunicación audiovisual—²² debió volver sobre la definición del concepto de interés individual homogéneo. Ello con motivo de que el tribunal de alzada había otorgado tal calificación a la situación jurídica subjetiva invocada por el actor, no

¹⁸ CSJN, *Mendoza*, 2008, *Fallos*, 331: 1622.

¹⁹ No pocas posturas se han alzado en referencia a la inteligencia que corresponde asignar al concepto *afectado* que el constituyente utilizó en el segundo párrafo del art. 43. Entre ellas las más amplias pueden verse recogidas en el considerando 13 de la disidencia del Dr. FAYT en CSJN, *Polino*, 1994, *Fallos*, 317: 335.

²⁰ En lo que atañe a la legitimación el género se divide en dos especies: La legitimación procesal en sentido estricto que remite a la capacidad procesal y la legitimación sustancial que apunta a entrañar qué vinculación debe tener el sujeto con el interés y qué tipo de interés debe ser agredido para habilitar a su titular a requerir la protección judicial. (Conf. GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?” *LL*, 2009-B, 186.)

²¹ CSJN, *Iannuzzi*, 2008, *Fallos*, 331: 2287; *Zatloukal*, 2008, *Fallos*, 331: 1364.

²² CSJN, *Thomas Enrique*, 2010, *Fallos*: 333: 1023, con nota de GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “El caso Thomas, un fallo meduloso con muchos interrogantes,” *LL*, 2010-E, 357.

en cuanto a su carácter de legislador, sino en tanto se había presentado también como ciudadano. Para resolver de esta forma la Sala A de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza había invocado que se encontraban comprometidos derechos de incidencia colectiva, relativos o generados por intereses individuales homogéneos, como sería el de todo ciudadano a ser regido por leyes dictadas de conformidad con las normas constitucionales.

Así la Corte expuso que no se encontraba el accionante en aquella litis incluido en la categoría mencionada. Expresamente, estimó necesario aclarar que “sólo una lectura deformada de lo expresado por esta Corte en la decisión mayoritaria tomada en la causa «Halabi» (Fallos: 332:111) puede tomarse como argumento para fundar la legitimación del demandante, pues basta con remitir a lo sostenido en el considerando 9º de dicho pronunciamiento para concluir que, con referencia a las tres categorías de derechos que se reconocen, la exigencia de caso en los términos del art. 116 de la Constitución Nacional se mantiene incólume, «... ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición» [...] como no podía ser de otro modo no ha mutado la esencia del control de constitucionalidad que la ley Suprema encomienda al Poder Judicial de la Nación en los términos señalados precedentemente, para convertirlo en un recurso abstracto orientado a la depuración objetiva del ordenamiento jurídico que es ostensiblemente extraño al diseño institucional de la República.”²³

A efectos de formular otra aclaración por demás pertinente, incumbe recordar lo sentado por la Corte al rechazar la acción interpuesta por el Defensor del Pueblo a fin de obtener un pronunciamiento que declarase la inconstitucionalidad del bloque de normas dictadas con motivo de la emergencia económica del año 2001.²⁴ Allí se pretendía que la sentencia tuviera efectos extra partes y beneficiara así a todos los ahorristas alcanzados por medidas que restringían la disponibilidad de sus depósitos y modificaban la moneda originalmente pacta. El tribunal negó en ese caso al Defensor del Pueblo la legitimación para iniciar una acción colectiva como lo había intentado, en virtud de que los derechos afectados (primordialmente el derecho de propiedad), eran derechos individuales. Ello así, ponderando que en aquella situación bien se podía verificar la existencia de la mentada causa fáctica común, resulta posible inferir que no se tuvieron por cumplidos los demás recaudos, es decir, que el monto de los reclamos no justificase su ejercicio en forma individual. (Lo cual es cierto toda vez que, es de público conocimiento, una sustancial proporción de quienes se vieron alcanzados por esas normas optaron por iniciar alguna acción judicial.) Ahora bien, es cuestionable si la notoria masividad de estos reclamos permitiría categorizar futuros casos dentro de aquellos supuestos en los que existiera un *interés estatal en la protección de esos derechos* que es el otro factor que se mencionó para justificar la procedencia de una acción

²³ Considerando 4.

²⁴ CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2007, Fallos, 330: 2800, considerando 11.

colectiva. No puede pasarse por alto que en el fallo *Massa*²⁵ se reconoció la trascendencia social de la cuestión, al tiempo que se declaró la necesidad de otorgar una *respuesta institucional* a los numerosos litigios iniciados.

De todas formas, más allá de las especulaciones que se pudieran elaborar respecto de la futura postura que eventualmente adoptare la Corte Suprema frente a escenarios semejantes, no debe tampoco descartarse la posibilidad de que la ley opte por una fórmula de mayor amplitud. Tal es el caso del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica el cual, al definir su ámbito de aplicación, dispone en su art. 1° que “[l]a acción colectiva será ejercida para la tutela de: [...] II- intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase” sin hacer mención de otros requerimientos como la escasa trascendencia económica de cada reclamo individual o el aludido interés estatal.

En lo referente a la situación de los legitimados anómalos mencionados en el segundo párrafo del art. 43 de la Constitución nacional, la primer regla que surge del propio fallo *Halabi* es que, contrariamente a la tesis sostenida por el Estado nacional al fundar su recurso extraordinario, su participación en absoluto resulta excluyente en este tipo de acción colectiva, aunque sí es admitida.

En cuanto puede decirse en particular sobre el Defensor del Pueblo de la Nación, resulta pertinente remontarse a lo inicialmente establecido por la jurisprudencia del Alto Tribunal sobre la imposibilidad por parte de este funcionario de ejercer su representación difusa en determinados casos.²⁶ Tal supuesto sería aquel en el cual se encontrasen entrecruzados intereses opuestos entre diferentes grupos de miembros del colectivo al cual se pretendiese representar. En efecto no resulta complejo avizorar hipótesis tales, por ejemplo, sobre derechos de los usuarios, en materia tarifaria, donde el recurso a técnicas como los cargos específicos o los subsidios cruzados presuponen que en la misma proporción que se beneficia a un grupo de usuarios se afectan los intereses de otros. En este especial cuadro de situación, la legitimación procesal concedida por el art. 86 de la Constitución se encontraría vedada.

5. Conformación de la clase

Previo a toda consideración, toca puntualizar que la existencia en sí de una clase constituye, en estos procesos, un presupuesto de procedencia de la acción que incumbe acreditar a quien pretende promover la demanda. Ello así, el actor deberá probar la presencia de un grupo de personas a la cuales la causa fáctica común ocasiona una afectación o perjuicio en forma homogénea. (Si bien esta uniformidad no se debe referir necesariamente al alcance de los daños soportados, sino más

²⁵ CSJN, *Massa*, 2006, *Fallos*, 329: 5913.

²⁶ CSJN, *Frías Molina*, 1996, *Fallos*, 319: 1828; *Consumidores Libres*, 1998, *Fallos*, 321: 1352.

bien a la relación causal que determina a su producción.) De tal guisa, una vez tenido por cumplido este extremo, el siguiente paso que deberá abordarse en el litigio será instrumentar la forma de hacer saber a quienes integran ese grupo sobre la interposición de la acción y permitir que estos puedan sumarse a la litis.

Como se adelantó precedentemente, uno de los principales peligros que esta subclase de acciones colectivas engendra ralea en lo concerniente al derecho de defensa de las partes, por sobre todo en lo inherente a las personas que, siendo miembros de la comunidad de individuos representada, no han intervenido dentro del litigio. Es en mérito de tal predicamento que estriba la insistencia, por parte del Tribunal Címero, en resaltar la necesidad de que se legislen los mecanismos idóneos que permitan, en el futuro, poner en conocimiento de todos los potenciales miembros de la clase la iniciación de una acción que los involucra, así como un instancia, dentro del proceso, en la cual dichos sujetos puedan ejercer la opción de presentarse a formar parte del litis consorcio o, por el contrario excluirse del litigio.

No habría que dejar de hacer especial hincapié en que, según los alcances que revista la cosa juzgada que se produzca al fallar y el objeto de la pretensión deducida, la importancia de que se hallen presentados o excluidos la totalidad de los miembros de la clase presentará diferente intensidad, admitiendo distintas modalidades el trámite a imprimirse a la causa.

Desde la perspectiva de la naturaleza de la decisión que se persigue, en los supuestos de acciones normativas, resulta razonable que no se exija la conformación de la totalidad de los miembros de la clase. Debe tenerse presente que, por caso, si se estuviere impugnando la legitimidad de una ley, pretender la presentación en autos, en forma exhaustiva, de los potenciales afectados por la misma impondría al actor una tarea hercúlea, sino derechamente imposible. A la inversa, en las acciones de contenido pecuniario, se representa conveniente que se determine acabadamente la conformación de la clase. Ello en la medida de que, frente a este supuesto, deberían tenerse en cuenta no solamente las ventajas que estos procesos prodigan a favor de la parte actora,²⁷ sino también las que operan a favor de la o las demandadas.²⁸ Esto último cabe predicarse en

²⁷ En este sentido, se ha expresado que los procesos de clase sirven a los intereses de las partes, pero más a la eficiencia de la administración de justicia, pues la sociedad crece en complejidad y es previsible la afectación de cada vez mayor número de personas en los desastres comunes, y esta herramienta es uno de los pocos remedios legales que los pequeños demandantes tienen en su poder contra quienes administran el *status quo*, pues crean un sistema de justicia que la dispensa para los menos como para los más dotados de poder y riqueza. (Voto del Juez DOUGLAS en *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 US 156, p. 185 y ss., 1974.)

²⁸ En el marco de este tipo de acciones el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión, ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia. Cuando existen muchos pleitos individuales la falta de certeza en estos puntos es mucho mayor, son también superiores los costos de producción de prueba y honorarios. Al mismo tiempo para la administración de justicia la acción colectiva evitará que se bloqueen los juzgados con demandas similares en diferentes juzgados y con la posibilidad de resultados diferentes.

forma especial en el caso de nuestro fuero, donde la demandada usualmente es el Estado nacional, de tal forma que aparecen otras ventajas a ser consideradas, como ser la correcta previsión presupuestaria de los fondos que fueran necesarios para afrontar las condenas o incluso pensar que la verificación de la importante magnitud del repudio hacia una medida de gobierno, expresada en la cantidad de impugnaciones que se susciten, así como los efectos económicos y sociales de estos reclamos, eventualmente conduciría a la autoridad a reconsiderar la conveniencia de su sostenimiento. En definitiva, tratándose del Estado cabe agregar que estos elementos no dejan de ser de claro interés público.

Si, en cambio, se aborda el análisis desde los efectos de la sentencia a dictarse, como veremos más adelante, estos podrán ser impuestos a la totalidad de la clase, le aprovechen o no a sus intereses, a menos que la persona se hubiera excluido expresamente de la controversia o, por el contrario, sólo se extenderán a los demás miembros del grupo en tanto se haga lugar a la demanda, dejando así a salvo el ejercicio individual que, quienes no intervinieron en el proceso pudieran ejercitar. En el primer supuesto, deberán extremarse los recaudos respecto de la publicidad de la acción, en tanto la participación aparece, a modo de ficción jurídica, impuesta como regla general y operando como excepción solamente aquellos casos en que se hubiera ejercido la prerrogativa conocida como *opt out*.

Tampoco puede dejar de señalarse que cuando la demanda tramite mediante la vía del amparo la necesidad de salvaguardar el carácter expedito y rápido de esta acción tornaría desaconsejable la instauración de un procedimiento de determinación de clase de excesiva complejidad.

De esta manera, sintetizando, cuando la acción fuera de naturaleza normativa y se sustanciare por la vía del amparo, mediante la limitación de los efectos de la cosa juzgada se permitiría atenuar la necesidad de determinar la extensión de la clase *ab initio*. Contrariamente, en las acciones de contenido patrimonial, que generalmente deberían sustanciarse por un procedimiento ordinario, en tanto se admitiera que los efectos de la sentencia alcancen plenamente a todos los miembros de la clase, procederá exigir que su composición se delimite como recaudo previo al traslado de la demanda. En este último supuesto habrá que elucidar si resulta suficiente acudir a los mecanismos de publicidad que el ordenamiento jurídico interno prevé en los típicos procesos colectivos de contenido patrimonial, en el derecho civil y el derecho comercial, procesos sucesorios, concursos o quiebras, estos son los edictos y las publicaciones en los medios gráficos (¿por qué no audiovisuales?) de mayor trascendencia.

6. Representación de la clase

Uno de los rasgos que caracterizan a este tipo de acciones, en aras de asegurar la viabilidad del proceso, lo constituye el imperativo de unificar la personería de la clase en uno o cuanto menos un reducido número de letrados. Más allá de

que la figura no derive íntegramente asimilable, cabe mencionar que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación prevé, de oficio o a pedido de parte, que el juez disponga la unificación de la personería, siempre que la excesiva cantidad de componentes en un litis consorcio, ya sea activo o pasivo, pudiera atentar contra la debida sustanciación del proceso.²⁹ De esta forma se puede colegir que el dato novedoso, del cual se sigue lo delicado de la cuestión en las acciones colectivas, encuentra su razón de ser en la perspectiva de que, dependiendo del alcance que revistan los efectos de la sentencia, se lleguen a ver afectados o incluso frustrados los derechos de individuos que pudieran no haber tomado intervención en el juicio.

Por tal razón redundante necesaria la comprobación de que, quien pretende ostentar la representación de la clase cuya existencia invoca, deberá demostrar no solamente la idoneidad profesional en cuanto hace a un adecuado patrocinio letrado, sino de igual forma la disposición de los recursos económicos que fueran necesarios para llevar adelante los procedimientos de conformación de la clase³⁰ o producir las pruebas que la defensa del caso demande.

Finalmente, no resulta ocioso poner de especial relieve la posibilidad de acudir a otros mecanismos idóneos para asegurar la correcta defensa de estos intereses homogéneos involucrados. En este sentido, en el caso *Halabi* la Corte Suprema admitió presentaciones bajo la figura de los *amicus curiae* y dispuso la celebración de audiencias públicas, de forma tal que habilitó la intervención de organismos sociales con injerencia en la temática debatida, propiciando que estos sumasen sus argumentos a los del actor.

7. Vía procesal

Otro interrogante que se plantea es si, al haberse encuadrado estas acciones dentro de los supuestos previstos en art. 43, la Corte ha querido significar que las mismas sólo podrán tramitar por la vía del amparo. Esta conclusión redundante en la justificada preocupación de que, dado el limitado marco cognoscitivo del amparo, el mismo no resulte idóneo para aquellos supuestos en los que la complejidad de las temáticas involucradas pudiera requerir mayor amplitud de debate y/o prueba. Corresponde aventar tales temores, merced a que se ha admitido con anterioridad que una acción colectiva instaurada por una asociación fuera planteada bajo la forma de la acción declarativa de certeza.³¹ Los fundamentos invocados para justificar este temperamento fueron que ambos institutos comparten una misma finalidad preventiva y que no requieren la existencia de un

²⁹ Art. 54 del CPCCN.

³⁰ CSJN, *Asociación de Superficialarios de la Patagonia*, 2006, *Fallos*, 329: 3493. En el caso, al hacer lugar a la excepción de defecto legal planteada por las demandadas, el tribunal puso en cabeza de la parte actora la realización de complejas medidas probatorias previas a efectos de identificar correctamente a quienes se demandaba y precisar el alcance de la responsabilidad atribuida a cada una de ellas.

³¹ CSJN, *AGUEERA*, 1997, *Fallos*, 320: 690.

daño consumado en resguardo del derecho constitucional,³² la cual es, en lo que aquí interesa, instar el control judicial de constitucionalidad. Atento a ello, no existen óbices para que los mismos sujetos legitimados en el segundo párrafo del art. 43 puedan acudir a la vía prevista en el art. 322 del CPCCN, a efectos de procurar la protección de derechos de incidencia colectiva o, en este caso, de intereses individuales difusos.

Más allá de lo expuesto, cabe tener por configurada como regla general que, cuando la demanda tenga por objeto un resarcimiento patrimonial, la necesidad de determinar la existencia y extensión del daño excluirá *per se* la posibilidad de acudir a la vía del amparo.

8. Efectos de la sentencia

Como primera medida, resulta menester aclarar lo impropio de hablar de efectos *erga omnes* en este tipo de sentencias. En efecto la Corte Suprema ha establecido con carácter general, también en el fallo *Thomas Enrique* que hemos citado en el acápite dedicado a legitimación, que en nuestro ordenamiento jurídico “no es válida la posibilidad de suspender o incluso derogar una norma legal con efectos *erga omnes*, lo que sin duda no se ajusta al art. 116 de la Constitución Nacional.”³³ Luego precisó que “[e]n efecto, el derecho constitucional comparado conoce dos modelos puros u originarios de control de constitucionalidad: el difuso o estadounidense y el centralizado o austríaco [...] No existe ningún modelo impuro en el mundo que combine los modelos puros en forma que la competencia para hacer caer *erga omnes* la vigencia de la norma se disperse en todos los jueces, simplemente porque la dispersión de una potestad contralegislativa de semejante magnitud es inimaginable, dado que abriría el camino hacia la anarquía poniendo en peligro la vigencia de todas las leyes [...] El modelo argentino es claramente el difuso o norteamericano en forma pura [...] ningún juez tiene en la República Argentina el poder de hacer caer la vigencia de una norma *erga omnes* ni nunca la tuvo desde la sanción de la Constitución de 1853/1860.”³⁴

Efectuada esta precisión con la claridad expositiva que revisten los términos empleados por el Alto Tribunal, resta indicar que lo que se ha venido discutiendo en nuestro país, desde la consagración constitucional de acciones de tipo colectivo, es la pertinencia de dotar a las decisiones adoptadas en estos procesos de efectos extra-parte. Es válido entonces deslindar que no es lo mismo que lo resuelto en una sentencia resulte aplicable a un grupo, aún indeterminado, de personas hubiera o no tomado parte en el litigio, a pretender que dicho decisorio implique la derogación de una norma o la desaparición de un acto de alcance general del ordenamiento jurídico.

³² CSJN, *Fayt*, 1999, *Fallos*, 322: 1617.

³³ Considerando 7.

³⁴ Considerando 8.

Así las cosas puede citarse que no demasiado tiempo después de la última reforma constitucional, se planteó la necesidad de extender los límites a los efectos del control de constitucionalidad ejercido por los jueces, principalmente a partir de fallos, en su momento sumamente relevantes, como lo fueron *Monges*³⁵ y *Chocobar*.³⁶ Más cerca en el tiempo el tribunal, con su composición actual, produjo nuevos avances en esta dirección. En tal sentido se pueden invocar los fallos *Mendoza*³⁷ en materia ambiental y *Badaro*³⁸ en materia previsional. Finalmente, se encuentra una síntesis expresada en breves términos, en el voto en disidencia parcial de los Ministros ARGIBAY y PETRACCHI en el propio fallo *Halabi*, donde los mencionados jueces manifestaron que “si bien es cierto que este Tribunal tiene dicho que sus sentencias producen efectos solamente respecto de quienes han revestido el carácter de partes en el juicio, y no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros que han permanecido ajenos a él (Fallos: 321:1252 y sus citas — considerando 18 del voto del juez PETRACCHI—), tal aseveración reviste el carácter de principio general. En efecto, cuando la naturaleza de la pretensión invocada impide, fáctica o jurídicamente, restringir el alcance de lo decidido a las partes intervinientes en el juicio, dicha regla debe ceder. De otro modo, la tutela de derechos reclamada no podría hacerse efectiva, y se vulneraría el principio mismo del que ha nacido la acción de amparo.”³⁹

Ahora bien, en lo que se limita al tipo de acciones aquí examinadas, como ya se ha adelantado, la indagación se debe centrar en si los efectos de la sentencia se extenderán a los demás miembros de la clase involucrada, sólo en tanto les resulte provechoso para la protección de los derechos invocados o si, por el contrario, éstos deben soportar una decisión contraria a sus eventuales pretensiones, a menos que se hubieran excluido expresamente de la acción colectiva.

Entendemos que, a fin de formular un juicio valorativo de cada opción, corresponde señalar que una de las principales falencias que se ha endilgado a los sistemas de control de constitucionalidad concentrados, radica justamente en el carácter abstracto con el que este será realizado, es decir con prescindencia de las circunstancias fácticas que suelen variar sustancialmente dentro del universo de personas afectadas por una norma o por una medida de gobierno. En oposición, en el sistema difuso cada magistrado cuenta con la aptitud —y el deber— de sopesar si resulta razonable la aplicación de la medida impugnada de acuerdo a las condiciones particulares de cada caso en concreto. A título ejemplificativo, puede recordarse que en el fallo *Peralta*,⁴⁰ se declaró la constitucionalidad del decreto 36/90, a través del cual se había implementado el denominado *plan Bonex*.

³⁵ CSJN, *Monges*, 1996, *Fallos*, 319: 31448.

³⁶ CSJN, *Chocobar*, 1996, *Fallos*: 319: 3241.

³⁷ CSJN, *Mendoza*, 2008, *Fallos*, 331: 1622.

³⁸ CSJN, *Badaro*, 2006, *Fallos*, 329: 3089.

³⁹ Considerando 7 del voto de los Dres. PETRACCHI y ARGIBAY.

⁴⁰ CSJN, *Peralta*, 1990, *Fallos*, 313: 1513.

Posteriormente, el mismo tribunal consideró, en otros pronunciamientos, que la aplicación de esa misma norma no resultaba razonable a los casos de jubilados de avanzada edad, personas enfermas que requiriesen la disposición de sus fondos para afrontar tratamientos y personas desocupadas a quienes les fuera indispensable contar con sus ahorros o indemnizaciones para afrontar su manutención.⁴¹

Consecuentemente, se puede percibir que, en aquellos supuestos en los que la acción intentada fuera el receptáculo procesal de la impugnación de normas o actos de alcance general, se impone consagrar que los efectos de la sentencia sólo beneficiarán a sus miembros, dejando a salvo su derecho a plantear, en una demanda individual, la existencia de circunstancias de hecho que justificaren un apartamiento del criterio general contrario a su pretensión. Así se replicarían, en cierta medida, las bondades de aquellos sistemas híbridos de control que aúnan la seguridad jurídica que, en alguna medida, otorga un sistema concentrado y la posibilidad de soluciones de mayor equidad o corrección axiológica que permite el control difuso.

Por otro lado, en una acción que persiguiera sólo el resarcimiento económico de un daño y en la cual la determinación de la clase no presentase una excesiva complejidad, comienzan a terciar las ventajas que, según *ut supra* se expuso, la unificación de procesos prevé, no sólo respecto de la parte actora, sino para la parte demandada e incluso para el servicio de justicia. Atento ello se justificaría que los efectos de la cosa juzgada se desborden plenamente hacia todos los miembros no excluidos en forma expresa.

9. Conclusión

A esta altura del análisis, no puede soslayarse que las soluciones propuestas, en relación a las particularidades de estos procesos, no trascienden más allá de meras proposiciones cuanto menos opinables. En rigor de verdad se entiende que esto no hace más que confirmar el verdadero objeto de este trabajo, cual es, tal cual surge de su título mismo, resaltar la imperiosa necesidad de una legislación que, sin obstruir su finalidad con un extremo rigor formal como ocurriría al regularse la acción de amparo,⁴² arroje un manto de certeza en torno a los interrogantes aquí planteados.

Ello pues, maguer de las observaciones que autorizada doctrina ha efectuado en referencia lo aseverado, por parte del Tribunal, en cuanto a que existe mora

⁴¹ La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo había extendido en sus decisiones la excepción al régimen general estatuido por el decreto 36/90. La Corte Suprema en *Olivera*, 1993, *Fallos*, 316:184 y *Tisera*, 1996, *Fallos*, 319: 925 confirmó el criterio adoptado al rechazar los recursos extraordinarios interpuestos por el Estado en los términos del art. 280 del CPCCN.

⁴² Ver nota 1.

por parte del legislador en el particular,⁴³ no puede a esta altura pasarse por alto la innegable necesidad de que se reglamenten los tópicos abordados, pues el máximo intérprete de nuestra Constitución ha declarado la operatividad de esta especie de acciones colectivas y, consecuentemente, el Poder Judicial debe estar dotado de los medios (en éste caso normativos) para llevar estos procesos a buen puerto.

En efecto, ya se ha establecido la estrecha similitud que puede percibirse entre el *leading case Halabi* y sus antecesores *Siri* y *Kot*. De hecho los propios ministros de la Corte han subrayado esta relación, al citar los argumentos esgrimidos por sus predecesores en los aludidos fallos,⁴⁴ a la hora de fundamentar la necesidad de suplir jurisprudencialmente la inexistencia de normativa sobre la cuestión. Trazado este paralelismo, cabe esperar que el cauce de los hechos adopte un camino diferente al seguido por el amparo, pues no debe olvidarse que éste, en su concepción original, debió esperar décadas para que, luego de una reforma constitucional que derogó la vetusta legislación y la consecuente marea de pronunciamientos judiciales que finalizaron de delimitar los contornos interpretables del artículo reformado en el año 1994, se hiciera honor a la verdadera finalidad de este instituto tal cual hoy lo conocemos.

Sería lamentable que la reglamentación de estas acciones colectivas siguiera el mismo derrotero del amparo, sobre todo si se sopesa que la clara intención del Máximo Tribunal parece haber sido dotar a la magistratura (podría sostenerse que esto se aplica al fuero Contencioso Administrativo en particular) de una moderna herramienta procesal que, más allá de las complejidades de su tramitación y los riesgos que, se ha señalado, pueden venir aparejados con una reglamentación deficiente, genere la posibilidad de llegar en forma y tiempo a responder las nuevas demandas que plantea la realidad de esta sociedad.⁴⁵

⁴³ SAGÜÉS sostiene que, al no haberse planteado en el seno de la Convención Constituyente la inclusión de las acciones de clase en el art. 43 de la Constitución nacional, no puede inferirse que exista un mandato del constituyente hacia el legislador para que éste reglamente tales procesos, con lo cual, por añadidura, tampoco puede atribuírsele al Poder Legislativo el haber incurrido en mora por tal omisión. (SAGÜÉS, NÉSTOR P., "La creación judicial del «amparo-acción de clase» como proceso constitucional," *JA*, 2009-II, 627.)

⁴⁴ Considerando 12, cuarto párrafo.

⁴⁵ "La historia reciente de la demandabilidad estatal, para tomar nada más que la punta visible de un iceberg, es demasiado evidente como para mantener nuestra inercia: El plan bonex instrumentado por el decreto 36/90 generó algo más de mil amparos, a comienzos de ese año. Los conflictos derivados de las jubilaciones militares, provocaron 16.000 procesos durante los años 1991 a 1993. La reducción salarial del decreto 290/95 generó algo más de 10.000 procesos en la Capital Federal en ese año y las posteriores, de los decretos 896/01 casi el doble de procesos similares. Los conflictos relacionados con el modo de liquidar los haberes jubilatorios y su movilidad provocaron más de 77.000 causas, 55.000 tuvieron decisión detrás de *Chocobar* y 22.000 se decidieron tras otros fallos. Los programas de propiedad participada generaron 4.000 juicios. La ley de déficit 0 nos prohibió 7.000 procesos. Los decretos 1570/01 y 214/02, el llamado corralito y la pesificación asimétrica han generado más de 100.000 amparos en la Capital Federal y cerca de 240.000 en todo el país." (GARCÍA PULLÉS, *op. cit.*, p. 186.)