

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



FACULTAD DE CIENCIAS ECONOMICAS Y
JURIDICAS

**SEMINARIO SOBRE APORTACIONES TEORICAS
RECIENTES**

**TÍTULO: La Representatividad Adecuada en los
Procesos Colectivos**

Apellido y Nombre/s del/la alumno/a: Tamai Sabarots, Pedro Andres

Asignatura sobre la que realiza el trabajo: Derecho Procesal II

Encargado del curso Prof.: Dr. Toribio Enrique Sosa

Lugar: Santa Rosa

Año que se realiza el trabajo: 2024

Resumen

La representatividad adecuada es un instituto clave en el contexto de los procesos colectivos de tipo representativo, aunque no en un sentido clásico, sino que partimos de la premisa de que una persona asume la representación de terceros, aún sin su autorización. Esta representación atípica, junto con una cosa juzgada expansiva, pone en tensión dos garantías muy importantes como son la garantía del debido proceso legal y la autonomía individual de la voluntad. Ello nos impone la necesidad de trabajar con el requisito de la representatividad adecuada.

Una vez determinados los alcances de esta noción, nos propusimos explicar la importancia de su análisis en el campo de la tutela colectiva de derechos, indagamos acerca de la exigencia del control judicial, sus aspectos procedimentales e incluso nos permitimos teorizar lo que ocurriría si éste recaudo desaparece en alguna etapa del proceso.

Se trata de una investigación teórica, de tipo documental, que adopta un enfoque cualitativo y emplea un método de análisis-síntesis.

Palabras clave: *representatividad adecuada, procesos colectivos, control judicial.*

Índice

Resumen.....	2
Introducción.....	4
Capítulo I: Nociones Preliminares.....	6
1. 1. Legitimación Procesal.....	6
1. 2. Sustitución Procesal.....	8
1. 2. 1. Definición.....	8
1. 2. 2. Supuestos.....	9
1. 2. 3. El Legitimado Colectivo.....	10
Capítulo II: Los Procesos Colectivos.....	12
2. 1. Los Bienes Colectivos.....	12
2. 2. Actores Legitimados.....	14
2. 3. Marco Normativo y Jurisprudencial.....	18
Capítulo III: La Representatividad Adecuada.....	23
3. 1. Conceptualización.....	23
3. 2. Deslinde de otros Recaudos.....	23
3. 3. La Calidad del Representante.....	26
Capítulo IV: Control de la Representatividad Adecuada.....	28
4. 1. Importancia del Análisis.....	28
4. 2. Oportunidad de Juzgamiento.....	31
4. 3. Pérdida de la Representatividad Adecuada.....	33
4. 4. Efectos de la Declaración de Falta de Representatividad Adecuada.....	34
Conclusiones.....	36
Referencias.....	38

Introducción

El avance de los procesos colectivos ha supuesto un cambio paradigmático en el campo de la tutela colectiva de derechos en clave representativa. Este mecanismo de enjuiciamiento —excepcional— genera tensiones con dos garantías centrales en nuestro sistema democrático como son la garantía del debido proceso legal (art. 18 CN) y la autonomía de la voluntad individual (art. 19 CN). Ello así, porque estos procesos son llevados adelante en beneficio de grupos de personas por ciertos atípicos representantes de derechos ajenos (individuos, organizaciones del tercer sector y organismos públicos), cuya actuación judicial podría impactar con calidad de cosa juzgada, incluso sobre quienes no han participado en el debate.

La figura de la representatividad adecuada emerge en este contexto y se trata de una nota típica fundamental de estos procesos, en tanto permite establecer quién será la persona interlocutora dentro del proceso judicial por la masa colectiva. Esta decisión es vital, tanto para los miembros ausentes del colectivo —en razón de que aquella persona representa sus voces e intereses dentro del proceso— como para la viabilidad y gestión de la acción.

La motivación para emprender este trabajo, justamente, parte de considerar que, pese a ser la representatividad adecuada un instituto clave en los procesos colectivos, su análisis ha sido (y continúa siendo) un asunto pendiente en términos de profundización conceptual.

El objetivo principal de la tesis consiste, entonces, en determinar los alcances de la noción de representatividad adecuada; en tanto que, como objetivos secundarios, por un lado, se procura explicar la importancia de su análisis; y, por el otro, evaluar qué requisitos debe reunir el representante colectivo para asegurar una sólida defensa del caso.

En cuanto al aspecto metodológico, la presente investigación es de tipo teórico y adopta un enfoque cualitativo, basado en la recolección de datos sin que haya medición numérica, con el fin de comprender la profundidad e importancia de la figura bajo examen.

Para su desarrollo, se emplea la técnica de análisis de documentos, siendo la obra del profesor Verbic fuente de reiterada consulta, al tener la virtud de proponer, a través del repaso de la labor hermenéutica, una lectura en clave constitucional y convencional relevante en el contexto de ausencia de reglas. También constituye material de estudio la doctrina de otros juristas notables, la normatividad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

El método de investigación empleado es el de análisis-síntesis, que posibilita descomponer el objeto de estudio en sus elementos para luego recomponerlo a partir de integrar éstos y destacar el sistema de relaciones existentes entre las partes y el todo.

La tesis se estructura del siguiente modo. El primer capítulo está abocado a la conceptualización de la legitimación procesal. Adicionalmente, se desarrolla la figura de la sustitución procesal como supuesto de legitimación anómala a la par que se mencionan algunos ejemplos, entre los que sobresale el legitimado colectivo.

El segundo capítulo detalla las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, en relación a los procesos colectivos; y describe el marco normativo y jurisprudencial actualmente vigente en nuestro país.

El tercer capítulo explora los alcances de la noción de representatividad adecuada desde una perspectiva jurídico-doctrinal, y examina la importancia de su análisis. Además, se comparan los enfoques de sistemas de procesos colectivos más desarrollados como el norteamericano y el código modelo para iberoamérica, ofreciendo un marco comparativo útil para la interpretación de este requisito en Argentina.

El cuarto capítulo está dedicado a analizar los pormenores del control judicial de la representatividad adecuada. Asimismo, se teorizan las causales que eventualmente operarían la pérdida de tal recaudo y los efectos que desencadenaría tal circunstancia.

Y, finalmente, el último capítulo ofrece algunas conclusiones sobre la investigación.

Capítulo I: Nociones Preliminares

1. 1. Legitimación Procesal

Para introducirnos al tema que propone este trabajo, antes es menester dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal, en la medida en que ésta constituye un presupuesto necesario para que exista un “caso” o “controversia judicial” en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional (CN).

Hecha la aclaración que precede resulta oportuno, entonces, inquirir ¿Qué es la legitimación procesal?

En palabras del maestro Lino Enrique Palacio (2003), la *legitimación para obrar o legitimación procesal* es “aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso” (p. 103).

Otros procesalistas la definen como “la cualidad que tiene una persona para reclamar respecto de otra por una pretensión en el proceso” (Arazi, 2012, p. 778) y su ausencia se produce, precisamente cuando la o las personas que se presentan en el proceso no son aquellas que la ley faculta para ejercer la acción. También como la “... aptitud de un sujeto o de una pluralidad de sujetos para postular proveimientos en determinado proceso, procedimiento, tramos o aspectos de los mismos” (Peyrano, 1996, p. 83.).

A partir de estas definiciones, primeramente, podemos razonar que la legitimación es un requisito que afecta tanto al actor como al demandado, pues ambos deben estar procesalmente legitimados. Asimismo, que los requisitos de capacidad y legitimación se mueven en distintos ámbitos, pues un sujeto puede gozar de capacidad procesal y carecer de legitimación, y viceversa. Por cierto, no es infrecuente encontrar quienes utilizan la expresión

“legitimación procesal” como sinónimo de “legitimación ‘ad causam’” (v. gr. como lo postula Palacio), y no como “legitimación ‘ad processum’”, pues ésta equivale a capacidad procesal.

Segundo, que la legitimación no incide en la calidad de parte, puesto que se trata de conceptos independientes. La calidad de parte es de índole procesal y se adquiere por el solo hecho de ser sujeto activo o pasivo de la pretensión; mientras que la capacidad para ser parte refiere a la aptitud para ser titular de derechos, obligaciones, cargas y deberes procesales.

Tercero, que la pauta para determinar la existencia de legitimación procesal está dada, en principio, por la titularidad, activa o pasiva, de la relación jurídica sustancial que se ventila en el proceso. En estos casos, la prueba de la legitimación se encuentra en buena medida absorbida por la prueba de la relación jurídica sustancial.

Y, finalmente, que la ausencia de legitimación, activa o pasiva, constituye un impedimento sustancial para que el tribunal pueda dictar sentencia de fondo. En virtud de ello, si al momento de decidir la litis o en cualquier instancia del proceso el juez encuentra que esta condición se encuentra ausente o bien desaparece, así debe declararlo, incluso de oficio, aunque la contraparte no lo hubiera solicitado.

Así y todo, como advierte el profesor Sosa (2011), bien puede ocurrir que alguien que no es titular del interés sustancial, pida su tutela judicial en nombre propio y no en cambio en nombre del titular del interés sustancial. En estos casos, hay actuación en nombre propio pero por un derecho total o parcialmente ajeno (p. 14).

Pero, ¿cómo esto sería posible? Bueno, es posible porque la propia ley así lo autoriza. El ordenamiento jurídico prevé casos de legitimación anómala o extraordinaria, a las que caracteriza el hecho de que personas ajenas a la relación jurídica sustancial que se ventila en el proceso resultan habilitadas para intervenir en él. En estas hipótesis, que se agrupan bajo el nombre de sustitución procesal se opera una verdadera disociación entre los sujetos legitimados para obrar y los sujetos titulares de la respectiva relación sustancial.

Empero, esta habilitación preceptiva no se da así sin más: “el sustituto debe probar no sólo la existencia de la relación sustancial de la que fue partícipe el sustituido, sino también las circunstancias de las cuales emerge su legitimación” (Palacio, 2003, p. 104).

1. 2. Sustitución Procesal

1. 2. 1. Definición

Existe *sustitución procesal* “cuando la ley habilita para intervenir en un proceso, como parte legítima, a una persona que es ajena a la relación jurídica sustancial que ha de discutirse en ese proceso” (Palacio, 2003, p. 262). Como ya fuera dicho, la sustitución procesal constituye un ejemplo de legitimación procesal “anómala” o “extraordinaria”, por cuanto a través de ella se opera una disociación entre el legitimado para obrar en el proceso y el sujeto titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión.

Al respecto, Palacio (2003) aclara que:

Esta figura se diferencia de la representación en la circunstancia de que, mientras el sustituto reclama la protección judicial en nombre e interés propio, aunque en virtud de un derecho vinculado a una relación jurídica ajena, el representante actúa en nombre de un tercero —el representado— y carece de todo interés personal en relación con el objeto del proceso.

De lo dicho se sigue que el sustituto, a diferencia del representante, es parte en el proceso. Tiene, por ello, todos los derechos, cargas, deberes y responsabilidades inherentes a tal calidad, con la salvedad de que no puede realizar aquellos actos procesales que comporten, directa o indirectamente, una disposición de los derechos del sustituido (confesión, transacción, desistimiento del derecho, etc.).

No obstante la legitimación autónoma y originaria que reviste el sustituto procesal, el demandado puede oponer a su pretensión las mismas defensas que cabrían

contra la pretensión del sustituido, desde que ambas tienen sustancialmente el mismo contenido (pp. 262-263).

Resta añadir que la sentencia pronunciada con respecto al sustituto produce, como principio, eficacia de cosa juzgada a favor o en contra del sustituido citado, aunque éste no haya sido parte en el proceso. Ese es el temperamento adoptado en los artículos 114 y 106 de los Códigos Procesal Civil y Comercial de la Nación (CPCCN) y de la provincia de La Pampa (CPCCLPam), respectivamente.

1. 2. 2. Supuestos

Entre las hipótesis más frecuentes de sustitución procesal corresponde mencionar a la representada por el ejercicio de la pretensión subrogatoria, indirecta u oblicua en la que el sustituto/sustituyente procesal que actúa directamente en pos de un interés sustancial ajeno, indirectamente lo hace para procurar la tutela de un interés sustancial suyo que se vería perjudicado si resultara perjudicado el interés sustancial ajeno (art. 739 CCyCN).

Son ejemplos típicos de ejercicio de la acción subrogatoria el reclamo al tercero, deudor del propio deudor, del crédito exigible que este último no demanda; la promoción del sucesorio del cual el deudor es heredero, habiendo una importante herencia; la oposición de la defensa de prescripción liberatoria, ante un reclamo patrimonial al propio deudor, etc.

También puede ocurrir en los casos de sucesión procesal a título singular, es decir, cuando el derecho litigioso es transferido durante el proceso. El adquirente no reemplaza automáticamente al transmitente, quien en principio sigue actuando como parte principal y, al hacerlo así, sigue actuando en nombre propio, pero por un interés que ya no le corresponde pues le corresponde al adquirente. Sólo podría incorporarse como parte principal el adquirente en caso de contar con la conformidad del adversario.

Revisten, asimismo, el carácter de sustitutos procesales, entre otros, el asegurador que ejerce los derechos que corresponden al asegurado contra un tercero, en razón del siniestro, y

hasta el monto de la indemnización abonada (art. 80 de la Ley de Seguros 17.418/1967); el damnificado por el siniestro que, sin ser parte en el contrato de seguro, cita en garantía al asegurador (art. 118 de la Ley de Seguros 17.418/1967); el fiador que tras cumplir su prestación se subroga en los derechos del acreedor, pudiendo exigir el reembolso de lo pagado, con sus intereses desde el día del pago y los daños sufridos como consecuencia de la fianza (art. 1595 CCyCN); los herederos o el representante legal del trabajador que fallece o se torna incapaz durante la tramitación del juicio laboral (art. 33 de la Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo 18.345/1969); el comprador con boleto de compraventa de inmueble que se subroga en la posición de quien contrató con el titular registral (cfr. art. 1170, inc. a CCyCN); el síndico que con la declaración de quiebra, y como efecto de ésta, reemplaza al fallido en toda actuación judicial relacionada con los bienes sujetos a desapoderamiento, enervando la posibilidad de que este último actúe por sí o por apoderado convencional (art. 110 de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522/1995).

1. 2. 3. El Legitimado Colectivo

En el acápite anterior hemos mencionado —a modo enunciativo y no limitativo— algunas hipótesis de sustitución procesal. Tan es así que hemos reservado este apartado al caso de la persona (física o jurídica) que pretende o bien la tutela del interés difuso o colectivo de que es titular el grupo, categoría o clase, para lo cual debe comprobarse alguna afectación, aunque fuere indirecta (v. gr. derecho a un medio ambiente sano, etc.), o bien la tutela de los intereses individuales homogéneos de todos los miembros entre los que se halla el pretendiente mismo (v. gr. indemnización por los perjuicios individualmente experimentados por cada uno de los miembros del grupo, categoría o clase, etc.)” (Sosa, 2011).

Sin embargo, como subraya el profesor Sosa (2011), que:

la admisibilidad de la legitimación extraordinaria de una persona dependa, entre otros factores, de su “representatividad adecuada” ante el grupo, categoría o clase, no quiere

decir que la persona admisiblemente legitimada -por adecuadamente representativa, entre otros recaudos- ejerza alguna clase de representación procesal ni del grupo, categoría o clase, ni de los restantes miembros del grupo, categoría o clase. El legitimado extraordinario está habilitado a accionar como si fuera el titular del interés sustancial, sin serlo (p.17).

Por fin, daremos cierre a este punto evocando nuevamente las palabras del profesor Sosa (2011), quien con meridiana claridad expone que:

La actuación del pretendiente colectivo configura otro ejemplo de sustitución procesal, pero no derivado de la inactividad negligente del titular del interés sustancial colectivo o de los titulares de los intereses sustanciales individuales homogéneos, pues existen muy buenas razones que justifican la inactividad procesal de ellos: en el caso del interés colectivo porque no hay en la realidad una persona que sea su titular para naturalmente actuar en su defensa, y en el caso de los intereses individuales homogéneos, porque la actividad judicial individual de cada interesado no tiene entidad suficiente que la justifique (cada interesado, aislado y solo, carece casi de interés procesal) y en todo caso esa actividad sería dispersa y débil. La del pretendiente colectivo es una sustitución procesal inevitable -interés colectivo- y no por inactividad perjudicial del titular del interés sustancial (p. 18).

Capítulo II: Los Procesos Colectivos

2. 1. Los Bienes Colectivos

En el año 1994 la Constitución Nacional de la República Argentina fue objeto de una reforma que amplió el catálogo de los derechos protegidos y que modificó nuestro plexo normativo (art. 75, inc. 22 CN). En lo que aquí interesa, entre las novedades incorporadas, debe destacarse la constitucionalización del proceso de amparo, tanto individual como colectivo (art. 43 CN), y de la figura del Defensor del Pueblo de la Nación (art. 86 CN).

En lo que respecta al amparo colectivo, el art. 43, par. 2º, CN establece que:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Estas acciones colectivas tienen finalidades específicas, por lo cual resulta necesario analizar qué derechos se procuran tutelar.

El Código Civil y Comercial de la Nación establece que regula dos tipos de derechos: por un lado, los derechos individuales; y, por el otro, los de incidencia colectiva.

Lorenzetti (2014) expresa que, en los primeros, tanto el interés como la legitimación es individual, y cada interés es diverso de otro, cada titular inicia una acción y obtiene una sentencia en un proceso bilateral, de modelo tradicional y en él se reconocen derechos subjetivos, intereses legítimos o de hecho no reprobados por la ley (pp. 73).

A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional.

En cambio, en los derechos de incidencia colectiva, el bien afectado es colectivo, el titular del interés es el grupo, y no un individuo en particular, y en ellos puede existir una legitimación difusa en cabeza de uno de los sujetos que integran el grupo (interés difuso), de una asociación que tiene representatividad en el tema (interés colectivo) o del Estado (interés público) (Lorenzetti, 2014, p. 74).

En relación a la caracterización de los derechos de incidencia colectiva, nos permitimos rescatar dos elementos que destaca la Corte Suprema en “Halabi”, y que resultan preponderantes. En primer lugar, que la tutela de un bien colectivo pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. O sea, estos bienes no pertenecen a la esfera individual, sino social y no son indivisibles en modo alguno. Y, en segundo lugar, que la pretensión debe estar focalizada en la incidencia colectiva del derecho (Cdo. 11 —del voto de la mayoría—).

Lorenzetti rememora que en el proyecto elaborado por la Comisión redactora se incluía una tercera categoría: “b) derechos individuales, que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva, si existe una pluralidad de afectados individuales, con daños comunes pero divisibles o diferenciados, generados por una causa común ...”, que fuera suprimida por el Poder Ejecutivo nacional (2014, t. I, p. 75).

La última parte del artículo en comentario expresa que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general. “Se trata de una cláusula para valorar si el ejercicio del derecho individual es conforme con la función que tiene respecto del de incidencia colectiva” (Lorenzetti, 2014, t. I, p. 72).

A su turno, el artículo 240 del CCyCN establece que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes pertenecientes al dominio público, al dominio privado del Estado y a los bienes y aguas de los particulares está limitado por su compatibilidad con los

derechos de incidencia colectiva; y su conformación a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público; y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

A esos límites señalados por la norma comentada se suma el del ejercicio abusivo de los derechos impuestos en forma genérica por el artículo 10 del Título Preliminar y en forma específica, para el caso que puedan afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general, por el artículo 14.

Por último, el artículo 1737 del Código Civil y Comercial indica que el daño consiste en la lesión de un derecho subjetivo o de un interés lícito, legítimo o simple, pero que no sea repudiado por el conjunto del ordenamiento jurídico; el objeto de la lesión puede ser la persona, el patrimonio o un derecho colectivo. A ese respecto, Lorenzetti (2014) resume que:

El esquema de daños del nuevo Código, sobre la base de los bienes jurídicos incluidos, es el siguiente: 1) se reconocen expresamente los daños individuales tradicionales, patrimonial o moral; 2) los daños individuales homogéneos están comprendidos en el sistema porque se trata de una pluralidad de daños individuales; y 3) los daños colectivos sobre derechos de incidencia colectiva (t. VIII, p. 480).

2.2. Actores Legitimados

De lo dispuesto por el artículo 43, par. 2° de la Constitución Nacional, surge que contra actos de discriminación o en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, tendrán legitimación activa para demandar: 1) el afectado, 2) el defensor del pueblo y 3) las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

La norma constitucional establece un reconocimiento básico de los sujetos legitimados, cuya nómina podrá ser ampliada por las leyes, pero no desconocida.

El “afectado” tiene legitimación procesal para interponer una acción colectiva.

En los procesos colectivos iniciados para proteger derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, cualquier persona tiene legitimación para accionar, siempre y cuando logre demostrar sumariamente el interés por el que reclama. En ese orden de ideas, el artículo 30 de la Ley General del Ambiente (LGA) dispone que, producido el daño ambiental colectivo, el afectado tendrá legitimación para la acción de recomposición o de indemnización pertinente y para solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo.

En cambio, tratándose de procesos colectivos iniciados para proteger derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos, el afectado estará legitimado siempre que logre demostrar, entre otras cosas, la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales entre los que él mismo se encuentra (Cdo. 13° —del voto de la mayoría— de *Fallos*: 332:111).

Las “asociaciones civiles” son personas jurídicas de carácter privado (art. 148, inc. b del CCyCN); deben tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común, no pueden perseguir el lucro como fin principal, ni para sus miembros o terceros (art. 168 del CCyCN); deben tener un patrimonio propio (art. 154 del CCyCN); su estatuto debe contener las contribuciones que conforman su patrimonio inicial y el valor que se les asigna (art. 170, inc. g del CCyCN); y deben obtener autorización para funcionar. (art. 174 del CCyCN).

Con el dictado de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) y, con los artículos 42 y 43 introducidos por la enmienda constitucional, así como también por la Ley General del Ambiente, se establece normativamente la legitimación procesal activa de las asociaciones, con el fin de alentar la participación ciudadana y de afianzar el principio de tutela judicial

efectiva (art. 114, inc. 6°, CN). Pueden actuar en defensa de su propio interés y en defensa de intereses que les atañen como grupo social.

El art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor reconoce legitimación para promover acciones judiciales a las asociaciones de usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal; aclarando que las asociaciones de usuarios y consumidores pueden asumir el rol de litisconsorte con los demás legitimados. También dispone que, en caso de que la asociación desista, el Ministerio Público Fiscal debe continuar la acción; así como lo obliga a expedirse en caso de conciliación o transacción, respecto a la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados.

Por otra parte, el art. 55 de la norma consumeril indica que las asociaciones deben encontrarse inscriptas en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores; y que cuentan con el beneficio de justicia gratuita cuando actúan en la protección de intereses difusos (cfr. art. 53, in fine).

Por fin, el artículo 30 de la Ley General del Ambiente dispone que las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado.

El “Defensor del Pueblo”, conforme lo dispone el artículo 14 de la ley 24.284, tiene entre sus funciones la de iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente, inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos. Asimismo, por el artículo 16 se exceptúa de su competencia de

manera expresa, al Poder Judicial, al Poder Legislativo, a la Municipalidad de Buenos Aires y a los organismos de Defensa y Seguridad.

La intervención del Defensor del Pueblo resulta obligada en virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Nacional que establece que:

Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la administración; y el control de las funciones administrativas públicas.

Y, para dar cierre a este punto, el “Ministerio Público”, cuya legitimación no surge expresamente de la Constitución Nacional (cfr. arts. 43 y 120 CN). Sin embargo, el artículo 52 de la Ley de Defensa al Consumidor —modificada por Ley 26.361— legitima al Ministerio Público para accionar en defensa de los usuarios y consumidores, y, en los casos que no intervenga como parte, la ley lo obliga a actuar como fiscal de la ley.

Asimismo, en caso de abandono o desistimiento del accionante deberá asumir la titularidad activa del proceso. La continuidad del proceso por parte del Ministerio Público Fiscal deberá ser resuelto por el tribunal, teniendo en cuenta las particularidades y la etapa en la que se haya abandonado o desistido el proceso.

Mención aparte merece la normativa provincial, en tanto amplía la nómina de sujetos legitimados para actuar. Por un lado, la Constitución de la provincia de La Pampa garantiza, a todos los habitantes de la provincia, el derecho a peticionar individual o colectivamente la protección de derechos relativos al ambiente y a los bienes culturales (v. arts. 18, 19 y 21). Y, por el otro, la ley 1.352 —que regula el procedimiento de amparo de los intereses difusos o derechos colectivos— dispone que están legitimados para iniciar e impulsar las acciones de amparo el Ministerio Público, los Municipios, las entidades legalmente constituídas para la defensa de los intereses difusos o cualquier entidad o particular que accione en nombre de un

interés colectivo. El Ministerio Público cuando no intervenga en un proceso como parte, actuará obligatoriamente como Fiscal de Ley (art. 7).

2. 3. Marco Normativo y Jurisprudencial

Allende la importancia de los derechos colectivos y la necesidad de dictar una legislación que permita darles operatividad, aún no han sido sancionadas leyes reglamentarias que establezcan regímenes procesales adecuados para debatir y resolver conflictos colectivos en sede judicial. Ni qué decir de una regla de derecho positivo que exija el control de la representatividad adecuada.

De momento, las únicas normas vigentes en la materia con aplicación en todo el territorio nacional son la Ley General del Ambiente y la Ley de Defensa del Consumidor. Estas leyes contienen unas pocas disposiciones incompletas en materia procesal y regulan solamente ciertas cuestiones específicas, sin modificar aspectos sustanciales del proceso pensado para conflictos entre partes individualizadas.

No obstante la escasa regulación en la materia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación asumió un rol determinante en el establecimiento y desarrollo de diversos principios, reglas de debate e institutos procesales orientados a ordenar este tipo de discusiones. Adelantamos que, para el máximo tribunal, existen dos procesos diferenciados en atención a su objeto: por un lado, el proceso ambiental, donde existe un bien colectivo —el ambiente— al que la Corte considera de máxima ponderación jurídica; y, por el otro, las acciones de clase, que se asemejan a las *class actions norteamericanas*, aunque en rigor de verdad no haya trasplantado la Regla Federal de Procedimiento Civil 23 (Muñoz, 2023, p. 614).

Comenzaremos nuestro análisis con la solución dada por el máximo tribunal respecto de los derechos individuales homogéneos, esto es, derechos individuales de contenido

patrimonial, en el que cada titular está legitimado para ejercer la acción, pero el balance costo-beneficio individualmente considerado desalienta a sus titulares a instar la acción.

A comienzos del año 2009, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia en el caso “Halabi” (*Fallos*: 332:111), considerado el *leading case* indiscutido en la materia. La causa se había iniciado con la demanda de Ernesto Halabi, quien pidió la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario (1563/04), porque consideró que, al disponer la intervención de las comunicaciones sin determinar en qué casos y con qué justificativos, violaban el derecho a la privacidad, en su condición de consumidor, y el derecho a la confidencialidad, en su condición de abogado.

En lo que aquí interesa, la sentencia tiene como aspecto relevante la creación de la acción de clase, como garantía de los derechos de dimensión colectiva. Allí, la Corte Suprema de Justicia sostuvo la plena vigencia de la garantía del debido proceso colectivo establecida en el artículo 43 CN, dando inicio a lo que ya es doctrina consolidada del máximo tribunal, en términos de requisitos de admisibilidad y pautas adjetivas mínimas para el trámite de los procesos colectivos en nuestro país.

En el considerando 20 —del voto de la mayoría—, el Alto Tribunal indicó que la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el grupo, siendo esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto 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—, y que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a

evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de avertar el peligro de que se dicten sentencias contradictorias sobre idénticos puntos.

Al hacer mención a las pautas adjetivas mínimas para el trámite, la Corte Suprema de Justicia de la Nación procuraba tutelar el debido proceso de los miembros ausentes del grupo, categoría o clase, quienes —insistimos— son la parte en el proceso colectivo (cfr. Sosa, 2011, p. 17). De manera que los reaseguros procesales y, fundamentalmente la representatividad adecuada, tienen que estar presentes para proteger los intereses de aquellas personas cuyos derechos están en pugna.

Cuatro años más tarde, el máximo tribunal dictó el precedente “PADEC” (*Fallos*: 336:1236), donde reconoció que una asociación de usuarios y consumidores podía iniciar una acción colectiva para obtener la nulidad de una cláusula contractual que autorizaba a una prestadora de medicina prepaga a modificar unilateralmente el valor de las cuotas mensuales que cobraba a sus afiliados. En ese orden de ideas, la Corte brinda un elemento adicional a considerar dentro de las pautas adjetivas mínimas establecidas previamente en “Halabi”. En el considerando 16 —del voto de la mayoría— la Corte apuntó que, además de verificar la idoneidad del representante para la admisibilidad de la acción colectiva, los tribunales tenían el deber de supervisar que tal recaudo se mantuviera presente a lo largo del proceso.

Por otra parte, —siguiendo la línea de análisis—nos encontramos con el proceso ambiental, donde el objeto que se procura tutelar es un bien de incidencia colectiva y existe una afectación a intereses individuales homogéneos.

Un caso paradigmático de lo anterior se dio a fines del año 2014, oportunidad en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió sentencia en “Kersich” (*Fallos*: 337:1361). El caso llegó a conocimiento del Alto Tribunal, a través de un recurso de hecho deducido por la empresa de Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA). Es decir, el tratamiento del caso no tenía por objetivo hacer referencia a la cuestión de fondo, sino que la cuestión a resolver tenía que ver

con la posible afectación al derecho de defensa de ABSA, que interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación originó la queja.

Lo que sucedía era que por el modo en el que había sido dirigido el proceso —en las instancias anteriores (Cámara y Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires)—, efectivamente se conculcaba el derecho de defensa de ABSA, toda vez que, con cada nueva presentación de actores que adherían a la demanda principal, se ponía en cabeza de la demandada contestar una vez más el planteo realizado por más de 2.641 “nuevos actores”, desbordando así las posibilidades del trámite y de una razonable posibilidad de respuesta de la accionada, máxime, si tiene en mente que ello tenía lugar en un proceso de amparo.

La Corte Suprema de Justicia expresó, en primer lugar, que correspondía calificar, en los términos de la causa “Halabi” a la acción promovida como un proceso colectivo, pues allí se procuraba la tutela de un derecho de incidencia colectiva referido a uno de los componentes del bien colectivo ambiente: el agua potable, el objeto de la pretensión —por su carácter— resultaba insusceptible de apropiación individual y la pretensión incoada perseguía que la provisión domiciliaria en red de ese bien se realizara con características y contenidos que cumplieran con los estándares normativos vigentes (Cdo. 8° —del voto de la mayoría—).

El máximo tribunal también advirtió que los jueces de la causa no habían aplicado las reglas del proceso colectivo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional y delineados por él en el caso “Halabi”. A ese respecto, expresó que:

Esta deficiencia se patentiza cuando el juez de primera instancia, pese a calificar al presente como amparo colectivo, recurrió a reglas procesales incompatibles con ese tipo de proceso, soslayando las consecuencias negativas que tal temperamento ocasionaría en el normal trámite de la causa. Máxime, cuando la Provincia de Buenos Aires dispone de normativa específica (con base en el artículo 20 de la Constitución Provincial, en especial, Ley 13.928, con modificaciones introducidas por Ley 14.192)

que aplicada armoniosa y sistemáticamente, y de acuerdo con los principios rectores de la Ley General del Ambiente, hubiese impedido la violación palmaria del derecho de defensa en juicio de la agencia estatal demandada (Cdo. 9°).

Luego del dictado de “Halabi”, en autos “Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A.” (*Fallos*: 337:1024), la Corte Suprema de Justicia advirtió un contexto social en el que la promoción de acciones colectivas, con idénticos o similares objetos provenientes de diferentes tribunales del país, se había multiplicado exponencialmente, lo cual, además de un dispendio jurisdiccional, generaba el riesgo cierto de que se dictaran sentencias contradictorias, y, de que las decisiones que recayeran en uno de los procesos hicieran cosa juzgada respecto de las planteadas en otro, etc. (v. Cdo. 10° de la mayoría).

En razón de ello, y en ejercicio de las facultades para dictar reglamentos, la Corte Suprema de Justicia emitió la Acordada N° 32/2014 —que crea y aprueba el “Registro Público de Procesos Colectivos”— en la que establece que el tribunal de radicación de la causa tiene la obligación de informar al registro lo atinente a la “idoneidad del representante” (ap. 3°); y la Acordada N° 12/2016 —mediante la cual dispuso un “Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos”— donde fija que, entre los requisitos de la demanda colectiva, el actor debe “justificar la adecuada representación del colectivo” (II, 2. sub. ap. b).

Capítulo III: La Representatividad Adecuada

3. 1. Conceptualización

Liminarmente, la *representatividad adecuada* puede definirse 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” (Giannini, 2006, p. 1-2).

En similar sentido, esta noción también puede conceptualizarse como “las condiciones que debe reunir quien pretenda actuar a nombre de un grupo determinado o indeterminado de individuos a nombre de un grupo determinado o indeterminado de individuos, sin un poder especialmente conferido por los miembros de este grupo” (Guayacán Ortiz, 2019, p. 331-332)

Independientemente de la acepción que se adopte, es dable destacar que el análisis de tal recaudo no sólo se limita a la legitimación procesal del actor y/o demandado, sino que esencialmente requiere un análisis cualitativo de la representación que se realizará respecto de la clase ausente. Por lo tanto, en un proceso colectivo resulta legitimado quien, además de estar habilitado normativamente para ejercer o serle interpuesta la acción, es capaz de litigar en nombre de personas que no le han conferido mandato alguno. Esta capacidad requerida se deriva de la propia excepcionalidad del proceso colectivo —esto es, entre otras, por la lógica afectación del debido proceso legal respecto de los miembros ausentes—.

3. 2. Deslinde de otros Recaudos

Una pauta que nos permite comprender a cabalidad la figura de la representatividad adecuada consiste en deslindar este recaudo, respecto de otros que también son propios de los mecanismos de tutela colectiva, y que se desarrollan a continuación.

Primero que todo, no debemos confundir el requisito de la representatividad adecuada con la necesidad de *predominio de las cuestiones comunes* sobre las individuales en la pretensión respectiva.

En ese sentido, Giannini (2006) entiende que 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 se encuentra —expresa o tácitamente— incorporado a cualquier ordenamiento que prevea mecanismos de enjuiciamiento pluriindividual (p. 2).

En los EEUU, la Regla Federal de Procedimiento Civil 23 (a) (2) dispone que “uno o más miembros de una clase pueden demandar o ser demandados como partes representativas de todos sólo si [...] existen cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase [...]”.

Ahora bien, la Regla 23 (b) (3) determina que, para el caso de la subespecie de acción de clase, dichos aspectos no solo deben existir: deben predominar. En ese sentido, la norma precitada subraya que:

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

Por su parte, el proyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (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.).

Coincidimos con Giannini (2006) cuando reflexiona que:

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 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 (pp. 3-4).

Por otra parte, tampoco debemos equivocar la representatividad adecuada con aquel requisito que, en las acciones de clase norteamericanas, se conoce como *tipicidad*.

La Regla Federal de Procedimiento Civil 23 (a) (3) estatuye que sólo puede promoverse una acción de clase si “los reclamos o defensas de las partes representativas son típicas de los reclamos o defensas de la clase”.

El Código Iberoamericano, por su parte, 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).

De esto último se desprende que, para que la parte actuante demuestre que será un apropiado defensor de los intereses de los miembros del grupo, debe probar —entre otras cosas— que sus intereses coinciden sustancialmente con los de aquellos y que también ha sufrido un perjuicio como consecuencia del accionar del demandado.

3.3. La Calidad del Representante

A efectos de analizar la calidad de la representación invocada por el pretendiente colectivo, los tribunales deben evaluar distintos factores cuya determinación puede estar fijada expresamente en la ley o bien librada al arbitrio judicial.

A su turno, el establecimiento de estos parámetros en el texto de la ley puede ser rígido o abierto (a modo de estándares). En cualquier caso, consideramos que un nivel de discreción judicial y flexibilidad, por más mínimas que éstas sean, resulta inevitable y hasta conveniente en la práctica forense.

En el sistema de la Regla Federal de Procedimiento Civil 23, la determinación y evolución de los factores que se consideran para evaluar la calidad del representante es fruto de la labor jurisprudencial. La posibilidad de actuar en tal carácter debe ser aprobada por el tribunal. Para ello no resulta necesario contar con experiencia legal ni tampoco con antecedentes como representante en otros procesos similares, pero lo que sí debe controlar y asegurar el magistrado es: (i) que el representante comprenda y asuma la responsabilidad de llevar adelante el caso no sólo por su propio interés, sino en beneficio de toda la clase; y (ii) que se mantenga libre de conflictos de intereses con la clase y con sus propios abogados. Algunos tribunales han exigido también el conocimiento (aunque sea básico) de los alcances de la pretensión esgrimida (Verbic, 2008).

Cabe aclarar que, a pesar de que la Regla 23 (a) (4) alude sólo a la representatividad adecuada que deben ejercer las partes, “los tribunales estadounidenses han extendido el

análisis de este prerrequisito con relación a los abogados que representan a quienes invocan tal carácter” (Verbic, 2017, p. 310).

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

La exigencia, en definitiva, tiene por finalidad evitar dos tipos de problemas que pueden presentarse en cabeza del representante y sus abogados con respecto al grupo, a saber: indiferencia e incompetencia (Tidmarsch, 2009, como se citó en Oteiza y Verbic, 2015).

Por otra parte, el Código Iberoamericano adopta estándares flexibles y abiertos fijados expresamente en normas positivas. Esto se patentiza en el artículo 2, par. 2º, cuando establece que, al evaluar la representatividad adecuada, el juez debe tener en cuenta datos tales como la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; su conducta en otros procesos colectivos; la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; el tiempo de constitución de la asociación y, finalmente, el nivel de representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase que pretende proteger.

Capítulo IV: Control de la Representatividad Adecuada

4. 1. Importancia del Análisis

La representatividad adecuada de la persona (humana o jurídica) que representará al colectivo en el marco de un proceso de tales características constituye un asunto de suma relevancia. Ello resulta lógico a poco que se piensa que el sistema de litigación grupal por representación importa litigar en representación de personas ausentes a quienes —idealmente— les será oponible la sentencia dictada en el proceso.

Tomando en consideración tal consecuencia, surge el siguiente interrogante ¿quién debe analizar la adecuada representatividad del legitimado colectivo? Naturalmente, quien debe cumplir tal cometido es el Estado a través del Poder Judicial: es tarea del tribunal de la causa observar y supervisar que tal extremo se cumpla.

La importancia sustantiva del análisis de la representatividad adecuada obedece a dos razones fundamentales: la tutela de los ausentes representados y la calidad de la cosa juzgada.

Así lo resume Salgado (2016) al decir que:

En el proceso colectivo, por lo tanto, sólo será posible una decisión que se extienda a los miembros de la clase —que no han puesto de manifiesto su voluntad de quedar excluidos del proceso—, si previamente se ejerció el control de la representación adecuada de legitimado extraordinario ... Sin ese tipo de recaudos, y otros cuya mención omitimos, la cosa juzgada que se extendiera a los miembros de la clase ausentes del proceso debería ser calificada como una decisión arbitraria que violentaría las más delicadas garantías constitucionales. El desafío, en el marco de los procesos colectivos, es garantizar que la discusión representativa contenga verdaderamente los posibles postulados del grupo involucrado (p. 30).

En similar sentido, el profesor Gidi (2004) reflexiona que:

Las reglas de legitimación y de la cosa juzgada en las acciones colectivas representan las dos caras de la misma moneda. Detrás de cada una existe la necesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes. Aunque la cuestión de la legitimación colectiva precede temporalmente al problema de la cosa juzgada en el curso del litigio, para el legislador esto es lógicamente posterior, porque sólo después de que el legislador decida que la sentencia de grupo es obligatoria para todos los miembros ausentes él tiene que decidir quién es capaz de representar adecuadamente sus intereses en el tribunal (p. 71).

En el mismo orden de ideas, Giannini y Verbic (2017, p. 104) aseveran que:

Las razones convencionales y constitucionales que sostienen la ligazón entre la legitimación colectiva y la cualidad del representante en un caso determinado se asientan en consideraciones de debido proceso legal y de autonomía individual. Es que la tutela colectiva de derecho supone, por un lado, un riesgo para la garantía de debido proceso legal de los miembros de la clase o grupo ausentes en el proceso y, por otro, una limitación a su autonomía individual ya que tales personas no podrán tomar la decisión de reclamar o no ante la justicia, cuándo hacerlo o con qué argumentos.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resaltó la importancia de examinar la noción de representatividad adecuada en “Halabi”. En el considerando 12° del voto de la mayoría sostuvo que:

la eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el derecho ejercicio individual de los derechos ... Debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado.

Como se desprende, “las reglas de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos representan las dos caras de una misma moneda y guardan una íntima vinculación

sistémica. Atrás de cada una de ellas está la necesidad de proteger los derechos de los miembros ausentes” (Verbic, 2017, p. 345).

De allí que la necesidad de efectuar un control constitucional y convencional, en términos de debido proceso colectivo, supone que sólo se debería autorizar a discutir sobre el asunto a quien reúna ciertas condiciones necesarias al efecto, porque la consecuencia de que ese reclamo sea admitido como acción colectiva, significa que la sentencia que allí se dicte podría hacer cosa juzgada con efectos indelebles expansivos sobre los miembros del grupo, categoría o clase, aun cuando éstos no hayan sido oídos en la discusión. Estimamos que este análisis debe practicarse no sólo respecto del afectado y de las Asociaciones de Defensa del Consumidor, sino que además, debe hacerse extensivo al Defensor del Pueblo, al Ministerio Público y/o a otros organismos estatales, siempre que éstos pretendan representar a un grupo, categoría o clase de personas ausentes.

Empero, en nuestro sistema de vinculatoriedad de cosa juzgada colectiva, ¿rige la exigencia de controlar la representatividad adecuada? Respondemos afirmativamente, aunque el asunto tiene sus matices. Veamos.

Existen dos grandes sistemas de vinculatoriedad de la cosa juzgada colectiva.

Por un lado, el denominado *pro et contra*, que implica un efecto inmutable de la sentencia con independencia del resultado. ¿Esto qué significa? Que gane o pierda el legitimado colectivo, el conflicto queda resuelto y en el futuro los miembros del grupo no podrán iniciar nuevas acciones colectivas ni individuales para intentar discutir nuevamente lo allí resuelto. Este sistema es el adoptado por las acciones de clase norteamericanas y por las acciones colectivas en Colombia (Verbic, 2017, pp. 256 y 342).

Por otro lado, tenemos el sistema de vinculatoriedad relativa de la cosa juzgada conocido como *secundum eventum litis* que, a diferencia del anterior, hace depender la expansión de la cosa juzgada al modo en que se resuelve el proceso. En general, en este

sistema, la sentencia colectiva obliga con cosa juzgada si el resultado es favorable al grupo, pero no si lo perjudica, puesto que los miembros del grupo tendrán la posibilidad de “reeditar” el debate, iniciando las respectivas acciones individuales. Es el caso de los sistemas de Argentina, Brasil, Chile y Uruguay (Verbic, 2017, pp. 248, 252 y 342).

Esto ha llevado a algunos autores a sostener que la representatividad adecuada del legitimado colectivo solo debe controlarse cuando se trata de un sistema de cosa juzgada pro et contra (cfme. Bordalí Salamanca); mientras que otros autores argumentan que aún en un sistema de cosa juzgada secundum eventum litis, también rige la exigencia (cfme. Verbic).

Por nuestra parte, entendemos que la exigencia de analizar la representatividad adecuada del legitimado colectivo, rige no sólo en los sistemas de vinculatoriedad de cosa juzgada pro et contra, sino también en los sistemas de vinculatoriedad relativa de cosa juzgada secundum eventum litis, al que suscribe nuestro país (v. art. 52 LDC y 33 LGA).

¿Por qué? Porque aun cuando el resultado desfavorable de la sentencia colectiva sólo haga cosa juzgada respecto de la acción colectiva, sabemos que es prácticamente nula la probabilidad de que los miembros del grupo puedan reclamar ante la justicia la protección de sus derechos individuales afectados por el hecho juzgado en el proceso colectivo. Máxime en casos de escasa cuantía o en donde se vean involucrados sectores vulnerables de la población, dadas las enormes dificultades que tienen éstos para acceder individualmente a la justicia. En ese tipo de situaciones, la sentencia que haga cosa juzgada colectiva por una mala actuación del representante, presupone “cancelar” el acceso a la justicia de los miembros del grupo.

4. 2. Oportunidad de Juzgamiento

¿Cuándo se debe verificar la adecuada representatividad del legitimado? Veamos qué se propone desde el derecho comparado.

En el sistema norteamericano, la acreditación de esta condición es necesaria para la *certificación de la acción*, que —dicho sea de paso— importa “verificar la existencia de un grupo, categoría o clase que compone un colectivo afectado en determinada situación. Esto es vital, porque en caso de no poder certificar la acción colectiva ésta caerá como tal, subsistiendo tan solo la acción individual que pueda corresponder” (Muñoz, 2023, p. 621).

Según Oteiza y Verbic esto permite ver hasta qué punto el legislador estadounidense estimó conveniente evaluar el requisito en una etapa temprana del proceso. En esa inteligencia, el mecanismo procesal excepcional sólo se habilitaría cuando la persona que pretenda asumir la representación del grupo y sus abogados demuestren que podrán llevar adelante una defensa vigorosa de la causa. La razón detrás de ello —marcan los autores— obedece a razones prácticas y constitucionales: sólo tales representantes y abogados podrán lograr una decisión colectiva hábil para obligar a los miembros del grupo (2015, p. 8).

Ahora bien, aun cuando la discusión del conflicto colectivo sólo se habilita si (y sólo si) el actor y sus abogados demuestran que pueden representar adecuadamente al grupo, ello no significa que el control del juez sobre tal calidad se agote con la certificación de la acción. En efecto, el requisito de la representatividad adecuada es tan relevante para el sistema que ese primer juzgamiento no causa estado. De allí que el magistrado debe controlar a lo largo de todo el proceso que los representantes de la clase y sus abogados mantengan incólume su calidad. Este no es un tema menor, puesto que —en la gran mayoría de los casos— los momentos en que se torna más exigible el mentado control se presentan una vez que la causa ya está tramitando.

En términos concretos y operativos para el proceso colectivo, independientemente de que éste se canalice vía amparo o no, el análisis de la representación adecuada es tanto o más importante que el análisis de la legitimación sustantiva del actor o demandado. Este análisis, semejante a aquel que se realiza en un proceso individual respecto de la legitimación, se

ejerce al momento del auto de apertura o recepción del proceso (como primer despacho) y en posteriores etapas (esencialmente en resoluciones interlocutorias o definitivas, pues se debe merituar la calidad de la representación ejercida). Por lo tanto —y por tomar un ejemplo— aún si la persona que se presenta ante la justicia está legitimada por norma (v. gr.: un afectado), corresponde no tenerlo por legitimado desde el inicio (por falta de representatividad adecuada) para ejercer la pretensión colectiva si no acredita cualitativamente su capacidad para representar a los intereses del grupo de personas ausentes.

4. 3. Pérdida de la Representatividad Adecuada

En general, la legitimación es un recaudo que puede existir al iniciarse el proceso, pero, puede, en su transcurso perderse. Es lo que le ocurre al fallido según el artículo 110 de la Ley de Concursos y Quiebras: en mérito a la declaración de quiebra, pierde la legitimación procesal en todo litigio referido a los bienes desapoderados, debiendo actuar en ellos el síndico. Más casuísticamente, por ejemplo, se ha resuelto que corresponde revocar la sentencia que hizo lugar a la demanda de desalojo, si con posterioridad al pronunciamiento recurrido, el mismo tribunal admitió la demanda de simulación promovida por la recurrente y declaró la nulidad de la venta del inmueble, ya que los actores, en virtud de esta última decisión, pasaron a carecer de legitimación para requerir el desalojo de la demandada, actual propietaria del inmueble (in re “Paoppi, Oscar Alberto y otra c/ Bohuebent, Amelia Elsa”).

Volviendo a nuestro tema específico, la necesidad de controlar que el recaudo de la representatividad adecuada se encuentre debidamente acreditado al inicio y se mantenga durante todo el trámite del proceso, se corresponde con la posibilidad cierta de que aquél —eventualmente— se pierda. En Argentina, por el momento y hasta donde hemos podido saber, el mentado control solo se ejerce respecto del legitimado colectivo (no de sus abogados

como sí sucede, en cambio, en EE.UU) (F. Verbic, comunicación personal, 20 de noviembre de 2024).

Mas, ¿cómo podría perderse la representatividad adecuada del legitimado colectivo? Podría perderse, desde luego, como consecuencia de su muerte, incapacidad o inhabilitación (arg. a simili artículos 53, inc. 6° y 56, inc. 5° del CPCCN y del CPCCLPam, respectivamente). Pero, en general, esa pérdida podría suceder, mediante resolución judicial, a raíz de la desaparición sobreviniente -comoquiera que fáctica o jurídicamente pudiera haberse producido- de los factores o parámetros oportunamente tenidos en cuenta para la aprobación judicial de su actuación como legitimado colectivo (ver más arriba 3.3.).

¿A dónde debería conducir la pérdida de la representatividad adecuada del legitimado colectivo? Desde luego no al rechazo de la acción, sino de alguna manera a su reemplazo por otro (ver seguidamente 4.4.).

4. 4. Efectos de la Declaración de Falta de Representatividad Adecuada

¿Cuál es el efecto de la declaración de la ausencia de representatividad? No existe —de *lege lata*— una solución legal para esta situación en nuestro ordenamiento jurídico. Con todo, estimamos que es posible esbozar una respuesta, por aventurada que sea. A tal fin, debemos discernir si dicha falta es detectada por el tribunal al momento del auto de apertura o recepción de la causa, o bien dicha circunstancia es advertida en una etapa ulterior.

Por consiguiente, si en una etapa inicial del proceso el tribunal advierte que la representación adecuada no fue acreditada, éste tiene dos alternativas: o bien rechazar “de plano” la acción colectiva o bien posibilitar su saneamiento.

Distinta es la solución cuando la pérdida de la adecuada representatividad opera durante el trámite del proceso. Frente a tal escenario, Oteiza y Verbic (2015, p. 9) indican que existen algunos instrumentos que permiten continuar con la discusión en clave colectiva.

De este modo, plantean que una primera opción es la creación de subclases dentro de la clase identificada, integrada por personas con intereses similares, a las que se les asignan representantes y abogados adecuados.

También anotan que otro mecanismo disponible se traduce en la posibilidad de complementar la representación y/o la asistencia letrada con otras personas. Esta opción la brinda el Código Modelo para Iberoamérica al establecer que “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” (art. 3, par. 4°).

Conclusiones

Como colofón, podemos afirmar que la representatividad adecuada es un instituto clave en el contexto de los procesos colectivos. Esta noción, por cierto extraña al tradicional proceso individual, tiene su origen en el derecho norteamericano, más precisamente en las Reglas Federales de Procedimiento Civil 23, aunque a lo largo de los años cobró cada vez mayor predicamento en la comunidad jurídica argentina.

Sin embargo, pese a su importancia y aceptación, consideramos que su análisis ha sido (y continúa siendo) un asunto pendiente en términos de profundización conceptual en nuestro país. En este sentido, la doctrina no resulta conteste al momento de brindar una definición de este vocablo, esto es, si constituye un requisito de admisibilidad de la pretensión colectiva o si solo se trata de una condición que —idealmente— debe reunir el representante colectivo.

Por otra parte, no existe en la actualidad una regla de derecho positivo que, a nivel nacional, establezca el significado preciso de representante idóneo, los estándares o requisitos necesarios para determinarlo, la exigencia de su análisis en nuestro sistema de cosa juzgada y las vías procesales idóneas para subsanar eventuales defectos de legitimación. Aunque, claro está, la falta de reglamentación ritual no constituye impedimento alguno para exigir el control judicial sobre la actuación del representante (y sus abogados), pues ello configura una verdadera y propia exigencia constitucional y convencional a la luz del debido proceso legal y de la autonomía de la voluntad individual de los miembros ausentes del grupo. Máxime, si valoramos los efectos expansivos de la cosa juzgada, típicos de los procesos colectivos.

Siguiendo esta línea, el confronte de la experiencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tampoco se presenta como un medio idóneo para ahondar en el tema propuesto. Si bien es cierto que en el precedente “Halabi” nuestro máximo tribunal

comenzó a sentar las bases de lo que es hoy su doctrina consolidada, en términos de requisitos de admisibilidad y pautas adjetivas mínimas para el trámite de los procesos colectivos, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia no se ocupó de aportar elementos para el análisis de este requisito, el cual es de absoluta trascendencia en el campo de la tutela colectiva de derechos. Este extremo no fue cubierto por los sucesivos pronunciamientos del Alto Tribunal, ni tampoco a través del dictado de las Acordadas 32/2014 y 12/2016.

En este contexto de vacío normativo, reflexionamos que es el tribunal ante quien se haya interpuesto la demanda colectiva, quien debe controlar que el requisito de la representatividad adecuada se encuentre debidamente acreditado al inicio y se mantenga a lo largo del trámite del proceso. Este examen debe verificar que el legitimado (y sus abogados) cumpla con los estándares necesarios para asegurar una sólida defensa de los intereses de los miembros ausentes del grupo, independientemente de que aquel sea el propio afectado, una asociación civil, el defensor del pueblo o el ministerio público.

Por fin, concluimos que este análisis resulta exigible no sólo en los sistemas de cosa juzgada “pro et contra”, sino también en los de cosa juzgada “secundum eventum litis”, siendo este último el sistema adoptado en nuestro país.

Lamentablemente, el Congreso Nacional no parece tener en su agenda el interés de adentrarse en el tema propuesto. Esto no hace más que generar, además de otros problemas sistémicos e institucionales derivados de ello, dificultades en el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, aun cuando sea la propia Constitución Nacional quien estatuye tal garantía. Es que, aunque la demora persista, los procesos colectivos van a seguir presentándose por la mesa de entrada de los tribunales, cuyo personal quizás no se encuentre plenamente capacitado para canalizarlos, eficaz y eficientemente, por los carriles institucionales.

Referencias

- ARAZI, R. (2012). “Código Procesal Civil y Comercial”, t. I. 2.^a ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- GIANNINI, L. J. (2006). “La representatividad adecuada en los procesos colectivos”, en AA.VV., *Procesos colectivos* (Oteiza, E.: coord.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 179-214.
- GIANNINI, L. J. y VERBIC, F. (2017). Los procesos colectivos y acciones de clase en el derecho público argentino. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni.
- GIDI, A. (2004). Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos Individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil. Ciudad Autónoma de México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- GUAYACÁN ORTIZ, J. C. (2019) La representatividad adecuada en las acciones colectivas, en “*Justicia Colectiva en Iberoamérica*” (Pereira Campos, S.: coord.). pp. 321-352.
- LORENZETTI, R. L. (2014) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, t. I, VIII. 1.^a ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- MUÑOZ, M. O. (2023). La certificación de la acción de clase en el Derecho Argentino. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, 20 (53), 158.
<https://doi.org/10.24215/25916386e158>
- OTEIZA, E. y VERBIC, F. (2015). La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada. *Revista de Processo*, N.º 185. Brasil: Ed. Revista dos Tribunais.
- PALACIO, L. E. (2003). *Manual de Derecho Procesal Civil*. 17.^a ed actualizada. Buenos Aires: LexisNexis Abeledo-Perrot.

PEYRANO, J. W. (1996). “Legitimaciones Atípicas” en “La Legitimación”, en Libro Homenaje a Lino Enrique Palacio, Morello, Augusto M. - Coord., Buenos Aires: Abeledo - Perrot, pp. 79 a 90.

SALGADO, J. M. (2016). Revista de la Maestría en Derecho Procesal. Pretensión representativa y cosa juzgada colectiva. Vol. 6 (1), 2016 (ISSN 2072-7976), pp. 26-57. En

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/issue/view/1274>.

SOSA, T. E. (2011). *Terceros en el proceso civil*. 1.^a ed. Buenos Aires: La Ley.

VERBIC, F. (Nov/Dic. 2008). La representatividad adecuada en las “class actions” norteamericanas. *Revista de Derecho Comercial Abeledo Perrot* N° 233.

VERBIC, F. (2017). Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase. En AAVV, *Diálogo multidisciplinario sobre la nueva Justicia Civil de Latinoamérica* (págs. 219-366). Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA.

Normativa citada:

Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) aprobado por Ley N° 26.994.

Congreso de la Nación Argentina. 8 de octubre de 2014. B.O. N° 32.985.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (CPCCN) aprobado por

Ley N° 17.454. Congreso de la Nación Argentina. 7 de noviembre de 1967.

B.O. N° 2.138.

Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa (CPCCLPam). Ley

Provincial N° 3.449 de 2022. 9 de junio de 2022. B.O. N° 3.596.

Constitución de la Nación Argentina (CN). Arts. 18, 19, 43, 75. inc. 22, 86, 116 y 120.

3 de enero de 1995. (Argentina).

Ley N° 17.418 de 1967. Por la cual se sustituye el título VI del libro segundo del código de comercio. 30 de agosto de 1967. B.O. N° 21.266.

Ley N° 18.345 de 1969. Por la cual se organiza la justicia nacional del trabajo. 24 de septiembre de 1969. B.O. N° 21.773.

Ley N° 24.240 de 1993. Por la cual se estatuyen las normas de protección y defensa del consumidor. 13 de octubre de 1993. B.O. N° 27.744.

Ley N° 24.248 de 1993. Por la cual se crea la Defensoría del Pueblo de la Nación. 2 de diciembre de 1993. B.O. N° 27.780.

Ley N° 25.675 de 2002. Por la cual se establecen los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente. 27 de noviembre de 2002. B.O. N° 30.036.

Ley N° 24.522 de 1995. Por la cual se crea el régimen de concursos y quiebras. 7 de agosto de 1995. B.O. N° 28.203.

Jurisprudencia citada:

CSJN. *Fallos*: 316:1277. (“Paoppi, Oscar Alberto y otra c/ Bohuebent, Amelia Elsa”); (08/06/1993).

CSJN. *Fallos*: 332:111. (“Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.783 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”); (24/02/2009).

CSJN. *Fallos*: 336:1236. (“PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales”); (21/08/2013).

CSJN. *Fallos*: 337:1024. (“Municipalidad de Berazategui c/ Cablevisión S.A. s/ amparo”); (23/09/2014).

CSJN. *Fallos*: 337:1361. (“Kersich, Juan Gabriel y otros c/ Aguas Bonaerenses S.A. y otros s/ amparo”); (02/12/2014).