

LOS RECAUDOS PARA APROBAR UN ACUERDO, LA COSA JUZGADA Y LA LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS / CLASS ACTIONS EN AMÉRICA *

*Santiago Pereira Campos***

*Con la colaboración de Virginia Barreiro*** y Santiago Labat*****

RESUMEN

Los procesos colectivos en Iberoamérica gozan de una importancia significativa, de ello da cuenta el Código Modelo de Procesos Colectivos, que surge como consecuencia de la búsqueda de una protección de los derechos transindividuales. La descripción del

Fecha Recibido: marzo 5 de 2014 • Fecha Aceptado: mayo 27 de 2014

- * Relato general por América a la “I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal”, celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 6 al 9 de junio de 2012.
- ** Profesor Titular de Derecho Procesal en la Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Integra el Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA-OEA). Profesor de Derecho Procesal del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU – Poder Judicial uruguayo). Profesor Titular en la Especialización en Derecho Procesal y Litigación de la Universidad de Montevideo. Socio de RUEDA ABADI PEREIRA. Investigador activo de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII). Consultor de PNUD, ONUDI, BID, FOMIN, CEJA y del Instituto del BANCO MUNDIAL. Las opiniones del relator general son formuladas a título personal y no comprometen a las instituciones que integra.
- *** Docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.
- **** Docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

estado del arte de la regulación de los procesos colectivos en los países del continente americano, pone en evidencia falencias en la legislación de estos procesos, en la mayoría de los países. De allí que resulte necesario, el diseño de instrumentos legales para la justicia colectiva.

Palabras clave: Código Modelo de Procesos Colectivos, derechos transindividuales, acción colectiva, derechos colectivos.

ABSTRACT

Class actions in Latin America take on significant importance; the Model Code of Collective Processes realizes that, through the search for a real protection of the transindividual rights. According to the state of the art, in most american countries, the regulation of the class actions has many shortcomings. Hence, the need to design legal instruments in the field of the collective justice..

Kew words: Model Code of Collective Processes, transindividual rights, class actions, collectives rights.

1. LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES ENTRE EL CAOS Y EL LABERINTO

Desde hace ya unos cuantos años, en diversos eventos académicos, la doctrina procesal trabaja en la difícil tarea de encontrar soluciones al fenómeno de los procesos colectivos. En Iberoamérica el Código Modelo de Procesos Colectivos es, sin lugar a dudas, el jalón más importante en este trabajo incesante. Prueba de estos esfuerzos de investigación es esta Conferencia donde procesalistas de todo el mundo nos reunimos en torno a los procesos colectivos/*class actions* como tema central, analizando las diversas aristas de tan complejo instituto jurídico.

Mucho se ha avanzado en los últimos años. Sin embargo, en varios países de América, existe todavía nula o escasa regulación y poca información y jurisprudencia sobre procesos colectivos, siendo aún una temática de especialistas, difícil de transmitir a juristas de otras disciplinas, a legisladores, administradores y a la sociedad civil. Como se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Proceso Colectivos: “la situación de la defensa de los derechos transindividuales en Iberoamérica, es insuficiente y heterogénea, por no decir caótica. Y también se percibe que diversos países están sintiendo la necesidad de legislar sobre la materia”.

En los países con regulación más específica y mayor experiencia sobre procesos colectivos/*class actions* (Brasil, Estados Unidos, Canadá, Colombia,

Argentina), los sistemas son objeto de defensa cerrada de parte de unos y críticas feroces de parte de otros. A ello se suman grandes intereses económicos en pugna y el riesgo de la utilización con propósitos espurios de estos procesos, que podrían transformarse, para las voces apocalípticas que nunca faltan, en un monstruo ingobernable¹.

Se nos plantea entonces el apasionante desafío de encontrar soluciones para la Justicia Colectiva, que sean adecuadas a la realidad social y al sistema jurídico de cada uno de los países de América. Es que, a pesar de todos los esfuerzos, como lo ha señalado Oteiza², hay un creciente grado de incertidumbre sobre cuáles son las mejores estrategias de política pública para regular los procesos colectivos³.

Entre el caos⁴, la indiferencia, la falta de soluciones y/o los intrincados laberintos⁵ creados por el legislador y/o por la jurisprudencia, muchos de los países de América requieren de nuestro esfuerzo. Nuestra tarea, más que explicar los sistemas, es esencialmente encontrar la forma de dar las soluciones más simples posibles a un tema por demás complejo. Ello, en el convencimiento de que los procesos colectivos son necesarios y es por ende imprescindible un mecanismo adecuado que efectivice los derechos

¹ En Estados Unidos, las class actions tienen defensores pero también fervientes críticos que llegan a hablar de la “holy war against class actions” e incluso se las ha denominado el monstruo Frankenstein (Ver el ya famoso trabajo de MILLER “Of Frankenstein monster and shining knights: myth, reality and the class action problem”, 92 *Harvard Law Review*, 1979). PÉREZ RAGONE señala que los excesos y el empleo errado del instituto procesal en EEUU deben ser tenidos en cuenta al momento de definir un modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. Indica que la visión negativa de las acciones de clase parte de consideraciones no sólo empíricas, sino también dogmáticas y jurisprudenciales dentro del propio sistema procesal norteamericano y las feroces críticas a los procesos de acciones de clase (PÉREZ RAGONE, A., “¿Necesitamos los procesos colectivos?”, *Procesos Colectivos*, con OTEIZA, E., Santa Fé, 2006, pp. 81 y 135).

² OTEIZA, E., “Prólogo” a VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, 2007, p. VII.

³ PÉREZ RAGONE, por su parte, señala que la temática de los procesos colectivos está imbuida de una infinidad de mitos y falacias que parten ya de erróneas premisas procesales y prejuicios, ya de la mezcla argumental entre puntos de vista de derechos sustancial-formal y moral (PÉREZ RAGONE, “¿Necesitamos los procesos colectivos?”, *Op. cit.*, p. 80).

⁴ Escribió Ernesto Sábato en *Abaddón el Exterminador*: “Estaba tan cómodo en el caos que lo explicó, en lugar de solucionarlo”. Con esta cita literaria tan acertada se inicia el libro de VERBIC, *Procesos Colectivos*, *Op. cit.*, p. V.

⁵ Dijo Jorge Luis Borges en una entrevista: “En el laberinto hay algo muy curioso, porque la idea de perderse no es rara, pero la idea de un edificio construido para que la gente se pierda, es una idea rara. La idea de construir un edificio de una arquitectura cuyo fin sea que se pierda la gente o que se pierda el lector, es una idea rara, por eso sigo siempre volviendo al laberinto”.

sustanciales colectivos, permitiendo hacer justicia. Como enseñan Morello y Cafferatta⁶, no hay problema que no deba ser captado en sus diversos pliegues y dificultades desde tres dimensiones: la constitucional, la social y la internacional⁷, de manera sistémica y finalista, procurando que las respuestas valiosas, oportunas y acordes con la paz social y la justicia, superen los “tests” de validez y eficacia para plasmar soluciones de resultados efectivos.

Nuestro relato general pretende, desde esa perspectiva, analizar tres temas: los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/*class actions* en América.

Dada la complejidad de los tres temas y las comprensibles limitantes de extensión impuestas al relato, nos limitaremos a dar un panorama de la situación sobre los tres temas en América y proponer algunas líneas de solución para los principales problemas planteados.

⁶ MORELLO, A. y CAFFERATTA, N., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Santa Fe, 2004, p. 10.

⁷ La dimensión internacional del problema en América tiene su ejemplo paradigmático en el polémico caso Chevron en Ecuador. En lo que constituye una de las condenas más grandes del mundo por daños ambientales, el juicio contra Chevron comenzó en 1993 cuando 88 ecuatorianos presentaron ante una corte federal de Texas una demanda por daño ambiental. En 1994, el mismo grupo presentó una demanda ante tribunales de Nueva York. Ambas cortes desecharon la demanda entendiendo que debía litigarse en Ecuador. Finalmente el caso recayó en la corte de la provincia de Sucumbíos, que tardó 18 años en dictar la sentencia y a inicios de 2012 fijó en 18 mil millones de dólares el monto que debe pagar Chevron para resarcir los daños ambientales, humanos y comunitarios causados en la amazonia norte ecuatoriana durante las operaciones de extracción de crudo de Texaco entre 1972 y 1990 por derramar toneladas de desechos tóxicos en la selva, lo que provocó enfermedades a los pueblos indígenas (Chevron compró a Texaco en 2001 y asumió sus obligaciones). Un nuevo fallo de esa Corte ecuatoriana, del 1/3/2012 ratificó la sentencia y el monto que debía pagar Chevron, mientras la Corte de Arbitraje de La Haya, pocos días después, requirió a Ecuador evitar la ejecución de ese fallo aduciendo que viola tratados de protección de inversiones suscritos entre Ecuador y Estados Unidos. La Corte Provincial de Sucumbíos no acogió el pedido de la Corte de La Haya. Los actores anunciaron que intentarán cobrar la sentencia con activos que la compañía posee en Panamá y Venezuela ya que Chevron tiene muy pocos activos en Ecuador. Chevron por su parte ha dicho que irá a cualquier tribunal, en cualquier país del mundo para luchar contra lo que calificó de fraude, conductas ilícitas y poco éticas de los demandantes. El caso se complejizó aún más por la destitución en febrero de 2012 de dos de los jueces ecuatorianos que participaron en la redacción del fallo.

Este informe hubiera sido imposible sin el valioso aporte de los relatores nacionales, con quienes tenemos una enorme deuda de gratitud⁸. Desde ya asumimos la responsabilidad por los errores que podemos cometer al resumir, simplificar y/o traducir, en su caso, los relatos nacionales. Nos queda la tranquilidad de que el lector podrá consultar directamente los propios relatos nacionales que también se publican.

2. ESTADO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PROCESOS COLECTIVOS/ CLASS ACTIONS EN AMÉRICA

El estado de la legislación en materia de procesos colectivos, de acuerdo a lo que surge de los relatos nacionales relevados, es muy disímil en los países de América. Mientras que ha tenido un avance significativo en algunos países (sin perjuicio de existir grandes diferencias entre ellos, tanto respecto al grado de ese avance como a las soluciones implementadas), en otros no existen previsiones legales respecto de los procesos colectivos. Como ha señalado Pellegrini Grinover⁹, en relación a los países del *civil law*, el estado de los procesos colectivos si bien aún no alcanzó el estado de madurez de las *class actions* norteamericanas, la tendencia es que cada vez más países crean verdaderos sistemas de procesos colectivos.

A efectos de graficar la situación, clasificamos los países relevados en tres categorías: a) aquellos que no poseen regulación procesal sobre procesos colectivos/*class actions*, b) aquellos que poseen regulación procesal genérica o fragmentada (generalmente vinculada a la materia de relaciones de consumo y/o protección del medio ambiente, o alguna previsión general escueta sobre procesos colectivos en la codificación procesal) y, c) aquellos que poseen una regulación procesal específica y más integral para los procesos colectivos.

⁸ Fue cursada solicitud de relato nacional a todos los países de América que tienen miembros activos en el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Los países relevados especialmente en este relato general son aquellos de los cuales se recibió el relato nacional o, en su defecto, colaboración de algún experto en esa legislación. Los relatores nacionales son los siguientes: ARGENTINA: Roberto M. PAGÉS y Jorge A. ROJAS; Bolivia: Primitivo GUTIÉRREZ; BRASIL: Sergio Cruz ARENHART; Canadá: Janet WALKER; COLOMBIA: Juan Carlos GUAYACÁN; CHILE: José Pedro SILVA y Maite AGUIRREZABAL; Ecuador: Juan FALCONI; Guatemala: Mauro Roderico CHACÓN; Paraguay: Pablo VILLALBA; Perú: Adrián SIMONS; Uruguay: Luis M. SIMÓN; Venezuela: Rodrigo RIVERA. También agradecemos a Antonio GIDI por sus aportes respecto del sistema de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA y a Alfredo TAULLARD por sus informaciones.

⁹ PELLEGRINI GRINOVER, A., *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas - Civil Law*, Relato general al XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Salvador, Bahia, 2007.

Cuadro 1. Regulación legal de los procesos colectivos/*class actions* en América

| País | Ausencia de regulación | Regulación fragmentada o genérica | Regulación específica integral |
|-------------------------|------------------------|-----------------------------------|--------------------------------|
| Argentina | | X | |
| Brasil | | | X |
| Bolivia | X | | |
| Canadá | | | X |
| Chile | | X | |
| Colombia | | | X |
| Ecuador | X | | |
| EUA | | | X |
| Guatemala | X | | |
| Paraguay | X | | |
| Perú | | X | |
| Uruguay | | X | |
| Venezuela ¹⁰ | X | | |

Del Cuadro 1¹² surge que varios países de América poseen regulación sobre procesos colectivos/*class actions*, y que en la mayoría de ellos es muy incompleta o se prevé para cierta clase de procesos colectivos en particular (medioambiente

¹⁰ El caso de Venezuela requiere especial destaque porque si bien no tiene regulación legal sobre los derechos colectivos y difusos –sin perjuicio de existir previsiones constitucionales al respecto (art. 26 y concordantes)– por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional, se ha subrogado la competencia para conocer de las acciones por intereses colectivos y difusos, hasta tanto la legislación adjetiva que se desarrolle en esa materia sea dictada y, provisionalmente, con carácter vinculante, ha fijado los procedimientos mediante los cuales se pueden tutelar dichos intereses (en desarrollo de la garantía prevista en el artículo 26 de la Constitución) y estableció el carácter “erga omnes” de los fallos que resolvieran dichas cuestiones.

¹¹ El caso de Venezuela requiere especial destaque porque si bien no tiene regulación legal sobre los derechos colectivos y difusos –sin perjuicio de existir previsiones constitucionales al respecto (art. 26 y concordantes)– por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional, se ha subrogado la competencia para conocer de las acciones por intereses colectivos y difusos, hasta tanto la legislación adjetiva que se desarrolle en esa materia sea dictada y, provisionalmente, con carácter vinculante, ha fijado los procedimientos mediante los cuales se pueden tutelar dichos intereses (en desarrollo de la garantía prevista en el artículo 26 de la Constitución) y estableció el carácter “erga omnes” de los fallos que resolvieran dichas cuestiones.

¹² Este cuadro se realiza a los solos efectos de simplificar la exposición, debiendo señalarse que el criterio adoptado no siempre refleja acabadamente la realidad toda del país. Ello ocurre de manera especial en aquellos países que poseen un sistema federal.

o consumidor, por ejemplo), careciendo de una regulación de carácter específico integral aplicable a todos los procesos colectivos.

En doctrina, el debate sobre si debe legislarse y cómo legislar sobre procesos colectivos/*class actions*, es complejo. En efecto, aunque existen importantes voces que reclaman la aprobación de legislación en la materia en aquellos países que no la poseen¹³ –posición a la que se pliega este relator– no siempre la exhaustiva regulación en si misma representa una solución a la problemática identificada, pudiendo constituirse incluso en un problema más, como indican los propios relatores nacionales en algunos de los sistemas en los que estos marcos legislativos ya existen. En virtud a ello y conforme los relatos nacionales, consideramos que la regulación sobre procesos colectivos y, específicamente, sobre los tres temas que trata nuestro informe, es necesaria pero debe realizarse de manera extremadamente cuidadosa, porque la forma de implementar la Justicia Colectiva está esencialmente vinculada con las características de cada país¹⁴. Las soluciones estandarizadas en Códigos –como es el Código Modelo¹⁵– o

¹³ En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo de 2009 ha recomendado de especial manera al Congreso, la aprobación de un texto legal que recoja y regule adecuadamente estos procesos (Caso “Halabi” de fecha 24/2/2009).

¹⁴ A los procesos colectivos en Uruguay nos hemos referido en anteriores trabajos, de los que surgen nuestras opiniones y a los cuales nos remitimos: PEREIRA CAMPOS, S., “Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada”, *Estudios de Derecho Procesal en homenaje al Prof. Dr. Enrique Vescovi*, Montevideo, 2000; VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S., *Código General del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado*, tomo 6, Montevideo, 2000, comentario al art. 220; PEREIRA CAMPOS, S., “Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 2/2000; LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., “Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay”, Roma, 2002 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 1/2002; PEREIRA CAMPOS, S., “Los procesos colectivos - Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, Roma, 2004 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 3/2003; PEREIRA CAMPOS, S. y GARDERES, S., “Representación de intereses difusos y defensa del medio ambiente”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2/2003; PEREIRA CAMPOS, S. y GARDERES S., “Intereses difusos y defensa del medio ambiente (Inhibición o interdicción a ANCAP de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2/2005; PEREIRA CAMPOS, S., “Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos”, Bahía, 2007 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 1/2007.

¹⁵ El estado de situación de la influencia del Código Modelo de Procesos Colectivos en las legislaciones internas fue tratado en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Lima, 2008). Indicó el relator general RAMÍREZ: “Es anecdótico constatar que, pese a esa importancia (el Código Modelo) no haya recibido el impulso que merece para tener vigencia entre nuestros países. Las razones para ello de alguna manera están explicadas en las conclusiones de los informes recibidos de Uruguay, Colombia y Argentina. Sin embargo

los sistemas de derecho comparado más avanzados, son sin lugar a dudas un punto esencial de partida pero no necesariamente cubren todas las necesidades propias de cada nación¹⁶. Está demostrado además que el trasplante automático de soluciones legislativas de un país a otro suele fracasar, debiendo siempre pasarse por el tamiz de la realidad¹⁷.

3. RECAUDOS PARA APROBAR ACUERDOS EN MATERIA DE PROCESOS COLECTIVOS/*CLASS ACTIONS* EN AMÉRICA

3.1 Planteo de la cuestión

Los acuerdos en materia de procesos colectivos plantean interesantes cuestiones. La trascendencia del tema se pone de manifiesto a poco que pensemos en la posibilidad de que un acuerdo colectivo pueda estar viciado en su consentimiento, o que quien actúa en representación de los derechos colectivos o difusos no cuente con la representación adecuada, o en el riesgo de fraude o colusión procesal entre las partes intervinientes para perjudicar al grupo.

Frente a ello, son varias las cuestiones a resolver:

- a) ¿Es procedente la realización de acuerdos en materia de procesos colectivos/*class actions*? ¿Es aconsejable optar por un sistema que admita la disponibi-

se percibe que algo más se puede hacer para que despliegue su influencia. Es probable que haber denominado Código a la propuesta pueda constituir un impedimento formal, pues bien sabemos lo difícil que es llegar a promulgar un código desde nuestros poderes legislativos” (RAMIREZ, N., “El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”, *Derecho Procesal*, Lima 2008, p. 284).

¹⁶ Se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos: “El Código –como su propia denominación dice– debe ser tan sólo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo”.

¹⁷ PÉREZ RAGONE habla de “trasplante legal responsable”: “el trasplante de institutos de sistemas jurídicos de un sistema a otro demuestra que pueden afinarse las virtudes, evitarse los errores y obtenerse un resultado menos defectuoso del ‘sistema madre’” (PÉREZ RAGONE, “¿Necesitamos los procesos colectivos?”, *Op. cit.*, p. 137). En este sentido, TRIONFETTI ha dicho: “La tutela jurisdiccional de los derechos colectivos no puede hacerse en el vacío sino sobre un tipo determinado de sistema judicial... El Derecho es un oficio de lugar. Siempre se trata de extraer inducciones y leyes generales de y para situaciones locales... El Derecho depende de cómo una sociedad determinada observa las cosas y qué cosas importan. Y esto varía. Frente al tema de la polución que generan los automóviles, Toyota contrató ingenieros y Ford, abogados. Las perspectivas cambian según las culturas” (TRIONFETTI, V., “Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos”, *Procesos Colectivos*, *Op. cit.*, pp. 174 y 175).

lidad de estos derechos colectivos mediante transacción o conciliación o tal posibilidad debiera estar vedada por la legislación?

- b) De admitirse, ¿cuál debe ser el alcance/límites de los acuerdos colectivos?
- c) ¿Es necesaria la intervención del Juez para dotar al acuerdo de eficacia? En caso afirmativo, ¿qué recaudos debieran exigirse para la aprobación judicial?
- d) ¿Cómo se realiza la publicidad de los acuerdos?
- e) ¿El contenido del acuerdo puede alcanzar a aquellos que no participaron en él pero que pertenecen a la clase o grupo que lo suscribió?
- f) ¿Qué sistema se adopta para permitir que miembros de la clase se incluyan o se excluyan del acuerdo?
- g) En caso de no existir regulación sobre acuerdos colectivos, ¿son aplicables las normas clásicas que asimilan el efecto de la transacción aprobada judicialmente al de la cosa juzgada? Los efectos del acuerdo colectivo aprobado ¿se extienden a todos los miembros de la clase o grupo?
- h) ¿Cómo se solucionan los eventuales conflictos de interés entre los propios miembros de la clase y/o entre abogados y/o entre el abogado de la clase y la propia clase?

3.2 Las previsiones sobre acuerdos colectivos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

Si bien en el Código Modelo no se regulan específicamente los acuerdos colectivos, de varias de sus disposiciones surge la posibilidad de que las partes arriben a un acuerdo conciliatorio¹⁸. El Par. 3° del art. 11 dispone: “preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación”. En lo que refiere a la aprobación de un acuerdo conciliatorio se prevé en el párrafo 4° que será homologado por sentencia, la que constituirá título ejecutivo judicial¹⁹. El art. 3°, Par. 5° prevé

¹⁸ En efecto, en el art. 11, al establecer las actividades que se desarrollan en la audiencia preliminar, se admite implícitamente la posibilidad de conciliar, al establecerse que a la audiencia comparecerán las partes o sus procuradores, quienes deberán estar habilitados para transigir. Vuelve a admitirse la posibilidad de un acuerdo conciliatorio, en el párrafo 1° del mismo artículo, al cometerle al Juez tentar la conciliación e incluso a sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral del conflicto. Al referirse a la evaluación neutral del tercero, el Código Modelo establece que su resultado no es vinculante para las partes, desde que su finalidad es orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.

¹⁹ La distinción entre juicio ejecutivo y juicio de ejecución, y entre título ejecutivo y título de ejecución, suele ser confusa en los distintos países de Iberoamérica.

que el “Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán requerir de los interesados el compromiso administrativo de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial”.

No obstante estas referencias del Código Modelo al acuerdo conciliatorio, no se incorporaron disposiciones relativas a los requisitos para la celebración del acuerdo, ni al rol que deberá desempeñar el juez al momento de su intervención, ni a los efectos que un acuerdo de esta naturaleza puede tener sobre las personas que no estuvieron presentes a la hora de su celebración pero que ingresan en la clase o pertenecen al grupo de sujetos que sí lo hicieron. Ello tiene íntima relación con los efectos (alcance) que el acuerdo puede tener, respecto de aquellos sujetos que pertenecen a la clase o grupo pero que no comparecen a celebrar el acuerdo. En definitiva, el Código Modelo ha optado por la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, lo que determina que los acuerdos colectivos se limitan fundamentalmente a compromisos de ajuste de la conducta del condenado²⁰.

3.3 La regulación de los acuerdos colectivos en los países de América

Varios ordenamientos americanos carecen de una regulación puntual sobre acuerdos colectivos y, en algunos que cuentan con disposiciones referidas a los mismos, se cuestiona su alcance.

²⁰ Expresa GIDI: “La mayoría de los juristas brasileños, incluso el autor de este artículo, niega que los representantes en las acciones colectivas brasileñas (o en el Código Modelo) tengan amplios poderes para negociar acuerdos colectivos con la contraparte del grupo. Los órganos públicos sólo pueden hacer concesiones limitadas sobre la forma como el demandado cumplirá o “ajustará” su conducta a la ley. El propio Código Modelo prescribe que “el bien jurídico colectivo” es indisponible.” Agrega luego: “Mientras no exista una norma reglamentando un procedimiento para evaluar la adecuación de los acuerdos en Brasil y en el Código Modelo, tal como sucede en el derecho norteamericano, la práctica de realizar nuevos acuerdos no deberá ser permitida y el “compromiso de ajuste de conducta”, previsto en el art. 3o 5º del Código Modelo, deberá ser la única posibilidad. Sin la existencia de controles adecuados, la concepción de un efecto vinculante a cualquier acuerdo en una acción colectiva sería una solución extremadamente peligrosa en Iberoamérica y de nefastas consecuencias” (GIDI, A., “Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”, *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, México 2003, pp. 418 y 419).

Cuadro 2. Regulación legal de los acuerdos colectivos en América

| País | Ausencia de regulación | Previsión específica |
|-----------|------------------------|----------------------|
| Argentina | | X |
| Brasil | | X |
| Bolivia | X | |
| Canadá | | X |
| Chile | | X |
| Colombia | | X |
| Ecuador | X | |
| EUA | | X |
| Guatemala | X | |
| Paraguay | X | |
| Perú | X | |
| Uruguay | X | |
| Venezuela | X | |

De los relatos nacionales analizados se desprende que, en general, es escasa la regulación sobre este punto, pudiendo destacarse previsión específica en Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Chile y Estados Unidos de América, admitiéndose en algunos casos los acuerdos con alcance muy limitado y en otros con amplio alcance.

En Argentina, según informan los relatores nacionales Pagés y Rojas, aunque no existe una ley específica general sobre procesos colectivos²¹, existe legislación especial relativa a consumidores²². El mecanismo de homologación

²¹ Señala DE LOS SANTOS que no existe en Argentina una regulación procesal general para este tipo de procesos que contemple de modo eficaz sus relevantes particularidades (DE LOS SANTOS, M., “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 2006).

²² Dicen los relatores argentinos: “...el art. 54 de la ley de defensa del consumidor 24.240 con su última modificación por la ley 26.361, dispone que “para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa

del acuerdo por auto judicial fundado²³, consiste en un proceso sumario con preceptiva intervención del Ministerio Público, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados (naturalmente, con la salvedad de que el mismo sea el promotor de la incidencia colectiva). En cuanto a la eficacia de la sentencia homologatoria, la ley argentina parece relativizar la fuerza de la cosa juzgada en la especie, ya que el tercero usuario o consumidor que pretenda amparo en la sentencia obtenida en el proceso homologatorio del cual no participó, debe tener condiciones similares que aquellos quienes hayan participado y no debe haber manifestado con anterioridad a la sentencia –en los términos y condiciones que el juez disponga– su voluntad de exclusión del acuerdo arribado. Esta solución legal adoptada a nivel nacional, ha sido incorporada por la legislación interna de algunas provincias (entre otras, San Luis, Chubut y Santa Cruz).

La ausencia o escasez de regulación sobre los acuerdos colectivos en algunos países no responde necesariamente a una falta de consideración del tema por parte del legislador, sino a la problemática referente a la posibilidad de disponer sobre los derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. En efecto, en algunos casos la falta de específica previsión legal responde a una posición de principio o “policy” del Estado al respecto. Tal pareciera ser el caso de Brasil, tal como lo ilustra el relator nacional Arenhart²⁴. Ante la imposibilidad de disposición sobre estos derechos, se disciplina la figura del “compromiso de ajustamiento de conducta”, instrumento mediante el cual se estipula un plazo y determinadas condiciones para que el eventual infractor adecue su conducta a las previsiones legales en materia de defensa de estos intereses. Así, destaca que este tipo de instrumentos no permite la disposición del

juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

²³ Cfr. LORENZETTI, R., *Justicia Colectiva*, Buenos Aires, 2010, pp. 281-282.

²⁴ El relator brasileño explica el punto: “La ley brasileña no trata propiamente al acuerdo sobre las acciones colectivas. Y no lo hace por una razón: se supone para la doctrina mayoritaria que son indisponibles en forma generalizada los intereses metaindividuales y, al menos para los legitimados para la acción colectiva, los intereses individuales de masa. Todavía, esta valla a la transacción (respecto del contenido del derecho) comporta ciertas peculiaridades. Por ello se admite un cierto margen de “discrecionalidad” en la estipulación de la “forma” y del “plazo” para la satisfacción de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Vale decir que, si no puede el legitimado colectivo transigir sobre el contenido del derecho en sí, puede, con ciertos límites, acordar respecto del plazo para el cumplimiento de determinadas obligaciones o sobre la forma de satisfacer el derecho”(traducción libre del relator general).

derecho en cuestión sino que únicamente tiene por finalidad, bien la prevención del conflicto, bien la reparación del daño. Esta clase de compromisos puede ser utilizado exclusivamente por entidades de “derecho público” que se encuentran legitimadas para el ejercicio de la acción civil pública, y no pueden ser aplicados en lo que tenga relación con actos de deshonestidad administrativa²⁵.

En Canadá informa la relatora nacional Walker que existe regulación de los procesos de clase en las reglas de la Corte Federal y en la legislación de las provincias, basada en la Federal Rule 23 de los Estados Unidos. Los acuerdos colectivos son ampliamente admitidos, teniendo un rol preponderante el tribunal en su aprobación. La legislación prevé que los procesos que hayan sido certificados como procesos colectivos o de clase, pueden ser suspendidos o abandonados con la aprobación del juez en los términos que éste considere apropiados. Los acuerdos son obligatorios para todos los miembros de la clase, únicamente después de ser aprobados por el juez²⁶. En cuanto al contenido del acuerdo, la relatora nacional informa que generalmente tendrá como fin la creación de un fondo del cual los demandantes podrán cobrarse una indemnización, o un mecanismo mediante el cual individualmente se presenten los reclamos.

En Canadá los procesos colectivos suelen resolverse antes del litigio. Los demandados prefieren llegar a un acuerdo respecto de la creación de un fondo que les asegure saber cuánto dinero está comprometido. La determinación del monto que integre el fondo puede resultar complejo y requerir evidencia por muestra o estadística. Por su parte, los demandantes también suelen preferir un acuerdo, ya que les permite conocer la cantidad de dinero que recibirá cada uno de ellos. Como esta solución puede ser desventajosa para el demandado por la incertidumbre que se crea respecto del límite de su responsabilidad, se plantea la alternativa, denominada “ratcheting down”, que implica incluir en el acuerdo un tope máximo, que en caso de ser excedido, implicará que se prorrateen los montos adjudicados individualmente.

Los abogados de la clase y del demandado deben solicitar conjuntamente la aprobación judicial del acuerdo (“fairness hearing”). Se han presentado dificultades para los jueces en el manejo de estas audiencias de aprobación de acuerdos, por razones tales como el interés económico del abogado de la clase,

²⁵ Art. 5º, núm. 6º de la Ley N. 7.347/85 y art. 17 núm. 1º de la Ley 8.492/92.

²⁶ Señala la relatora canadiense que a los efectos de determinar la procedencia de la certificación de un proceso colectivo y sus condiciones, la corte debe considerar si se debe notificar a los miembros de la clase, si dicha notificación debe incluir un detalle de la forma en que se conducirá el proceso, una declaración sobre el resultado del proceso y la descripción acerca del plan de distribución de los fondos producto del acuerdo (traducción libre del relator general).

que está fuera de toda proporción en comparación con el del abogado de un miembro de la clase actuando individualmente. El interés del abogado de la clase puede entrar en conflicto con el interés de la clase²⁷. Estas dificultades pueden ser atenuadas a través de la participación del tribunal en la certificación del reclamo. Así, el juez debe determinar si el representante de la clase podrá representarla de manera justa y adecuada, analizando el plan de litigio y, por tanto evaluando el asesoramiento legal de la clase, así como la probabilidad de que el abogado acepte una oferta desventajosa de acuerdo debido a las dificultades económicas por prolongadas negociaciones²⁸. Existen otras dificultades con esta audiencia (“fairness hearing”) porque los jueces del *common law* prácticamente no tienen experiencia en audiencias sin confrontación de partes²⁹, a lo que se suma la difícil posición en que se coloca al juez al tener que analizar las motivaciones del abogado en la celebración del acuerdo. Para la relatora canadiense, las circunstancias descritas, sumadas a la difícil cuantificación de las concesiones hechas en el acuerdo, hacen que sea muy difícil asegurar que el acuerdo propuesto sea justo para la clase.

A los efectos de asegurar que la “fairness hearing” cumpla su propósito, a veces es necesario presentar el acuerdo propuesto al tribunal dos veces, en una primera oportunidad, a fin de obtener la aprobación judicial para circularlo entre miembros de la clase potenciales y en una segunda oportunidad en una audiencia a la que los demandantes potenciales puedan asistir y manifestar sus objeciones. Estos eventuales opositores al acuerdo pueden ayudar al tribunal

²⁷ Las negociaciones incluyen, por ejemplo, el análisis del honorario del abogado de la clase, quien podría estar tentado de poner en riesgo el recupero para la clase a fin de conseguir que se le asegure un mejor honorario. Además, en la medida que el abogado de la clase normalmente es quien asume el costo y riesgo del financiamiento del litigio con un acuerdo de honorario condicional, podría estar bajo presión de aceptar un acuerdo por un monto menor que el que se podría conseguir si siguiera negociando o siguiera el proceso, a fin de evitar largas esperas.

²⁸ Otro dificultad que señala la relatora canadiense, es la posibilidad de que existan diferencias en los intereses de los miembros de la propia clase, que pueden surgir en el curso de las negociaciones. El abogado de la clase podría estar tentado de pasar por alto los beneficios de ciertos miembros de la clase, a fin de obtener un acuerdo para la clase como un todo. Sean cual fueren los conflictos de interés que afecten el compromiso del abogado de la clase de obtener el mejor resultado para la clase, el problema se agrava por el hecho de que los miembros de la clase suelen estar menos involucrados y tener menos información de la negociación que aquella con la que cuenta el abogado (traducción libre del relator general).

²⁹ El rol tradicional de Juez en el “*common law*” es observar la evidencia presentada por los abogados que intentan persuadirlo a favor de su cliente y oír los argumentos de ellos a fin de determinar el mejor resultado. Por ende tiene pocas oportunidades de ganar experiencia desarrollando sus propios interrogatorios y perfeccionando sus habilidades de cuestionar testigos para poner a prueba la evidencia durante la audiencia.

a determinar si el acuerdo es justo y adecuado³⁰. Si bien el juez no tiene la posibilidad de volver a redactar el acuerdo, en caso de que el mismo le genere dudas, puede requerir que el abogado vuelva con una nueva propuesta para su consideración.

Cuando la certificación de la clase y la aprobación del acuerdo son solicitadas al mismo tiempo, esto requiere una particular vigilancia por parte del tribunal. La relatora refiere al fenómeno conocido como “reverse auction” que implica que el abogado del demandado elija al abogado de la clase que conoce que aceptará la oferta más baja. Ello sólo podrá ser evitado por el tribunal actuando con máxima diligencia en el análisis.

En lo que refiere a los aspectos del acuerdo que la Corte debe analizar, la relatora canadiense señala los siguientes: posibilidad de obtener una indemnización, posibilidad de tener éxito en el proceso, monto y naturaleza de la prueba, términos y condiciones del acuerdo, recomendación y experiencia del abogado, costo y duración probable del proceso, consejo de partes neutrales de ser posible, número de opositores y naturaleza de sus objeciones, presencia de buena fe y la ausencia de colusión. Sin perjuicio de ello, el tribunal no tiene como función sustituir la voluntad de las partes que arribaron al acuerdo, ni cuestionar el fundamento de la acción. Pero tampoco su función es simplemente sellar la propuesta.

Los honorarios de los abogados³¹ serán aprobados en la misma audiencia que el acuerdo, o pueden ser aprobados en una audiencia posterior. No obstante, ello es complejo porque los honorarios que el abogado de la clase espera que sean aprobados podrían tener un impacto en la naturaleza del acuerdo cuya aprobación el abogado de la clase solicitará³².

³⁰ Señala WALKER que los miembros de clase potenciales que sean notificados del acuerdo propuesto tendrán la oportunidad de presentar sus objeciones por escrito o en la audiencia. También pueden oponerse los abogados que hubiesen querido actuar como abogados del proceso colectivo, organizaciones de consumidores y otras organizaciones públicas preocupadas con el bienestar de grupos como aquellos que probablemente se encuentren en la clase involucrada en dicho proceso colectivo. Estos opositores podrían estar más familiarizados que el juez con los varios temas y opciones a tener en cuenta, presentando argumentos que, de lo contrario, podrían no ser considerados por éste (traducción libre del relator general).

³¹ Señala la relatora canadiense que puede ocurrir que varios abogados representando a distintos grupos de demandantes estén involucrados, por lo que tendrán que determinar qué parte o cantidad de trabajo hizo cada uno a fin de obtener el acuerdo en cuestión.

³² Los honorarios del abogado de la clase constituyen un tema de relevancia en los acuerdos. En algunos acuerdos (“common fund settlements”) los demandados ofrecen una suma global para cubrir todos los gastos, deduciendo los costos de notificación, administración

En Colombia, el relator nacional Guayacán distingue las “acciones populares” de las “acciones de grupo”³³. En el caso de las “acciones populares” se prevé la celebración de una audiencia llamada “pacto de cumplimiento”. En esta audiencia las partes pueden establecer formas tendientes a la protección del interés colectivo y restablecerse las cosas al estado anterior, debiendo el Juez controlar la legalidad del acuerdo, sin más, en el entendido de que el magistrado debe exclusivamente preservar la indisponibilidad del interés. En esta oportunidad, se pueden obtener soluciones reales discutidas entre los intervinientes, con el compromiso respaldado por sus firmas de llevar a cabo las medidas convenidas y con el seguimiento de un comité o de un auditor para apoyar al Juez en la búsqueda del cumplimiento de los acuerdos plasmados en la sentencia. Para las “acciones de grupo” la ley (art. 61 de la ley 472 de 1998) prevé la figura de la audiencia de conciliación que debe estar obligatoriamente programada por el juez. En la misma intervienen eventualmente y con funciones de mediación, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público (si la Defensoría fuera la promotora de la convocatoria a audiencia). En cuanto a los específicos recaudos exigidos por la ley, el relator nacional indica que no se han establecido directrices específicas pero se le ha dado fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada “ultra partes” a aquellos acuerdos celebrados ante el Juez, como ocurre con los fallos proferidos en este tipo de procesos. En general, no han existido conciliaciones en las acciones de grupos abiertos y sólo algunas pocas en grupos cerrados en donde el juez tiene la dimensión del grupo. En estos eventos, los jueces no han entrado a analizar la capacidad del representante del grupo para conciliar, ni se exige un poder expreso para el efecto.

del acuerdo y costos del litigio antes de repartir el monto restante a los demandantes. En otros casos, el demandado ofrece pagar los reclamos de los demandantes y, por separado, los costos asociados al proceso hasta un monto ya convenido. También puede suceder que el abogado de la clase fije un porcentaje del acuerdo, ya sea del fondo común o del monto total estimado de los reclamos efectuados, mientras que en otros casos el monto solicitado se basará en el tiempo que le dedicó al proceso multiplicado por un número que refleje el riesgo del asunto y el resultado obtenido. Muchas veces el abogado del demandado no cuestiona los honorarios del abogado del demandante porque necesita que éste apoye la propuesta de acuerdo negociada.

³³ En Colombia, la ley 472 de 1998 reglamentando el artículo 88 de la Constitución Política regula dos procedimientos; uno para las acciones populares, mediante las cuales se protegen los intereses colectivos (aquellos compartidos indivisiblemente por un número plural de personas) y, por otra parte, las acciones de grupo que son las acciones indemnizatorias para reclamar colectivamente perjuicios derivados de una causa uniforme (lo que el Código Modelo y el Código Brasileño del Consumidor denominan los intereses individuales homogéneos).

EE.UU. posee una regulación que habilita ampliamente los acuerdos. La regla 23 (e) de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)³⁴ dispone que los acuerdos en materia de procesos colectivos abarcan a todos los miembros de la clase, exceptuando a aquellos que hubieren solicitado expresamente ser excluidos. En este sistema se establece un procedimiento de homologación del acuerdo por el Juez que comienza con la adecuada difusión del mismo a los posibles afectados, quienes pueden solicitar ser excluidos, si es que no han manifestado ya su voluntad de no participar en el proceso (*class actions* bajo la Rule 23 (b) (3)). El Juez actuante debe resolver en audiencia si aprueba el acuerdo arribado, considerando si el mismo implica una solución justa, razonable y adecuada a la problemática planteada. El magistrado debe verificar los alcances del acuerdo para establecer si se presenta como una solución que protege debidamente los intereses en juego. A tal fin, se consideran diversos factores, entre los cuales tiene especial relevancia el número de impugnaciones presentadas por los integrantes de la clase, las posibilidades con que cuenta la clase para triunfar en el pleito, la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho involucradas en el asunto, el monto del acuerdo comparado con el pretendido en la demanda, el costo que irrogaría proseguir con el proceso, el plan de distribución presentado con el acuerdo así como las posibilidades de su cumplimiento por parte de los demandados y, finalmente, la regularidad de las notificaciones sobre el acuerdo a los miembros ausentes³⁵. La trascendencia de la regulación de los acuerdos se pone de manifiesto en el hecho de que un altísimo porcentaje de los conflictos colectivos en Estados Unidos, termina en ellos. Señala GIDI³⁶: “los representantes en las acciones colectivas norteamericanas negocian agresivamente con la contraparte, pudiendo hacer concesiones substanciales, incluso renunciando, total o parcialmente, a derechos de miembros del grupo con el objeto de obtener

³⁴ Al respecto la FRCP Rule 23 establece: “(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court’s approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court’s approval”.

³⁵ Cfr. VERBIC, *Procesos Colectivos*, *Op. cit.*, p. 353.

³⁶ GIDI, *La Tutela de los derechos*, *Op. cit.*, pp. 418 y 419.

concesiones de la contraparte en otros aspectos de la controversia colectiva. Ese poder está legitimado por un sofisticado control de la adecuación del representante, del abogado, del proceso y del acuerdo. Tal procedimiento incluye una notificación amplia al grupo, la realización de una audiencia pública, el derecho de los miembros a intervenir, contestar los términos del acuerdo o excluirse del proceso y la aprobación judicial de la adecuación del acuerdo. (*Rule 23 (e)*)³⁷.

En Chile, los relatores nacionales Silva y Aguirrezabal señalan que en el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores³⁸ se prevé la posibilidad del llamado a las partes a conciliación por el Juez, cuantas veces lo estime necesario, pudiendo el demandado realizar ofertas públicas de avenimiento. Los acuerdos quedan librados al control del Juez, quien puede rechazar los mismos, si los estima contrarios a derecho o abiertamente discriminatorios.

Finalmente, los restantes países relevados (Bolivia, Ecuador, Guatemala³⁹, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela⁴⁰), según los relatos nacionales, no cuentan con regulación específica sobre acuerdos colectivos.

³⁷ PÉREZ RAGONE explica que, más allá de todas estas regulaciones garantistas, algunos autores como HODGES critican las acciones de clase americanas en tanto mecanismos de lucro poco éticos para los letrados participantes y el excesivo efecto público que lleva muchas veces a que se permita arribar a un acuerdo conciliador antes que continuar el proceso. Ello, aún cuando de haber continuado el proceso, pudiera obtenerse un pronunciamiento que exima al demandado de toda responsabilidad. Advierte que no toda acción está inspirada en motivos éticos y no toda conclusión o arreglo extrajudicial se adecua a la justicia sustancial del caso (PÉREZ RAGONE, “¿Necesitamos los procesos colectivos?”, *Op. cit.*, p. 135).

³⁸ Ley 19.496 (art. 52 y siguientes) con reformas introducidas por la ley 19.955.

³⁹ En Guatemala, el relator nacional indica que lo más aproximado a la temática de los acuerdos colectivos es la Ley de Protección al Consumidor Usuario (vigente desde 2003) que si bien no previó un proceso de resolución de conflictos y controversias que surjan entre proveedores y consumidores o usuarios, estableció la posibilidad de *a*) un arreglo directo conciliatorio entre las partes, *b*) un arbitraje de consumo y *c*) un procedimiento administrativo ante la Dirección y Asistencia al Consumidor dependiente del Ministerio de Economía (el procedimiento puede iniciarse oficio o ante una queja o denuncia presentada, y la impugnación de las resoluciones pueden dar lugar a un proceso contencioso administrativo).

⁴⁰ En Venezuela, según indica el relator nacional RIVERA, no hay regulación sobre los recaudos para aprobar a un acuerdo. No obstante, por disposición de la Sala Constitucional (Sent. N° 656 de 2000), en los procesos sobre derechos colectivos y difusos debe notificarse al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo porque son los legitimados conforme a la Constitución para los acuerdos. Además, en materia administrativa se creó recientemente por ley, el Instituto de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, y en la misma se contempla la posibilidad de diferentes tipos de acuerdos conciliatorios.

3.5 Posible aplicación a los acuerdos colectivos de las soluciones clásicas sobre acuerdos (conciliación y transacción) previstas en las normas generales

En casi todos los países de América que carecen de regulación sobre los acuerdos colectivos, se señala la posible aplicación de las normas clásicas de nuestras codificaciones sobre conciliación y transacción, sin perjuicio de prevenir sobre sus limitaciones, inadecuaciones y riesgos⁴¹.

3.6 Recaudos a controlar para la aprobación de un acuerdo colectivo

Considerando los aportes de los relatores nacionales, en nuestra opinión, los principales requisitos a considerar al momento de aprobar un acuerdo colectivo, están condicionados por la política pública que cada país adopte en cuando a la disponibilidad o indisponibilidad de los derechos en juego.

Con carácter general, de admitirse los acuerdos colectivos, los requisitos principales serían los siguientes:

⁴¹ En Bolivia, el relator nacional GUTIÉRREZ informa que no existe legislación específica en cuanto al punto pero remite a las normas generales sobre conciliación y transacción destacando que presentan limitantes dado que los efectos clásicos de la conciliación obligan exclusivamente a aquellos que estuvieron presentes en el acto. La transacción además de los requisitos propios de capacidad y legitimación dispositiva, presenta limitantes de orden prohibitivo en cuanto a las materias que pueden ser objeto de la misma. En Ecuador señala el relator nacional FALCONI que podrían aplicarse supletoriamente las normas generales relativas a la transacción o la conciliación. En Paraguay el relator nacional VILLALBA, tras aclarar que en ese país las acciones populares no han tenido un tratamiento profuso, indica los preceptos regulatorios de la conciliación y la transacción como medios alternativos de composición para los procesos individuales civiles y laborales. Respecto de Perú, el relator nacional SIMONS señala que los temas ambientales están excluidos de la conciliación previa obligatoria como requisito para el acceso al sistema judicial. A fin de ilustrar la situación de su país cita un caso de jurisprudencia de la Corte Suprema (precedente jurisprudencial que vincula a todos los jueces de su país) en el que se admitió como excepción procesal la transacción extrajudicial no homologada judicialmente a la que había arribado tiempo atrás la demandada con varios de los damnificados reclamantes. En Uruguay, el relator nacional SIMÓN informa que la aplicación de las soluciones clásicas plantea problemas al momento de asignar la eficacia al acuerdo. Así, habida cuenta de que a la transacción se le aplican los efectos de la cosa juzgada, plantea dudas acerca de la posibilidad de otorgar esta misma eficacia a los acuerdos en materia de intereses colectivos. Concluye: “la doctrina se ha inclinado por la negativa, partiendo de la óptica de la naturaleza colectiva o difusa de la titularidad del interés en juego, que incluso puede ser público en ocasiones. Esa naturaleza hace necesario que los actos dispositivos emanen de todos los legitimados para que puedan alcanzarlos. La eficacia de cosa juzgada podría restringirse al daño individual pero no al colectivo”. Igual solución postulamos nosotros para Uruguay hace ya varios años (PEREIRA CAMPOS, “Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada”, *Op. cit.*, y VESCOVI, DE HEGEDUS, KLETT, SIMON, CARDINAL y PEREIRA CAMPOS, “Código General del Proceso”, *Op. cit.*, t. 6, comentario al art. 220).

A) Control de la representatividad adecuada

Este punto está esencialmente vinculado al tema de la legitimación y representatividad de quienes actúan en el proceso colectivo, lo cual escapa al alcance de este relato general. La clave está en que quien actúe en el acuerdo, represente en forma adecuada los intereses del grupo⁴². Y aquí se plantean también las cuestiones del eventual conflicto de intereses que se puede generar entre la clase y el abogado por sus honorarios.

B) Difusión y posibilidad de control del acuerdo por parte de los no presentes

La publicidad resulta imprescindible para salvaguardar la garantía del debido proceso y en todo caso, advertir a los terceros eventualmente interesados en atacar la eventual homologación del acuerdo.

Ante las dificultades de determinar quiénes son los eventuales integrantes del grupo y permitir el control del acuerdo colectivo alcanzado por parte de ellos, pueden aplicarse los mecanismos de “opt in” (derecho a estar incluido) u “opt out” (derecho de exclusión)⁴³.

⁴² El art. 2º, Par. 3º del Código Modelo de Procesos Colectivos, prevé que el Juez “analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento”. En COLOMBIA señala el relator nacional que la doctrina al comentar el artículo 61 de la ley 472 de 1998, se limita a exponer los efectos de cosa juzgada de tal conciliación y la obligación que tiene el juez de ordenar que el acuerdo sea publicado. Por tratarse de una acción indemnizatoria, y por lo tanto versar sobre derechos susceptibles de disposición, el juez no debe hacer control alguno. En cuanto a la capacidad para conciliar del representante del grupo en nombre de los ausentes, se entiende que si la ley autoriza a que se demande en nombre de ellos, quien asume la condición de representante del grupo, tiene también la posibilidad de conciliar. En ARGENTINA ha dicho GIANNINI que la salvaguarda de la garantía del debido proceso “hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quien va a actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen, lo haga apropiadamente”. Y concluye que en Argentina el control de la representatividad adecuada debe ser llevado a cabo de oficio por los jueces aun sin regulación específica sobre el punto, por hallarse en juego la garantía de defensa de los afectados y la seriedad y eficiencia del servicio de justicia, postulando de lege ferenda la inmediata rectificación de la laguna normativa. (GIANNINI, L., “La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas”, *Procesos Colectivos, Op. cit.*, pp. 185-188).

⁴³ En el primer sistema sólo es considerado en el proceso quien manifiesta en la oportunidad procesal oportuna su intención de quedar comprendido y, en el segundo, se presume que todos los individuos integrantes de una clase están involucrados, salvo que manifiesten su voluntad expresa de exclusión (Cfr. VERBIC, *Procesos Colectivos, Op. cit.*, pp. 344-346).

EE.UU. se ha inclinado por adoptar una solución de “opt out”. La parte que no ha participado se puede excluir del eventual acuerdo colectivo⁴⁴. Verbic⁴⁵ en Argentina señala que como el instrumental colectivo descansa sobre la ficción de considerar presentes a todos aquellos sujetos afectados, de difícil determinación en muchos casos, la publicidad tiende a garantizar su derecho de defensa. El autor prevé dos tipos de publicidad, una genérica, por edictos judiciales o comunicados masivos en diversos medios de comunicación y otro particular a cada uno de los legitimados, presentes en el proceso y eventuales que se pudiera afectar.

Es de suma importancia que antes de que el acuerdo sea sometido a homologación judicial, se le brinde una adecuada difusión entre quienes eventualmente estarían afectados por el mismo para que manifiesten lo que consideren oportuno, así como su intención de estar incluidos o excluidos del acuerdo, dependiendo del sistema por el que se opte. El sistema que adopte la legislación condicionará el valor otorgado al silencio de los particulares. Así, en un caso, la falta de expresión de voluntad por la vía hábil implicará quedar fuera del acuerdo (“opt in”) y, en el otro, significará quedar comprendido (“opt out”).

C) Contralor y homologación del acuerdo por el Juez

Como señala VERBIC⁴⁶, las prestaciones involucradas en una transacción pueden afectar de manera diferente a los interesados, lo cual obliga al tribunal a seguir de cerca las negociaciones, ya que (además de las complejidades intrínsecas que suelen presentar los acuerdos) existe siempre latente el potencial conflicto entre los miembros de la clase y entre éstos y el abogado que suele prestar sus servicios profesionales al representante en base a un pacto de *cuota litis*.

Los relatores nacionales han sido contestes en la conveniencia de que el solicitante exponga cómo afecta el acuerdo los derechos de terceros no firmantes

⁴⁴ Señala GIANNINI: “En los Estados Unidos, como es sabido, la vinculatoriedad de la decisión final del pleito se extiende a favor y en contra de los miembros de la clase, razón por la cual el legislador ha previsto determinadas herramientas tendientes a impedir que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad. Entre ellas, cabe recordar el sistema de notificación de los miembros ausentes del grupo, el derecho al opt out y, principalmente, el estudio de la representatividad adecuada como uno de los más trascendentes capítulos en la certificación de una class action”. Pero aun en el sistema de Estados Unidos se admite la posibilidad de que decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada sean declaradas inoponibles para determinados miembros de la clase que la decisión original contemplaba, con fundamento en la ausencia del recaudo de la representación adecuada (“collateral attack on adequacy of representation”). (GIANNINI, “La representatividad”, *Op. cit.*, pp. 185-188).

⁴⁵ Cfr. VERBIC, *Procesos Colectivos*, *Op. cit.*, p. 343.

⁴⁶ VERBIC, *Procesos Colectivos*, *Op. cit.*, p. 352.

del mismo y que el Juez debería estar en condiciones de evaluar si el acuerdo cumple con ciertos mínimos sustanciales para su aprobación, no limitándose a ser un mero controlador del cumplimiento de requisitos formales⁴⁷.

Como hemos visto, en el sistema estadounidense (Federal Rule 23) –y en Canadá es similar– se requiere la aprobación judicial de la transacción en función de que ésta vincula a todos los miembros del grupo, no admitiéndose la transacción sin la intervención del magistrado. En estos sistemas el Juez desempeña un rol preponderante ya que es él quien determina la manera en que se hará conocer (notificar) el acuerdo a todos los componentes del grupo de modo que se garantice el conocimiento del mismo por parte de aquellos miembros del grupo o clase que deseen ser excluidos.

La doctrina⁴⁸ ha destacado que la intervención del tribunal es vital en la celebración de este tipo de acuerdos, correspondiendo redimensionar la figura del Juez Civil, quien debe contar con amplias facultades de control, en especial de los derechos de los ausentes, debiendo activarse medios de publicidad y notificación adecuados. En función de ello suele proponerse que hasta que se regulen los procesos colectivos, incluyéndose específicamente la instancia de la transacción, sea la prudencia judicial la encargada de construir pautas de litigación para cada caso, en la marco de la existencia de una garantía constitucional.

D) Eventual impugnación

Los sistemas, cualesquiera sean, deben en todo caso prever un mecanismo de impugnación que tendrá evidente relación con las oportunidades procesales que se brinden para el ejercicio de las manifestaciones de voluntad que prevén los sistemas “opt in” y “opt out”.

GIDI⁴⁹, en su propuesta de Código de Proceso Civil Colectivo (apartado 14.7.2) sugiere que la propuesta de acuerdo sea notificada al grupo y a sus miembros, y que esa notificación contenga, entre otras cosas, la información sobre el procedimiento y un plazo razonable para la impugnación de la propuesta.

⁴⁷ Sin perjuicio de ello, la solución aportada por el sistema estadounidense en el que el Juez debe analizar la justicia, proporcionalidad y razonabilidad con el rol propio de compondor del acuerdo (“common law” - “keeper of the king’s conscience”) parecería, al menos, prima facie, de difícil adaptación a los sistemas de la mayoría de los países de Sudamérica herederos del romanismo propio del “civil law”.

⁴⁸ XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de Obligaciones, La Transacción y los procesos colectivos por daños a intereses individuales homogéneos, Argentina, 2011.

⁴⁹ GIDI, A., “Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de Derecho Civil” *Procesos Colectivos, Op. cit.*, p. 472.

3.7 Propuesta resultado del relevamiento

Como resultado del relevamiento realizado, consideramos conveniente que, en cuanto a los acuerdos colectivos, se realicen al menos una serie de previsiones legislativas⁵⁰, que obviamente están condicionadas en cada uno de los países a definiciones de políticas públicas.

La primer decisión de política pública a adoptar en cada país es si se admitirán o no los acuerdos colectivos y con qué grado y alcance. En otras palabras, debe definirse cuán disponibles son los derechos en juego⁵¹. Y aquí se abren tres principales opciones:

- a) No aceptar ningún tipo de acuerdo colectivo, dada la indisponibilidad total de los derechos en juego (solución que parece la menos apropiada).
- b) Aceptar únicamente acuerdos de cumplimiento o ajuste de conducta como ocurre en Brasil, Colombia y lo prevé el Código Modelo⁵².
- c) Aceptar los acuerdos colectivos con amplio alcance y eficacia, lo que impone reglamentar el procedimiento para evaluar la adecuación de los acuerdos, tal como ocurre en Estados Unidos. La existencia de controles adecuados en el caso de dársele efecto vinculante a cualquier acuerdo colectivo se vuelve esencial para evitar situaciones de fraude o indefensión.

⁵⁰ Estas soluciones podrían incorporarse tanto en los marcos legales de procesos colectivos existentes como también, en forma más modesta, respectivamente a los Capítulos de Conciliación Previa y Modos Extraordinarios de Concluir el Proceso en los diferentes Códigos Procesales vigentes en los países relevados.

⁵¹ VERBIC señala que el principal problema que se plantea es determinar si tanto la acción como el derecho resultan disponibles para aquel sujeto que asumió la representación del grupo involucrado en el conflicto. Se pregunta: “¿Puede el legitimado extraordinario transigir con el demandado sobre el objeto de la pretensión y obligar con ese acuerdo a los miembros ausentes?”. Responde: “El interrogante merecería una respuesta afirmativa por razones de principio en la medida que los derechos en disputa resulten de naturaleza disponible. No obstante, tal principio general requiere adaptaciones inherentes a las características del conflicto involucrado en el caso colectivo y a la particularidad que configura el fenómeno de la representación extraordinaria” (VERBIC, *Procesos Colectivos*, Op. cit., pp. 351-352).

⁵² Los riesgos de acuerdos colectivos con amplia eficacia y escaso contralor explica como aún en algunos de aquellos países con mayor desarrollo y especificidad en la legislación sobre procesos colectivos como es el caso de Brasil (sin perjuicio de permitirse los pactos de cumplimiento o compromisos de ajuste de conducta), se encuentra todavía vedada la posibilidad de realizar actos dispositivos con respecto a los derechos en cuestión. En cambio, en países donde el Juez tiene un rol activo en el contralor de los diversos requisitos del acuerdo, como es el caso de Estados Unidos, se habilita este tipo de acuerdos. El tema está especialmente vinculado al rol del Juez en los procesos colectivos.

En cuanto a la forma de regular el procedimiento de aprobación de los acuerdos para el caso de que éstos se admitan, puede a su vez señalarse dos grandes caminos:

- a) Prever una detallada regulación de todas las etapas a cumplirse y los elementos a controlar para aprobar un acuerdo, como lo propone GIDI en su Proyecto de Código Modelo⁵³.

⁵³ En su Código Modelo, GIDI en el art. 14 regula el “acuerdo adecuado”: “El representante del grupo podrá llegar a acuerdos con la contraparte del grupo. Si los términos del acuerdo fueran adecuados para tutelar los derechos e intereses del grupo y de sus miembros, el juez los homologará a través de sentencia motivada y el acuerdo vinculará a todos (véase artículos 18 y 20.1). 14.1. El acuerdo deberá tutelar los intereses del grupo en su conjunto y podrá incluir aspectos ajenos al objeto del proceso. En el acuerdo se incluirá una multa diaria a la parte que no cumpla con sus términos (véase artículo 15.2). 14.2. Si el acuerdo fuese parcial, la acción colectiva continuará respecto de los aspectos restantes de la controversia colectiva (véase artículo 17). 14.3. El Ministerio Público y los intervinientes tendrán derecho a participar en todas las fases de la negociación del acuerdo colectivo. 14.4. Excepcionalmente, el acuerdo podrá establecer que el demandado indemnizará a los miembros del grupo a través de descuentos en la compra futura de piezas o productos de su fabricación. Los cupones de descuento deben, en lo posible, establecerse sin condiciones. Cualquier tipo de limitaciones deben encontrarse justificadas, ya que pueden obstaculizar el carácter adecuado de la propuesta del acuerdo. Siempre que sea posible, deberá ser concedida a los miembros del grupo la opción de recibir un valor en efectivo. A efectos del cálculo de los honorarios de los abogados, la ventaja obtenida para el grupo será calculada sobre la base de su valor en efectivo, y no en consideración a la suma del valor nominal de los cupones (véase artículo 21.4). 14.5. Las partes presentarán al juez la propuesta del acuerdo. La solicitud de aprobación de la propuesta de acuerdo deberá describirlo de forma neutra y completa, alertando al juez respecto de los aspectos positivos y negativos de la propuesta, incluyendo los eventuales perjuicios para el grupo y los motivos por los cuales el acuerdo debe ser considerado adecuado a pesar de dichas imperfecciones. La inadecuación del acuerdo o del representante podrá derivarse de omisiones sustanciales en la solicitud de aprobación. 14.6. Si el juez considera la propuesta de acuerdo satisfactoria, deberá notificar ampliamente al grupo y a sus miembros los términos y condiciones de la propuesta y promoverá una audiencia pública de aprobación, donde el juez oír a los interesados (véase artículo 5o.). 14.7. La notificación de la propuesta de acuerdo deberá contener, entre otras, la siguiente información (véase artículo 5.4): 14.7.1. Una descripción neutra e imparcial de la propuesta de acuerdo, con información sobre los argumentos a favor y en contra para su aprobación; 14.7.2. El procedimiento y un plazo razonable para la impugnación de la propuesta; 14.7.3. La fecha y lugar de la audiencia pública de evaluación de la propuesta; 14.7.4. El valor líquido o la ventaja a ser recibida por cada miembro del grupo; 14.7.5. Instrucciones sobre cómo obtener más información sobre el acuerdo y el proceso; 14.7.6. Cualquier otra información relevante en el caso concreto. 14.8. Cualquier interesado podrá presentar, independientemente de contar con un abogado, sus razones a favor o en contra de la propuesta del acuerdo. El juez podrá atribuir a uno de los interesados o a una persona de su confianza la presentación de un documento único, con el resumen de todos los argumentos empleados. 14.9. Antes de promover la notificación amplia al grupo, el juez podrá promover una notificación limitada a los legitimados colectivos (véase artículo 2o.) más significativos y a los intervinientes que participaron más activamente en el proceso colectivo, exhortándolos

- b) Prever una regulación más escueta, con derecho de exclusión (“opt out”), salvándose siempre la acción individual, otorgándose discrecionalidad reglada al Juez para instrumentar lo más adecuado a las características de cada caso.

La elección de una u otra solución depende de las características de cada país y la realidad imperante al momento de intentar la reforma.

4. LA COSA JUZGADA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS / CLASS ACTIONS EN AMÉRICA

4.1 Modelos de referencia

La cuestión de la cosa juzgada y los efectos de la sentencia en los procesos colectivos es el elemento más importante de cualquier legislación sobre la materia. El principal tema de debate sobre los procesos colectivos que se ha presentado históricamente y se mantiene aún en nuestros días, refiere al alcance subjetivo de la sentencia. No existe consenso en el mundo jurídico acerca de cuál es la mejor solución para proteger los derechos de aquellos que, si bien integran la clase o grupo de interés representado en el proceso, no han participado directamente en el litigio que da lugar a la sentencia (e incluso, muchas veces, desconocen su existencia). Están en juego valores tan esenciales como la salvaguarda de la garantía del debido proceso para los damnificados que no litigaron directamente y la necesidad de precaver el dolo, el fraude y la colusión procesal⁵⁴. El tema es insoslayable porque, como señala GIDI⁵⁵, una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efectos obligatorios más allá de las partes

a que se manifiesten sobre la propuesta del acuerdo (véase artículos 5.1 y 5.11). 14.10. El juez examinará cuidadosamente la propuesta de acuerdo, tomando en consideración factores como: 14.10.1. Los argumentos en favor y en contra de la propuesta de acuerdo; 14.10.2. Las cuestiones de hecho y de derecho contempladas en el litigio; 14.10.3. La probabilidad de procedencia o improcedencia de la pretensión colectiva; 14.10.4. Los riesgos presentes en el litigio; 14.10.5. La complejidad, el coste y la duración del proceso colectivo; 14.10.6. La suficiencia de las pruebas disponibles y la fundamentación jurídica de la pretensión del grupo en el momento de la realización del acuerdo y las probabilidades de que otras informaciones o pruebas puedan ser descubiertas durante el desarrollo del proceso; 14.10.7. La comparación entre una eventual sentencia estimatoria de la pretensión colectiva y la propuesta del acuerdo (GIDI, “Código de Proceso Civil Colectivo”, *Op. cit.*, p. 471).

⁵⁴ Como señala VERBIC, enfrentamos la dificultad de compatibilizar la necesaria extensión de los efectos de la cosa juzgada con el principio de contradicción y el debido proceso legal (VERBIC, *Procesos colectivos*, *Op. cit.*, pp. 252 y 253).

⁵⁵ GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – Un modelo para países de derecho civil*, México, 2004, pp. 98-99.

por lo cual el carácter erga omnes de la cosa juzgada es un elemento esencial del proceso colectivo.

En forma resumida, en relación a la cosa juzgada pueden mencionarse tres grandes modelos estructurales en América que regulan soluciones diversas en cuanto al derecho de los miembros ausentes:

El sistema estadounidense de las *class actions* (Federal Rule N° 23), que está basado principalmente en una efectiva garantía de publicidad y protección a los integrantes del grupo pero ausentes en el proceso, para que manifiesten su voluntad de participar o no en el resultado del mismo. La ley aporta líneas generales librando a la jurisprudencia la concreción de la norma específica en el caso concreto.

El sistema brasileño, que en los sistemas del “*civil law*” introdujo la tutela de los intereses difusos y colectivos, de naturaleza indivisible, y luego la categoría de los llamados “intereses individuales homogéneos”, que abrieron camino a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos (equivalentes en el sistema norteamericano a las “*class actions for damages*”).

La codificación modelo para Iberoamérica elaborada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal⁵⁶: primero el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988)⁵⁷ y luego el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004). Como se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos: “Para los intereses o derechos difusos, el régimen de la cosa juzgada es siempre la eficacia de la sentencia *erga omnes* (o *ultra partes*), en caso de procedencia o improcedencia del pedido, salvo cuando la improcedencia se diera por insuficiencia de pruebas, hipótesis en

⁵⁶ Como se expresa en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos, éste contiene soluciones que se apartan tanto del modelo americano como del brasileño: “Evidentemente, se analizaron la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos”. Se agrega que el Código “sin despreñar las experiencias de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses transindividuales de diversos países, crea un modelo original, adherente a las reglas preexistentes en los ordenamientos iberoamericanos, que perfecciona y complementa. De ese modo, acaba perdiendo cualquier característica nacional y se constituye en un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, armonioso y completo, que podrá ser tomado como modelo por los países de nuestra comunidad, empeñados en la transformación de un proceso individualista en un proceso social”.

⁵⁷ Dice el art. 194 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: “(Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos). La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 53) tendrá eficacia “*erga omnes*” salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado”.

que la demanda puede ser repetida, con nuevas pruebas. Esta solución ya es tradicional en los países de Iberoamérica, pero el Código avanza, admitiendo nueva acción, con base en pruebas nuevas, en el plazo de 2 (dos) años contado desde el conocimiento de la prueba nueva sobreviniente al proceso colectivo (cosa juzgada *secundum probationem*, como derivación especial de la cláusula *rebus sic stantibus*). Con relación a los intereses o derechos individuales homogéneos, la opción de la legislación brasileña, mantenida en el Código, es de la cosa juzgada *secundum eventum litis*: o sea, la cosa juzgada positiva actúa *erga omnes*, beneficiando a todos los miembros del grupo; pero la cosa juzgada negativa sólo alcanza a los legitimados a las acciones colectivas, pudiendo cada individuo, perjudicado por la sentencia, oponerse a la cosa juzgada, promoviendo su acción individual, en el ámbito personal. Otras normas cuidan de la extensión, *in utilibus*, de la cosa juzgada positiva resultante de una acción en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos, en provecho de las víctimas individuales del mismo evento dañoso. Y también se regulan la conexión y la litispendencia entre acciones colectivas o entre una acción colectiva y las acciones individuales⁵⁸. El Código Modelo es innovador al regular la acción

⁵⁸ Artículo 33: En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por falta de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento si se valiere de nueva prueba. Pár. 1º Asimismo en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento en el plazo de 2 años contados desde el conocimiento de la nueva prueba superviniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola para modificar el resultado del proceso. Pár. 2º Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir acción de indemnización a título individual. Pár. 3º Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicaran las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas quienes podrán solicitar la liquidación y ejecución en los términos de los artículos 22 a 24. Pár. 4º Lo dispuesto en el parágrafo anterior es aplicable a la sentencia penal condenatoria. Pár. 5º La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*.” El art. 34 dispone: “En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia”. Al preverse las acciones contra un grupo, categoría o clase, se regula en el art. 36 la cosa juzgada pasiva en relación a intereses o derechos difusos: “Cuando se trate de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase”. Por su parte, el art. 5º, Par. 4o, al regular la tutela anticipada, dispone: “Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda”.

colectiva pasiva (“defendant class action” del sistema norteamericano). Se señala en la Exposición de Motivos: “La cuestión principal que se planteaba, en esos casos, era la del régimen de la cosa juzgada: en obsequio al principio general de que la sentencia sólo puede favorecer a los integrantes del grupo cuando se trata de derechos o intereses individuales homogéneos, el mismo principio debía ser mantenido cuando la clase figurase en el polo pasivo de la demanda. Así, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza indivisible (intereses difusos), el régimen de la cosa juzgada es *erga omnes* simétricamente a lo que ocurre cuando el grupo litiga en el polo activo (pero sin el temperamento de la improcedencia por insuficiencia de pruebas, inadecuado cuando la clase se coloca en el polo pasivo); pero, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza divisible (intereses o derechos individuales homogéneos), la cosa juzgada positiva no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán promover acciones propias o discutir la sentencia en el proceso de ejecución, para apartar la eficacia de la sentencia en su esfera jurídica individual. *Mutatis mutandis*, es el mismo tratamiento de la cosa juzgada *secundum eventum litis* para los intereses o derechos individuales homogéneos, cuando la clase litiga en el polo activo”⁵⁹.

Existen tres grandes soluciones para resolver el delicado equilibrio de la cosa juzgada en los procesos colectivos:

- a) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado (“pro et contra”), generalmente previéndose instrumentos de difusión y opción de exclusión (“opt out”).
- b) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia tan sólo si el grupo triunfa: preclusión unilateral (“one-way preclusion”) en la terminología del sistema norteamericano o cosa juzgada “*secundum eventum litis*” en la terminología del *civil law*.
- c) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas (“*secundum eventum probationem*”).

Los países de América han ido incorporando algunas de tales soluciones (en algunos casos, la influencia viene dada en exclusividad por una sola fuente y, en otros casos, por más de una).

⁵⁹ Dice el art. 37 al regular la cosa juzgada pasiva en relación a intereses o derechos individuales homogéneos. “Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual. Parágrafo único – Cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* y vinculará individualmente a todos los miembros, aún en el caso de procedencia del pedido”.

4.2 Regulación de la cosa juzgada en los procesos colectivos /*class actions* en América

En lo que refiere a la cosa juzgada, se advierte diferente grado de evolución de la legislación sobre procesos colectivos/*class actions* en los países americanos, pudiendo en forma simplificada clasificarse en tres grandes grupos:

- A. Países con elevado grado de experiencia y regulación: Brasil y Estados Unidos de América⁶⁰.
- B. Países con regulaciones generales o puntuales sobre cosa juzgada en los procesos colectivos/*class actions*, que presentan gran heterogeneidad y siguen, en mayor o menor medida, las soluciones de los modelos mencionados.
- C. Países sin regulación existente en la materia, sin perjuicio de que algunos presentan soluciones a nivel jurisprudencial.

Cuadro 3. Regulación legal de la cosa juzgada en los procesos colectivos/*class actions* en América.

| País | Ausencia de regulación | Regulación | Alto grado de experiencia y regulación integral |
|-------------------------|------------------------|------------|---|
| Argentina | | X | |
| Brasil | | | X |
| Bolivia | X | | |
| Canadá | | X | |
| Chile | | X | |
| Colombia | | X | |
| Ecuador | X | | |
| EUA | | | X |
| Guatemala | X | | |
| Paraguay | X | | |
| Perú | | X | |
| Uruguay | | X | |
| Venezuela ⁶¹ | X | | |

⁶⁰ Canadá podría incluirse también en este grupo en algunos de sus aspectos.

⁶¹ En Venezuela señala el relator nacional que, por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional, ha fijado el carácter erga omnes de los fallos en la materia, beneficien o perjudiquen a la colectividad o al sector sobre el que desplegaran sus efectos.

A. Brasil y Estados Unidos de América

Brasil y Estados Unidos de América han logrado un grado de evolución que los convierte en referentes ineludibles (uno con predominancia de los principios y estructuras lógicas del *civil law* y el otro de claro raigambre en el *common law*).

a) Brasil

En materia de cosa juzgada colectiva, en el sistema brasileño, se pueden distinguir, según el relator nacional tres aspectos:

a') Alcance de la cosa juzgada en procesos sobre derechos difusos y colectivos.

La cosa juzgada que se forma en estos procesos va a extenderse a todos los integrantes del grupo o colectividad, tanto en el caso de fallo favorable o desfavorable, salvo que la sentencia sea desfavorable por ausencia de prueba. En similar solución al artículo 33 del Código Modelo de Procesos Colectivos, el artículo 103 inc. I del Código de Defensa del Consumidor de Brasil establece que en el proceso por intereses difusos “la cosa juzgada será erga omnes, excepto si el pedido fue juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en la cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba”. Seguidamente, cuando la ley refiere a derechos colectivos, aclara que la cosa juzgada es calificada como “ultra partes, más limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas, en los términos del inciso anterior”⁶².

b') Alcance de la cosa juzgada en procesos sobre derechos individuales homogéneos

Explica el relator nacional que, en este caso, la solución dada por el Derecho Brasileño no sigue el principio “secundum eventum probationem” sino que se ligó el alcance de la cosa juzgada a la suerte de la pretensión en la sentencia, con independencia de si el rechazo se produce por falta de pruebas o no, adoptándose así la solución “secundum eventum litis”. Así, dispone el art. 103 núm. 2º del Código de Defensa del Consumidor que la cosa juzgada es “erga omnes, sólo en el caso de procedencia del pedido, para beneficiar a todas las víctimas y

⁶² En consecuencia, en el primer caso la eficacia de la sentencia sería “erga omnes” y en el segundo “ultra partes”. Relativizando el valor de tales diferenciaciones, el relator brasileño sigue a LIEBMAN (y a otros autores) y precisa que tanto en uno como en otro caso la inmutabilidad de la sentencia se impone a la colectividad por la falta de legitimación de sus miembros para discutir o hacer algo en contra de esa decisión. El relator nacional califica la diferenciación entre el efecto “ultra partes” y “erga omnes” como una “artificialidad sin ningún valor” (traducción libre del relator general).

sus sucesores”, y aclara el relator que naturalmente quedan exceptuados de esta solución quienes han intervenido en el proceso en el cual se declaró la improcedencia de la demanda, aplicándose a su respecto las normas generales de la cosa juzgada en los procesos individuales.

c’) Limitación territorial de la cosa juzgada colectiva

Destaca el relator nacional la limitación operada por el artículo 16 de la ley N° 7345/85, según la cual la cosa juzgada en las acciones civiles públicas es “erga omnes”, pero solo opera dentro del límite de la jurisdicción territorial del juez que dictó la sentencia (“nos limites da competência territorial do órgão prolator”)⁶³.

b) Estados Unidos de América

Como señala GIDI⁶⁴, en el sistema norteamericano nos encontramos ante una acción representativa (“representative action”). El actor representa en juicio los intereses de los demás miembros del grupo o clase que no participan del proceso. Entonces, como el representante de la acción colectiva reclama tanto a nombre propio como por los sujetos a quienes representa, existen en estos proceso dos pedidos independientes; uno individual, el pedido del representante y otro colectivo o de clase, en beneficio del grupo. Por lo expuesto, el sistema se basa en la ficción de que todos los miembros de la clase o grupo se encuentran completamente abarcados por el representante, motivo por el cual se considera que el juicio se sigue con todos ellos y por consecuencia, la sentencia hace cosa juzgada “erga omnes”, abarcando a todos . Y este resultado, a diferencia de lo que prevé el Código Modelo o el Código del Consumidor del Brasil, se aplica sea cual sea la suerte de la pretensión (haya sido acogida o rechazada por la

⁶³ El relator brasileño critica esta solución y explica que si bien podría llegar a aplicarse en materia de intereses individuales homogéneos resulta absurda su aplicación a los casos de intereses o derechos colectivos y difusos. Asimismo informó que, a pesar de que el Supremo Tribunal Federal rechazó una demanda de inconstitucionalidad del precepto aludido, la doctrina se ha manifestado en contra del mismo por considerarlo violatorio de diversas normas y principios constitucionales corolarios de la regla del debido proceso legal. La jurisprudencia ha acatado la aplicación de la mencionada solución legal y ha manifestado en algunas oportunidades que para extender por fuera de la jurisdicción del tribunal la eficacia de la cosa juzgada debería iniciarse el proceso en la Capital del Estado o en el Distrito Federal y, en otros casos, que la dimensión regional o nacional depende de la revisión de la decisión colectiva por un tribunal con competencia regional o nacional.

⁶⁴ GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, San Pablo, 2007, pp. 271 y ss.

sentencia), y en todo caso, es irrelevante el motivo por el que fuere rechazada⁶⁵. Por consecuencia, la introducción de mecanismos para la defensa de la garantía del debido proceso es de vital importancia en el proceso estadounidense.

Tipos de *class actions*. El literal (a) de la Rule 23⁶⁶ regula los requisitos básicos (genéricos) de toda *class action* (“prerequisites”): i) la cantidad de sus miembros es tan numerosa que no resulta posible hacerlos presentes a todos en juicio; ii) existen cuestiones de hecho y/o de derecho en común para la clase; iii) las pretensiones y defensas son propias de la clase, y; iv) los representantes de cada parte (actora y demandada) constituyen una garantía de protección suficiente y adecuada de los intereses de la clase.

El literal (b) de la Rule 23⁶⁷ estructura las diferentes categorías o tipos de *class actions* (lo que en los sistemas del *civil law*, equivaldría a la descripción de

⁶⁵ Explica GIDI que sea la sentencia favorable o adversa a los intereses del grupo (“wether favorable or adverse”), ella estará revestida por el manto de la inmutabilidad en relación a los derechos individuales y colectivos de todos los miembros ausentes del grupo. Comenta que no es un hecho nuevo, que una persona se vea vinculada jurídicamente por los hechos de su representante; lo novedoso de este sistema es que el representante puede entablar la acción sin haber conseguido antes la anuencia de sus representados y muchas veces sin siquiera el conocimiento del reclamo por parte de aquellos a quienes representa (GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, p. 272).

⁶⁶ Dispone el apartado (a) de la Rule 23: “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.

⁶⁷ Dispone el apartado (b) de la Rule 23: “(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action”.

los elementos básicos de las diferentes pretensiones o más específicamente, la causa petendi en cada uno de estos procesos)⁶⁸:

- (b)(1): *class action* que se verifica cuando resulta imposible a los titulares del interés la deducción por separado de sus pretensiones o defensas, por verificarse dos diferentes factores de riesgo: (A) que las diferencias de tratamiento por sentencias individuales a los diversos miembros de la clase perjudique los intereses de la clase como conjunto y (B) que la disposición de derechos de algún o algunos de sus miembros, represente o pueda representar un impedimento u obstáculo para la satisfacción del derecho de los restantes. Señala GIDI⁶⁹ que la doctrina las ha denominado respectivamente como “incompatible standards *class actions*” y “prejudice *class actions*”.
- (b)(2): la pretensión consiste en una obligación de hacer o no hacer, buscándose mediante el proceso un mandato judicial para modificar la conducta de la demandada. Por el contenido específico de este tipo de acciones se las denomina “injunctive *class actions*”.
- (b)(3) *class actions* en que las cuestiones jurídicas o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecte sólo a los miembros individuales y por eso la *class action* es el mecanismo o método más satisfactorio para dilucidar esa pretensión. Como expone GIDI, se trata de la acción más genérica de carácter típicamente residual que abarca a todas aquellas pretensiones no comprendidas en las dos anteriores hipótesis y en estos casos, debido a que la cohesión de los miembros del grupo no es tan fuerte como en las hipótesis anteriores, la Rule previó las garantías de notificación y “opt out”. Se trata de la estructura procesal por la que se sustancia la “*class action for damages*”⁷⁰ que en la actualidad, de los tres tipos de *class actions* analizados, es la de mayor aplicación en la vida forense. Por ende, este relato general se centra en la misma.

En cuanto a los efectos de la sentencia, GIDI⁷¹ indica que en las *class actions* previstas en el núms. (1) y (2) del literal (b) de la Rule 23, el Juez de primer

⁶⁸ GIDI explica incluso que ante la dificultad de encontrar una denominación única para cada categoría, la mayoría de los operadores jurídicos ha preferido identificarlas según se trate de la prevista en el numeral (1), (2) o (3) del literal (b) de la Rule 23. (GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, pp. 140-141).

⁶⁹ GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, p. 141.

⁷⁰ Enseña GIDI que en general las *class actions* del tipo (b)(2) no son aplicables a los casos en que la pretensión principal tiene naturaleza indemnizatoria (“damages or monetary relief”) (GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, p. 156).

⁷¹ GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, p. 272.

grado debe describir en la sentencia las características básicas de pertenencia necesarias para que un individuo pueda ser considerado miembro de la clase y en virtud de ello ser abarcado por la cosa juzgada. En el caso del núm. (3) del literal (b) la sentencia debe especificar o describir los miembros del grupo a quienes la notificación prevista en el núm. (2) (B) del literal (c) de la Rule 23 fue dirigida, excluyendo específicamente a quienes hubieren ejercido la opción de “opt out”. Los miembros así especificados serían aquellos abarcados por la cosa juzgada.

Notificación y “opt out”⁷². Como uno de los mecanismos de garantía al debido proceso legal, la Rule 23 (c)(2)(B)⁷³ prescribe que en las acciones colectivas de tipo (b)(3), se debe cumplir con la notificación judicial a todos los miembros del grupo con la advertencia de que el Juez excluirá a todos quienes así lo soliciten en la forma y en el plazo estipulado por él. Aquellos miembros que dentro del término fijado por el Juez en la notificación no ejercieran su derecho de auto exclusión (“opt out”) se encontrarán abarcados por los efectos de la sentencia, haya sido la misma favorable o no a sus intereses. Señala GIDI⁷⁴ que el derecho de auto exclusión proporciona un balance entre los intereses de autonomía del individuo y la necesidad de dar un tratamiento colectivo a la controversia. En los hechos, los miembros del grupo ejercen su derecho de auto exclusión por asesoramiento de su abogado personal que aconseja que muchas veces resulta conveniente dejar a salvo la acción propia para obtener un mejor resultado en el reclamo individual que el que obtuvo el grupo en conjunto.

⁷² Explica GIDI que tales garantías así como el efecto erga omnes de la cosa juzgada representaron la gran innovación de la modificación de la Rule 23 de 1938 por la versión de 1966, puesto que con anterioridad a la reforma este tipo de class actions (b)(3) eran más bien consideradas como un mero mecanismo permisivo de litisconsorcio en el que los miembros debían estar presentes en juicio para ser afectados por la sentencia (GIDI, *A class action, Op. cit.*, p. 162).

⁷³ Dispone la Rule 23 (c)(2)(B): “*For (b)(3) Classes.* For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3)”.

⁷⁴ GIDI, *A class action, Op. cit.*, p. 299.

B. Países con previsiones legales específicas sobre cosa juzgada en procesos colectivos / *class actions*

Además de los países de referencia (Brasil y Estados Unidos), y generalmente inspirada en ellos y/o en los Códigos Modelos, se ha desarrollado en otros países de América legislación sobre cosa juzgada en procesos colectivos.

En Argentina, pueden destacarse dos sistemas diferentes: A) En materia de consumidores, señalan los relatores nacionales que se sigue la solución de los Estados Unidos de América. La norma dispone⁷⁵: “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga.” Indican los relatores nacionales que en cuanto a la cosa juzgada “se sigue claramente el sistema americano de las *class actions*, ya que alcanzará a todo el grupo, brindándose la posibilidad a cada interesado, de ejercitar su derecho de autoexclusión (opt-out)”. B) En materia ambiental, los relatores argentinos citan la solución de la Ley General del Ambiente que contiene la solución de la cosa juzgada “*secundum eventum probationem*”, brindando la posibilidad de que se reitere el planteo si el rechazo se debió a defectos en materia probatoria: “la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos erga omnes, a excepción que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias”⁷⁶.

En Canadá ilustra la relatora nacional Walker que la sentencia en materia de cuestiones comunes de un grupo o clase o subgrupo de clase⁷⁷ debe determinar

⁷⁵ Art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 modificada por la Ley N° 26.361.

⁷⁶ Art. 33 de la ley N° 25.675.

⁷⁷ La relatora canadiense señala que se admite la certificación o admisión de un proceso como de clase cuando se reúnan determinadas condiciones: la solicitud o anuncio de solicitud exponga un fundamento para el ejercicio de la acción; exista una clase identificable de dos o más personas que actúen representadas por intermedio de un representante de la parte actora o de la parte demandada; los reclamos o defensas de los miembros del grupo o clase tengan un interés común; el proceso colectivo sea el más adecuado para la resolución de estos asuntos comunes; exista de un representante de los demandantes o demandados que represente -de manera imparcial y adecuada- los intereses del grupo, que haya establecido un plan para el proceso que prevea un método viable a fin de llevarlo adelante en nombre de la clase, y de modo de poder notificar a los miembros de la clase del proceso; y que este representante no tenga en las cuestiones comunes a la clase, intereses contrarios al los de los demás miembros de la clase. Da cuenta WALKER de que en Canadá se fue más allá de lo previsto en la legislación estadounidense, ya que se previó que no es impedimento para certificar el reclamo como un proceso colectivo: a) que la demanda incluya un reclamo por daños que requiera un análisis individual luego de la determinación de las cuestiones comunes; b) que la demanda refiera a contratos separados que involucran a distintos miembros de la clase; c) que

los integrantes de la misma, la naturaleza de los reclamos y defensas esgrimidas, y especificar la solución dada por el magistrado. La sentencia afecta a cada uno de los miembros de la clase que no hayan ejercido su derecho de “opt out” en tiempo y forma, y este efecto vinculante - desde un punto de vista objetivo - alcanza exclusivamente a las cuestiones comunes de la clase. La sentencia no abarcará, ni a quien haya ejercido el derecho de exclusión, ni tendrá eficacia en un proceso posterior iniciado por quien haya salvado la acción individual mediante su ejercicio.

Los principales debates vinculados a la cosa juzgada en Canadá refieren a la certificación del proceso colectivo y a la competencia entre los abogados para verificar cuál es a juicio del juez el más capacitado para llevar adelante el proceso, cuestión por demás compleja y delicada. Esto lleva muchas veces a acuerdos entre los abogados para solucionar la cuestión⁷⁸.

En Chile, los relatores nacionales mencionan la Ley de Protección del Consumidor (art. 54): “la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes”, lo que implica que se ha optado por extender los efectos de la sentencia a todo el grupo de consumidores afectados, hayan o no intervenido en el proceso. Para el caso que la sentencia definitiva rechace la pretensión contenida en la demanda, el inciso final del artículo 54 citado dispone que: “cualquier legitimado activo podrá interponer, dentro del plazo de la acción, ante el mismo tribunal y valiéndose de nuevas circunstancias una nueva acción, entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo”. La norma parece encontrar su antecedente en el sistema brasileño que sigue la regla: “secundum eventum probationem”.

se soliciten distintas soluciones para diferentes miembros de la clase; d) que se desconozca la cantidad o identidad de los miembros de la clase; e) que la clase incluya una subclase cuyos miembros tengan reclamos o defensas basados en cuestiones o intereses comunes, que no sean compartidos por todos los miembros de la clase (traducción libre del relator general).

⁷⁸ Otro problema que se plantea es la posibilidad de acuerdos parciales que involucren sólo algunas de las partes o reclamos, cuando las causas son comunes a más de un demandado (por ejemplo, cuando existen diversos fabricantes de un producto que ha resultado defectuoso, o diversas partes involucradas en la producción y distribución del producto). El abogado de la clase podrá llegar a acuerdos con los demandados en distintos momentos, y pueden querer solicitar la aprobación de un acuerdo respecto de algunos pero no todos los demandados. Los demandados que lleguen a un acuerdo querrán un fallo que los proteja de estar involucrados en el futuro en la demanda, ya sea porque se afirme su responsabilidad por parte de los demandantes, o de los otros demandados. Las resoluciones al respecto (“bar orders”) establecen un balance entre los derechos de los demandados que hayan llegado a un acuerdo y las otras partes del proceso. Su uso y operatividad han sido debatidos, pero actualmente son aceptados en procesos colectivos en Canadá.

En Colombia se distinguen las “acciones populares” de las “acciones de grupo”. Informa el relator nacional que la cosa juzgada en las “acciones populares” adquiere efectos de cosa juzgada “*erga omnes*”⁷⁹, aunque ello fue cuestionado por la Corte Constitucional⁸⁰. La cosa juzgada en las “acciones de grupo” tiene efectos ultra partes si dentro del término de 5 días del vencimiento del traslado de la demanda ningún miembro del grupo ha manifestado su voluntad de exclusión. También pueden excluirse de esta eficacia quienes dentro de los 20 días de publicada la sentencia acreditaran que sus intereses no fueron debidamente representados (mecanismos de “opt out” como forma de protección del debido proceso, especialmente para quienes no han tenido oportunidad de participar en el juicio).

En Perú, según expuso el relator nacional, el Código Procesal Civil en el artículo 82 regula expresamente el punto, estableciendo que la sentencia definitiva que acoge la pretensión vinculada al derecho difuso objeto de controversia resulta eficaz *erga omnes*, es decir “será obligatoria incluso para quienes no hayan participado en el proceso” admitiéndose así los efectos expansivos de la sentencia. Señala la ausencia de mención expresa en la norma acerca de las hipótesis de infundabilidad, bien por rechazarse expresamente la pretensión, bien por tratarse de un caso de insuficiencia probatoria, lo que presentaría dificultades interpretativas.

En Uruguay, según informa el relator nacional, el artículo 220 del Código General del Proceso, muy similar al artículo 194 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, establece que la sentencia dictada en este tipo de procesos tiene eficacia general, con excepción de aquella que resultare des-

⁷⁹ La cosa juzgada en las acciones populares ha tenido norma específica desde 1931, en el denominado Código Judicial. En el artículo 476 de dicha codificación se estipulaba que los fallos proferidos en los procesos de acción popular, harán tránsito a cosa juzgada *erga omnes*. La norma se incorporó en el Código de Procedimiento Civil de 1970, en el artículo 332, en los mismos términos. Finalmente la ley 472, en su artículo 35, también estableció esta modalidad de cosa juzgada, aunque utilizando la expresión: “La sentencia tendrá efecto de cosa juzgada respecto de las partes y el público en general”.

⁸⁰ El relator colombiano expuso que la Corte Constitucional advirtió que los efectos de la cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia no serían absolutos sino más bien relativos en caso de sucumbencia de la parte actora por falta de pruebas. Explica el relator la posición de la Corte: “No obstante, siguiendo la experiencia brasilera, y lo determinado por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, la Corte Constitucional al resolver una demanda de inconstitucionalidad del artículo 35 de la ley 472 de 1998, estableció que los efectos *erga omnes* no eran absolutos, sino relativos; advirtiendo que si las pretensiones de una acción popular no prosperan por insuficiencia de pruebas, las mismas podrían volver a ser propuestas, si otro actor popular aporta nuevas pruebas”.

timatoria de la demanda por ausencia de pruebas. Cabe señalar que la norma sólo refiere a procesos “promovidos en representación de intereses difusos” pero la jurisprudencia amplió el alcance también a los intereses colectivos. La solución constituye una expansión del alcance subjetivo de la cosa juzgada. La doctrina ha valorado favorablemente la no aplicación de la cosa juzgada erga omnes al caso de falta de prueba, ya que persigue evitar pactos fraudulentos entre reclamantes y demandados, que tuvieran por objeto sellar la suerte de otros damnificados en sus derechos a reclamar.

C. Países sin previsión legal respecto a la cosa juzgada en los procesos colectivos /class actions

Son todavía varios los países de América que carecen de regulación legislativa sobre la cosa juzgada en los procesos colectivos (Bolivia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Venezuela)⁸¹.

⁸¹ En Bolivia, según trasmite el relator nacional, no existe regulación respecto a la cosa juzgada en procesos colectivos. El relator nacional de Ecuador informó que no existe previsión específica sobre la cosa juzgada en las acciones de clase y marcó como principal foco de atención la situación de todos aquellos que no pudieron participar de la formación de la sentencia, pero igualmente integran la clase o grupo involucrado en la pretensión. En Guatemala, el relator nacional explica que en la especial coyuntura de ese país, el proceso de amparo y el control de inconstitucionalidad de la Ley, cumplen un importante papel para la defensa de los principales “intereses colectivos” (medio ambiente, educación y salud, todas prestaciones que tendrían por principal obligado al Estado), aunque son insuficientes. Señala además que la “*res inter alios iudicata*” o principio de relatividad de la sentencia, resulta a todas luces insuficiente para la cobertura de estos derechos de índole social. En Paraguay, con similar carencia legislativa, el relator nacional valoró muy positivamente la incorporación de la Acción Autónoma de Nulidad al Código Procesal Civil (art. 409), por cuanto significó una importante flexibilización de los límites de la cosa juzgada tradicional en los procesos individuales, especialmente en protección de todos aquellos que no tuvieron oportunidad de participar en el proceso. Venezuela presenta un interesante caso. Careciendo de previsiones legales respecto de la cosa juzgada en los procesos colectivos, la regulación proviene de fuente jurisprudencial emanada de la Sala Constitucional ha sostenido el carácter erga omnes de los fallos que resuelven cuestiones de derechos colectivos e intereses difusos, tanto beneficien como perjudiquen a la colectividad o al sector sobre el que desplieguen sus efectos. En sentencia de fecha 30 de junio de 2000, el efecto erga omnes se formula de manera genérica, más allá de cuál sea el contenido de la sentencia y sin entrar tampoco a considerar la situación de los miembros que se excluyan expresamente del proceso (en Venezuela hay imperatividad jurisprudencial debido al carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional). Agrega el relator venezolano: “En cuanto a la repetición de la demanda no se contemplan las diversas hipótesis que pueden surgir, por ejemplo, si fue desestimada por insuficiencia de pruebas, o si otros actores colectivos pueden proponer nuevas acciones sobre los mismos hechos. Es más, de acuerdo al criterio

4.3 Recursos contra la sentencia en procesos colectivos /class actions en América

En cuanto a los recursos extraordinarios que en los países de América pueden afectar de algún modo la sentencia del proceso colectivo (tema esencialmente vinculado al de la cosa juzgada), existen escasas previsiones específicas, debiendo en casi todos los países recurrirse a los medios impugnativos generales regulados en los códigos procesales. Quizás por esa razón algunos relatos nacionales se limitan a mencionar los recursos ordinarios⁸².

En Brasil informa el relator nacional que, así como acontece con la cosa juzgada individual, la cosa juzgada colectiva puede ser impugnada por medio de la acción rescisoria (art. 485 y ss. del Código del Proceso Civil), instrumento empleado para atacar la cosa juzgada por vicios graves (como “o impedimento do juiz ou a ofensa a literal disposição de lei”).

En Canadá informa la relatora nacional que es posible apelar tanto la negativa de certificación como la des-certificación del proceso como class action. También se puede apelar la certificación, pero en Ontario esto sólo puede hacerse con autorización. Pueden ser apelados también el fallo respecto de cuestiones comunes y los daños reconocidos y su indemnización. Para el caso que el representante no hubiere apelado, pueden los individuos de la clase solicitar autorización para ejercer la representación a efectos de apelar.

de efectividad erga omnes fijado, sea perjudicado o beneficiado, le afecta dicha decisión y no podrá interponer nueva demanda. Es decir, no se toma en cuenta el criterio de cosa juzgada secundum eventum litis”. Y comenta: “Véase en la sentencia señalada que para presentar nueva demanda es necesario la aparición de hechos nuevos que impliquen nuevas amenazas o nuevas lesiones, ya que bajo estos supuestos no existiría identidad de la causa. Es decir que da pie a pensar que se está en presencia de una extraña e insólita concepción de la cosa juzgada secundum eventum facti, pues los hechos deberán modificarse o sufrir modificaciones para volver a proponerse, lo que sin lugar a dudas, daría aparición de un nuevo proceso”. Agrega. “Tampoco expresa con claridad lo relativo acerca de sentencias condicionales y de futuro”. El relator nacional critica duramente la solución jurisprudencial, calificándola como “innegablemente deficiente” y reclama una futura modificación legal al respecto.

⁸² El Código Modelo de Procesos Colectivos, prevé en su art. 18 el recurso de apelación que, de regla, no impide la ejecución de la sentencia: “La apelación de la sentencia definitiva tendrá efecto meramente devolutivo, salvo cuando la fundamentación fuere relevante y pudiere resultar para la parte una lesión grave y de difícil reparación, caso en el cual el juez podrá atribuir al recurso efecto suspensivo”. El art. 34 dispone: “En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia”.

En Colombia, señala el relator nacional que por aplicación de la Ley 1285 de 2009, las sentencias de segunda instancia que se pronuncien en acciones populares y de grupo tramitadas ante jueces administrativos (contra el Estado u otras personas de Derecho Público), son susceptibles de un recurso de revisión ante el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Respecto de las sentencias dictadas en las acciones de grupo en que el demandado es una persona particular, es posible la interposición del recurso de casación (Cfe. Ley 472 de 1998), el que no impide en ningún caso la ejecución de la sentencia. Agrega el relator nacional que estas sentencias pueden ser además objeto del recurso de extraordinario revisión en circunstancias especiales, si se verifican sus causales.

En EE.UU., Gidi⁸³ enseña que entre las causales de impugnación más frecuentes en los tribunales, existen dos de especial relevancia: la falta de representación adecuada o suficiente de quien actuó en el proceso por la colectividad, clase o grupo de interés y la nulidad del emplazamiento o ausencia de notificación adecuada. La *class action* reposa en la idea histórica y filosófica de que un pequeño grupo lucha en un proceso judicial por los derechos de una colectividad (mayoría ausente), motivo por el cual la representación adecuada es primordial. Para el caso de que se acredite que uno o algunos miembros del grupo no han sido representados adecuadamente en el proceso colectivo, los tribunales en un proceso posterior (individual o colectivo), no reconocerán el efecto vinculante de la cosa juzgada y pueden decidir nuevamente la cuestión. Esta impugnación lleva el nombre de “collateral attack”⁸⁴. También en recta aplicación de la regla del debido proceso legal se puede excluir de los efectos de la cosa juzgada a aquellos miembros que siendo fácilmente identificables no fueron notificados personalmente para que puedan ejercer su derecho de autoexclusión.

En los países que no tienen regulación especial para la impugnación de la sentencia de los procesos colectivos, los relatores nacionales analizan los medios previstos para los procesos tradicionales que podrían ser aplicados a los procesos colectivos⁸⁵.

⁸³ GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, pp. 280 y 281.

⁸⁴ Apunta GIDI que muchas veces el principal interesado en subsanar cualquier defecto en la representación es la propia parte contraria, y que en ocasiones impugna para lograr del Juez un análisis más profundo del punto y una expresa decisión en autos que evite futuras impugnaciones (GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, pp. 280 y 281).

⁸⁵ En Bolivia, el Código de Procedimiento Civil postula la revisión extraordinaria de sentencias ejecutoriadas en proceso ordinario mediante el recurso extraordinario de revisión, con causales específicas fundadas principalmente en hipótesis de fraude, dolo o colusión, o aparición posterior de pruebas decisivas. Como resultado de este recurso el Tribunal

5. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS SOBRE PROCESOS COLECTIVOS/*CLASS ACTIONS* EN AMÉRICA

5.1 El “drama” de la ejecución

La liquidación⁸⁶ y ejecución de las sentencias constituye un aspecto medular en la protección de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos. La existencia de una regulación legal que garantice el efectivo cumplimiento de la sentencia condenatoria o del acuerdo transaccional (en caso de admitirse el mismo en la legislación) resulta de extrema importancia. En las sabias palabras de Couture⁸⁷: “conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia, ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia”. Las dificultades derivadas de la ineficacia del proceso de ejecución civil ha sido objeto de profundos debates y análisis por parte de la doctrina procesal, considerando

Supremo debe dictar una nueva sentencia si el recurso es resuelto de manera favorable al recurrente. En Ecuador se menciona el recurso extraordinario de casación que a juicio del relator nacional deviene claramente aplicable también en los procesos colectivos o las acciones de clase. También se permite acudir a la Corte Constitucional únicamente cuando se trata de impugnar un fallo ejecutoriado o que causó estado, en el que existan violaciones a las garantías constitucionales. En Paraguay se menciona la “acción autónoma de nulidad” que podría trasladarse a una futura legislación eficiente en materia de cosa juzgada de procesos colectivos. En Perú existen dos mecanismos para atacar la inmutabilidad de la sentencia: la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta y el amparo contra resoluciones judiciales. La primera vía regulada en el Código Procesal Civil persigue la impugnación de la sentencia por motivos como ser el fraude, la colusión, o la violación grave del debido proceso, pudiendo la demanda respectiva ser interpuesta por la parte o el tercero afectado. Por otra parte, el artículo 4° del Código Procesal Constitucional permite atacar mediante amparo una sentencia definitiva que haya sido dictada en manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso. En Uruguay, los dos recursos extraordinarios que prevé la legislación uruguaya son el de casación y el de revisión. Ambos se deciden por la Suprema Corte de Justicia. La casación refiere a la impugnación de la sentencia por haberse padecido error en la aplicación de la norma de derecho, procesal o sustancial (“in procedendo” o “in iudicando” o en las reglas que hacen a la admisión o valoración de la prueba), mientras que la revisión procede por causales estrictas como ser el dolo, la colusión, el fraude, la existencia de fallos contradictorios o la aparición de nuevas y trascendentes pruebas antes desconocidas, etc.

⁸⁶ La particular situación que se plantea en Argentina a la hora de liquidar una sentencia de condena, es descrita por GOZAÍNI: “...la aprobación de la liquidación judicial, como pórtico de entrada a la ejecución de sentencias, tiene más sinuosidades que la puerta que se abre al laberinto. De hecho, si no hay liquidación no hay ejecución, y esto es fatal para la rápida ejecución de lo conseguido en los estrados” (GOZAÍNI, O., *Protección procesal del usuario y consumidor*, Santa Fe, 2005, p. 477).

⁸⁷ COUTURE, E., “Las garantías constitucionales en el proceso civil”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1948, p. 89.

que el proceso de ejecución integra el concepto de debido proceso, siendo fundamental encontrar soluciones adecuadas⁸⁸. Como señala Ortells⁸⁹, “es efectivo el proceso de ejecución que alcanza su finalidad de plena satisfacción del ejecutante en un plazo razonable.”

A la problemática general del proceso de ejecución cuya eficacia es cuestionada en casi todos los países del mundo, se suman los propios de los procesos colectivos, producto de las especiales características de los derechos involucrados y, fundamentalmente, la cuestión de la identificación de los beneficiarios de la condena.

En cuanto a la implementación de la ejecución de las sentencias colectivas complejas, resulta necesario acordar al Juez la posibilidad de disponer de todas las medidas legítimas necesarias para asegurar el resultado práctico buscado. Muchas veces las sentencias no condenan a dar o a indemnizar sino a hacer o no hacer, lo que implica complejas etapas⁹⁰.

5.2 La liquidación y ejecución de la sentencia en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

El Código Modelo contiene una precisa regulación de los diversos aspectos de la liquidación y ejecución de la sentencia del proceso colectivo⁹¹. Como se señala en su Exposición de Motivos, al preverse los proveimientos jurisdiccionales que se pueden obtener por el ejercicio de la acción colectiva, se procura

⁸⁸ Al respecto señalan DE HEGEDUS y ROMERO: “La tutela judicial efectiva de los derechos declarados en las sentencias requiere de los órganos jurisdiccionales que éstas no configuren pronunciamientos sin efectividad o tardíos. Por ello la ejecución en tiempo razonable integra la noción de debido proceso y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Existe plena coincidencia en todos los ámbitos, que el acceso a la Justicia no se concreta meramente con obtener una declaración que indique que asiste razón al justiciable. De nada sirve una resolución favorable si no puede obtenerse su efectiva realización. Sin ejecución, el derecho aparece sólo en eso, en su declaración. Y por ello el proceso ha de proporcionar una tutela efectiva al litigante victorioso para lograr la plena satisfacción jurídica. El proceso de conocimiento donde se declara el derecho y el proceso de ejecución donde se satisface ese derecho deben ser vistos como dos lados de la misma moneda” (DE HEGEDUS, M. y ROMERO A., “La Ejecución Civil”, *Derecho Procesal Contemporáneo*, con TAVOLARI, R., Tomo I, Santiago de Chile, 2010, p. 518).

⁸⁹ ORTELLS, M., “El Proceso de Ejecución en la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000 y en el Código Modelo. ¿Qué deberíamos modificar?”, *Modernización de la Justicia Civil*, con PEREIRA CAMPOS, S., Montevideo, 2011, pp. 885 y ss.

⁹⁰ Cfr. VERBIC, *Procesos Colectivos*, *Op. cit.*, p. 360.

⁹¹ Las principales normas del Código Modelo a considerar respecto de la liquidación y la ejecución de la sentencia son los arts. 3, 6, 7, 8, 14, 18, 19 y 22 a 28.

preeminentemente la efectividad del proceso colectivo, que debe conducir a una respuesta jurisdiccional realmente capaz de satisfacer los derechos transindividuales violados o amenazados. Contiene normas sobre la anticipación de tutela y sobre su posible estabilización; sobre la acción condenatoria a la reparación de los daños al bien indivisiblemente considerado y al destino de la indemnización para la recuperación del bien dañado o a finalidades conexas; sobre la condenación a una obligación de hacer o no hacer (inhibitoria), en que la indemnización es la *ultima ratio*, a la cual se prefiere el régimen de multas diarias (*astreintes*) o hasta incluso el de mandamientos judiciales aptos a la obtención de un resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación, sobre la condenación a una obligación de dar. Se prevé el Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad. Sus recursos serán destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico perjudicado⁹². Se regula la legitimación para la liquidación y ejecución de condena y la ejecución definitiva y la ejecución provisional de la sentencia. Se regulan las acciones colectivas en defensa de intereses o derechos individuales homogéneos y, particularmente, sobre la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos (la *class action for damages* norteamericana), promovida por los legitimados sin necesidad de indicación de la identidad de las víctimas. Se da conocimiento del enjuiciamiento de la acción a los posibles interesados, para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes, siéndoles vedado, por eso, discutir sus pretensiones individuales en el proceso colectivo de conocimiento. Se tomó cuidado especial con las notificaciones. En caso de acogimiento del pedido, la sentencia podrá ser genérica, declarando la existencia del daño general y condenando al

⁹² La creación de un Fondo de los Derechos del Grupo, también es prevista por GIDI en su Código de Proceso Civil Colectivo (art. 24) en el cual establece que cuando recaiga una condena monetaria en, las denominadas “pretensiones indemnizatorias transindividuales del grupo”, la indemnización por el daño causado al grupo revertirá este fondo. Al igual que el Código Modelo, prevé su administración por una comisión tripartita (Ministerio Público, Jueces e integrantes de la comunidad). En cuanto a los destinos de los recursos del Fondo, se dispone que será el restablecimiento o reparación de los daños causados al grupo y en caso de que ello no sea posible, los recursos deberán ser utilizados en forma discrecional, creativa y flexible, relacionados con la naturaleza de la infracción o daño causado, inclusive a través del financiamiento y de la fiscalización de otras acciones colectivas y de proyectos científicos de investigación, informativos y educacionales.

vencido a la obligación de indemnizar a todas las víctimas y sus sucesores (aún no identificados). Incumbirá a éstos, individualmente o por los legitimados colectivos, probar en la liquidación de la sentencia su daño personal, el nexo causal con el daño global reconocido por la sentencia, y cuantificar el perjuicio individualmente sufrido. Pero el Código también prevé la posibilidad de que el juez, en la sentencia condenatoria, fije las indemnizaciones individuales, cuando esto fuera posible. Se cuida, también, del caso de concurso de créditos y se prescribe que, transcurrido un año sin la comparecencia de interesados en número compatible con la gravedad del daño, habrá ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados, cuidando que ellos sean vertidos con destino al Fondo. Aquí el Código adopta la solución de la “fluid recovery” del sistema norteamericano.

5.3 La regulación de la liquidación y ejecución de la sentencia en los procesos colectivos /*class actions* en América

De conformidad con los relatos nacionales, cabe distinguir en América aquellos países que tienen una regulación especial sobre la liquidación y ejecución de sentencias en procesos colectivos de aquellos que carecen de ella, aplicando por ende las normas generales sobre liquidación y ejecución de sentencias de los procesos individuales, que suelen ser insuficientes e ineficientes.

Cuadro 4. Regulación de la liquidación y ejecución de la sentencia en procesos colectivos en América

| País | Ausencia de regulación | Regulación específica |
|-----------|------------------------|-----------------------|
| Argentina | | X |
| Brasil | | X |
| Bolivia | X | |
| Canadá | | X |
| Chile | | X |
| Colombia | | X |
| Ecuador | X | |
| EE.UU. | | X |
| Guatemala | X | |
| Paraguay | X | |
| Perú | | X |
| Uruguay | X | |
| Venezuela | X | |

5.3.1 Países con regulación específica sobre liquidación y/o ejecución de sentencias colectivas

En Argentina, los relatores nacionales explican que si la sentencia tiene contenido patrimonial, se establecerán las pautas para la reparación económica así como el procedimiento para su determinación “teniendo siempre en miras el principio de reparación integral”. Si no fuera posible identificar a los beneficiarios, es el Juez quien indica cómo el resarcimiento debe ser instrumentado, buscando siempre el beneficio del grupo afectado. Si se trata de una pretensión de daños respecto de los cuales corresponde hacer una diferencia entre diversos usuarios o consumidores, se pueden establecer grupos o clases diferenciadas⁹³. La vía procesal para la determinación de la indemnización y el quantum de cada reclamo en estos casos, es por imperio legal, la del incidente. Respecto de la ejecución colectiva en materia de derechos del consumidor, señala Gozaíni⁹⁴ que cuando la sentencia alcance a terceros representados por una asociación de defensa del interés colectivo, o afecte derechos difusos de pertenencia general, la condena tiene particularidades para ejecutarla. Indica que los efectos de la sentencia solamente alcanzan a quienes puedan identificarse, porque cuando litiga un grupo de afectados perfectamente determinado, los resultados de la sentencia se acotan a las personas que la sentencia menciona. “Sin embargo, si la determinación individual no es posible (por ej., cuando existe contaminación de

⁹³ Dicen los relatores argentinos: “...el art. 54 de la ley de defensa del consumidor 24.240 con su última modificación por la ley 26.361, dispone: “La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda”.

⁹⁴ GOZAÍNÍ cita el caso de jurisprudencia “Defensor del Pueblo de la Nación c/PEN” al que califica como paradigma del pronunciamiento con alcances hacia el colectivo (ahorristas e inversores) afectados por las medidas económicas dictadas por el Estado que impidieron el retiro de fondos propios acreditados en bancos y entidades financieras. En este caso, se dispuso la concurrencia de cada uno de quienes se considere afectado para requerir en su favor la aplicación del precedente dictado, y con ello, poder ejecutar ante su banco el reintegro de las sumas de dinero concernidas (GOZAÍNÍ, *Protección, Op. cit.*, pp. 479 y 480).

alimentos y no se puede encontrar la nómina total de afectados por la ingesta), la sentencia –además de pronunciarse respecto a las personas concretas que se personaron en el juicio– establecerá los requisitos necesarios para que cualquier afectado pueda instar la ejecución. En estos casos donde la sentencia tiene efectos *erga omnes* y comprende a quienes no han sido partes en el proceso, deben presentarse en las actuaciones para que se les asigne legitimación procesal en la causa, y, de este modo, poder extender los dichos del pronunciamiento en su propio beneficio”.

En Brasil explica el relator nacional que existen reglas diferentes aplicables a la tutela de derechos difusos y colectivos y a la tutela de derechos individuales homogéneos. La diferenciación tiene fundamentalmente el propósito de adecuar el procedimiento para autorizar las ejecuciones individuales de sentencias proferidas en el proceso colectivo cuando refiere a derechos individuales homogéneos, ya que en ese caso estamos delante de derechos nítidamente individuales. La prestación objeto de la condena no necesariamente tiene que implicar un “dar” sino que se admite cualquier especie de condena, según surge establecido por el art. 83 del Código del Consumidor, y se regularon medios coercitivos especiales en el artículo 84 del mismo Código para forzar al cumplimiento de las condenas de hacer y no hacer, como ser multas coercitivas o la intervención judicial, que son calificados como más eficaces, tanto para la tutela de los derechos meta individuales como para los derechos individuales de masas, pues implican una exención a los damnificados beneficiarios de participar individualmente en la ejecución. El relator brasileño comenta que, por la esencia de los derechos difusos y colectivos, las condenas pecuniarias no son las más eficaces, como sí puede resultar la imposición de conductas de hacer o de no hacer. En cuanto refiere a las condenas en procesos por la defensa de intereses individuales homogéneos, si bien existe una concreta protección por medio de una condena pecuniaria genérica, a la que le siguen las respectivas ejecuciones individuales, se presentan serios inconvenientes para muchos de los interesados. Por tal motivo el relator nacional se manifiesta también en estos casos proclive a las soluciones que impliquen de alguna manera la imposición de la conducta del demandado para restituir –en la medida de lo posible– las cosas al estado anterior. Sin embargo admite el relator que en cuanto refiere a los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos, la mayoría de los casos se resuelven todavía mediante sentencias de condena pecuniarias e ilustra que en su país la regulación es “bastante minuciosa” y básicamente sigue los parámetros tradicionales. La ejecución puede ser iniciada a instancia de cualquier legitimado activo para la demanda del proceso de conocimiento, y en caso que una asociación haya sido la gananciosa, pasados los 60 días contados desde la ejecutoria, podrá el Ministerio Público o los demás legitimados pedir la

ejecución⁹⁵. El producido de la ejecución es destinado a un Fondo Público, que cuenta con representatividad de los interesados pero cuya gestión ha recibido muchas críticas⁹⁶.

La legitimación activa para la promoción de la ejecución de la sentencia que refiere a derechos colectivos, prevista en el ordenamiento brasileño, se asemeja en parte la solución que propone el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (art. 14) en cuanto establece que está legitimado el Ministerio Público a iniciar la ejecución del fallo cuando se trate de interés social relevante, y siempre que transcurridos 60 días del dictado de la sentencia, el demandante no lo hubiese promovido.

En cuanto a la ejecución de sentencias colectivas de condena pecuniarias en tutela de intereses individuales homogéneos, informa el relator nacional que el artículo 95 del Código de Defensa del Consumidor prevé que de regla la sentencia de condena es “genérica” y se limita a establecer la responsabilidad de los demandados por los daños causados. A partir de esa condena genérica se abre la posibilidad de que las víctimas (o eventualmente, sus sucesores) puedan liquidar y ejecutar de forma individual ese título. Si en el plazo de un año, no se habilitan víctimas para la ejecución en número compatible con la gravedad del daño, los legitimados para la acción colectiva podrán promover liquidación y ejecución del valor total de la indemnización debida, cuyo producto revertirá en favor del Fondo (art. 100 Código de Defensa del Consumidor). En el concurso entre créditos destinados al Fondo y aquellos referentes a las indemnizaciones individuales, éstos prefieren a aquéllos (art. 99 del Código de Defensa del Consumidor).

En Canadá, explica la relatora nacional que la legislación prevé que la sentencia puede establecer directamente la distribución de los montos que considera apropiados, ordenar el pago personal de la demandada a los damnificados integrantes de la clase, o también nombrar una tercera persona que tome a su cargo la tarea de distribuir el monto de la condena entre los miembros de la clase actora, con amplias facultades que pueden incluir el otorgamiento de financiación y hasta quitas de la deuda. El tribunal puede disponer el pago de la condena directamente a la corte o a cualquier otro depositario apropiado. Al decidir cómo distribuir la condena, el tribunal debe considerar cuál es la solución más práctica y eficiente. Cuando sea oportuno, el

⁹⁵ Ley 7347/85, art. 15.

⁹⁶ Indica el relator brasileño que el funcionamiento del fondo es muy criticado, tanto por la escasez de recursos como por la falta de orientación o criterio para la aplicación del dinero, permaneciendo, en muchos casos, sin protección los derechos lesionados.

Juez puede designar un Administrador (“Claims Administrator”) que le asista en la evaluación de los reclamos y la administración del proceso. También puede nombrar personas para mediar o arbitrar reclamos, quienes son remunerados de cargo a gastos del proceso o directamente por el demandado y se encuentran sujetos a control del tribunal. Asimismo, indica Walker, que si la condena no ha sido distribuida en el plazo determinado por el tribunal, éste puede darle otro destino, siempre que el mismo razonablemente signifique un beneficio para los miembros de la clase. Este tipo de ordenes se pueden verificar, conozca o no el tribunal la cantidad de miembros de la clase, así como el monto que corresponde a cada uno de ellos, e incluso, si el mecanismo alternativo de distribución beneficia a personas que no son miembros de la clase o que igualmente recibirían una indemnización como resultado del proceso colectivo.

En cuanto a los aspectos formales de la ejecución, el tribunal es quien se encarga del control de la misma y en ejercicio de esa competencia es que puede verificar suspensiones por los plazos que considere apropiados, establecer la forma de pago (contado o mediante financiación), y descontar del fondo los gastos del nombramiento de Administrador, si lo hubiera.

Una vez transcurrido el plazo determinado por el tribunal para la ejecución y distribución de la condena, sin que la totalidad de la misma haya sido reclamada o distribuida, el remanente será devuelto al demandado.

Finalmente, informa la relatora nacional que los tribunales canadienses han considerado las controversias y la problemática que en los Estados Unidos de América ha generado la administración y distribución de la condena y han aprendido de ello. Como ejemplo de estos problemas cita el caso de los “cupon settlements”⁹⁷, que pueden fracasar como mecanismo de compensación adecuado, siendo más bien un premio para los demandados en la medida que se los anima a seguir vendiendo en el futuro en lugar de operar como una sanción⁹⁸.

En Colombia, según señala el relator nacional, además de distinguirse según se trate de acciones populares o acciones de grupo, se establecen distintos procedimientos atendiendo al contenido de la sentencia a ejecutar. Así, se prevé el llamado “incidente de desacato”, cuando la sentencia recae en una acción popular que impone una obligación de hacer, que implica la aplicación

⁹⁷ Como forma de indemnizar a los reclamantes, se le confiere descuentos por la compra de bienes y servicios que comercializa el demandado.

⁹⁸ Indica también que han existido debates sobre la propiedad de indemnizaciones “*cy-près*” y la identificación de beneficiarios.

de conminaciones pecuniarias convertibles en personales para el caso que se incumplan las órdenes dadas por el Juez. En cambio, cuando el contenido de la sentencia dictada en las acciones populares es indemnizatorio, no existe norma expresa, por lo que se aplica el proceso de ejecución clásico. Con respecto a la ejecución de las sentencias dictadas en las acciones de grupo, no existe en Colombia aún regulación específica. No obstante, en este tipo de procesos se establece en la sentencia una suma total de indemnización, la cual es recibida por el “Fondo para la Protección de los Intereses Colectivos”, una dependencia de la Defensoría del Pueblo, que se encarga de su distribución entre los diferentes miembros del grupo. En cuanto a la aplicación práctica de estos procedimientos el relator colombiano plantea desconocer juicios ejecutivos al respecto en la experiencia jurisdiccional colombiana.

En las acciones populares (acción colectiva para la protección de intereses colectivos), se autoriza la condena “in genere” y el posterior incidente de liquidación⁹⁹. En cambio, en las acciones de grupo no es posible que la sentencia profiera una condena ilíquida, toda vez que el artículo 65 de la ley 472 de 1998, le indica al juez que debe hacer una condena global que sea el producto del ponderado de las condenas individuales. Además, le obliga a calcular una suma para cada uno de los integrantes del grupo, que potencialmente puedan presentarse dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia. Sin embargo, cuando se trata de grupos abiertos, los jueces han optado por esperar a que transcurran 20 días después de la publicación de la sentencia, ocurrido lo cual, le piden al Fondo para la Protección de los Intereses Colectivos que les envíe la lista de las personas que concurrieron al llamado, para de esa manera señalar, mediante sentencia adicional, un monto que se distribuirá a prorrata entre tales personas. El relator nacional explica que la puesta en práctica de estas soluciones ha presentado severas dificultades como que el grupo resulte superior al previsto en la sentencia, que un Juez haya olvidado establecer el monto para los miembros del grupo que pueden presentarse dentro de los 20 días siguiente a la publicación, la existencia de imprecisiones sobre la identidad de los miembros del grupo e, incluso, el desplazamiento de parte de las actuaciones del Juez hacia el Fondo¹⁰⁰. El juez puede revisar por una sola vez la

⁹⁹ Artículo 34 de la ley 472 de 1998. Para la liquidación remite al régimen previsto por el Código de Procedimiento Civil (la concreción del monto de la condena se hace mediante un incidente, reglamentado por el artículo 307 de la misma codificación).

¹⁰⁰ El relator colombiano cita un interesante caso de jurisprudencia, en el que se condenó al Ministerio de Defensa a indemnizar a los habitantes de un municipio por el desplazamiento forzado del que habían sido objeto por acción de un grupo ilegal. La falta de identidad concreta de las personas beneficiadas por el fallo determinó que el Consejo de Estado resolviera que

distribución de la condena, en caso de que se presentaran más personas que las estimadas. En caso de que se presentara una cantidad menor, debe restituirse el excedente. Pese a ello, en la práctica, señala el relator nacional que los jueces se han resistido a pronunciarse luego de dictada la sentencia, y en el caso de presentarse un mayor número de personas a las estimadas en el fallo, han considerado que tal cuestión corresponde al Fondo y el juez pierde competencia.

En Chile, los relatores nacionales informan el procedimiento regulado para la ejecución de la sentencia, que parte de la publicación del fallo¹⁰¹. Una vez efectuadas las publicaciones comienza a correr un plazo de 90 días dentro del cual los interesados - por sí o representados – pueden comparecer y acreditar su condición de miembros del grupo afectado. Una vez vencido el plazo aludido se confiere un traslado por un plazo de 10 días, extensible por resolución fundada, a los efectos de que se conteste las alegaciones de quienes pretenden la calidad de miembros del grupo. Cabe la posibilidad de que se abra un proceso de conocimiento, con prueba, tomándose para ello la estructura del proceso incidental. El incidente puede ser susceptible de los recursos ordinarios y es competente, tanto para su dilucidación así como para la ejecución del fallo, el tribunal que entendió en primera instancia en la demanda colectiva¹⁰².

Como interesante norma de constricción, la solución chilena impone al demandado efectuar las reparaciones o consignar el monto íntegro de las indemnizaciones en el plazo de 30 días corridos, contados desde aquél en que se haya fallado el incidente recién aludido. Asimismo vale destacar la ponderación de la ley chilena en cuanto prevé la posibilidad de que el Juez establezca

sería el Fondo el encargado de determinar exactamente a los integrantes de ese grupo de personas que habían sido desplazadas, trasladándose de este modo al órgano administrativo actividad probatoria.

¹⁰¹ Rige en Chile un sistema de publicación de la sentencia condenatoria en los diarios que el Juez actuante determine (por lo menos dos publicaciones en oportunidades diferentes, con un intervalo de entre tres y cinco días). Informan los relatores chilenos que, en caso de tratarse de pequeños grupos, el magistrado puede establecer un sistema diferente e igualmente fehaciente de notificación a todos los integrantes y que los requisitos del contenido del edicto respectivo también están previstos en el artículo 54 A de la Ley.

¹⁰² Como una solución propia de las circunstancias de Chile ante las dificultades sísmicas, explican los relatores nacionales que por Ley 20.443 de 2010, se adaptó el proceso de las demandas colectivas a los juicios por daños y perjuicios en la calidad de las construcciones. Dada la especial naturaleza de esta pretensión, al procedimiento general previsto por la Ley 19.496, se agregan las siguientes particularidades: a) el número de afectados no puede ser inferior a 6 propietarios; b) cabe la extensión a la solicitud de daños como ser lucro cesante y daño moral c) la sentencia afecta a todos los sujetos de una misma clase “del mismo interés colectivo”.

mecanismos alternativos al pago contado de las indemnizaciones cuando el mismo pueda afectar la solvencia del condenado de manera drástica¹⁰³.

Si la sentencia no es cumplida por el demandado, “la ejecución se efectuará a través del procurador común en un único procedimiento, por el monto global de las indemnizaciones o reparaciones o por el saldo total insoluto, efectuándose el pago a los interesados a prorrata de sus derechos declarados en la sentencia definitiva”.

En EE.UU., en cuanto al contenido de las sentencias que acogen la pretensión, podemos distinguir—siguiendo a GIDI¹⁰⁴— dos tipos de *class actions*: aquellas de naturaleza indemnizatoria (“damages”, generalmente dentro del tipo (b)(3) y, por otra parte, las meramente declarativas (“declaratory relief”) o que imponen al demandado una prestación de hacer (“injunctive relief”).

Tanto en caso de sentencia indemnizatoria o acuerdo indemnizatorio verificado entre las partes, se procede a la formación de un fondo común (“Common Fund”) del que se reparten las sumas por los daños reconocidos en la sentencia o acordados a los miembros del grupo (que no hubieren ejercido el derecho de auto exclusión – “opt out”). GIDI¹⁰⁵ define al “Common Fund” como “un fondo de dinero, perteneciente al grupo, producido con la condena al demandado o en acuerdo realizado en una acción colectiva”. De ese fondo se pagan primero gastos judiciales de la acción, honorarios de abogados y finalmente se distribuye el resultado entre los miembros del grupo¹⁰⁶.

Como lo destaca VERBIC¹⁰⁷, resulta interesante la técnica creada por las cortes estadounidenses para implementar aquellas decisiones orientadas a imponer la modificación de la estructura u organización de entidades y organismos de distinto tipo conocidas como “structural injunctions” o “institutional decrees”. Debido a que tales proveimientos imponen al obligado el cumplimiento de prestaciones

¹⁰³ Señalan los relatores chilenos: “Si a juicio del tribunal el pago de estos montos globales produce en el demandado un detrimento patrimonial significativo, de modo que pueda estimarse que quedará próximo a la insolvencia, el juez podrá establecer un programa mensual de pago de indemnizaciones completas para cada demandante o bien determinar una forma de cumplimiento alternativo del pago, pudiendo exigir alguna forma de fianza u otra caución si la situación económica del demandado así lo permite.”

¹⁰⁴ GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, p. 362.

¹⁰⁵ GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, p. 468.

¹⁰⁶ Señala GIDI que para los casos de las acciones en que se pretende la condena a una prestación de hacer (“injunctions”) o declaratorias, no se prevé la generación de un fondo común en dinero del que puedan ser retirados gastos del proceso y honorarios de abogados (GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, p. 373).

¹⁰⁷ VERBIC, *Procesos Colectivos*, *Op. cit.*, pp. 361-262.

complejas, diversificadas y prolongadas, el tribunal que las dicta confía la misión de gestionar la ejecución específica de la decisión a comités colegiales o a colaboradores del tribunal designados ad hoc (“master”, “receiver” o “administrator”) que, bajo la dirección del tribunal, elaboran programas de actividades para lograr el objetivo perseguido, pudiendo controlar la actividad del obligado o incluso actuar en su lugar si es posible. También resulta de interés destacar la modalidad de liquidación y pago que presentan los “coupon settlements”: acuerdos para que el demandado indemnice total o parcialmente al grupo mediante descuentos en la venta de sus mercaderías o equipamientos de su fabricación (estos acuerdos reciben también el nombre de “in kind settlements”)¹⁰⁸.

En Perú si bien no existe una regulación general referida a la ejecución de sentencias recaídas en procesos sobre derechos colectivos (aplicándose por ende las normas procesales de alcance general), sí cuentan con una disposición expresa en el ámbito de los intereses colectivos de los consumidores. Señala el relator peruano que el Código de Protección y Defensa del Consumidor prevé en el art. 131 que consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, ésta es cobrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (Indecopi). Este organismo prorratea su monto entre los consumidores que se apersonen ante él y que acrediten ser titulares del derecho discutido en el proceso. Luego de transcurrido un año desde que este instituto cobra la indemnización, el saldo se destina a un fondo especial para financiar y difundir los derechos de los consumidores, información relevante para los mismos y al sistema de patrocinio de intereses de los consumidores.

5.3.2 Países que no cuentan con regulación específica sobre liquidación y ejecución de la sentencia en procesos colectivos

En este grupo pueden reunirse aquellos países de América que teniendo o no regulaciones sobre algunos aspectos de los procesos colectivos, carecen de disposiciones específicas sobre la liquidación y ejecución de sentencias dictadas en este tipo de procesos. Los relatores de Bolivia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Uruguay y Venezuela, manifiestan que en sus países no existe normativa específica sobre liquidación y ejecución de las sentencias dictadas en procesos colectivos, por lo cual suelen aplicarse las normas comunes de liquidación y ejecución de sentencias¹⁰⁹.

¹⁰⁸ GIDI, *A class action*, *Op. cit.*, p. 470.

¹⁰⁹ En Bolivia son de aplicación de las normas generales sobre ejecución del Código de Procedimiento Civil pese a que no conciden con la liquidación y ejecución de sentencia

5.4 Principales tendencias, problemas y soluciones para la liquidación y ejecución de la sentencia en los procesos colectivos/*class actions* en América

De los relatos nacionales relevados pueden extraerse tendencias sobre liquidación y ejecución de sentencia colectivas, de las que surgen los problemas que requieren de nuestra búsqueda de soluciones:

- Los problemas sobre el proceso de ejecución en la Justicia Colectiva y sus posibles soluciones, guardan íntima vinculación con las posibilidades propias de la economía de cada país, así como con las pautas de la jurisprudencia en materia de montos de condenas pecuniarias, principalmente.
- La mayoría de los países de América no cuenta con regulación específica sobre el proceso de liquidación y ejecución en los procesos colectivos/*class actions*, debiendo recurrirse a la regulación general del proceso de liquidación y ejecución cuando el condenado no cumple voluntariamente con el fallo.

que postula el Código Modelo de Procesos Colectivos. En Ecuador ocurre lo mismo. En Guatemala se advierte que no se ha logrado la regulación de procesos colectivos */class actions* ni de manera ordinaria, ni constitucional. En Paraguay no existe regulación de esta clase de procedimientos y el relator nacional describe el régimen general vigente, que admite el dictado de una sentencia ilíquida en procesos individuales, que puede ser liquidada en otro proceso, y posteriormente la ejecución de la misma. En Uruguay se aplica el régimen general. Se cuestiona el relator uruguayo si es posible determinar el responsable al pago de la indemnización, en forma genérica, por categorías de damnificados y luego establecer por vía incidental liquidatoria, el quantum de los daños y la calidad de damnificado beneficiado por la condena (el ordenamiento uruguayo no prevé un régimen tarifado o forfaitaire de compensación y por ende, ésta debe cuantificarse caso a caso). Si bien comparte la doctrina uruguaya que, a falta de norma expresa, propone para tal hipótesis la tramitación de un nuevo proceso ordinario, estima que pueden existir casos en que la concepción del objeto del primer litigio y de la condena, tornen viable la determinación por vía incidental de la liquidación de la condena. En Venezuela se señala que la sentencia de mérito puede imponer órdenes de hacer, no hacer o indemnizar a la colectividad o a grupos dentro de ella, en la forma que ordene el juez, con señalamiento de cuáles instituciones sociales o públicas, o cuáles personas serán acreedores de la indemnización. Agrega que, no obstante ello, en la práctica, debido a que la Sala Constitucional resuelve los procesos colectivos o difusos, se ha impedido que asociaciones del interior o grupos de lesionados en sus derechos colectivos intenten procesos colectivos, por lo cual no existen decisiones de cómo debe liquidarse la sentencia. Destaca que la Sala Constitucional no ha establecido cuál es el órgano competente para la liquidación así como tampoco la forma de liquidar la sentencia ni en forma individual ni colectiva. Recordemos que Venezuela tiene la peculiaridad de que si bien no existe regulación legal detallada sobre sentencias colectivas, por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional provisionalmente ha fijado los procedimientos mediante los cuales se pueden tutelar intereses colectivos y difusos.

- Resulta evidente que en casi todos los países el régimen general de liquidación y ejecución no es eficiente para los procesos individuales; mucho menos lo es para los procesos colectivos, al no contemplar sus especialidades.
- Algunos países cuentan con normas que establecen un procedimiento especial de liquidación y ejecución de sentencias de los procesos colectivos/*class actions*, y, eventualmente, distinguen la ejecución de sentencias relativas a derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.
- Las sentencias pueden tener diversos contenidos (dar, hacer, no hacer) y, si bien desde el punto de vista teórico resultan más eficaces las condenas a hacer o no hacer, en muchos países de América la mayoría de los casos se resuelven mediante sentencias de condena pecuniarias.
- Se plantean dificultades a la hora de determinar el destino de las indemnizaciones provenientes de las condenas en los procesos colectivos, su distribución y eventual reserva para quienes se ven alcanzados por la sentencia o acuerdo.
- La creación, administración y funcionamiento de “fondos” u organismos recaudadores o administradores de las condenas se ha visto como una necesidad en nuestros países. Sin embargo, lograr su rol eficiente en el proceso de ejecución es también un problema que se presenta en varios casos. Algunos países cuentan con dichos “fondos” creados para administrar las indemnizaciones producto de procesos colectivos, pero los mismos suelen ser objeto de críticas y especulaciones¹¹⁰.
- Se destaca la necesidad de que los jueces utilicen medidas conminatorias eficaces para obtener el cumplimiento efectivo de la condena impuesta en la sentencia¹¹¹.

¹¹⁰ En cuanto a la finalidad que persiguen estos fondos, GOZAÍNI señala que es diversa, por cuanto pueden servir para pagar la recompensa al sujeto que llevó adelante la acción colectiva, para compensar los gastos de quienes no pueden acudir a la justicia por escasez de recursos, y también para que de allí salgan las sumas necesarias para resarcir a los interesados que se presentaron acreditando ser parte del grupo beneficiado con la sentencia. La creación de los fondos en definitiva busca la obtención de una base de dinero para ir solventando la deducción de acciones colectivas, permitiendo el acceso de todos los damnificados al sistema, independientemente de sus recursos, así como la financiación de investigaciones y programas educacionales tendientes a evitar la reiteración de la conducta ilícita causante del daño (GOZAÍNI, *Protección Procesal*, *Op. cit.*, p. 613).

¹¹¹ En Argentina, DE LOS SANTOS señala que la ejecución forzada de la sentencia colectiva es uno de los temas esenciales a tener en cuenta para la adecuada regulación de este tipo de procesos. El juez debe recurrir a la medida conminatoria más adecuada para obtener el cumplimiento “in natura” de la condena, el que debe preferirse a su reemplazo por una indemnización y sin perjuicio de corresponder esta última a favor de los individualmente afectados.

- El problema del tiempo en la ejecución suele ser un drama en los países iberoamericanos y probablemente para evitarlo, en Estados Unidos y Canadá la mayor parte de los asuntos termina en acuerdos¹¹².
- Suelen plantearse dificultades en la larga fase de ejecución de las sentencias en la asignación y división de las funciones y competencias del tribunal, el “fondo” y los órganos administrativos. Fundamentalmente cuando se trata de condenas de hacer o no hacer se vuelven difusos los límites entre la función jurisdiccional y la función administrativa al ejecutar los fallos¹¹³.
- Al momento de la compleja ejecución de la sentencia colectiva puede afectarse la división de poderes¹¹⁴.

Obviamente no se trata de las clásicas “astreintes” sino de la facultad del tribunal de disponer medidas eficaces (que representen un mal mayor que la condena pecuniaria o que persistir en la actitud contumaz) para obtener la prestación “in natura” de la condena o la ejecución del mandato incumplido “a costa del demandado”. A esos fines los jueces deben hacer pleno uso de las potestades judiciales inherentes a la “executio” como elemento de la jurisdicción. Algunos precedentes jurisprudenciales dan cuenta de las serias dificultades que ocasiona la ejecución de las condenas en materia de recomposición del medio ambiente dañado y que evidencian la necesidad de un mayor rigor en la ejecución forzada de los mandatos judiciales. Más aún, sería conveniente prever la posibilidad de modificar en la etapa de ejecución el modo de “recomposición” del medio ambiente, para adecuar la condena a las dificultades prácticas que plantea su concreción (DE LOS SANTOS, “Algunas pautas”. *Op. cit.*).

¹¹² Señala LORENZETTI que es inevitable un lapso prolongado en la ejecución, porque se trata de modificar situaciones que involucran instituciones, conductas, reglas, culturas, y su concreción lleva mucho tiempo. Existen procesos de cinco años y otros de veinte con numerosos pasos intermedios (LORENZETTI, *Justicia Colectiva, Op. cit.*, p. 185).

¹¹³ El tiempo es un factor de extraordinaria importancia para el tribunal y puede acarrear serios problemas. A medida que pasa el tiempo, se identifica la decisión judicial con la gestión administrativa, y los límites se vuelven difusos, con perjuicio para la división de poderes y la imagen del servicio de justicia. Puede ocurrir incluso que los problemas de gestión, que son propios del Poder Ejecutivo, terminen siendo imputados al tribunal. Señala LORENZETTI: “Los jueces no están en condiciones de gestionar, porque no tienen el tiempo ni poseen la información, recursos ni medios, y esto puede derivar en decisiones equivocadas. Cuando se interviene en un conflicto suele incrementarse la expectativa social de que se lo haga en todos los demás, lo cual es imposible. Puede ser factible llevar adelante un proceso colectivo, pero luego de unos meses, cuando se suman varios, la infraestructura del tribunal se satura. El funcionamiento propio de los tribunales colegiados puede agravar la cuestión, ya que podrían cambiar los jueces que lo integran o sus ideas, y consecuentemente las mayorías, volviéndose autocontradictorio. Por estas razones es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol” (LORENZETTI, *Justicia Colectiva, Op. cit.*, pp. 185-186).

¹¹⁴ Señala LORENZETTI: “El juez debe respetar los límites constitucionales de la división de funciones entre los distintos poderes y no puede avanzar más allá de afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado. Ello significa que la sentencia puede contener una formulación que diga: “hay que limpiar el río” y ordena presentar un plan;

- No está suficientemente analizada ni evaluada en la mayor parte de nuestros países, la creación de una “microinstitucionalidad” para implementar con suficientes garantías la ejecución del fallo¹¹⁵ ni las órdenes judiciales de organización para dicha implementación¹¹⁶. Ello podría ser de gran utilidad para lograr eficiencia en la ejecución.

Tampoco existen desarrollos en casi ninguno de los países de América en cuanto a la posible división de la ejecución por etapas cuando el objeto del litigio es demasiado amplio y/o la sentencia es comprensiva de situaciones diversas. Sería conveniente preverlo, al menos en relación a las sentencias que condenan a hacer y/o a no hacer¹¹⁷.

“hay que terminar con la emisión de gases contaminantes de los automotores” y ordena que se dispongan medidas. No dice cuál es el contenido del plan ni cuáles son las medidas, lo que está en el campo de la reserva de la Administración. Los jueces que han pasado esta frontera lo han hecho porque estaban convencidos de que la Administración no iba a cumplir lo ordenado. Pero si el problema consiste en controlar, el tribunal puede hacerlo sin necesidad de entrometerse en los detalles, ordenando la presentación de informes periódicos. La otra razón invocada es que no hay seguridad alguna de que la Administración esté en condiciones de aplicar las medidas correctas. Tampoco existen garantías de que los jueces estén en mejores condiciones que la Administración para desempeñar estas tareas, no sólo porque – como dijimos – carecen de medios, sino porque también pueden haber opiniones muy distintas dentro del ámbito de autonomía judicial” (LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, *Op. cit.*, p. 186).

¹¹⁵ Para solucionar el problema de las garantías de implementación, puede diseñarse una “microinstitucionalidad”, como lo propone LORENZETTI quien pone el ejemplo de la sentencia dictada por la Corte Suprema argentina en el caso del “Riachuelo”, donde se fijaron objetivos, se describieron etapas según las distintas fuentes de contaminación y los plazos para cumplir. Se designó a un encargado responsable de llevar adelante la ejecución del plan, que es un sector de la Administración. También se designaron encargados del control de cumplimiento que eran organizaciones no gubernamentales que participaron del proceso y un control de la transparencia financiera del plan, que es un ente público de auditoría. Señala el autor: “De este modo se creó una institución dedicada al cumplimiento del objetivo que actúa de modo autónomo, aunque bajo la supervisión lejana del tribunal. Este mecanismo permite que los diversos centros de interés interactúen de modo rápido, flexible, dinámico. Se incrementa la cantidad de información disponible al ser aportada por diversos grupos, se mejoran los procesos de toma de decisiones al existir un proceso de debate previo y se aumenta el control social sobre el ritmo de la ejecución y su sentido” (LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, *Op. cit.*, pp. 186-187).

¹¹⁶ En muchos casos es necesario evaluar si el Juez puede hacer uso de facultades de superintendencia y otras medidas como las delegación de la ejecución en terceros porque una o más etapas exceden las posibilidades del tribunal, o la división de la ejecución por etapas cuando el objeto del litigio es demasiado amplio y la sentencia es comprensiva de situaciones diversas y la aplicación de sanciones al funcionario público cuando se delega en la Administración la ejecución de un determinado mandato (Cfr. LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, *Op. cit.*, pp. 187-188).

¹¹⁷ Así, en algunos casos se ha señalado que no hay una sola sentencia sino varias, que configuran un proceso adaptativo de aproximación a la solución definitiva. LORENZETTI pone

CONCLUSIONES¹¹⁸

1. El panorama legislativo sobre los procesos colectivos es heterogéneo en América: son pocos los países que han desarrollado un sistema jurídico integral sobre procesos colectivos, varios países carecen de regulación sobre acuerdos colectivos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de la sentencia y, otros, presentan legislación dispersa, asistemática e incompleta al respecto.
2. En términos generales, los procesos colectivos en los países americanos del *civil law* no alcanzaron aún el estado de evolución de las *class actions* norteamericanas. Sin embargo, se mantiene la tendencia en el sentido de que cada vez más países van creando o proyectando sistemas de procesos colectivos.
3. Los países de América que han adoptado regulaciones sobre procesos colectivos en los temas analizados en este informe, suelen estar inspirados en los sistemas norteamericano, brasileño y/o en la codificación modelo para Iberoamérica.
4. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica cobra paulatinamente mayor difusión y, gradualmente, se percibe una tendencia a adoptar al menos algunas de sus soluciones en los países americanos del *civil law*.

el siguiente ejemplo: se condena a la ejecución de un plan para limpiar un río, pero luego se deben dictar varias decisiones sobre aspectos concretos del plan y su implementación hasta que se logra una definición razonable (sentencia “Mendoza”, CSJN argentina) o se ordena terminar con la discriminación en las escuelas, pero luego es necesario dictar otras sentencias aclaratorias y ejecutorias (caso “Brown” y siguientes de la SC de Estados Unidos). La sentencia declarativa es la que refiere al conflicto inicial conforme surge de la relación jurídico-procesal, y suele provocar una “ruptura”, un “cambio de concepción” (declarar que no debe haber más discriminación en las escuelas, que se debe terminar con la contaminación del aire en Nueva Delhi o que se debe limpiar un río es un cambio respecto de una situación preexistente y consolidada). Es característico de estas sentencias una declaración de principios y una condena general, que producen un alto impacto mediático y social, dada la importancia del bien afectado (cuando no es indemnizatoria o no es solo indemnizatoria, la sentencia puede contener exhortaciones, mandatos de innovar y/o de no innovar, mandatos dirigidos a la administración y/o al Congreso, etc.). En cambio, la ejecución normalmente importa numerosas etapas en las que se producen discusiones y precisiones. La primera sentencia da el marco general y las posteriores van ejecutando. Señala LORENZETTI que la primera produce cosa juzgada y las segundas son provisionales, porque las medidas que se dictan son, generalmente, temporales y adaptativas, y una medida posterior puede dejar sin efecto la anterior (LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, *Op. cit.*, p. 178).

¹¹⁸ Hemos tomado como punto de partida las conclusiones que en 2007 relevaba sobre algunos de estos temas PELLEGRINI GRINOVER, A., *Novas tendencias*, *Op. cit.*, en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Salvador, Bahía, 2007.

5. A medida que se profundiza en el análisis de las complejidades de los procesos colectivos, se vislumbra con mayor claridad la necesidad imperiosa de proponer regulaciones legislativas simples y sencillas en los temas objeto de este informe. La experiencia de sistemas con excesiva y complejísima regulación y diversificación de situaciones que provocan distorsiones jurisprudenciales, puede desalentar la consideración por algunos países de posibles regulaciones o, peor aún, visualizar a los procesos colectivos como laberintos de los que difícilmente el grupo o la clase que plantee pretensiones fundadas y/o el Estado, salgan razonablemente satisfechos.
6. La forma de regular los procesos colectivos presenta elevado grado de complejidad y sofisticación y en su debate suelen involucrarse intereses contrapuestos de sectores poderosos de la sociedad (grandes empresas, organizaciones ambientalistas o de consumidores, el Estado, etc.). Ello dificulta la comprensión del tema y el análisis objetivo de sus aristas por parte de los operadores jurídicos no especializados, legisladores y sociedad civil y, por tanto, suele ser mirado con cierto recelo por los políticos, diseñadores e implementadores de políticas públicas.
7. Se percibe que en América existen dificultades en varios países para adoptar un marco regulatorio general y completo sobre procesos colectivos, además de existir opiniones encontradas sobre si ello constituye la mejor solución.
8. Ante la aprobación en muchos países de marcos legales sustantivos que habilitan e impulsan procesos colectivos (en materia medioambiental, de consumidores, etc.) y/o ante el planteo de demandas colectivas que ponen a prueba el sistema judicial, se hace patente la necesidad de regulaciones procesales de la Justicia Colectiva.
9. Existe en América consenso acerca de que los institutos y criterios tradicionales acerca de los acuerdos, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de las sentencias, no son ni suficientes ni adecuados para los procesos colectivos.
10. En el diseño de las mejores soluciones para cada país sobre acuerdos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de sentencias, es fundamental considerar la realidad de cada nación y promover los instrumentos que permitan prevenir el fraude, la colusión y otras formas espurias de utilizar los mecanismos procesales.
11. Los países del *civil law* y del *common law* presentan técnicas diferenciadas e institutos propios sobre acuerdos colectivos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de la sentencia, conforme a los principios que rigen sus sistemas procesales. Sin embargo, es interesante notar como en algunos países,

fundamentalmente en la regulación de la cosa juzgada, se ha verificado una influencia mixta del sistema norteamericano y del brasileño, operando así una suerte de “mestizaje” de las bases lógicas y estructurales de los sistemas del *common law* y del *civil law*, lo que puede resultar innovador y positivo para el continente.

12. La determinación del alcance de los acuerdos colectivos y los recaudos que debe controlar el juez, está íntimamente ligada con definiciones de políticas públicas en materia de disponibilidad o indisponibilidad de los derechos y con las fortalezas, debilidades y rol de los jueces. Se destacan dos grandes sistemas: el que limita la posibilidad de celebrar acuerdos colectivos (sin perjuicio de “compromisos de ajuste de conducta” como sucede en Brasil o “pactos de cumplimiento” en Colombia) y el que admite ampliamente los acuerdos asignándole un rol preponderante al juez en el estricto contralor de los requisitos necesarios para su aprobación, confiriéndole a quien no desea quedar alcanzado por el mismo el derecho de autoexclusión (como sucede en Estados Unidos y Canadá).
13. En cuanto al alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos, se presenta un panorama muy variado en América. Los países que lo regulan, le confieren alcance general a la sentencia, considerando alguna de las tres principales soluciones: a) efecto obligatorio general de la sentencia sea a favor o en contra de los actores (previéndose generalmente instancias de publicidad y “opt out”; b) efecto obligatorio general de la sentencia tan solo si los actores triunfan (“*secundum eventum litis*”); y c) efecto obligatorio general de la sentencia, salvo si fuere absoluta por ausencia de prueba (“*secundum eventum probationem*”). Algunos de los países que regulan la cuestión han adoptado exclusivamente uno de los referidos sistemas y otros utilizan fórmulas mixtas o diferenciadas según la materia sustantiva (derechos el consumidor, medio ambiente, etc.).
14. En materia de alcance de la cosa juzgada se valoran como positivos tanto el mecanismo del “opt out” de los sistemas norteamericano y canadiense, como el de la cosa juzgada “*secundum eventum probationem*” de Brasil, seguido por la codificación modelo y varios países.
15. En materia de cosa juzgada en derechos individuales homogéneos, que más excepcionalmente aparecen regulados en los países de América, se adopta la cosa juzgada “*secundum eventum litis*” (solo favorece pero no perjudica las pretensiones individuales, por lo cual la sentencia colectiva desestimatoria no impedirá que los perjudicados ejerzan una acción individual reparatoria).

16. En algunos casos se prevé que la eficacia de la sentencia favorable respecto de derechos difusos y colectivos pueda ser aprovechada en el proceso individual posterior en el que se reclame una indemnización.
17. El contenido de las sentencias de los procesos colectivos/*class actions* puede ser meramente declarativo, condenar a dar, hacer y/o a no hacer o indemnizatorio.
18. La mayoría de los países de América no cuenta con regulación específica sobre el proceso de liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/*class actions*, debiendo recurrirse a las normas generales clásicas del proceso de liquidación y/o ejecución cuando el condenado no cumple voluntariamente con el fallo, lo cual es inadecuado e ineficiente.
19. Es imprescindible profundizar en la búsqueda de instrumentos idóneos para lograr en tiempos razonables la eventual liquidación de la sentencia y, fundamentalmente, su ejecución, mediante la regulación de fondos adecuados, ordenación de intervenciones, conminaciones, rendición de cuentas al juez del avance en el cumplimiento del fallo, y en casos muy complejos hasta la creación de una “microinstitucionalidad” para implementar los diversos aspectos de la sentencia, debiendo prestarse especial atención a no vulnerar la separación de poderes.
20. Finalmente, si bien queda mucho por hacer y el panorama es muy diverso entre nuestros países, se percibe en América una clara evolución en materia de procesos colectivos. Algunos han aprobado leyes nuevas, otros han perfeccionado sus sistemas y en aquellos países que carecen de regulación o la misma es muy incipiente, se comienzan a oír con más fuerza las voces de doctrina y jurisprudencia acerca de la necesidad de encontrar soluciones legales adecuadas para la Justicia Colectiva. La larga lucha de nuestros maestros comenzó a dar sus primeros frutos, pero queda mucha tarea por delante aún.

REFERENCIAS

COUTURE, E., “Las garantías constitucionales en el proceso civil”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1948, p. 89.

GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, São Paulo, 2007, pp. 271 y ss.

_____, “Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de Derecho Civil” *Procesos Colectivos*, p. 472.

GIANNINI, L., “La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas”, *Procesos Colectivos*, pp. 185-188.

LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., “Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay”, Roma, 2002 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 1/2002

LORENZETTI, R., *Justicia Colectiva*, Buenos Aires, 2010, pp. 281-282.

MORELLO, A. y CAFFERATTA, N., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Santa Fe, 2004, p. 10.

ORTELLS, M., “El Proceso de Ejecución en la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000 y en el Código Modelo. ¿Qué deberíamos modificar?”, *Modernización de la Justicia Civil*, con PEREIRA CAMPOS, S., Montevideo, 2011, pp. 885 y ss.

OTEIZA, E., “Prólogo” a VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, 2007, p. VII.

PELLEGRINI GRINOVER, A., Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas - Civil Law, Relato general al XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Salvador, Bahia, 2007.

PEREIRA CAMPOS, S., “Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 2/2000.

_____, “Los procesos colectivos - Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, Roma, 2004.

_____, “Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada”, *Estudios de Derecho Procesal en homenaje al Prof. Dr. Enrique Vescovi*, Montevideo, 2000.

VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S., *Código General del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado*, tomo 6, Montevideo, 2000, comentario al art. 220.