



# EL DERECHO

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

## Las acciones "de clase" (\*) en los procesos concursales

por MIGUEL EDUARDO RUBÍN

**Sumario:** 1. LA LEGITIMACIÓN EN LOS PROCESOS COLECTIVOS CONTEMPORÁNEOS. – 2. A NUEVAS SOLUCIONES, NUEVOS PROBLEMAS. – 3. ANALIZANDO LA REGLA 23 DESDE LA PERSPECTIVA ARGENTINA. – 4. LA CUESTIÓN EN NUESTRO DERECHO. – 5. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROCESOS COLECTIVOS. – 6. ACCIONES DE CLASE EN LOS PROCESOS CONCURSALES EN EL DERECHO COMPARADO. – 7. EL DERECHO CONCURSAL ARGENTINO. LA LEGITIMACIÓN COLECTIVA EN LA VERIFICACIÓN DE CRÉDITOS "DE CLASE". – 8. LA AUSENCIA DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL ADECUADO Y JUSTO PARA ESTE TIPO DE ACCIONES. – 9. PROPUESTAS DE REFORMAS A LA LEY DE CONCURSOS Y QUIEBRAS PARA REGULAR LOS CASOS DE ACCIONES DE CLASE.

### 1 La legitimación en los procesos colectivos contemporáneos

En todo sistema legal los derechos son reconocidos a los individuos.

Con ánimo de simplificar podemos afirmar que, para hacer valer esos derechos frente a terceros, tales individuos cuentan con acciones, tanto judiciales como extrajudiciales (como las del arbitraje).

Cada individuo tiene la atribución de ejercer o no las acciones que el derecho pone a su disposición; y, en caso de esgrimirlos, puede hacerlo como le plazca, siempre que, con ello, no dañe ilegítimamente a los demás<sup>(1)</sup>.

Sin embargo, hay situaciones en las cuales las acciones son juzgadas sin tener en cuenta solo el interés particular del titular del derecho. Me refiero a los procesos que tienen pluralidad de sujetos como demandantes o demandados, generalmente conocidos como *procesos colectivos*<sup>(2)</sup>.

Cuando se da esa multiplicidad de sujetos titulares de una misma o análoga pretensión el régimen legal los hace transitar un procedimiento común, el que culmina en una

única sentencia, con efectos (positivos o negativos) para todos ellos<sup>(3)</sup>.

Tal unificación debería tener lugar, sobre todo, para evitar que, respecto de un mismo conflicto, haya dos o más litigios que desemboquen en decisiones contradictorias; es decir, que en uno de ellos la acción prospere y en el otro no; o que en uno se admita lo que en el otro se rechaza<sup>(4)</sup>.

Así ocurre, por lo menos desde el derecho romano, con los casos de condominio<sup>(5)</sup>.

\*\*\*

En los Estados Unidos las acciones colectivas encuentran sus orígenes en los primeros tiempos del *common law*<sup>(6)</sup>. Sin embargo, alcanzaron sus perfiles actuales recién a fines de la década del sesenta, cuando nació el fenómeno de los *daños masivos* (*mass torts*)<sup>(7)</sup>, concepto que, llamativamente, nunca fue definido por las leyes de la materia<sup>(8)</sup>.

(3) LORENZETTI, RICARDO L., *Justicia colectiva*, 1° ed., Rubinzal-Culzoni, pág. 11.

(4) GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., *Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?*, LL, 2009-B-186; FEIJÓO, RAÚL - MONTIEL, GIACOMO - IÑIGUEZ, EDUARDO - MAYOR, RENZO, *En búsqueda de una regulación: apuntes sobre los alcances subjetivos de la cosa juzgada en procesos colectivos*, en <https://works.bepress.com/eduardo-iiguezortiz/17/>.

(5) ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, ANTONIO, *Derecho privado romano*, Ediciones del Genal, pág. 135.

(6) JUNYENT BAS, FRANCISCO - GARZINO, MARÍA C., *Apostillas en torno a los procesos colectivos a propósito de las condiciones de ejercicio de la acción colectiva*, Revista de la Facultad, vol. III, n° 2, Nueva Serie II, 2012, pág. 67.

(7) Si bien se han ensayado diversas clasificaciones, usualmente se dice que hay tres tipos de *mass torts*: a) los daños masivos causados por un solo hecho dañoso que afecta a muchas personas; por ejemplo, un choque de trenes; b) los daños tóxicos masivos o ambientales, que generalmente son ocasionados por la liberación de materiales contaminados en el medio ambiente y afectan la salud pública; y c) los productos defectuosos (como los neumáticos o los implantes mamarios) (MCGOVERN, FRANCIS E., *An Analysis of Mass Torts for Judges*, Texas Law Review, n° 73, pág. 1825).

Es así como, por ejemplo, han incoado acciones de esta índole los damnificados por ciertos fármacos, o por los cigarrillos de tabaco o por el mero hecho de haber estado en contacto con cosas fabricadas con amianto (asbestosis).

Sin embargo, también deberían incluirse en este género las causas judiciales motivadas por prácticas abusivas generalizadas, como las que realizan algunos bancos, compañías de tarjetas de crédito o de seguros (débitos injustificados, etc.), por el precio o la calidad de los servicios públicos, y hasta por cuestiones impositivas (DOBROVITZKY, LEILA, *Acción y clase, y su aplicación al derecho tributario argentino*, Impuestos, 2011-1, pág. 47).

En estos tiempos aparecieron demandas colectivas sobre cuestiones ciertamente novedosas, como la juzgada por la Corte Suprema de Canadá contra Facebook por supuestas violaciones a la privacidad (fallo del 23-6-17, en <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/16700/index.do>).

También en Canadá (más precisamente en Ontario) los inversores en una compañía (Allied Nevada Gold Corporation) que explotaba una mina de oro y plata a cielo abierto en Nevada (Estados Unidos) dedujeron una acción de clase contra los directivos de esa firma por los daños provocados por la información falsa que les había sido remitida ([https://www.westlawnextcanada.com/DynamicData/AttachedDocs/Litigator/kimorr\\_sample.pdf](https://www.westlawnextcanada.com/DynamicData/AttachedDocs/Litigator/kimorr_sample.pdf)).

(8) Ello, lejos de ser considerado un inconveniente, es visto como una ventaja, pues permite incluir un número creciente de conflictos (NEHME, MARINA, *Unascertained Future Claims: Current Issues and Future Reforms*, Insolvency Law Journal, n° 17, 2009, pág. 7, en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2347857](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2347857)).

## NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

### Análisis doctrinarios, comentarios y apostillas

Varios factores contribuyeron a que aparezca este instituto y que crezca constantemente<sup>(9)</sup>. En primer lugar, la producción y comercialización de bienes y servicios a gran escala.

En segundo lugar, el progreso de la ciencia, que permite descubrir las causas de los daños ocasionados por tales bienes o servicios.

Y, en tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, la aparición de una nueva forma de litigar que permite que reclamos individuales (en ocasiones de poca importancia económica) de múltiples personas puedan canalizarse en un proceso único, repartiendo sus costos (en ocasiones, muy elevados).

De ese modo son vehiculizados litigios que, en la mayoría de los casos, no se promoverían singularmente<sup>(10)</sup>.

Por eso hoy en día se sostiene que esta vía tiende a disminuir las asimetrías (en términos de poder económico) entre las partes<sup>(11)</sup>.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, lo más significativo que este fenómeno trajo aparejado es una nueva modalidad de legitimación procesal<sup>(12)</sup>, la que habilita a una o más personas, al obrar singularmente o como institución, a actuar por otras personas que tienen intereses comunes; personas que, en ocasiones, ni siquiera son conocidas personalmente por sus representantes.

Otra novedad relevante que vino de la mano de lo anterior tiene que ver con el efecto que ocasiona la sentencia (condenatoria o exculpatoria) dictada en el proceso colectivo: puede beneficiar o afectar a un conjunto de personas, aunque no hayan participado del proceso<sup>(13)</sup>.

Todo ello, naturalmente, tuvo una gran repercusión en el ejercicio de la abogacía<sup>(14)</sup>.

### 2 A nuevas soluciones, nuevos problemas

Los procesos colectivos pueden ser fuente de conflictos cada vez más complejos, sea de los integrantes de la

(9) Acerca del efecto de la economía en la administración de justicia en estos casos: COOTER, ROBERT - ULEN, THOMAS, *Derecho y economía*, Fondo de Cultura Económica, pág. 19.

(10) MAURINO, GUSTAVO - NINO, EZEQUIEL - SIGAL, MARTÍN, *Las acciones colectivas*, LexisNexis, pág. 187; MURO, SERGIO A., *Future Claims in Bankruptcy: A Utility Driven Marriage*, *Indret* 2/2006, en [http://www.indret.com/pdf/348\\_en.pdf](http://www.indret.com/pdf/348_en.pdf).

(11) *Locating Investment Asymmetries and Optimal Deterrence in the Mass Tort Class Action* (nota del editor), *Harvard Law Review*, vol. 117, n° 8, junio/2004, pág. 266; ROSENBERG, DAVID, *Mass Tort Class Actions: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, *Harvard Journal on Legislation*, n° 37, 2000, pág. 397.

En nuestro medio: PRATTO, OSVALDO A., *Acciones de clase vs. asociaciones de consumidores*, LL, 2008-A-867; SARAVIA FRÍAS, BERNARDO - PERES, LUCAS, *Acciones de clase*, LL, 2007-E-1097.

(12) VARGAS, ABRAHAM L., *La legitimación activa en los procesos colectivos*, en *Procesos colectivos*, Eduardo Oteiza (coord.), Rubinzal-Culzoni, pág. 215.

(13) RIVAS, ADOLFO A., *Derechos subjetivos, intereses difusos y acción popular*, ED, 135-861.

(14) MOORE, NANCY J., *Choice of Law for Professional Responsibility. Issues in Aggregate Litigation*, *Roger Williams University Law Review*, vol. 14, 2009, pág. 73, en [https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1414&context=rwu\\_LR](https://docs.rwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1414&context=rwu_LR).

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Procesos colectivos y acciones de clase. Diagnóstico y propuestas para una adecuada regulación*, por MARÍA ELENA CASASNOVAS, ED, 225-783; *Acciones de clase: análisis de los proyectos de ley en el Congreso de la Nación de la República Argentina*, por NICOLÁS DANIEL VERGARA, EDLA, 2012-A-1167; *La acción de amparo y la acción de clase. Hacia los requisitos que regulen la acción de clase y la protección del medio ambiente*, por PABLO NICOLÁS SALMIERI DELGUE, EDPE, 07/2016-5; *La delimitación de la clase en los procesos colectivos*, por FRANCISCO BUENAVENTURA, EDA, 2016-597; *Proceso colectivo: concepto, elementos y procedimiento*, por NICOLÁS IGNACIO MANTEROLA, ED, 278-530. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(\*) Empleo las denominaciones acciones de clase o acciones colectivas con cierta amplitud, aunque soy consciente de que hay matices dentro de este concepto que, según como se mire, pueden hacer que la relación género/especie se invierta. Así lo entiende LUCHINSKY, MATÍAS F., *¿Class actions o acciones colectivas?: acciones de consumidores*, LLBA, julio 2010, pág. 645.

(1) ANTORAZ, SOLEDAD, *El abuso procesal y el principio de moralidad. Recapitulación doctrinaria, jurisprudencial y normativa*, JA, número especial, 2010-II, fasc. 13.

(2) Para una aproximación conceptual a la noción de procesos colectivos: FALCÓN, ENRIQUE M., *Una definición de los procesos colectivos*, *Revista de Derecho Procesal*, t. 2, 2011, fascículo dedicado a los "Procesos colectivos", pág. 17; del mismo autor: *Principios procesales del proceso colectivo*, MJD5139.

## CONTENIDO

### DOCTRINA

Las acciones "de clase" en los procesos concursales, por Miguel Eduardo Rubín (Continuará en el próximo diario del 25 de abril de 2019)..... 1

agrupación de demandantes entre sí, sea entre ellos y sus representantes (abogados o no)<sup>(15)</sup>, sea con los terceros<sup>(16)</sup>.

En ello tiene gran influencia la extensión que se le dé al sistema legal: si las normas que regulan el instituto son muy flexibles, abren el cauce a la litigiosidad sin sentido o, peor, a los pleitos con fines aviesos. Si son muy restrictivas, pueden terminar ahogando un remedio contra vastas situaciones injustas que afectan a toda la comunidad o a una parte significativa de ella. Encontrar el justo medio aristotélico en esta materia constituye la mayor dificultad que se presenta en todo el mundo<sup>(17)</sup>.

\*\*\*

¿Cómo comprueba el juez que quien se declara representante de la comunidad de afectados realmente lo es si no cuenta con un instrumento que haga las veces de mandato? Para tener una dimensión del problema basta recordar que en el caso “Walmart” (la acción de este tipo más numerosa de la historia judicial norteamericana) la clase estaba integrada por más de un millón quinientos mil demandantes<sup>(18)</sup>.

En el derecho comparado (sobre todo en los Estados Unidos, Canadá, el Reino Unido y Australia, donde hay una considerable experiencia en este instituto<sup>(19)</sup>), en general se exige el cumplimiento de dos condiciones: a) que el pretense representante demuestre que se ha organizado de buena fe y que cuenta con una organización suficiente como para encarar los pleitos de esa índole; b) que a través de los medios masivos de comunicación se invite a los posibles interesados a unirse al emprendimiento judicial<sup>(20)</sup> explicando los lineamientos básicos de la demanda que se intenta promover<sup>(21)</sup>.

\*\*\*

Cuáles son los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda a entablar, cuáles son las pruebas disponibles, quiénes serán los profesionales que tendrán a su cargo las distintas fases de la labor, qué posibilidades de éxito se le asigna al emprendimiento judicial. Todo ello es fundamental que sea puesto a disposición de los posibles interesados en litigar colectivamente<sup>(22)</sup>.

(15) Es lo que ocurre, por ejemplo, si la acción colectiva es ejercida negligentemente o con dolo y ello perjudica a uno o más demandantes.

(16) OSORIO BAUTISTA, SERAFÍN, *Acción colectiva y conflicto de intereses: el caso de la comunidad campesina de Catac*, *Anthropologica*, vol. 31, n° 31, diciembre/2013, en [http://dev.scielo.org/pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0254-92122013000100003&lng=pt&nrm=iso](http://dev.scielo.org/pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0254-92122013000100003&lng=pt&nrm=iso).

(17) MCCLELLAN, FRANK M., *The Vioxx Litigation: A Critical Look at Trial Tactics, the Tort System, and the Role of Lawyers in Mass Tort Litigation*, *DePaul Law Review*, vol. 57, n° 509, 2008, en <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol57/iss2/14>; VÁZQUEZ, MARÍA G., *La tendencia actual a ampliar la legitimación activa: sus riesgos*, *JA*, 2006-II-817, *Lexis* N° 0003/012533.

(18) SHINA, FERNANDO, *Las acciones de clase en el derecho comparado. Un caso reciente que hizo temblar las góndolas de un gigante: “Dukes vs. Walmart”*, *MJD5481*.

El fallo completo, en español, puede leerse en <https://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/usWalMart.html>.

Evaluando las consecuencias de la decisión de la Corte Suprema federal en este caso: LAMM, KATHERINE E., *Work in Progress: Civil Rights Class Actions After Wal-Mart v. Dukes*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 50, pág. 154, en <http://harvardcrlr.org/wp-content/uploads/2015/05/WorkInProgress.pdf>; BONE, ROBERT G., *Walking the Class Action Maze: Toward a More Functional Rule 23*, *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 46, 2013, pág. 1097, en <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=mjlr>.

Debo destacar que la Corte Suprema federal de los Estados Unidos constantemente se pronuncia acerca de los procesos de clase. El año pasado lo hizo en relación con la difícil situación de los nuevos juicios que se superponen con otros ya existentes sobre el mismo conflicto (11-6-18, “China Agritech, Inc. v. Resh. In.”). Al respecto véase: FREEMAN, WILSON C., *Class Actions are Back at the Supreme Court: Statutory Time Limits and “Serial Relitigation” of Class Certification*, en <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10095.pdf>. Y recientemente se pronunció sobre cuestiones procesales a través de la sentencia del 26-2-19 en “Nutraceutical Corp. v. Lambert”, n° 17-1094, en <https://www.employmentclassactionupdate.com/2019/02/u-s-supreme-court-holds-federal-rule-of-civil-procedure-23f-is-not-subject-to-equitable-tolling/>.

(19) VERGARA, NICOLÁS D., *Las acciones colectivas en el derecho comparado*, *EDA*, 2011-632.

(20) SWEENEY, JACQUELINE L., *The evolution of the class action lawsuit: the original intent of providing fairness and equity for all has yet to be achieved* (tesis), <https://preserve.lehigh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1827&context=etd>.

(21) En los Estados Unidos se espera que la *Fairness in Class Action Litigation and Furthering Asbestos Claim Transparency Act* (H.R. 985) (FICALA) contribuya a mejorar el sistema de divulgación. Dando una nueva vuelta de tuerca sobre esta cuestión, entre otras cosas, agrava los requisitos que un demandante debe cumplir para promover una demanda colectiva (LEWIS, KEVIN M., *Tort and Litigation Reform in the 115th Congress*, en <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10118.pdf>).

(22) Permanentemente se busca mejorar el sistema. Así, el 25 de febrero de 2019 el U.S. Chamber Institute for Legal Reform emitió un

Se advertirá que en ese trance se debe respetar un delicado equilibrio: si, por ejemplo, se publicara el texto completo de la demanda y las pruebas que se desea producir, tal información también llegaría al demandado; lo cual significaría, para este último, una ventaja fenomenal porque dispondría de un extenso plazo adicional al legal para armar su defensa.

\*\*\*

El buen comportamiento del representante colectivo no solo cuenta en la etapa preliminar del proceso. El tribunal puede detectar malos procedimientos suyos durante el curso del proceso. Veamos.

El representante colectivo, por filántropo que se proclame, tiene intereses propios, en general, legítimos. Es que contar con un equipo de profesionales calificados y formar una estructura adecuada, llevar a cabo las investigaciones preparatorias de la demanda y elaborarla usualmente cuesta mucho dinero.

Lo lógico sería que los usuarios, consumidores o quienes sean los beneficiarios finales del pleito colectivo contribuyan a solventar esos costos a medida que se ocasionan, casi siempre antes de promover la demanda. Empero ello no ocurre más que en raras ocasiones. Lo normal es que el representante colectivo afronte esas erogaciones, sea con recursos propios o de terceros, alternativa esta última a la que dedicaré un comentario más adelante.

De manera que nada tiene de pecaminoso que ese representante colectivo perciba algún porcentaje de los resultados positivos derivados de la sentencia de condena o del acuerdo transaccional u otro tipo de remuneración por su esfuerzo.

Empero, si bien es cierto que una ONG puede estar inspirada en los más nobles anhelos, también puede ocurrir que se forme para generar artificialmente litigios y, de ese modo, amenazar a ciertas empresas con demandarlas (con razón o sin ella) para sacar un ilegítimo provecho de ello. Esa finalidad es muy difícil de detectar en los primeros tiempos del litigio.

¿Dónde queda el límite que separa el legítimo interés de los demandantes colectivos de las razonables aspiraciones de sus representantes y profesionales contratados? ¿Qué puede hacer el juez cuando comprueba iniquidades?

Adviértase que el común de los demandantes representados colectivamente, salvo los pocos que tienen alguna actitud proactiva, generalmente se limita a adherir a la demanda y, al final del camino, si se triunfa, a cobrar lo suyo.

Esa circunstancia, sumada al hecho de que rara vez se instrumenta algún mecanismo de control efectivo de lo hecho por el legitimado colectivo, deja a los demandantes agrupados en una situación de desequilibrio respecto de su representante común, desequilibrio al que el derecho debe prestarle atención.

Ello se ve claramente en los casos en los cuales aparece la posibilidad de transar: el legitimado colectivo, para llegar al acuerdo, ¿cuánta reducción del crédito de sus representados puede aceptar? ¿Hasta dónde puede flexibilizar las condiciones de cobro de sus mandantes? ¿Qué ocurre cuando ese acuerdo (de manera ostensible o solapada) implica desmedidas ventajas para los representantes colectivos en comparación con lo que recibirán sus representados?

Para que esos representados puedan pedir información al respecto y, en su caso, objetar la fórmula del acuerdo o salirse de él ¿alcanza con que los términos de la propuesta sean divulgados por los medios de comunicación?

No hay una respuesta a esos interrogantes que sea validera para todos los casos. Por eso en la práctica forense norteamericana sobre estos supuestos hubo numerosos supuestos en los cuales los jueces, después de largas investigaciones, aunque hubiera acuerdo de partes, no los convalidaron. Es más, en muchas de esas hipótesis los magistrados forzaron mejoras sustanciales de las condiciones a favor de los beneficiarios colectivos<sup>(23)</sup>.

documento titulado *Containing the Contagion: Proposals to Reform the Broken Securities Class Action System*, que detalla las modificaciones que propone para mejorar el procedimiento de las acciones de clase. El texto puede ubicarse en [https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ContainingtheContagion\\_Paper\\_WEB\\_FINAL.pdf](https://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/ContainingtheContagion_Paper_WEB_FINAL.pdf).

(23) En un pleito colectivo contra las empresas de tarjetas de crédito Visa y Mastercard y los bancos que forman parte de esos sistemas, el Tribunal del Distrito Este de Nueva York, después de denegar varias mejoras que se habían propuesto, finalmente aceptó un acuerdo transaccional por el cual dichas empresas aceptaron devolver a los comerciantes hasta 6240 millones de dólares por las comisiones

En ocasiones los jueces llegaron a desplazar a los abogados que tenían a su cargo la representación colectiva de la clase demandante<sup>(24)</sup>.

\*\*\*

En muchos casos de este tipo la demanda colectiva solo tiene posibilidades de prosperar si está sustentada en pruebas técnicas de cierta sofisticación. Ello requiere efectuar investigaciones, usualmente costosas.

Durante el proceso también aparecen otros gastos.

¿Cómo solventar esas erogaciones? En el derecho comparado de estos tiempos apareció otro personaje en escena: el financiador. Una persona, una empresa o un fondo de inversión que aporta dinero para atender esos costos y que a cambio, en caso de éxito (y solo en caso de éxito), recibirá (generalmente de los primeros ingresos) un porcentaje de la indemnización.

A nuevo sujeto del proceso, nueva fuente de conflictos: ¿cuál es el porcentaje que es lícito reconocerle al financiador? ¿Qué injerencia debería tener (si es que debe tener alguna), por ejemplo, en la negociación de una solución extrajudicial?

Volveré sobre el particular.

\*\*\*

Una empresa que comercializa masivamente sus productos o servicios detecta que eso que vende ocasiona (o puede ocasionar) daños a quienes los adquieren o usan. En esa hipótesis, para evitar ser objeto de una lluvia de litigios, puede encarar una acción judicial (una especie de autodenuncia usualmente denominada *acción colectiva pasiva*) para que en un único proceso se determine el alcance de su responsabilidad y el tribunal establezca una especie de indemnización tarifada para todos los damnificados.

Esa actitud del empresario, en apariencia lícita, puede no serlo.

En algunos países (sobre todo en los Estados Unidos) las reglas sobre competencia judicial son bastante maleables<sup>(25)</sup>, cualidad que es aplicable a las acciones de clase<sup>(26)</sup>. Esa circunstancia es caldo de cultivo para las maniobras de *forum shopping*.

Otro ejemplo vendrá bien para explicarlo: el fabricante del remedio que puede ser la causa de innumerables litigios, sabiendo de antemano que determinado juez se inclina por una tesis favorable a su postura, puede ingresar la autodemanda en ese preciso juzgado para que el juicio colectivo sea resuelto allí<sup>(27)</sup>.

Hay otros conflictos que desatan los procesos de clase, pero, como este apartado no tiene más objeto que explicar someramente el problema, creo que me puedo dar por cumplido.

El lector interesado en profundizar en esta materia dispone de abundantes aportes doctrinarios a los que remito<sup>(28)</sup>.

abusivas que les habían cobrado. La decisión judicial que homologó el acuerdo puede ser localizada en <https://www.nyed.uscourts.gov/news/final-decision-approving-settlement-visamastercard-mdl> <http://fortune.com/2018/09/18/visa-mastercard-6-billion-price-fixing-lawsuit/>; <http://www.elmundo.es/economia/ahorro-y-consumo/2018/09/18/5ba13d16e5fdeadd518b462a.html>.

(24) Para abordar los problemas que acabo de enunciar, en nuestro país, abrevando en la fuente norteamericana, en el art. 13 del proyecto de ley Exp. 3599-D-2018 sobre Derecho Constitucional de Acceso a la Justicia Colectiva (versión oficial: <https://www.hcdn.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=3599-D-2018>), se incluyó la siguiente norma: “Abogados de grupo. Designación y remoción. El juez o jueza se encuentra facultado para designar y remover a los abogados del grupo en base al cumplimiento de los requisitos de la adecuada representatividad establecidos en el art. 12, en el supuesto de desempeño negligente, o en caso de encontrar acreditado un conflicto grave de interés entre los mismos y el legitimado colectivo. También podrá requerir la información que estime pertinente y formular precisiones sobre la forma en que deben proceder en el manejo del proceso”.

(25) Se entiende que el tribunal tiene jurisdicción cuando por lo menos uno de los sujetos del proceso tiene suficientes contactos mínimos con su distrito, en la medida en que la opción de litigar allí se haya adoptado de buena fe (United States District Court Southern District of New York, “Jeffrey Braxton v. Helios”, en <https://pmcdeadline2.files.wordpress.com/2018/08/helios-and-matheson-suit.pdf>).

(26) ROGERS, JOHN M., *Personal Jurisdiction and Rule 23 Defendant Class Actions*, *Indiana Law Journal*, vol. 53, pág. 841, en <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol53/iss4/11>.

(27) MULLENIX, LINDA S., *The American Class Action Fairness Act and Forum Shopping American-Style*, *The Geneva Papers on Risk and Insurance. Issues and Practice*, vol. 31, n° 2, “Special Issue on Law and Economics and International Liability Regimes”, abril 2006, pág. 357, en <https://www.jstor.org/stable/41949242>.

(28) Por ejemplo: CATALANO, MARIANA - GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LORENA, *Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema*, LL, 2009-B-598; CASSAGNE, JUAN C., *Derechos de incidencia colectiva. Los*

### 3 Analizando la Regla 23 desde la perspectiva argentina

Es en los Estados Unidos donde se ha presentado la mayor cantidad de casos de acciones de clase y donde tramitaron algunos de los más resonantes.

Por múltiples razones, percibir cómo funciona ese sistema es relevante para comprender nuestra propia realidad<sup>(29)</sup>. De allí que es insoslayable una revisión –algo sintética– de sus reglas y prácticas.

Al ser un régimen jurídico que adscribe al *common law*, se ha puesto al juez como figura preponderante<sup>(30)</sup>.

No obstante, para orientar la labor del magistrado (sobre todo para perseguir las maniobras abusivas o fraudulentas<sup>(31)</sup>), a nivel federal se dictó la célebre Regla 23, la que forma parte del Federal Rules of Civil Procedure, promulgado en 1936<sup>(32)</sup>.

Empero, como anticipé, las acciones de clase vinieron mucho después, al promediar la década del sesenta. Ello explica que la Regla 23, con la matriz que existe actualmente, naciera en esa década<sup>(33)</sup>, aunque posteriormente fue objeto de varias reformas, la última de ellas de fines del año 2018<sup>(34)</sup>.

La Regla 23, en el año 2005, fue complementada por la Class Action Fairness Act<sup>(35)</sup>, normativa que fue dictada para evitar los excesos en materia de indemnizaciones respecto de los casos más importantes<sup>(36)</sup>; esto es, aquellos que cuenten con cien demandantes o más, que tales demandantes residan en dos o más Estados y que los daños excedan los cinco millones de dólares<sup>(37)</sup>.

Sobre la base de esa normativa se elaboró un manual práctico, que es constantemente actualizado<sup>(38)</sup>.

efectos erga omnes de la sentencia. Problemas del reconocimiento de la acción colectiva, LL, 2009-B-646; GARCÍA PULÉS, FERNANDO R., *Las sentencias...*, cit.; GELLI, MARÍA A., *La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso "Halabi"*, LL, 2009-B-565; RODRÍGUEZ, CARLOS A., *Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, DJ del 25-3-09; ROSALES CUELLO, RAMIRO - GUIRDIAN LAROSA, JAVIER D., *Nuevas consideraciones sobre el caso "Halabi"*, LL, 2009-D-424; TORICELLI, MAXIMILIANO, *Un importante avance en materia de legitimación activa*, LL, 2009-B-202.

(29) CARNOTA, WALTER F., *Las acciones de clase: desde los Estados Unidos a la Argentina*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 16, 2012, pág. 93.

(30) No obstante, con restricciones, también puede demandarse ante el tribunal arbitral: BRESSMAN, CAROLINE, *The future of class actions*, Minnesota Law Review, vol. 103, en <http://www.minnesotalawreview.org/2017/03/the-future-of-class-actions/>.

(31) DINHAM HENDERSON, JENNIFER, *Protecting Rule 23 Class Members from Unfair Class Action Settlements: the Supreme Court's Amchem and Ortiz Decisions*, William Mitchell Law Review, vol. 27, 2000, en <https://open.mitchellhamline.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ar/&httpsredir=1&article=1720&context=wmlr>.

(32) Este Código Federal de Procedimientos ya en 1938 tenía una Regla 23 que permitía las acciones colectivas, a las que dividía en tres categorías: las *true* (verdaderas), las *hybrid* (híbridas) y las *spurious* (falsas o espurias), pero esa elaboración resultó por completo ineficiente.

(33) Para los comentarios de la primera hora: DONELAN, CHARLES, *Prerequisites to a Class Action Under New Rule 23*, Boston College Law Review, vol. 10, número especial "A Symposium Federal Rule 23. The Class", 1969; WELSH, BARNEY B., *Class Actions under New Rule 23 and Federal Statutes of Limitation: A Study of Conflicting Rationales*, Villanova Law Review, n° 13, 1968, pág. 370, en <http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol13/iss2/9>.

Como toda novedad legislativa también recibió cuestionamientos. V. gr., TWYNER III, OLGER C., *Federal Rule of Civil Procedure 23(a)(3) Typicality Requirement: The Superfluous Prerequisite to Maintaining a Class Action*, Ohio State Law Journal, vol. 42, pág. 797, en [https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65161/OSLJ\\_V42N3\\_0797.pdf](https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/65161/OSLJ_V42N3_0797.pdf)

(34) KISER, LIV - REGALIA, JOE, *Rule 23's New Amendments: A New Era for Class Actions?*, en <https://businesslawtoday.org/2019/02/rule-23s-new-amendments-new-era-class-actions/>.

(35) El texto oficial puede consultarse en <https://www.congress.gov/109/plaws/publ2/PLAW-109publ2.htm>.

(36) La Class Action Fairness Act, en su sección "Consumer Class Action Bill of Rights", incorporó normas para limitar los honorarios de los abogados de los demandantes colectivos, en particular en los supuestos de acuerdos transaccionales (*coupon settlements*). A tal fin, los jueces deben establecer la legitimidad de tales estipendios.

La Regla 23 se ocupa de este tema poniendo a cargo del juez la labor de verificar que el acuerdo, también en materia de honorarios, sea *fair, reasonable and adequate* (GIBSON, JENNIFER, *New Rules for Class Action Settlements: The Consumer Class Action Bill of Rights*, Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 39, 2006, pág. 1103).

Este tema recién empezó a estudiarse en nuestro medio hace algunos años (URE, CARLOS E., *Honorarios en demandas masivas*, LL, 2006-C-27).

(37) RUBENSTEIN, WILLIAM B., *Understanding the Class Action Fairness Act of 2005*, en <http://www.billrubenstein.com/Downloads/cafa-analysis.pdf>.

(38) SOMERS, SARAH, *Rule 23 Class Certification Requirements*, en <http://federalpracticemanual.org/chapter7/section2>.

Desde luego, también deben ser aplicados los plexos procesales estatales<sup>(39)</sup>; lo cual, ocasionalmente, trae aparejados conflictos<sup>(40)</sup>.

\*\*\*

La primera parte de la Regla 23, identificada como "a", está dedicada a los requisitos que deben reunirse para que el tribunal determine si se está en presencia de una acción de clase y si quien aspira a ser representante colectivo reúne las condiciones para ser considerado como tal.

Exige: a) que la clase sea tan numerosa que reunir a todos sus integrantes resulte prácticamente imposible (*numerosity*)<sup>(41)</sup>; b) que, para el grupo, el reclamo sea homogéneo (*commonality*)<sup>(42)</sup>; c) la acción debe representar un típico reclamo de los que individualmente harían los miembros de la clase (*typicality*); d) que los representantes de la clase sean idóneos y no tengan intereses contrapuestos<sup>(43)</sup>.

Ese dispositivo legal es de suma importancia para nosotros, pues, como bien se ha hecho notar, nuestra Corte Suprema nacional siguió a la letra sus pautas en el *leading case* "Halabi"<sup>(44)</sup>. También sirvió de referencia para la construcción del Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos del año 2018, al que luego me referiré.

\*\*\*

Cada uno de los requisitos de la Regla 23(a) trae mucha tela para cortar, tanto desde el punto de vista de su interpretación como a la hora de valorarlo como referencia comparativa.

Comencemos por el recaudo del número de sujetos que deben formar parte de la clase. Acertadamente se ha hecho notar<sup>(45)</sup> que, en el derecho argentino (esto vale tanto para la Ley de Defensa del Consumidor [de aquí en más LDC] como para diversos ordenamientos provinciales), no existe el requisito de la pluralidad relevante de sujetos.

Esta exigencia tampoco aparece en el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos del año 2018, pues su art. 4° determina: "Basta que medie grave dificultad de constituir un litisconsorcio" y "que en la pretensión de protección de derechos de incidencia colectiva<sup>(46)</sup> predominen las cuestiones comunes fácticas o normativas que se proyectan a un número determinado o indeterminado de personas por sobre las individuales"<sup>(47)</sup>.

Otros proyectos legislativos ofrecen fórmulas alternativas<sup>(48)</sup>.

(39) Por ejemplo: LEFFEL, MICHAEL D. - HAAS, ELIZABETH A. N. - WEGRYN, AARON R., *Wisconsin's New Class Action Statute*, en <https://www.wisbar.org/NewsPublications/WisconsinLawyer/Pages/Article.aspx?Volum=91&Issue=4&ArticleID=26277>; CHASE, OSCAR G., *Living in the Shadow: Class Actions in New York after Shady Grove*, New York University Journal of Legislation and Public Policy, 2014, pág. 114, en <http://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2013/03/Chase-2014-nyujlpp-quorum-114.pdf>; LATHROP, ANTHONY T. - MERCER, TONYA L. - IDILBI, JASON G., *A Guide to North Carolina Class Actions*, en [https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course\\_materials/RO2%20Guide%20to%20NC%20Class%20Actions.pdf](https://www.sog.unc.edu/sites/www.sog.unc.edu/files/course_materials/RO2%20Guide%20to%20NC%20Class%20Actions.pdf).

(40) McDONALD, MICHAEL R. - SANTOMAURO, DAMIAN V., *The Complex Interplay Between Rule 23 and State Laws, For the Defense*, septiembre 2010, pág. 85, en <https://media.gibbonslaw.com/files/publication>.

(41) NAGAREDA, RICHARD A., *Mass Torts in a World of Settlement*, The University of Chicago Press, pág. XII, en <https://books.google.com.ar>.

(42) MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, *Sobre la homogeneidad y la delimitación de la clase en las acciones colectivas de los consumidores*, MJD4430.

(43) SHINA, FERNANDO, *Las acciones de clase...*, cit.

(44) Ídem.

(45) RÍOS, GUILLERMO C., *Derecho del consumidor, daños masivos y acciones de incidencia colectiva*, en <http://repositoriodigital.uns.edu.ar/bitstream/123456789/550/1/Tesis%20parcial%20R%20C%20AD%20C%20G.C..pdf>.

(46) Usualmente la doctrina diferencia las acciones que tienen por objeto la protección de derechos de incidencia colectiva propiamente dichos (es decir, los referidos a la tutela de bienes colectivos, que pertenecen a toda la comunidad y que, por lo tanto, ningún sujeto singular puede reclamar un derecho de apropiación, como ocurre con los casos que tienen que ver con el patrimonio cultural) de las acciones de clase destinadas a tutelar los derechos o intereses "individuales homogéneos"; es decir, aquellas que se caracterizan por la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales, cuyo interés aislado no justifica la promoción de la acción, y cuya pretensión se concentra en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar (en esa orientación: DANAS, ANDREA - CAMPOS, GUSTAVO - DÍAZ, MARIANA, *Procesos colectivos y acciones de clase. Propuestas concretas para tutelar de modo efectivo los derechos de incidencia colectiva*, en <http://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/04/Panel-N%C2%BA-14.pdf>).

(47) De ese modo el Anteproyecto eludió dar respuesta a la Corte Suprema en "Halabi", cuando sostuvo que la legislación debía determinar cuándo existe una "pluralidad relevante de individuos" (consid. 12).

(48) Apunta RÍOS que en un proyecto de ley presentado ante el Congreso de la Nación se preveía una regla similar a la Regla 23 esta-

## NOVEDADES 2018

OBRA COMPLETA

### OBLIGACIONES

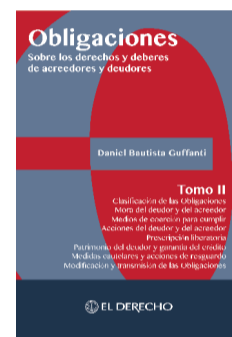
Sobre los derechos y deberes de acreedores y deudores

DANIEL BAUTISTA GUFFANTI



Tomo I

Año 2017  
ISBN 978-987-3790-3-4  
675 páginas



Tomo II

Año 2018  
ISBN 978-987-3790-71-3  
790 páginas

Venta telefónica (11) 4349-0200 int. 1177  
Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

\*\*\*

Si siguiendo el modelo estadounidense, en cuanto a la *commonality* (es decir, la existencia de cuestiones comunes), el art. 54 de nuestra LCD prevé que, para que haya acción de clase, deben darse cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los afectados, o "condiciones similares".

Sin embargo, Ríos aprecia que ni la comunidad de cuestiones ni las condiciones similares son datos suficientes para determinar la existencia de un grupo de damnificados<sup>(49)</sup>. En apreciación que comparto, sostiene que, tal como se señaló en el fallo "Halabi", también debe exigirse que exista unidad de causa de las afectaciones u homogeneidad de intereses.

\*\*\*

La Regla 23(b)<sup>(50)</sup> define los tipos de acciones de clase posibles<sup>(51)</sup>.

dounidense ([http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=1786/09&nro\\_comision=&tConsulta=3](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=1786/09&nro_comision=&tConsulta=3)), en otro se incluyó la fórmula de la "pluralidad relevante" sin ninguna otra precisión (<http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=2540-D-2011>) y, por último, en otro proyecto se fijó un mínimo de 30 integrantes para admitir la acción de clase ([http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=3396/10&nro\\_comision=&tConsulta=3](http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/verExpe.php?origen=S&tipo=PL&numexp=3396/10&nro_comision=&tConsulta=3)) (RÍOS, GUILLERMO C., *Derecho del consumidor...*, cit.).

(49) El autor citado nos trae un buen ejemplo: todos los accidentes de tránsito acaecidos en la misma semana del año. Aunque comparten un extremo común, es irrelevante (RÍOS, GUILLERMO C., *Derecho del consumidor...*, cit.).

(50) (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*

Las más divulgadas son las *class actions* del punto “b”.

\*\*\*

Una carga fundamental que establece la Regla 23(c) es la de informar a quienes podrían formar parte de la clase pero que no firmaron la presentación inicial: a) antes de promoverse el pleito para dar la oportunidad de incorporarse a la agrupación; b) si se da la posibilidad de un acuerdo transaccional; y c) en otras alternativas relevantes<sup>(52)</sup>. Ello debe hacerse a través de la mejor forma posible de notificación según las circunstancias, incluyendo, de ser posible, la comunicación individual cursada a todos los miembros identificables<sup>(53)</sup>.

Ese objetivo ocasionó modificaciones a la Regla 23 en los años 1995 y 2005 y, como adelanté, la última, que entró en vigor el 1-12-18<sup>(54)</sup>. Todas ellas han dado lugar a múltiples conflictos<sup>(55)</sup>.

\*\*\*

Establecer si la acción de clase está debidamente incoada (lo que en el sistema norteamericano se denomina el *procedimiento de certificación*) es de la mayor relevancia. De allí el cuidado que los tribunales ponen en estas cuestiones, las pruebas que exigen para demostrar el cumplimiento de los recaudos legales y el tiempo que se toman para decidir.

Si el juez admite preliminarmente la acción de clase, entonces recién comienza el procedimiento en el que interviene la contraparte. En cambio, si rechaza la petición (lo que ocurre con frecuencia), los reclamantes deberán promover litigios individuales.

Certificada la clase, el tribunal designa al representante colectivo (*class counsel*) quien asume deberes fiduciarios (Regla 23[g] del Reglamento Federal de Procesos Civiles).

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.

(51) La reforma se ocupó: a) de las vías de notificación según la Regla 23(c); 2) de las normas sobre aprobación de los acuerdos transaccionales (Regla 23[e]); 3) de los requisitos y formas para plantear las objeciones a tales acuerdos (Regla 23[e][5]); y 4) de algunas cuestiones vinculadas con las apelaciones (Regla 23[f]).

Sobre el particular: MADDEN, JOHN J. - PAULLY, DENISE G., *Making the Class Determination in Rule 23(b)(3), Class Actions*, Fordham Law Review, vol. 42, pág. 791, en <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4591&context=flr>.

(52) Ya con las primeras versiones de la Regla debía preferirse el aviso por correo directo a los miembros de la clase que sean razonablemente identificables. En los últimos años ello se hace por medio del correo electrónico.

Empero, es frecuente que los programas de correo electrónico contengan barreras que repelen los mensajes no deseados o *spams*, por ejemplo, cuando la comunicación es dirigida, simultáneamente, a gran número de personas. Para evitar que las notificaciones a los integrantes de la clase no lleguen a sus destinatarios se están buscando formas alternativas. Por eso la reforma del año 2018 amplió aún más el texto de la Regla.

(53) La preocupación por la publicidad en esta clase de procesos también es válida para nuestro derecho (MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, *Publicidad de las acciones colectivas*, LL, 2013-F-272).

En un caso se dispuso que la notificación de la existencia de una acción colectiva se haga por correo electrónico y en una página web (CNCom., sala F, 5-6-18, “Consumidores Financieros Asociación Civil Para su Defensa c. La Segunda Coop. Ltda. de Seguros Generales”, MJJ111958).

(54) Ver sobre esta última reforma: REUBEN, MINDEE J., *New Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure. Rule 23, Relating to Class Actions*, en <http://www.litedepalma.com/new-amendments-to-the-federal-rules-of-civil-procedure-rule-23-relating-to-class-actions>; BARKETT, JOHN M., *The 2018 Amendments to the Federal Class Action Rule*, en <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/litigation/materials/2017-2018/2018-sac/written-materials/miami-class-actions-amendments-to-the-federal-class.pdf>; MASON, GARY E. - GOLDSTEIN, JENNIFER S., *Unveiling the new class action rules*, en <https://www.justice.org/what-we-do/enhance-practice-law/publications/trial-magazine/unveiling-new-class-action-rules>.

(55) Por ejemplo, con relación al valor que debe asignarse al ulterior silencio del destinatario de la notificación (LESUE, CRISTOPHER, *The Significance of Silence: Collective Action Problems and Class Action Settlements*, Florida Law Review, vol. 59, N° 1, 2007, pág. 113).

No terminan allí las obligaciones del juez. La misma Regla 23 le impone amplísimas atribuciones y deberes referidos al manejo del procedimiento<sup>(56)</sup>.

Es muy importante tener en cuenta que la certificación no es definitiva. En cualquier etapa del proceso anterior a la sentencia (en particular, después de escuchar a la contraparte) el juez puede revocarla o modificarla (Regla 23[c][1][B])<sup>(57)</sup>.

Nada de eso rige en nuestro ordenamiento<sup>(58)</sup>.

\*\*\*

Es muy importante tener en cuenta el efecto de la sentencia en los procesos de clase estadounidense<sup>(59)</sup>. Tanto la sentencia que hace lugar a la demanda y condena como la que la rechaza extienden sus efectos a todos los integrantes de la clase, aunque no hayan participado en el proceso, excepción hecha de quienes ejerzan el derecho de exceptuarse (*opt out*).

En cambio, entre nosotros, el art. 54, párr. 2º, LDC (t. o. 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”.

Ello ha hecho pensar a parte de la doctrina<sup>(60)</sup> que la sentencia que desestima de la demanda no tiene efectos expansivos, motivo por el cual quienes no hubieran intervenido en ese proceso podrían incoar otro nuevo<sup>(61)</sup>.

El sistema es defectuoso, no solo por la disposición que acabo de comentar, sino porque deja insolutos muchos otros conflictos<sup>(62)</sup>.

\*\*\*

Como en cualquier otro procedimiento judicial, las acciones de clase pueden ser desistidas o ser objeto de transacción<sup>(63)</sup>.

Empero, el desistimiento o la transacción en las acciones de clase tienen efectos mucho más complejos que en las acciones singulares<sup>(64)</sup>.

Es que cuanto mayor sea el número de integrantes de la clase, más distancia hay entre estos y sus representantes, y, en los hechos, más autonomía tienen estos últimos a la hora de tomar las decisiones. Ello conforma el ámbito propicio para los abusos<sup>(65)</sup>.

(56) PENNINGTON, MICHAEL R. - MADONIA, ZACHARY A., *Time stops for no one: The Supreme Court Addresses Timeliness Issues in Two Separate Class Cases*, en <https://www.classactiondeclassified.com/>.

(57) Ello puede ocurrir tanto cuando se comprueba que, contrariamente a lo que parecía inicialmente, alguno de los requisitos legales no se cumple como cuando el defecto de legitimación es sobreviniente.

(58) Así, el art. 54 de la LDC, si bien, de algún modo, exige que los consumidores sean adecuadamente notificados para que tomen conocimiento del proceso o para que se enteren de los términos de un posible acuerdo conciliatorio, no estableció ninguna modalidad específica para que tal comunicación tenga lugar.

(59) MALIZIA, FRANCO E., *Consideraciones sobre los efectos de las sentencias recaídas en el marco de los procesos colectivos reglamentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, n° 3, agosto 2018, en <http://www.amfjn.org.ar/secciones/revista-juridica/numero-3-agosto-2018/page/2/>.

(60) Entre otros, LORENZETTI, RICARDO L., *Justicia colectiva*, cit., pág. 282; CARRANZA TORRES, LUIS R. - ROSSI, JORGE O., *Derecho del Consumidor. Derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios*, Alveroni, pág. 377; AZAR, M. JOSÉ, *Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión*, Derecho Privado, octubre 2012, 1, n° 2, pág. 248; MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, *Publicidad de las acciones...*, cit.; GÓMEZ LEO, OSVALDO R. - AICEGA, MARÍA V., *Las reformas a la Ley de Defensa del Consumidor*, JA, 2008-III-1353; BERSTEN, HORACIO L., *Acciones colectivas de consumo: 15 años de vigencia*, LL, 2011-B-1167; FARINA, JUAN M., *Defensa del consumidor y del usuario*, 4º ed., Astrea, pág. 574, citados por RÍOS, GUILLERMO C., *Derecho del consumidor...*, cit.

(61) Solución que era similar a la que el art. 715 del cód. civil de Vélez tenía prevista para la acción promovida por el coacreedor solidario. RÍOS (*Derecho del consumidor...*, cit.) recuerda que esa era también la fórmula del art. 1748 del Proyecto de Código Civil y Comercial, pero que, como todas las demás normas de esta materia, quedaron fuera del ordenamiento vigente por haber sido observadas por el Poder Ejecutivo.

(62) Por ejemplo: ¿qué pasa con las sentencias que acogen la demanda pero fijan indemnizaciones irrisorias, que, en los hechos, equivalen a la sentencia que desestima el reclamo?

(63) MULHERON, RACHAEL, *The Class Action in Common Law Legal Systems: A Comparative Perspective*, Hart Publishing, pág. 125.

(64) GIANNINI, LEANDRO J., *Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)*, Revista del Colegio de Abogados de la Plata, n° 74, y Revista de Proceso, San Pablo, n° 201, noviembre 2011, pág. 149; VIEL TEMPERLEY, FACUNDO, *Acciones colectivas. Dificultades prácticas*, LL, 2008-C-996.

(65) SALGADO, JOSÉ M., *Certificación, notificaciones y opción de salida en el proceso colectivo*, Revista de Derecho Procesal, Procesos

Por tal razón la Regla 23(e) establece que, antes de que el tribunal deba abocarse a la homologación del acuerdo o del desistimiento, debe notificar a los miembros de la clase para que puedan plantear sus objeciones<sup>(66)</sup>, o, incluso, para que tengan derecho a ejercer el *opt out*, vale decir, retirarse del proceso y, eventualmente, promover su propio litigio<sup>(67)</sup>.

Si esa atribución no es ejercida, la sentencia que se dicte será oponible a todos los integrantes de la clase<sup>(68)</sup>.

La homologación del acuerdo está sometida a normas ciertamente rigurosas, sobre todo después de la reforma que se introdujo en la Regla 23(e) en el año 2003<sup>(69)</sup>.

Básicamente, el juez debe determinar la razonabilidad de la transacción. Los poderes del magistrado son tan amplios que este puede llegar a investigar las objeciones que se hubieran deducido contra un acuerdo transaccional, aunque quien las hubiera articulado desista del planteo. Y si la propuesta de acuerdo es desestimada también puede disponer el reemplazo del representante de la clase<sup>(70)</sup>.

\*\*\*

Lo que no puede hacerse ni en el régimen estadounidense ni en el nuestro es establecer en el acuerdo transaccional que el derecho de autoexclusión quede suprimido o sometido a condiciones abusivas<sup>(71)</sup>. Ello es particularmente predicable respecto de los procesos que generan quienes se ven amenazados por una ola de reclamos con ánimo de cristalizar el importe de las indemnizaciones a pagar (*settlement class action*)<sup>(72)</sup>.

#### 4 La cuestión en nuestro derecho

Con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 llegaron a nuestro derecho los *derechos de incidencia colectiva*<sup>(73)</sup>. Así resulta de los arts. 42 y 43, párr. 2º, CN<sup>(74)</sup>, cuyo al-

Colectivos, 2011-II, pág. 193; KING, ALLAN G. - SCHRETER, LISA A. - WILDER, CAROLE F., *You Can't Opt-Out of the Federal Rules: Why Rule 23 Certification Standards Should Apply to Opt-In Collective Actions under the FLSA*, EN [http://masonlec.org/site/rte\\_uploads/files/You%20Can't%20Opt-Out%20of%20the%20Fed%20Rules%20-%20Rule%2023.pdf](http://masonlec.org/site/rte_uploads/files/You%20Can't%20Opt-Out%20of%20the%20Fed%20Rules%20-%20Rule%2023.pdf).

(66) En nuestro medio, a partir de lo dispuesto por el art. 54, párr. 2º, LDC se ha sostenido que dicha prerrogativa del legitimado individual puede ejercerse con posterioridad a la homologación del acuerdo, siempre que ello se haga en un plazo prudencial que se fije (GIANNINI, LEANDRO J., *Transacción y mediación...*, cit.).

(67) Sobre el particular: EISENBERG, THEODORE - MILLER, GEOFFREY P., *The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, Vanderbilt Law Review, vol. 57, n° 5, pág. 1529.

Sin embargo, ni en el derecho estadounidense ni en el nuestro está permitido el *opt out* en "... procesos grupales de objeto indivisible (derechos difusos propiamente dichos, v. gr., la acción de recomposición ambiental de un curso de agua contaminado, la de remoción de cartelería que contiene publicidad engañosa, etc.)..." (GIANNINI, LEANDRO J., *Transacción y mediación...*, cit.).

(68) El sistema canadiense es similar: PICHÉ, CATHERINE, *Transaction d'action collective*, en LAFOND, PIERRE-CLAUDE, *JurisClasseur Québec: Procédure civile*, 2º ed., LexisNexis, t. II, cap. 23.

(69) Debe tenerse en cuenta que, en el ordenamiento estadounidense, el acuerdo puede afectar a integrantes de la clase que no hubiera intervenido en el proceso.

(70) CARESTIA, FEDERICO S. - SALGADO, JOSÉ M., *La transacción en las acciones de clase*, LL, 2012-B-781.

(71) En los Estados Unidos la cuestión quedó definitivamente zanjada a partir del fallo de la Corte Suprema en "Ortiz v. Fibreboard Corp.", 527 U.S. 815, 842 (1999), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/527/815/>. Al respecto: STAPLETON, JANE, *Two Causal Fictions at the Heart of U.S. Asbestos Doctrine*, Law Quarterly Review, vol. 122, abril 2006, en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1007578](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1007578).

(72) ERICHSON, HOWARD M., *The Problem of Settlement Class Actions* (Fordham Law Legal Studies Research, paper n° 2243155), George Washington Law Review, 2014, pág. 951.

(73) Algunos creen que, con ello, nuestro sistema jurídico dejó de ser una *Democracia Representativa* para pasar a ser una "... *Democracia Participativa*, caracterizada por un creciente interés de la Sociedad Civil por cuidar las llamadas cosas comunes, como el Medio Ambiente, la Defensa de la Competencia y los Derechos del Consumidor..." (DÍAZ CISNEROS, ADRIANO P. - HALABI, ERNESTO, *Comentario al Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos impulsado por el Ministerio de Justicia*, elDial DC258B).

No veo que esté ocurriendo tal cosa. Si bien es cierto que el régimen representativo (incluido su sistema de partidos políticos) está en crisis en el mundo entero y que, posiblemente, estemos en camino de su superación, a mi modo de ver, la *Democracia Representativa* lejos está de ser reemplazada por un algo diverso. Lo que ocurre es que la sociedad ha llegado a la conclusión de que el régimen de legitimación procesal clásico no daba soluciones de equidad en aquellos supuestos en los cuales gran número de damnificados individuales no pueden (o, por lo menos, tienen serias restricciones materiales para) hacer valer su derecho frente al Estado o frente a proveedores de bienes o servicios.

(74) El art. 42 de la CN garantiza a los "consumidores y usuarios de bienes y servicios", entre otros derechos, el de la protección de sus

cance fue precisado por la Corte Suprema federal a partir del caso “Halabi”<sup>(75)</sup>.

Como bien se ha dicho, las acciones colectivas, si bien comenzaron para resolver cuestiones de consumo<sup>(76)</sup>, son de tal importancia que trascienden esa temática<sup>(77)</sup>. Ello explica su constante expansión a otras áreas<sup>(78)</sup>.

En las últimas décadas han aparecido muchas instituciones no gubernamentales de protección de los consumidores y usuarios que asumen la legitimación colectiva que, por fuerza, debió extenderse a otros organismos, como las instituciones que agrupan a las empresas de un mismo ramo<sup>(79)</sup>.

También son crecientes los problemas que generan, como el de la acumulación de procesos<sup>(80)</sup>, su superposición<sup>(81)</sup> y el de la legitimación colectiva anómala<sup>(82)</sup>.

intereses económicos; derecho que comprende el de recibir “condiciones de trato equitativo y digno”, y agregando que “las autoridades proveerán a la protección de esos derechos (...) a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales (...) y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios”.

Esos principios fueron replicados en la Ley de Defensa de la Competencia en sus diversas redacciones.

Por su parte el art. 43 de la CN (disposición que, como ha dicho el Máximo Tribunal Federal, es claramente operativa) habilita el amparo legal “contra cualquier forma de discriminación”.

Protege “a los derechos de incidencia colectiva en general”, para lo cual provee de acciones legales que pueden ejercer tanto el afectado directo como, entre otros, las asociaciones que propendan a esos fines.

Sobre la base de este último precepto constitucional, la Corte Suprema les ha reconocido legitimación a numerosas entidades de defensa de intereses colectivos para encarar acciones de protección, incluso de carácter preventivo, al entender que, en la mayoría de esas hipótesis, si los reclamos debieran ser solo individuales, no podrían ser defendidos.

Por eso se entiende que, ante los excesos resultantes de la disparidad de fuerzas entre el empresario fuerte y los empresarios débiles (es decir, ante los casos de *abuso de la posición dominante*) también tiene sentido permitir que la acción colectiva de estos últimos sea ejercida por esas organizaciones.

(75) CS, 24-2-09, “Halabi, Ernesto c. Estado Nacional/ley 25.873 y decreto 1563/2004 s/amparo ley 16.986”, Fallos 332:111.

Es importante aclarar que este caso consistió en una acción de amparo destinada a obtener la declaración de inconstitucionalidad de la ley 25.873 y de su decreto reglamentario por autorizar la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin que una ley determinara en qué casos y con qué justificativos se permitía tal obrar (ALIANAK, RAQUEL C., *A propósito del fallo “Halabi” del 24/02/2009, dictado por la CSJN. La certificación de acciones de clase a la luz de una reciente jurisprudencia norteamericana*, MJD4275).

En realidad, el caso “Halabi”, si bien permite explicar el alcance del art. 43 de la CN con el peso que tiene la autoridad de la Corte, lo más importante que hizo fue, a través de un notorio *obiter dictum*, suplir al legislador comenzando a dictar una serie de acordadas para regular las acciones de clase. Fue así como se dictaron las acordadas 14/14, 32/14 y 12/16, por las cuales se creó y reglamentó el Registro Público de Procesos Colectivos. Al respecto: BINSTEIN, GABRIEL, *La Corte Suprema marca el escenario. A propósito del fallo “Pedraza” y de la Acordada 14/14*, MJD6743; SOLÁ, JUAN V., *El caso “Halabi” y la creación de las acciones colectivas*, LL, 2009-B-15.

(76) Para un resumen de las causas de esa naturaleza que aparecieron después del caso “Halabi”: MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL A., *Panorama jurisprudencial de las acciones colectivas de consumidores. Adecuación de la jurisprudencia de tribunales inferiores al precedente “Halabi” de la Corte Suprema*, MJD4656.

(77) ESPECHE, SEBASTIÁN P., *Procesos colectivos en el derecho financiero a partir de “Halabi”*, LL Noreste, febrero 2004.

(78) Por ejemplo: la comisión prohibida por la ley que algunos bancos cobran a sus cuentacorrentistas, temática que se dio repetidamente en nuestra experiencia forense. Al respecto: ARAZI, ROLAND, *La legitimación activa en los procesos colectivos*, LL, 2012-E-230; RÍOS, GUILLERMO C., *Legitimación activa en acciones de clase de tutela a los consumidores. Comentario al fallo “Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Banco Itaú Buen Ayre S. A. s/ordinario”*, MJD6856.

En materia de tarjetas de crédito: CNCom., sala C, 12-11-12, “P.A.D.E.C. y otro c. Bank Boston N.A. y otro”, MJJ7715.

Acercas de telefonía celular: CNCont.-adm. Fed., sala III, 12-4-18, “Usuarios y Consumidores Unidos c. Telefónica Móviles Argentina S.A.”, MJJ110471.

Sobre compañías de seguros: CNCom., sala C, 13-8-18, “Consumidores en Acción Asociación Civil c. Federación Patronal Seguros S.A.”, MJJ113746.

(79) ALAMO, ROXANA, *El empresario protegido por la Ley de Consumo*, RCyS 2012-IX, pág. 183, comentando el fallo de la C1<sup>o</sup>CC San Isidro, 1-12-11, “Tartaglino, Ma. Julieta y otra c. Andecam S.A. y otro”.

(80) En un caso, la Corte ordenó la acumulación de los procesos que impugnaban un nuevo cuadro tarifario del gas natural y su registración en el Registro Público de Procesos Colectivos (CS, 10-3-15, “García, José y otros c. PEN y otros s/amparo ley 16.986”, MJJ92130). En análoga situación: CNCom., sala D, 21-4-16, “ACYMA Asociación Civil c. Ola S.A.”, MJJ103316.

(81) En nuestro país, como anticipé, se trató de combatir el problema de los procesos colectivos paralelos por la misma causa creando un Registro de Procesos Colectivos.

En varias jurisdicciones se han dictado leyes a tal fin (véase al respecto: RÍOS, GUILLERMO C., *Derecho del consumidor...*, cit.).

(82) En diciembre de 2018 la Secretaría de Comercio de la Nación dio de baja del registro de entidades autorizadas a promover acciones

\*\*\*

Hasta ahora, la ausencia de una normativa específica forzó a los jueces a resolver con lo que hay. Es así como la jurisprudencia ha decidido que es competente el fuero Nacional en lo Comercial para entender en las causas en las cuales las instituciones constituidas para la defensa de los intereses colectivos de ciertas personas (humanas o jurídicas) reclaman el amparo de la Ley de Defensa del Consumidor<sup>(83)</sup>, aunque, en estricto derecho, no puedan ser consideradas consumidores<sup>(84)</sup>.

Es así como nuestros jueces han resuelto recientemente que las acciones por las cuales se litiga contra quien abusa de su posición dominante en el mercado deben ser equiparadas a las existentes en materia de consumo<sup>(85)</sup>.

El fuero nacional en lo comercial igualmente debe juzgar los litigios colectivos referidos a la nulidad de las cláusulas de los contratos celebrados entre determinadas empresas<sup>(86)</sup>.

Empero, hay decenas de incógnitas por despejar<sup>(87)</sup>.

\*\*\*

Como remarcó el Máximo Tribunal federal en el citado caso “Halabi”<sup>(88)</sup>, la ausencia de normativa que regule las acciones de clase no es obstáculo para su tramitación, pues, como señalé, en ese precedente se aclaró que la norma del segundo párrafo del art. 43 de la CN “es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia”<sup>(89)</sup>.

Las enseñanzas de dicho fallo fueron seguidas por los demás tribunales en numerosos fallos, como el recaído en el caso “Préstamos Móvil S.A.” sobre cargos ilegítimos, cobrados de manera sistemática por una entidad financiera a sus clientes<sup>(90)</sup>.

Dichas pautas son las mismas que contiene el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos<sup>(91)</sup> (en particular, en su art. 11) que el Ministerio de Justicia de la Nación ha

de clase a varias organizaciones de defensa del consumidor, incluso algunas que habían promovido numerosos procesos de ese tipo.

Situaciones como esa generaron conflictos novedosos. Así, en el caso “Asociación Sepa Defensora c. Secretaría de Energía de la Nación y otros s/amparo colectivo”, exp. Competencia FLP 39652/2014/CS1, el 26-12-18 la Corte Suprema federal tuvo que resolver un supuesto de falta de representación colectiva sobrevenida (véase un comentario crítico a este fallo en VERBIC, FRANCISCO, *Falta de representación colectiva sobrevenida. Efectos de la baja del Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores*, La Ley, 1-2-19).

(83) CNCom., sala F, 17-4-12, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Credit Suisse”, MJJ72950; ídem, 17-5-11, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de Santiago del Estero S.A.”, MJJ67369.

(84) GARGARELLA, ROBERTO, *Hechos y argumentos en materia de legitimación, en Diálogo Multidisciplinario sobre la nueva justicia civil de Latinoamérica*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pág. 15.

(85) CNCom., sala D, 25-10-16, “Niro S.A. c. Renault Argentina S.A. y otro”, ED, 270-397, con comentario de CASTIGLIONI, RITA, *El abuso del poder negocial entre empresas*.

(86) CNCom., sala A, 12-8-13, “Amtrack S.A. c. Natale, Nazareno”, MJJ82179.

(87) Se discute si el litigio puede (o debe) pasar por la mediación (en el ámbito nacional: ley 24.573, t.o. ley 26.589) (al respecto: GRILLO CIOCCHINI, PABLO A., *La mediación en las acciones colectivas en defensa de los consumidores*, LL, 2009-F-572).

En realidad, la ley no las exige de tal procedimiento. Por otra parte, algunos autores que se han ocupado de esta cuestión, con motivos valederos, son partidarios de este mecanismo de conciliación (GESUITI, JUAN M., *Las acciones de clase en la Ley de Defensa del Consumidor: algunas críticas para su correcta evolución*, LL, 2011-A-682; RÍOS, GUILLERMO C., *Derecho del consumidor...*, cit.).

La resistencia a tal remedio proviene de la desconfianza que despierta el hecho de que quien todavía no ha demostrado ante un juez que es el legitimado colectivo pueda transar el conflicto, extremo que podría tener repercusiones (positivas o negativas) respecto de un conjunto de personas, sea en ese litigio o en otro (GIANNINI, LEANDRO J., *Transacción y mediación...*, cit.).

RÍOS (*Derecho del consumidor...*, cit.) detectó acuerdos transaccionales homologados respecto de acciones de clase prácticamente por todos los juzgados de Primera Instancia del fuero nacional comercial.

(88) Posteriormente el Tribunal Címero se pronunció sobre la legitimación de las asociaciones que concentran el interés colectivo, precisando de ese modo el alcance de la expresión “asociación” contenida en el art. 43 de la CN (CS, 21-8-13, “PADEC c. Swiss Medical S.A. s/nulidad de cláusulas contractuales”, Id SAJ: FA13000127).

(89) OTEIZA, EDUARDO, *La constitucionalización de los derechos colectivos, en Procesos colectivos*, cit., pág. 31.

(90) CNCom., sala D, 2-5-17, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Préstamos Móvil S.A. Vivus Com.ar.”, MJJ104549, precedente en el que se cita a MARTÍNEZ MEDRANO, GABRIEL, *Las acciones de clase en la visión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LL, 2012-E-24.

(91) La Comisión Redactora fue designada por resolución RESOL-2017-1026-APN-MJ del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en el marco del Programa Nacional de Coordinación General de Derecho Privado. El Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos fue publicado en el blog del Programa Justicia 2020 el 17-5-18.

## NOVEDADES



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

ALEJANDRO ALBERTO FIORENZA

LA FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Derecho 2018

502 páginas

ISBN 978-987-3790-82-9

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177

Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)

[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)

presentado al Congreso de la Nación<sup>(92)</sup>, al que me referiré más adelante.

\*\*\*

Hay un dato que refuerza la conclusión precedente: el proyecto de Código Civil y Comercial, entre los arts. 1745 y 1748 (ambos inclusive), tenía un título completo dedicado a los *derechos de incidencia colectiva* y a los *derechos individuales homogéneos*, a punto tal que se llegó a organizar un proceso para hacerlos valer<sup>(93)</sup>.

Ese título, completo, fue suprimido por el Poder Ejecutivo al enviar el proyecto al Congreso y, con ese formato, el Código Único se transformó en ley<sup>(94)</sup>. No obstante, prácticamente toda la doctrina considera que aquellos principios sentados en el caso “Halabi” siguen vigentes, pues se sustentan en otras disposiciones del mismo ordenamiento<sup>(95)</sup>.

Ese fue el criterio sentado en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca del año 2015<sup>(96)</sup>, y es el que ha sido receptado por la jurisprudencia, tanto la anterior como la posterior a la sanción del nuevo código<sup>(97)</sup>, pues se entiende que ha sido consagrado por la mentada reforma constitucional de 1994<sup>(98)</sup>.

\*\*\*

Debo aclarar que no siempre los procesos de clase tienen por objeto la indemnización de daños<sup>(99)</sup>. En ocasiones

(92) Véase al respecto: VERBIC, FRANCISCO, *El Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos impulsado por el Ministerio de Justicia*, La Ley, 10-7-18, número especial sobre el particular; del mismo autor: *A 10 años de “Halabi”*, en [https://www.academia.edu/38435971/A\\_10\\_a%C3%B1os\\_de\\_Halabi?auto=download&campaign=weekly\\_digest](https://www.academia.edu/38435971/A_10_a%C3%B1os_de_Halabi?auto=download&campaign=weekly_digest).

(93) Según los “Fundamentos del Anteproyecto...”, esa normativa seguía el proyecto de reforma a la Ley General del Ambiente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Sobre el particular: SHINA, FERNANDO, *Las acciones de clase en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, El Dial, Suplemento especial, julio 2012, DC 1888.

(94) Se dijo entonces que lo relacionado con la tutela de derechos de incidencia colectiva excedía el objeto del Código Civil y Comercial y que debía formar parte de una ley especial.

Empero, hay motivos para suponer que la razón de la eliminación de esos preceptos del código fue otra, de índole política.

(95) DE ROSAS, PABLO E. - NICOSIA, ANDRÉS C., *Derechos individuales homogéneos: del caso “Halabi” al nuevo Código Civil y Comercial*, MJD7553; GALDÓS, JORGE M. - VALICENTI, EZEQUIEL, *Los derechos de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial (la irrelevancia de la supresión del Anteproyecto)*, Revista de Derecho de Daños, Acciones colectivas de daños, 2015-3, pág. 89; LORENZETTI, RICARDO L., *Código Civil y Comercial comentado*, Rubinzal-Culzoni, t. 1, pág. 73; HALABI, ERNESTO - DÍAZ CISNEROS, ADRIANO P., *Las acciones de clase y la reforma judicial. Requisitos procesales de procedencia*, en [http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina\\_nuevo.asp?base=50&id=6855&t=d](http://www.eldial.com/nuevo/archivo-doctrina_nuevo.asp?base=50&id=6855&t=d).

(96) Tales conclusiones están disponibles online en: [www.jndcbahia-blanca2015.com](http://www.jndcbahia-blanca2015.com).

(97) Véanse los precedentes citados por GARRIDO CORDOBERA, LIDIA M. R., *Los derechos individuales y de incidencia colectiva en el Código Civil y Comercial* (Art. 14), [www.acadec.org.ar/acadec](http://www.acadec.org.ar/acadec).

(98) VERGARA, NICOLÁS D., *Legitimación en las acciones colectivas*, Infojus, octubre 2011, Id SAJ: DACF110160; MIGHETTI, CARLOS M., *La legitimación de las asociaciones y la acción de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: estado actual y perspectiva*, RED Sociales, n° 2, pág. 31, en [http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2014/08/RSOC002\\_03-La-legitimacion-C3%B3n-de-las-asociaciones-Mighetti.pdf](http://www.redsocialesunlu.net/wp-content/uploads/2014/08/RSOC002_03-La-legitimacion-C3%B3n-de-las-asociaciones-Mighetti.pdf).

(99) Por ejemplo, la Corte Suprema debió resolver un caso en el marco del Programa de Propiedad Participada (CS, 11-2-14, “Yurquina Jalil, Milagro y otros c. Programa de P.P. de Telecom Arg. Stet France Tel. S.A. y otro”, MJJ112418).

pueden servir no para remediar conflictos del pasado, sino para evitarlos en el futuro.

El Código Civil y Comercial, en el ámbito contractual, les asignó a los jueces la *función integradora del contrato*, es decir, la atribución de suplantar las cláusulas contractuales declaradas nulas por ser abusivas por otras que cumplan la finalidad legítima que las partes deben propender a alcanzar<sup>(100)</sup>.

Esa misión en la que más servicio presta a la justicia es en los procesos colectivos, en cualquiera de sus variantes, pues si cada uno de los damnificados por las actitudes abusivas del empresario poderoso debiera afrontar un litigio singular, tal litigio casi nunca llegaría al tribunal<sup>(101)</sup>.

Debe tenerse en cuenta que durante la vida del contrato, como lo ha destacado la jurisprudencia, por temor a las represalias (comerciales y legales), ni las cláusulas exorbitantes ni el ejercicio abusivo de sus atribuciones por parte del empresario dominante son resistidos o rechazados por los dominados (clientes o empresarios subordinados)<sup>(102)</sup>. Es que, aunque en los papeles estos últimos son autónomos, su libertad se encuentra limitada, pues es sabido que los reclamos pueden recibir como respuesta la ruptura del contrato; contrato que, a pesar de todo, suele ser importante para el damnificado y, por ende, desea conservarlo<sup>(103)</sup>.

## 5 El Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos

Una comisión designada por el Ministerio de Justicia de la Nación (resolución 2017-1026-APN-MJ)<sup>(104)</sup>, basándose en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica del año 2004<sup>(105)</sup>, en diversos proyectos anteriores<sup>(106)</sup> y en la jurisprudencia de la Corte Suprema, elaboró el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos<sup>(107)</sup>, el que fue presentado ante la H. Cámara de Diputados de la Nación por informe de gestión n° 112 del jefe de gabinete de ministros de la Nación el 31-7-18<sup>(108)</sup>.

Con amplio criterio<sup>(109)</sup>, el art. 1° de esa normativa abre el cauce de la tutela judicial "... a un colectivo formado

por personas humanas, jurídicas o ambas, denominados indistintamente clase o grupo plural de afectados"<sup>(110)</sup>. Basta que medie grave dificultad de constituir un litisconsorcio<sup>(111)</sup> y "que en la pretensión de protección de derechos de incidencia colectiva predominen las cuestiones comunes fácticas o normativas que se proyectan a un número determinado o indeterminado de personas por sobre las individuales" (art. 4°)<sup>(112)</sup>.

No es exigible el previo agotamiento de la vía administrativa (art. 3°).

Y en punto a la legitimación procesal alcanza con que el magistrado judicial confirme "... la representatividad de las organizaciones de protección o defensa respecto de la clase o grupo plural individualizado" (arts. 5° y 6°)<sup>(113)</sup>.

El Anteproyecto cosechó algunos apoyos doctrinarios<sup>(114)</sup>. También hubo críticas, en particular de ciertas organizaciones de defensa de los derechos humanos y de consumidores que, en buena proporción, han encarado acciones de esta naturaleza en el pasado reciente<sup>(115)</sup>. Sin embargo, como resulta de sus publicaciones, no se trata de objeciones emitidas desde la objetividad, sino desde la atalaya de quienes se han dedicado, por ejemplo, a reclamar el reconocimiento del derecho a acceder a tratamientos y medicamentos para personas con VIH ("Benghalensis"), la contaminación del Riachuelo ("Mendoza") o el derecho a condiciones dignas en las cárceles en la provincia de Buenos Aires ("Verbitsky").

Es natural que, desde ese punto de vista, las normas del Anteproyecto que regulan la legitimación colectiva para evitar abusos<sup>(116)</sup>, o las que ponen condiciones para otorgar

divisibles o diferenciados y b) de derechos colectivos indivisibles y de ejercicio común.

Acertadamente se ha sostenido que hubiera sido mejor "... incorporar en cada título dedicado a las diversas instituciones del proceso colectivo aquellas previsiones específicas en las que la divisibilidad o indivisibilidad de la pretensión es un dato significativo". Ello sería válido para "... la divisibilidad de los derechos en juego puede justificar previsiones especiales en materia de admisibilidad del proceso colectivo (exigiendo la demostración de la superioridad de tramitar colectivamente la controversia en vez de hacerlo a través de variantes litisconsorciales), *opt out* (derecho de autoexclusión), litispendencia (relación entre las acciones colectivas e individuales), liquidación y ejecución de sentencia, etc." (GIANNINI, LEANDRO J., *Análisis crítico del Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos del Ministerio de Justicia de la Nación (2018)*, La Ley, 18-7-18, disponible en <https://www.justicia2020.gov.ar/wp-content/uploads/2018/07/An%C3%A1lisis-cr%C3%ADtico-del-Anteproyecto-de-Ley-Procesos-Colectivos-Giannini.pdf>).

(110) De su lado el art. 2° establece: "Las personas o grupos de personas tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso para la protección de los derechos de incidencia colectiva". "Las normas que rigen el proceso colectivo deben aplicarse con la finalidad de facilitar el acceso a la justicia".

(111) "Sea por el número de sus integrantes o por la presencia de obstáculos económicos, materiales, sociales o culturales al acceso a la justicia que dificulten el ejercicio efectivo de los derechos".

(112) Véase: QUIQUINTO, CÉSAR R., *Legitimación y procedimiento para procesos colectivos en el anteproyecto de Justicia 2020 a la luz de los fallos Halabi y ATE 2 de la C.S.J.N.*, MJ13834.

(113) Lo cual, como se comprueba en la experiencia jurisprudencial, constituye un arduo problema. Así: CS, 10-2-15, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros", MJ91370; CNCom., sala C, 4-12-12, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. HSBC La Buenos Aires Seguros S.A.", MJ78073.

(114) Por ejemplo: BALCONI, MARIELA S., *El Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos: ¿finalmente habrá reglas uniformes y claras?*, en <http://www.abogados.com.ar/el-anteproyecto-de-ley-de-procesos-colectivos-finalmente-habra-reglas-uniformes-y-claras/21512>; CASTELLI, LEANDRO M. - GASCÓN, ALEJO M., *Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos*, en <https://www.marval.com/publicacion/anteproyecto-de-ley-de-procesos-colectivos-13234>; CATALANO, MARIANA, *El anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos. Justicia 2020*, LL, 2018-C, Edición especial: Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos, pág. 121; GIANNINI, LEANDRO J., *Análisis crítico...*, cit.

(115) Véase, por ejemplo: <https://acij.org.ar/fuerte-rechazo-al-anteproyecto-de-ley-de-procesos-colectivos/>.

(116) El art. 31, apart. a), de la ley 23.551 de Asociaciones Sindicales determina que la asociación sindical con personería gremial tiene el derecho de "defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores". ¿Alcanzará esa norma para que un sindicato pida, en el concurso de un empleador, la verificación de crédito del conjunto de sus trabajadores? Algún autor dio la respuesta positiva (CAPÓN FILAS, J. PABLO, *Legitimación activa de las asociaciones sindicales en sede judicial*, en [http://www.aal.org.ar/articulo3n\\_revista/legitimacion-activa-de-las-asociaciones-sindicales-en-sede-judicial/](http://www.aal.org.ar/articulo3n_revista/legitimacion-activa-de-las-asociaciones-sindicales-en-sede-judicial/)).

En principio, nada hay de ilegítimo en ello. No obstante, ha habido casos ciertamente llamativos. Véase, por ejemplo: TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 6-6-13, "Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido y su acumulado GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Trabajadores del Estado (ATE) c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)'" , MJ80316; CNContadm. Fed., sala V, 17-4-18, "Confederación Nacional de Cooperativas

una medida cautelar (art. 24), o la que no libera a tales organizaciones de los gastos de publicidad (art. 28) o de las costas cuando sus demandas son rechazadas (art. 19)<sup>(117)</sup> y obligue a que las causas contra el Estado Nacional tramiten ante los tribunales de la Capital Federal<sup>(118)</sup>, sean percibidas como restricciones intolerables a su propio accionar<sup>(119)</sup>. De allí que han llegado a sostener que el Anteproyecto es anticonstitucional o que procura transformarse en una "ley antiacciones de clase"<sup>(120)</sup>.

Para aportar ecuanimidad en el análisis no debe perderse de vista que las acciones colectivas, en el pasado reciente, fueron empleadas como ariete procesal para discutir medidas de los gobiernos nacionales, provinciales o municipales, o sencillamente para obstruir la administración a cargo de los organismos públicos<sup>(121)</sup>.

\*\*\*

Se le ha cuestionado al Anteproyecto el contener normas procesales, las que, se supone, en un sistema federal como el nuestro deberían ser dictadas por las respectivas provincias<sup>(122)</sup>.

Para ver cómo resolver adecuadamente el conflicto nada mejor que analizar cómo funciona el régimen canadiense.

Canadá fue uno de los primeros países del mundo en dictar una ley federal de *acciones de clase*<sup>(123)</sup>. Pero como se trata de un país celoso de su federalismo, para adecuar la normativa nacional a los procedimientos locales (que difieren entre sí, y mucho) cada provincia dictó su propia ley de acciones de clase<sup>(124)</sup>.

Lo cierto es que en Canadá, aunque se dan algunos conflictos de normas federales con provinciales<sup>(125)</sup>, hubo una

de Trabajo Ltda. c. Estado Nacional/Ministerio de Energía y Minería de la Nación s/amparo ley 16.986", MJ110474.

Es notorio que ello ha pesado en el ánimo de los redactores del Anteproyecto a la hora de redactar las normas que persiguen combatir los abusos.

(117) Vale recordar que el art. 53 de la LDC consagró el mucho más amplio beneficio de justicia gratuita, que abarca la exención de cargar con las costas del proceso (al respecto: VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A. - AVALLE, DAMIÁN, *El alcance del beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor*, LL, 2009-C-401; DEL ROSARIO, CRISTIAN O., *El beneficio de gratuidad y su alcance en las acciones de clase*, LL, 2009-B-671). En coincidencia con este precepto y con la doctrina sentada por la Corte Suprema Federal resulta el art. 155 del proyecto de ley de Reforma del Régimen de Defensa y Fomento de la Competencia (ley 25.156) de la diputada Elisa M. A. Carrió [Exp. 2479-D-2016, en <https://www.hcdn.gob.ar/comisiones/permanentes/clpnel/reuniones/vt/proyecto.html?exp=2479-d-2016>].

La jurisprudencia, en esa línea, decidió que, en los procesos colectivos, es el demandado quien debe cargar con los gastos de publicidad. Por ejemplo: CNCom., sala C, 24-5-18, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. El Progreso Seguros S.A.", MJ111758; idem, sala F, 12-7-18, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nissan Argentina S.A.", MJ112768; idem, 12-2-19, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Financiero S.A. s/beneficio de litigar sin gastos", en <https://abogados.com.ar/archivos/2019-02-21-032526-asociacion-por-la-defensa-de-usuarios-y-consumidores-c-banco-financiero-s-beneficio-de-litigar-sin-gastos.pdf>; CNCiv. y Com. Fed., sala II, 1-8-17, "Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria s/inc. de medida cautelar", MJ107923.

En otro precedente se mandó a publicar edictos sin pago previo: CNCom., sala F, 12-7-18, "Unión de Usuarios y Consumidores Asoc. Civil c. Kia Motors Argentina S.A.", MJ113158.

(118) Es evidente que el Anteproyecto busca que las causas que puedan afectar el funcionamiento de la Administración federal no sean juzgadas por tribunales provinciales, en ocasiones, de dudosa imparcialidad, como ocurrió no hace mucho.

Esa tesitura se asemeja al precepto de la mencionada Class Action Fairness Act del año 2005 que, como vimos, exige que los casos de acciones de clase de cierta importancia económica estén a cargo únicamente de los jueces federales.

(119) Así: VERBIC, FRANCISCO, *El anteproyecto...*, cit.; del mismo autor: *Comentarios sobre el Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos impulsado por el Ministerio de Justicia*, en <https://classactionsargentina.com/2018/07/18/el-anteproyecto-de-ley-de-procesos-colectivos-impulsado-por-el-ministerio-de-justicia/>.

(120) DÍAZ CISNEROS, ADRIANO P. - HALABI, ERNESTO, *Comentario al Anteproyecto...*, cit.

(121) Así lo hicieron notar ADRIANO P. DÍAZ CISNEROS y ERNESTO HALABI, ver nota anterior.

(122) TAMBORRENA, GABRIEL, *Hacia una acción procesal en el código de rito*, ponencia presentada ante el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, 14 al 16 de septiembre de 2017.

(123) Me refiero a la Class Proceedings Act de 1992 (puede verse el texto actualizado en [http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96050\\_01](http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96050_01)).

(124) Así, en el año 2018, la provincia de British Columbia dio a conocer un proyecto de reformas a su Class Proceedings Act (*bill* 21-2018) ubicable en <http://www.bclaws.ca/civix/document/id/lc/bills/current/3rd41st:gov21-1>.

(125) En ese sentido, es de interés el caso "Romspen Investment Corporation vs. Courtice Auto Wreckers Ltd." (2017 ONCA 301), pues

nutrida aplicación del instituto<sup>(126)</sup>. Muchos de esos casos transitaron total o parcialmente por los procedimientos concursales<sup>(127)</sup>.

## 6 Acciones de clase en los procesos concursales en el derecho comparado

El proceso concursal es típicamente colectivo. Todos los acreedores de un mismo deudor deben canalizar sus acciones en un único recinto procesal<sup>(128)</sup>.

Muchas veces sus acciones (como las de ineficacia, de responsabilidad por daños, etc.) son ejercidas por el síndico, a quien la ley le confía la misión de obrar en representación de ese conjunto de acreedores<sup>(129)</sup>.

Hay quienes piensan que en los procesos concursales las acciones de los arts. 118 y 172 de la LCQ son *de clase*<sup>(130)</sup>.

Sin embargo, lo que ocurre con las acciones auténticamente *de clase* cuando deben pasar por el proceso concursal de quien es, o se supone que es, el deudor de los integrantes de un grupo demandante conforma una realidad bien distinta de la que atienden las acciones falenciales de recomposición patrimonial.

Como en nuestro derecho no hay experiencia digna de mención acerca de este fenómeno, mejor será que pasemos revista a lo que ocurre en otras latitudes sobre el particular, pues, más temprano que tarde, seguramente comenzaremos a pasar por situaciones similares.

\*\*\*

En los Estados Unidos, las *mass torts* en materia concursal no alcanzaron las dimensiones que tienen en el presente hasta comienzos de la década del noventa<sup>(131)</sup>.

Se trata de un instituto en constante cambio<sup>(132)</sup>, razón por la cual todo el tiempo aparecen propuestas de reforma al régimen legal<sup>(133)</sup>.

En algunos casos de procesos colectivos, con la sentencia condenatoria en mano, ante la imposibilidad de que todos los acreedores de la clase cobren lo suyo, son estos quienes impulsan el proceso concursal del deudor.

Pero muchas veces, como ocurrió con los casos por asbestosis<sup>(134)</sup>, ni bien se tuvo noticias del conflicto, o cuan-

allí hubo que confrontar la ley federal de insolvencia y una ley provincial (ZWEIG, SEAN - BELL, PREET K., *Court of Appeal Permits Union Certification Application in Face of Insolvency Stay of Proceedings*, 3-5-17, en <https://www.bennettjones.com/en/Publications-Section/Updates/Court-of-Appeal-Permits-Union-Certification-Application-in-Face-of-Insolvency-Stay-of-Proceedings>).

(126) Al respecto: WATSON, GARRY D., *Class Actions: The Canadian Experience*, Duke Journal of Comparative & International Law, vol. 11, 2001, pág. 269.

(127) Para un panorama de los casos más recientes: SCHMITT, ALEXANDER, *Litigation funding in Canadian insolvencies: a new tool in the toolbox?*, en <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/170964/litigation-funding-in-canadian-insolvencies-a-new-tool-in-the-toolbox>.

(128) GRAZIÁBILE, DARIÓ J., *Breve teorización sobre el proceso concursal. Naturaleza, caracteres, principios y tipos*, RSC, n° 33, marzo-abril, 2005, pág. 89.

(129) BONSIGNORI, ANGELO, *La naturaleza jurídica de los procedimientos concursales*, RDCO, 1982, 15-1.

(130) DASSO, ARIEL G. - DASSO, JAVIER A., *Las acciones de responsabilidad contra el administrador y/o el accionista por actuación de insolvencia de índole concursal no societaria*, ponencia presentada en el X Congreso Argentino de Derecho Societario y VI Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, La Falda, Córdoba, 2007.

(131) En 1966 se reformó el Federal Rules of Civil Procedure, lo cual creó estándares flexibles de acciones de clase, lo que permitió el aumento de las cifras de las indemnizaciones (EPSTEIN, RICHARD, *Class Actions: Aggregation, Amplification, and Distortion*, University of Chicago Legal Forum, 2003, pág. 497).

(132) En el ámbito concursal ya apareció un caso de damnificados colectivos por una empresa de criptomonedas, el que tiene ramificaciones internacionales (PASCOE, LEE, *Cryptocurrency and insolvency: 2018 the year in review*, en <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/172099/cryptocurrency-and-insolvency-2018-the-year-in-review>).

(133) Véase al respecto: SMITH, DOUGLAS G., *Resolution of Mass Tort Claims in the Bankruptcy System*, University of California, Davis Law Review, vol. 41, pág. 613, en [https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/41/4/articles/41-4\\_Smith.pdf](https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/41/4/articles/41-4_Smith.pdf).

(134) Johns-Manville, en 1982, fue la primera empresa de gran dimensión en acudir al procedimiento de insolvencia del Ca-

do este ya se había desatado, fueron los demandados quienes optaron por pedir su propio proceso concursal<sup>(135)</sup>, como modo de forzar que todos los reclamos sean resueltos por un mismo juez<sup>(136)</sup>.

Naturalmente, el sistema judicial también anhela que ello ocurra, tanto para no tener que tramitar una enorme cantidad de pleitos sobre el mismo tema como para evitar que en ellos se den resultados contrapuestos.

Y si en ese litigio unificado se determina la responsabilidad del concursado o quebrado, también pueden facilitarse las cosas si el juez, en la sentencia que dicte, establece subclases de damnificados y una tabla de indemnizaciones tasadas que cada integrante de tales subclases percibirá, sistema similar al de los baremos que contienen algunas leyes sobre accidentes o enfermedades del trabajo.

Es cierto que esa metodología altera grandemente los procedimientos de verificación de créditos de estilo clásico, pero es indudable que su implementación trae aparejado el ahorro de tiempo, esfuerzo y dinero en beneficio de todos los sujetos implicados.

\*\*\*

Todo lo relacionado con los procesos concursales sufrió grandes transformaciones para adaptarse a esa cambiante realidad<sup>(137)</sup>. En esa orientación, se reformó la Ley Federal de Quiebras estadounidense para ampliar la definición de daños reclamables (*claims*)<sup>(138)</sup> en esta clase de procesos, para extenderla, incluso, a los daños latentes o potenciales<sup>(139)</sup>.

De su lado, la Regla de Bancarrota 7023 actual<sup>(140)</sup> permite implementar la *acción de clase* en los procesos concursales en tanto respeten las reglas federales 9014, 9019 y 7023<sup>(141)</sup>.

Una de las complicaciones que más atención mereció tiene que ver con las formas de manejar los recursos del deudor para que puedan ser distribuidos equitativamente entre los acreedores de la clase<sup>(142)</sup>. Así, es usual que se recurra a la figura del fideicomiso<sup>(143)</sup>, que tiene por beneficiario no solo a los integrantes actuales de la clase, sino también a los futuros<sup>(144)</sup>.

pítulo 11 del Código de Bancarrota para afrontar los reclamos derivados de los productos con amianto. Sobre el particular: SMITH, MARIANNA S., *Resolving Asbestos Claims: The Manville Personal Injury Settlement Trust*, Law and Contemporary Problems, vol. 53, n° 4, 1990, en <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4069&context=lcp>.

(135) Hubo casos de tal magnitud económica que los demandados, aunque tuvieran herramientas para una defensa exitosa, cayeron en la insolvencia por los costos del proceso.

(136) WARREN, ELIZABETH, *The Law of Debtors and Creditors: Text, Cases, and Problems*, 6ª ed., Jay Lawrence Westbrook, University of Texas, pág. 771.

(137) Los primeros casos de daños masivos en procesos concursales se dieron en los Estados Unidos a principios de la década de 1980. Para más, en esos tiempos comenzaba a aplicarse la reforma de la ley de quiebras de 1978, considerada una de las más importantes de la historia.

(138) Sección 63(a).

(139) Más precisamente lo que hace a los reclamos futuros según la Sección 502(c) del Código de Bancarrota. Al respecto: DOUGLAS, MARK G., *The Cautionary Tale Continues: Debt Acquired from Recipient of Voidable Transfer Subject to Disallowance under Section 502(d)*, en <https://www.jonesday.com/newsknowledge/publicationdetail.aspx?publication=3601>.

(140) Rule 7023. *Class Proceedings*. Texto completo en <https://statecodesfiles.justia.com/us/2012/title-11/appendix-title-11/323/part-vii/rule-7023/rule-7023.pdf>.

(141) LEVIN, RICHARD, *Recent Developments in Bankruptcy Law*, octubre 2018, en <https://jenner.com/system/assets/assets/10813/original/Recent%20Developments%20in%20Bankruptcy%20Law%20-%20October%202018.pdf>.

(142) Problema similar se da en el derecho italiano (BACCETTI, NICCOLÒ, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Giuffrè Editore, pág. 40).

(143) En el caso "Johns-Manville" se empleó un fideicomiso de distribución (*Access Asbestos Trust Funds*) (<https://www.asbestos.net/legal/asbestos-trust-funds/list-of-companies/>).

(144) Para hacer un cálculo estimativo del monto de los créditos a reconocer en el futuro, incluso los que aún no se han dado en los hechos, se han ensayado varios métodos. Por ejemplo: ANYANGAH, JOSHUA O., *On Deviating from Absolute Priority: The Case of Tort Claims and Active Creditors*, Scientific Research Publishing, vol. 7, n° 3, abril 2017, en <http://m.scrip.org/papers/75397>; KAUFFMAN, DAVID, *Procedures for Estimating Contingent or Unliquidated Claims in Bankruptcy*, Stanford Law Review, vol. 35, n° 1, pág. 153; GUTTEL, EHUD - HA-

En esa órbita, la regla 9019 permite que el tribunal de quiebras apruebe un acuerdo transaccional<sup>(145)</sup>.

*Mutatis mutandis*, el problema se traslada al tercero que proponga un plan de reorganización que implique la compra del negocio del fallido en marcha, pues él también debe hacer frente a los créditos de los acreedores de clase que aún no sabe si existen<sup>(146)</sup>.

Para resguardar los derechos de esos acreedores futuros en ocasiones el tribunal designa a un representante colectivo distinto del ya existente<sup>(147)</sup>, el *future claimants' representative* (FCR)<sup>(148)</sup>. Este sujeto debe votar el plan de saneamiento o de liquidación de los bienes del deudor, y puede ayudar a estimar el monto total de reclamaciones futuras. También puede obrar como mediador.

El FCR es designado por el juez del concurso entre los candidatos propuestos por el U.S. Trustee<sup>(149)</sup>.

Sin embargo, en ocasiones, se designa como *future claimants' representative* a un juez concursal<sup>(150)</sup>.

\*\*\*

Otro trastorno al que debe prestarse atención tiene que ver con el ejercicio de la opción de salida (*opt out*) en el marco del concurso del demandado colectivo, pues puede traer aparejados inconvenientes de mayor magnitud que los provocados cuando se encuentra *in bonis*.

\*\*\*

Hemos visto que los costos de los litigios de daños masivos muchas veces son enormes<sup>(151)</sup>. Estudios de laboratorio, investigaciones de distinta índole, son algunas de las erogaciones que frecuentemente deben solventar quienes toman la iniciativa, que, en muchas ocasiones, son entidades de defensa de los derechos de los consumidores que no cuentan con la capacidad financiera suficiente. Ello ocurre tanto en nuestro medio como incluso en los países con economías poderosas.

¿Cómo se supera esa traba? En los últimos tiempos, comenzando por Australia<sup>(152)</sup>, han aparecido fondos de inversión (denominados *third party litigation funding*)

REL, ALON - LAVIE, SHAY, *Torts for Nonvictims: The Case For Third-Party Litigation*, University of Illinois Law Review, vol. 2018, pág. 1049, en <https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2018/09/Guttel-2.pdf>; JAKUBOWSKI, STEVE, *Estimation Proceedings: Rough Justice in a Rough World*, Bankruptcy Litigation Blog 2.0, en <https://www.bankruptcylitigation.blog/litigation-lore/estimation-proceedings-rough-justice-in-a-rough-world/>; HOEHNE, DEBORA, *Bringing Certainty to Uncertainty: Estimation of Tort Claims*, Weil Bankruptcy Blog, febrero 2016, en <https://business-finance-restructuring.weil.com/claims/bringing-certainty-to-uncertainty-estimation-of-tort-claims/>.

(145) La aplicación de la Regla 23 a los casos en los cuales se pide la certificación solo para homologar un acuerdo extrajudicial previo, los mecanismos de agregación, incluso en situaciones concursales, también tuvieron que lidiar con el "problema de futuros". El problema en parte se alivió cuando la Corte Suprema se pronunció en el caso "Amchem Products Inc. v. Windsor" (521 U.S. 591 [1997], <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/591/>).

Sin embargo, como la Corte Suprema todavía no fijó posición acerca de cómo debe resolverse el reparto entre los acreedores cuando hay reclamos *de clase* que incluyen eventuales reclamos futuros, la jurisprudencia viene ensayando diversas soluciones. Ninguna parece ser totalmente satisfactoria. Véase al respecto: *Switching Priorities: Elevating the Status of Tort Claims in Bankruptcy in Pursuit of Optimal Deterrence* (nota del editor), Harvard Law Review, vol. 116, n° 8, junio 2003, pág. 2541.

(146) HUDSON, KEVIN H., *Catch-23(b)(1)(B): The Dilemma of Using the Mandatory Class Action to Resolve the Problem of the Mass. Tort Case*, Emory Law Journal, n° 665, pág. 693.

(147) TUNG, FREDERIK, *The Future Claims Representative in Mass Tort Bankruptcy*, Chapman Law Review, n° 3, pág. 43.

(148) AYOTTE, KENNETH - LISTOKIN, YAIR, *Optimal Trust Design in Mass Tort Bankruptcies*, en [https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1564&context=ss\\_papers](https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1564&context=ss_papers).

(149) EPSTEIN, RICHARD, *Class Actions...*, cit.

(150) Así fue decidido en el caso "The Archdiocese of Saint Paul and Minneapolis" (caso n° 15-30125) decidido por la Corte de Bancarrota del Distrito de Minnesota el 10-8-18, en [https://www.mnb.uscourts.gov/sites/mnb/files/ASPM\\_Second\\_Amended\\_Joint\\_Chapter\\_11\\_Plan.pdf](https://www.mnb.uscourts.gov/sites/mnb/files/ASPM_Second_Amended_Joint_Chapter_11_Plan.pdf).

(151) Llama la atención que en nuestro país estemos discutiendo si los integrantes de una clase que promueve una acción colectiva debe pagar o no los gastos de publicidad, cuando, en realidad, ello usualmente es un gasto más de los muchos que es necesario afrontar para incoar un litigio de esta naturaleza.

(152) GEISKER, JASON - TALLIS, JENNY, *The Third Party Litigation Funding Law Review*, noviembre 2018, en <https://claimsfundingaus.com.au/news/third-party-litigation-funding-law-review-2nd-edition>.



# EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)  
 Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1  
 Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto.  
 de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho  
 REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:  
 Tel.: (011) 4349-0277  
 E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

dispuestos a solventar todo o parte de esos costos causídicos (los iniciales o los que se generan en el curso del pleito), incluso cuando la demandada es una empresa concursada<sup>(153)</sup>.

Naturalmente, esa actividad procura obtener beneficios económicos. Ello se hace a cambio de una parte de las indemnizaciones que se obtendrán si el pleito resulta exitoso.

Se estima que este negocio tendrá gran difusión en todo el orbe.

Bentham IMF, un fondo de inversión australiano especializado en litigios de esa índole, en 2016 abrió oficinas en Toronto y se expandió luego a Montreal. En su primer año de funcionamiento en Canadá recibió más de cien solicitudes de financiamiento.

Si solventar los honorarios de los abogados de la clase y el reembolso de los gastos que adelantaron los representantes colectivos genera conflictos, la aparición de este nuevo personaje en escena los incrementa.

Como imaginará el lector, el nuevo fenómeno ya tuvo su debut en los tribunales. Ello ocurrió en la Corte de Apelación de Quebec<sup>(154)</sup> en el caso "Bluberi", en el que se analizó la posibilidad de homologar un acuerdo de financiación a favor de una empresa concursada<sup>(155)</sup>. En este caso el único activo que le quedaba a Bluberi era una demanda potencial por valor de hasta C\$200 millones (dólares canadienses) que debía iniciar contra su prestamista garantizado, alegando que causó su insolvencia como parte de una estrategia ilegítimamente agresiva<sup>(156)</sup>.

Desde luego, la concursada no estaba en condiciones de atender los costos de preparación de la demanda. Por lo tanto, Bluberi y su abogado firmaron con Bentham un acuerdo de financiación del litigio mediante el cual acordaron, sujeto a la aprobación del tribunal, que Bentham, en compensación de sus aportes, recibiría una parte del crédito de la eventual condena, crédito que, por los primeros C\$20 millones que ingresaran, tendría una preferencia de cobro.

Si la demanda no prosperaba o, si obtenida la sentencia de condena, esta no se podía cobrar, Bentham perdería su inversión.

Por su parte, el abogado de Bluberi le cobraría mensualmente a Bentham un honorario basado en una tarifa horaria reducida, así como un pago diferido y un bono que dependían del resultado exitoso<sup>(157)</sup>.

Estos acuerdos de financiación de litigios han comenzado a darse en Canadá respecto de acciones de clase<sup>(158)</sup>,

incluso en supuestos en los cuales el deudor cae en concurso.

Se espera que la Suprema Corte Federal se pronuncie sobre el tema en el futuro próximo<sup>(159)</sup>.

## 7 El derecho concursal argentino. La legitimación colectiva en la verificación de créditos "de clase"

La ley 25.589<sup>(160)</sup> (una vez más en el marco de una generalizada emergencia económica) reformó la Ley de Concursos y Quiebras.

Entre sus innovaciones incorporó un art. 32 bis, norma que dispone que, en el concurso preventivo, la verificación de créditos puede ser solicitada por el fiduciario "... designado en emisiones de debentures, bonos convertibles, obligaciones negociables u otros títulos emitidos en serie".

Prácticamente toda la doctrina (me incluyo, *mea culpa*) pensó que la reforma estaba dedicada exclusivamente al problema de las acreencias nacidas de obligaciones negociables<sup>(161)</sup> en las que un fiduciario actúa como representante colectivo de los obligacionistas<sup>(162)</sup>, pues, en realidad, algunos destacados casos de la práctica forense de esos días exigían claridad sobre ciertas cuestiones litigiosas relacionadas con esa específica temática<sup>(163)</sup>.

Sin embargo, tal vez para que no quede tan en evidencia que se estaba legislando para casos singulares, inmediatamente después del párrafo que acabo de transcribir se agregó: "Y por aquél a quien se haya investido de la

legitimación o de poder de representación para actuar por una colectividad de acreedores"<sup>(164)</sup>.

No por nada el título de la norma es "Verificación por fiduciarios y otros sujetos legitimados"<sup>(165)</sup>.

Muy pocos comentaristas se dieron cuenta de que, más allá de lo que pensó el legislador al redactarlo, el texto dice lo que dice y, por lo tanto, se aplica a hipótesis diversas a las de los créditos nacidos de las obligaciones negociables<sup>(166)</sup>; aunque, en general, le asignaron una función menor, para casos infrecuentes<sup>(167)</sup>.

(Continuará en el próximo diario del 25 de abril de 2019)

(164) En tan poco espacio se evidencian varios errores de redacción; errores que solo pueden atribuirse al acelerado trámite parlamentario que transitó el proyecto hasta transformarse en ley. Así, luce inapropiada la conjunción "y" para unir al fiduciario, al investido de legitimación y al apoderado en lugar de ofrecerlos como sujetos alternativos, que era lo que correspondía.

Otra: la extensión de las atribuciones del fiduciario, del legitimado o del representante debe ser juzgada según "los contratos o documentos" que instrumentan sus respectivas designaciones, sin que pueda exigirse "... ratificación ni presentación de otros poderes", concluye el dispositivo en comentario. Bien podemos preguntarnos: ¿acaso el representante o el fiduciario no son legitimados?

MORANDO, con razón, destacó que la aclaración resulta superflua, ya que es obvio que quien goza de la legitimación o tiene poder se encuentra habilitado *per se* sin necesidad de que lo confirme la ley (MORANDO, ENRIQUE J. J., *Comentario crítico sobre algunos aspectos de los artículos 32 bis y 45 bis de la ley 24.522*, ED, 204-1033).

Una más: como el nuevo precepto declara que el fiduciario puede pedir la verificación, se supuso que los obligacionistas están habilitados para hacer esa gestión directamente; es decir, sin la intervención del fiduciario, que era lo que se entendía antes de la reforma de ley concursal de 2002: "Por más amplias que sean las facultades de representación conferidas (al fiduciario) [sostenía KENNY] los obligacionistas siempre conservan las acciones individuales en defensa de su interés particular" (KENNY, MARIO O., *Obligaciones negociables*, Abeledo-Perrot, pág. 126).

En suma, bien pueden darse duplicaciones de pedidos de verificación (del fiduciario y de los obligacionistas), circunstancia que, cuando se emiten miles de títulos, las más de las veces escriturales, solo registrados globalmente (usualmente en Europa o en los Estados Unidos), puede entorpecer el proceso concursal.

(165) El énfasis fue agregado al texto original.

(166) Tal el caso de SORIA, M. B. FERNANDA, *Notas sobre los otros legitimados o representantes a que refiere el art. 32 bis LCQ*, en *Cuestiones conflictivas en el actual derecho concursal*, Edgardo D. Truffat (dir.), Instituto Argentino de Derecho Comercial.

(167) Tal el caso de MORANDO, quien imaginó que quedaban abarcados los casos de los "sindicatos de las quiebras que a su vez tengan créditos originados en títulos valores emitidos por empresas concursadas o quebradas y los administradores sucesorios"; ejemplos que solo serían admisibles "... siempre y cuando otorguemos un sentido amplio a la expresión poder de representación para actuar por una colectividad de acreedores, ya que no es pacíficamente aceptado que el síndico concursal represente a los acreedores ni el administrador judicial a los herederos" (MORANDO, ENRIQUE J. J., *Comentario crítico...*, cit.).

(153) Sobre la experiencia en Canadá: SCHMITT, ALEXANDER, *Litigation funding in Canadian...*, cit.

(154) Es importante tener en cuenta que Quebec no es una provincia en la que rige el *common law*.

(155) Caso 9354-9186 "Quebec Inc. (Bluberi Gaming Technologies Inc.) v. Ernst & Young Inc.", 2018 QCCS 1040, en [http://courtdappelduquebec.ca/en/judgments/?tx\\_news\\_pi1%5B%40widget\\_0%5D%5BcurrentPage%5D=2&cHash=32734cb07b60914003f5379801676764](http://courtdappelduquebec.ca/en/judgments/?tx_news_pi1%5B%40widget_0%5D%5BcurrentPage%5D=2&cHash=32734cb07b60914003f5379801676764).

(156) Pueden verse algunos comentarios sobre este caso en BENOIT, PATRICE - CLOUTIE, GENEVIÈVE, *The Bluberi Case: How to Approach Litigation Funding in Insolvency*, en <https://insolvencyinsider.ca/the-bluberi-case-how-to-approach-litigation-funding-in-insolvency/>; POUSSHT-MASHHAD, SAAM - RIGAUD, SYLVAIN, *The Quebec Court of Appeal qualifies litigation funding agreement as a plan of arrangement*, en <https://www.securitieslitigation.blog/2019/02/the-quebec-court-of-appeal-qualifies-litigation-funding-agreement-as-a-plan-of-arrangement/>.

(157) Vale aclarar que, en este caso, si bien la Corte aprobó el acuerdo, limitó seriamente los porcentajes a percibir del posible resultado positivo de la acción.

(158) Me refiero al caso Superior Court of Justice de Ontario, 8-6-15, "Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International", 2015 ONSC 3215, comentado, entre otros, por HOSSEINI, SAMANEH - SMITH, ZEV, *As Third-Party Class Action Funders Make Their Mark in Canada, An Ontario Court Establishes Some Ground Rules*, en <https://www.stikeman.com/en-ca/kh/canadian-class-actions-law/As-Third-Party-Class-Action-Funders-Make-Their-Mark-in-Canada>; MEIGHEN, HUGH, *The evolution of third party litigation funding in Canada*, en <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/4952/the-evolution-of-third-party-litigation-funding-in-canada>.

(159) BRIGGS, MICHAEL D. - AIGBINO DE LANGE, SANDRA - WEST, ANDREW, *Litigation Funding Agreements: Does the Federal Court Lack Jurisdiction to Approve Third Party Funding Agreements?*, en <https://www.mccarthy.ca/fr/node/53701>.

(160) RUBÍN, MIGUEL E., *La nueva reforma al régimen concursal que trajo la ley 25.589*, LL, 2002-C-1368.

(161) En particular aquellas que, de un modo u otro, estuvieran regladas por leyes extranjeras.

(162) Por ejemplo: JUNYENT BAS, FRANCISCO - MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., *Ajustes técnicos al proceso concursal: tratamiento diferenciado de los títulos seriados en la ley 25.589*, JA, 2002-II-1301; TRUFFAT, E. DANIEL, *Aproximaciones a la ley 25.589 modificatoria de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522 y de la ley 25.563*, ED, 197-947; VITOLO, DANIEL R., *Algunas noticias sobre los artículos 32 bis y 45 bis de la ley de concursos*, en *Seminario Anual sobre Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Concursales*, Ad-Hoc; RUBÍN, MIGUEL E., *Verificación de crédito y votación del acuerdo cuando actúa un fiduciario: reforma de la ley 25.589*, JA, 2002-III-1503.

(163) Así lo destacó DASSO, ARIEL Á., *Balance provisorio de la ley 25.589. Dogma y praxis. Principios y realidad*, ED, 204-992.

## NOVEDADES 2019

Código Civil  
y Comercial  
de la Nación

Texto aprobado por la ley 26.994



CÓDIGO CIVIL  
Y COMERCIAL

NUEVA EDICIÓN 2019

El Derecho  
2019

520 páginas

ISBN 978-987-3790-85-0

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177  
 Compra online: [ventas@elderecho.com.ar](mailto:ventas@elderecho.com.ar)  
[www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar)