

Título: El anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos. Justicia 2020

Autor: Catalano, Mariana

Publicado en: LA LEY 10/07/2018, 10/07/2018, 1

Cita Online: AR/DOC/1335/2018

Sumario: I. Apreciación general.— II. Abreviada apreciación en particular.

Se establece que es juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección de la parte actora; y que el juez debe constatar que la opción no da cuenta de un abuso en la selección de la competencia. Se ignoran aquí pautas ya consolidadas de prioridad temporal que se tienen en cuenta en el propio cuerpo, en la regulación de las cautelares (art. 18) y como estándar en las reglamentaciones de la Corte Suprema, tal la Acordada 12/2016, para los casos de diferentes domicilios y de diversidad de fechas de inicio de la acción.

I. Apreciación general

El proyecto [\(1\)](#) recoge las tendencias en la materia, al menos del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (Caracas 2004) y de las acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema (sin perjuicio de otras fuentes que puedan indicarse en la exposición de motivos), consignando las pautas esenciales que no podían faltar en una norma regulatoria sobre el tema.

Divide su estructura según se discuta sobre intereses individuales homogéneos o bienes colectivos, con un abordaje consistente en diversos aspectos como representación, certificación de la clase, competencia, conexidad, litispendencia, prueba, trámite y sentencia.

Se trata, entonces, de un trabajo completo y con muchas fortalezas, lo que no impide efectuar algunas críticas, concretas y constructivas, que iremos deslizando en el análisis particularizado del texto, a fin de que, emulando a Morello, entre todos nos equivoquemos menos [\(2\)](#).

II. Abreviada apreciación en particular

II.1. Terminología: desde el primer artículo, que define el proceso colectivo, el Anteproyecto habla de "grupo plural", lo que resulta una tautología, pues resulta claro que la palabra grupo es de índole colectiva y que no podría existir un grupo individual, pues su existencia presupone la sumatoria de individuos.

II.2. Principios: una técnica legislativa de uso frecuente en los microsistemas relativos a las nuevas garantías tiene que ver con la sistematización de los principios rectores que otrora aparecían dispersos y subsidiarios. Ahora, en cambio, estas pautas ordenadoras del proceso aparecen todas juntas encabezando los textos; y no sólo se tornan operativas ante necesidades de interpretación e integración, sino que inspiran su funcionamiento en todo momento.

Así, resultan enumerados en el art. 2º, donde cuentan los plausibles principios de acceso a la justicia y debido proceso, oralidad, concentración y economía procesal, eficiencia, eficacia, buena fe y amplitud probatoria. En cuanto al principio de inmediación, se establece que el juez debe presenciar las audiencias, lo que sabemos, no siempre es posible, menos en la medida en que no haya una jurisdicción especializada. No obstante, admitimos que atento a la numerosidad y complejidad propia de los procesos colectivos, que versan sobre cuestiones normalmente policéntricas, la autoridad del juez en la dirección de las audiencias será difícil de reemplazar, motivo por el cual sí resulta pertinente reservarle la dirección de las audiencias más importantes, como la de certificación de la clase y producción de la prueba.

No nos convence la referencia a la "determinación de la verdad procesal", pues entendemos que las normas procesales están ordenadas a la consecución de la verdad "real", conceptos que, sabemos, no siempre convergen; habiendo dicho la Corte Suprema, en reiteradas oportunidades, que "La interpretación de dispositivos procesales no puede prevalecer sobre la necesidad de dar primacía a la verdad jurídica objetiva, de modo que su esclarecimiento se vea turbado por un excesivo rigor formal, incompatible con el servicio de justicia y las reglas del debido proceso" (CS, año 1999, "Farías c. ANSeS" y en sentido concordante, 2003, "Superintendencia de Seguros de la Nación", 1999, "Chan c. Klein", 1992, "Monastirsky", 1965, "Colalillo").

Párrafo aparte merece, como acierto, la consagración de la prohibición de abuso del proceso, concepto superador de la tradicional obligación de buena fe, que también aparece mencionada. Tiene que ver con el ejercicio del derecho de defensa al límite de la mala fe, del actuar malicioso, facultándose al juez a prevenir, investigar "o" (debe decir "y/o") sancionar cualquier abuso en este sentido (inc. f).

Por último, y aunque no lo consigna expresamente, entendemos que flota la idea de desburocratización, por ejemplo, cuando se prevé que el informe previo puede ser reemplazado por una impresión de la consulta informática a distancia del citado Registro, cuando fuera ello posible (art. 12). Es conveniente que se incluya

una pauta de flexibilidad o digitalización de ciertos trámites, como la consulta al registro, para evitar que la necesidad de aguardar una contestación atrase los tiempos del proceso.

II.3. Cautelares: como atino del Anteproyecto (art. 15, inc. c) destacamos que condiciona el otorgamiento de la cautelar a "la posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos", plasmando así un criterio realista que nos parece muy adecuado.

Distinto, en cambio, es lo que ocurre con la previsión de que los jueces se abstengan de dictar medidas precautorias cuando la causa no sea de su competencia (cuerpo del mencionado artículo), pues va a contramano de las previsiones incluso clásicas en la materia, que en caso de especial urgencia admiten la actuación del magistrado aun cuando no esté competencialmente habilitado, con el cargo de remitir las actuaciones al juez competente luego de la disposición cautelar, por supuesto.

II.4. Prueba: es atinada la previsión de amplitud probatoria dentro del listado de principios, así como el abordaje de la prueba en el art. 31, aclarándose, aunque parezca una obviedad, que no es necesario que la parte actora ofrezca y produzca pruebas individualizadas por cada uno de los miembros de la clase.

Empero, que luego de dejar sentado el deber de colaboración de las partes se establezca que su incumplimiento importa una presunción de veracidad del hecho positivo o negativo que favorezca a la contraparte, como si se tratara de una consecuencia o derivación lógica, nos parece desacertado; pues, en rigor, la inferencia se agota en el ya citado poder disciplinario del juez. Atribuirle a éste dos herramientas para obligar a los litigantes a colaborar (más allá de que su reticencia pueda ser una estrategia de litigación) será un exceso si no se establecen algunos parámetros que acoten la discrecionalidad judicial.

Puntual reflexión cabe, también, respecto de la disposición de art. 30 in fine, que expresa que "cuando el juez considere que las pruebas propuestas por las partes puedan resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo debe poner de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el juez, en base a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, puede señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente y esclarecer a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba sobre los hechos controvertidos".

Creemos que esto va más allá de las cargas dinámicas y se justificaría en caso de asuntos de indiscutible trascendencia pública o social, o vinculados a la prestación de servicios públicos esenciales. No, en cambio, como regla general, pues puede afectar el equilibrio entre las partes. Demasiado margen de actuación para el juez, que ya cuenta con la posibilidad de aplicar la técnica de la carga dinámica de la prueba (cosa que admitimos y elogiamos), y de compeler a las partes a actuar diligentemente.

Respecto de la carga dinámica, la estipulación del esbozo es adecuada, indicando que el magistrado debe tener en cuenta si alguna o algunas de ellas poseen conocimientos científicos, técnicos o información específica sobre los hechos, o mayor facilidad para acceder a la prueba y que si surgen modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, puede rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba.

II.5. Representación adecuada: el proyecto distingue la representación adecuada según se trate del afectado individual o de las organizaciones de protección o defensa, disponiendo requisitos que no son taxativos.

Allende la pertinencia de los extremos que exigen los arts. 7º y 8º, haremos dos salvedades: en primer lugar, el carácter no taxativo de la enumeración empodera al judicante sin ningún lineamiento, que en el caso concreto podrá exigir mayores recaudos a quien intente actuar por cuenta de un particular o grupo. Esta facultad abierta puede no ser siempre bien utilizada, por ejemplo, si se interpela a la presentación de objetos o cumplimiento de formas infrecuentes, incumplibles o de dificultosa consecución, con lo cual terminarán implicando una afectación al acceso a la jurisdicción para los pretensos demandantes.

Es que así como se procura contener los desbordes de las partes, con el celebrado propósito de evitar el abuso del proceso, lo mismo debe hacerse respecto del abuso de jurisdicción o de las potestades judiciales.

En cuanto a la representatividad de las asociaciones dedicadas a la defensa de los intereses del rubro, resultaría pertinente la exigencia de solvencia económica, por los gastos de tramitación de estas causas, normalmente vinculados a la producción de la prueba, sobre todo los vinculados a la materia ambiental, por la complejidad ínsita a ciertas pericias. Téngase en cuenta, además, que la gratuidad no es total, sino que existe respecto de los estampillados y gastos de justicia, pero no respecto de los costos de la prueba, honorarios profesionales, etcétera.

II.6. Amicus curiae: la previsión de la participación de esta nueva figura del derecho procesal cuya intervención, sabemos, ha sido reglamentada por la Corte Suprema (mediante acordada 28/2004) es correcta,

pero debiera incluir ciertas aclaraciones para evitar malos entendidos, como por ejemplo, que no son parte en el proceso ni adquieren el carácter de terceros, siendo su intervención a los exclusivos fines de ilustrar al tribunal sobre los aspectos poco claros, muy técnicos o profesionales del litigio.

Otra cuestión que debe esclarecerse es que la intervención de los amigos del tribunal no genera honorarios ni gastos de ningún tipo, pues la idea que los debe inspirar es la colaboración desinteresada en el proceso, a la vez que operará como un filtro para evitar congestión de postulaciones y trocar en fenicio un espacio de asesoramiento y colaboración con la justicia.

II.7. En cuanto al desistimiento del proceso, entendemos que el propósito de la conformidad del demandado es respecto de los honorarios de la defensa, porque esta anormal terminación del proceso se admite para supuestos en que el actor lo hace después de la contestación de la demanda.

Distinta es la razón que inspira la conformidad del Ministerio Público, que se justifica porque puede proseguir por su cuenta en la impulsión del proceso, lo que es solución instalada en algunos regímenes locales (p. ej., La ley 7070 de Protección del Ambiente de la Provincia de Salta, art. 15).

II.8. Competencia: se establece que es juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección de la parte actora; y que el juez debe constatar que la opción no da cuenta de un abuso en la selección de la competencia.

Se ignoran aquí pautas ya consolidadas de prioridad temporal que se tienen en cuenta en el propio cuerpo, en la regulación de las cautelares (art. 18) y como estándar en las reglamentaciones de la Corte Suprema, tal la acordada 12/2016, para los casos de diferentes domicilios y de diversidad de fechas de inicio de la acción.

II.9. Sentencia y cosa juzgada, según el art. 16: "la sentencia firme que admite la demanda, la que la rechaza y la que homologa la conciliación o transacción tiene autoridad de cosa juzgada respecto de todos los miembros de la clase, hayan o no tomado intervención en el proceso".

En la primera parte de este dispositivo reside nuestra principal objeción, las más sería a toda la propuesta de justicia 2020, ligada a una concepción de fondo sobre los fines de la irradiación de los resultados del proceso, nota inherente a los procesos colectivos, en contraste con la litigación individual.

Es que la tendencia en derecho comparado en materia ambiental (lo que también se plasma en nuestra Ley General del Ambiente —LGA—, art. 33) y consumeril, a los fines de no desincentivar la litigación colectiva, aún incipiente en nuestro país (3) es la expansividad condicionada a la resultas del proceso y sólo para beneficiar, no para perjudicar. Lo que en términos latinos se conoce como *secundum eventum litis* y debiera regir en el ámbito de los derechos colectivos e indivisibles, máxime si están relacionados con intereses públicos, asuntos ambientales, étnicos o relativos al patrimonio cultural de una comunidad (macro-bienes); a los fines de no disuadir respecto del inicio y tramitación del reclamo.

En materia de derechos individuales homogéneos, como no podría ser de otro modo, se introduce el opt out, de modo que la sentencia carezca de eficacia con respecto a las personas que hayan solicitado su exclusión, añadiéndose que el fallo debe individualizar los nombres de éstas, lo que quizás sea excesivo y debiera depender de la cantidad de individuos de que se trate en cada caso.

Por su parte, es correcta la estipulación de que quien haya solicitado su exclusión no pueda, con posterioridad al dictado de la sentencia, pretender quedar incorporado a sus efectos. La especulación es, claramente, una forma de abuso del proceso.

II.10. Resoluciones apelables: más allá de la repetición de que la resolución que certifica el grupo es recurrible (art. 18 y art. 26), la previsión es ajustada, siguiendo la tendencia de la apelabilidad de la declaración de puro derecho del proceso, pues aunque pueda pensarse que no genera ningún agravio, en realidad implica que la causa no se abrirá a prueba; y es posible que a alguna de las partes le interese ofrecer elementos y demostrarlos, porque los estima conducentes.

II.11. Título sobre intereses individuales homogéneos

1) Trámite: el art. 21, bajo el nombre de aspectos generales, dice que los procesos colectivos para la tutela de los derechos individuales homogéneos tramitan por la vía del proceso de conocimiento pleno.

Acá se sienta la regla y luego la excepción en el párrafo siguiente (acciones que deban tramitar por amparo, proceso sumarísimo u otro especial), por lo que entendemos que sería más conveniente decir "tramita por proceso de conocimiento, siempre que resulte acorde a la complejidad probatoria y demás circunstancias del caso".

Puntualmente, no entendemos la insistencia de enmarcar al proceso colectivo en el trámite de los juicios ya existentes, pues aquél tiene una fisonomía propia, bien diferente, que merece un mayor esfuerzo creativo, en

cuanto a los plazos, incidencias y demás cuestiones.

Distinta es la remisión al proceso constitucional del amparo, pues la Constitución Nacional menciona la faz colectiva de este remedio extraordinario, enumerando legitimados; no obstante lo cual, no debemos perder de vista la estrechez de espacio y prueba que le es propia así como la necesidad de ostensibilidad en la conducta lesiva; peculiaridades que definen un contorno fértil para regulación especial.

2) Configuración de la clase o grupo plural de afectados: a la par que el proyecto integra la clásica pauta de Análisis Económico del Derecho (AED) consistente en la escasa significación económica de las sumas disputadas, con buen criterio dispensa de este requisito cuando se encuentre afectado el derecho de grupos que por mandato constitucional son objeto de preferente tutela por su condición de vulnerabilidad.

3) Plazos: el término de treinta días para el traslado de la demanda y certificación definitiva de la clase puede volverse largo en ciertos casos (por ejemplo, cuando se avizora que la cuestión es de puro derecho), con lo cual habría sido conveniente disponerlo como plazo máximo y no como rector en cualquier circunstancia, habilitando al juez a establecer otros más acotados.

4) Patrocinio letrado individual: es atinada la estipulación de que cualquier miembro de la clase que no solicite su exclusión puede, si así lo desea, hacerse representar por un letrado particular; y que en caso de no ejercer este derecho, ser asistido por el abogado del representante de la clase.

5) También luce pertinente el tratamiento de la alternativa casi ideal en lo que hace al modo de conclusión de estos procesos, como la transacción, cuando en punto a la homologación del acuerdo, se prescribe que "Cualquier miembro de la clase puede oponerse a la homologación dentro de los diez [10] días de celebrada dicha audiencia. La oposición sólo puede consistir en causales que involucren a la clase en su conjunto y que sean demostrativas de que el acuerdo no es adecuado. Puede ser desistida con autorización del juez".

No es menor la expresa exigencia de que el juez asegure que el contenido de la propuesta de acuerdo conciliatorio o transacción y la resolución que lo homologue tenga una adecuada difusión, para lo cual se aplica lo dispuesto por el art. 36.

Es también trascendente la vista al Ministerio Público para el control no sólo de la legalidad de su contenido, sino del sustento de los planteos recursivos de quienes se oponen.

II.12. Título sobre Procesos colectivos referentes a derechos de incidencia colectiva indivisibles

Compartimos absolutamente la idea plasmada en el art. 40, cuando declara inadmisibles los acuerdos conciliatorios y transacciones sobre cuestiones de fondo en los procesos colectivos referidos en este título; lo cual responde, a nuestro modo de ver, a la índole de los bienes o intereses jurídicamente tutelados, que son macro bienes en el sentido de que pertenecen a toda la comunidad, son inapropiables, sustancialmente comunes y por tanto, incompatibles con la idea de efectuar concesiones recíprocas, lo cual es propio de la transacción.

Por último y ya cerrando nuestro comentario, es positiva la idea de creación de delegaciones provinciales de los Registros Públicos de Procesos Colectivos, bajo supervisión del Registro de la Corte; en la medida en que (creemos útil prevenir) su intervención sea articulada y no importe agregar un paso formal que termine alargando los tiempos y sumando burocracia.

(1) El proyecto puede consultarse en <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-civil/ley-procesos-colectivos/>.

(2) MORELLO, Augusto, "Las dificultades de la prueba en los Procesos Complejos", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

(3) Aunque el estado público de muchos de estos litigios genere la sensación de que son más habituales.