

OBLIGACIONES

Director de área: ALBERTO J. BUERES

Colaborador: GONZALO SOZZO

ACCIONES DE CLASE EN LOS CASOS DE DAÑOS MASIVOS

(La construcción en curso pos-Halabi)

De unos años a esta parte la jurisprudencia nacional, sobre la base del enorme impulso que le ha dado la Corte Suprema de Justicia de la Nación, viene avanzando en la construcción de las acciones de clase en Argentina¹.

Los fallos que ahora agrupo forman parte de esta saga que va lentamente pero con firmeza tallando los perfiles de las acciones de clase. En particular me detengo en el surgimiento de la subespecie de acciones de clase por daños y perjuicios, conocida en el mundo anglosajón como *class action for damages*.

Analizo tres aspectos, la idea de que las opciones regulatorias no responden a una elección sólo técnica, sino de política pública, dando algunos ejemplos acerca de cómo las opciones que se vayan haciendo se relacionan con programas políticos diferentes; luego la de un grupo de cuestiones que son, a mi modo de ver, fundacionales de la herramienta, y finalmente algunos aspectos procesales que son puntos críticos que merecen una especial atención.

I. La dimensión política de la acción de clase

La acción de clase no debería ser pensada como una herramienta o instrumental. Esta objetivación en el campo legal tiene en general una conse-

¹ Amplió en SOZZO, Gonzalo, *Construyendo las acciones colectivas (Su incidencia en el Derecho de Daños)*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2009-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

cuencia importante que es la invisibilización o ocultamiento de las dimensiones histórica, política e institucional, que resolver el problema de los daños masivos conlleva. Estas dimensiones deben ser realizadas y debidamente consideradas.

Desde mi perspectiva esta dimensión de las acciones de clase se comprende acabadamente cuando se vinculan diferentes discusiones que a mi juicio presentan un hilo de unión político.

1. *La desindividualización: la construcción de una dimensión colectiva del Derecho Privado*

Como ha mostrado Ricardo Lorenzetti² existe un paradigma de Derecho Privado colectivo en el sentido de que una de las tendencias de desarrollo del Derecho Privado es hacia la construcción de una dimensión colectiva. Varias cuestiones siguen esta dirección. Desde mi perspectiva las acciones de clase se inscriben en ese proceso de colectivización del Derecho Privado; particularmente la colectivización del Derecho de Daños. La colectivización tiene varios aspectos: los sujetos³; las reglas de juego; las normas con base en modelos colectivos.

Es una discusión política desde que la acción de clase es un factor de desindividualización del Derecho Privado; la razón es muy simple: el individuo es una pieza central que vincula al Derecho Privado con el programa liberal, por eso, cualquier elemento que intente construir al interior del Derecho Privado algo así como “lo social” que es otro paradigma político, importa dar una discusión y debate político⁴.

2. *La defensa privada de intereses sociales*

En los EE. UU. el régimen legal de las acciones de clase importa una opción por confiar a los privados la defensa de intereses generales⁵. Se trata de demandas hechas por ciudadanos individuales con funciones públicas porque defienden intereses generales⁶. La opción es claramente política pues significa una privatización de funciones públicas y, por tanto, obedece a un programa liberal. Al mismo tiempo, la opción contraria –por ejemplo, la que se hizo

² *Normas fundamentales de Derecho Privado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

³ Amplió en SOZZO, Gonzalo, *Las víctimas del daño ambiental (la construcción jurídica de una nueva subjetividad)*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2011-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

⁴ Vid. DONZELOT, Jaques, *La invención de lo social*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2007.

⁵ En Argentina este proceso comenzó en los años 90 del siglo XX con el advenimiento de la idea de “intereses difusos”.

⁶ FISS, Owen, *La teoría política de las acciones de clase*, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1, N° 1, abril de 1996, p. 6.

en Brasil con la ley de Acción Civil Pública–, confiando la defensa a ciertas agencias del Estado, también es notoriamente política, en tanto responde a un programa de resocialización.

3. *El mejor funcionamiento del Estado de Derecho*

Una tercera razón por la cual la acción de clase se vincula directamente con la política deriva de su carácter de ser una “acción representativa”. En efecto, en la acción de clase hay una “autodesignación” –luego avalada por el juez, al momento de la *certification*– como representante de un colectivo de sujetos ausentes.

En fin, es un mecanismo para que quienes no tienen incentivos suficientes para demandar, logren *his day at the court*.

En otras palabras, permite –al hacer lo anterior– un mejor y más intenso funcionamiento y vigencia material del Estado de Derecho.

4. *En la dirección de la globalización reflexiva del campo legal*

Andrea Meroy en su excelente trabajo sobre los procesos colectivos⁷, plantea que en este campo se produce un problema que es el de la “recepción jurídica”. En la teoría del Derecho esto ha sido tratado como “el problema de los préstamos” del “Derecho extranjero” que efectúan los jueces argentinos en sus sentencias.

Desde mi perspectiva el problema responde al proceso de globalización del campo legal, en particular, cómo se localizan ciertos globalismos⁸. La instrumentalización –de la que hablé al comienzo– contribuye a dotar de “transportabilidad” a las acciones de clase; la consideración de las dimensiones histórica, política e institucional, al contrario, contribuye a la reflexión crítica.

El problema es, a mi modo de ver, que no están fijadas las reglas de juego bajo las cuales puede realizarse un ejercicio de localización. En otras palabras, no hay reglas de “traducción”; para ello es necesario, como primer paso, recurrir a la reflexión crítica en cuatro sentidos:

- a) Tener en cuenta la cultura legal local;
- b) tener en cuenta la construcción local de la coherencia sistémica;
- c) tener en cuenta exprograma constitucional;
- d) considerar las reglas institucionales.

⁷ MEROI, Andrea, *Procesos colectivos. Recepción y problemas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.

⁸ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La globalización del Derecho*, Univ. Nac. de Colombia, ILSA, Colombia, 1998.

II. Las delimitaciones fundacionales de la acción de clase por daños

1. *La dimensión colectiva del Derecho de Daños*

La acción de clase por daños y perjuicios es la pieza central de la construcción de un Derecho de Daños masivo o colectivo.

En efecto el Derecho de la Responsabilidad Civil del siglo XIX y aun el Derecho de Daños del siglo XX no constituyen respuestas adecuadas frente a la masividad y homogeneidad de los daños al momento de tener que pensar las herramientas para la reparación de los perjuicios⁹. En otras palabras: la matriz individualista del Derecho de Responsabilidad Civil liberal de fines del siglo XVIII sufrió durante el transcurso de la modernidad numerosas y relevantes transformaciones en un sentido solidarista, pero jamás al punto de colectivizar la reclamación de daños.

La necesidad de contar con una respuesta a los daños masivos colocó en crisis al Derecho de Daños. La existencia de esta esfera o dimensión colectiva del Derecho de Daños gira en torno a la reparación del daño y en algunas latitudes ha llevado a interrogarse acerca de si se trata de una nueva disciplina jurídica o es parte del mismo Derecho de Daños¹⁰.

En EE. UU., este problema fue resuelto mediante la admisión de un tercer tipo de acción de clase¹¹: la acción de clase por daños y perjuicios. El inconveniente de base para aceptar esta respuesta fue la existencia de diferentes aspectos fácticos en cada daño individual que sufren los miembros del grupo y desde siempre los esfuerzos de los tribunales han estado orientados a superar esta dificultad inicial.

2. *El objetivo central de la acción de clases*

La acción de clase por daños masivos tiene por objeto establecer judicialmente una obligación de reparar el daño. En principio no puede tener como objetivo central la prevención del daño –verbigracia, el caso “Halabi”– o la punición, aunque admita complementariamente medidas de prevención y daños punitivos¹².

⁹ Por el contrario, el Derecho de Daños durante el siglo XX colectivizó perfectamente la repuesta preventiva acerca de los que objetivó como riesgos sociales.

¹⁰ SICILIANO, John, *Mass torts and the rhetoric of crisis*, en *Cornell Law review*, vol. 80, may 1995, N° 4, ps. 990 y ss.

¹¹ Un instrumento largamente conocido en la cultura jurídica anglosajona.

¹² “La frecuencia con que esta variante es utilizada en casos de daños y perjuicios de gran escala (*mass tort litigation*) justifica la denominación con la que vulgarmente se la identifica: *class actions for damages* sin perjuicio de que en realidad, las pretensiones encuadradas en la

Las acciones de clase *for damages* refieren centralmente a la cuestión de pagar una indemnización de un daño individual pero masivo, lo cual se corresponde con un Derecho de Responsabilidad Civil que se concentraba sólo en la obligación de reparar.

Ese daño individual y a la vez masivo puede venir asociado o no al perjuicio a un bien común, por ejemplo, en el conocido caso “Mendoza” el daño masivo individual y el daño al bien común ambiente tienen una conexión causal; pero por ejemplo en el caso “Halabi” no había un daño a un bien común sino sólo a bienes individuales.

La acción de clase por daño masivo generalmente se fundará en el interés individual homogéneo; esto es lo que normalmente tiende a ocurrir, aunque también excepcionalmente puede basarse en un interés colectivo.

Caen bajo la acción de clase por daños masivos los casos en los cuales una catástrofe, un accidente o un producto elaborado, un atentado terrorista, produce un daño a la salud de una cantidad de personas. Y también las hipótesis en las cuales un colectivo social sufre un perjuicio en bienes patrimoniales.

Esta centralidad de la reparación del daño en la acción de clase no se corresponde con la visión polifuncional del Derecho de Daños que en Argentina predomina hoy¹³, lo cual hace pensar que la “apropiación” nacional de las acciones de clase por daños irá transformándose con el tiempo en una “dimensión colectiva” de las funciones del Derecho de Daños, sean éstas preventivas, precautorias, punitorias o reparatorias.

3. *La sentencia*

CJ de Salta, 16-9-2010, “Iriarte, Carlos Daniel y otros c/Provincia de Salta, Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Municipalidad de la Ciudad de Tartagal”, L. L. Online, AR/JUR/59201/2010

El caso –independientemente de su resultado final– interesa pues se avanza en la dirección de admitir que los intereses individuales homogéneos pueden dar lugar a una acción de prevención del daño futuro y no sólo de reparación de daños, confirmando la tendencia que se avizora respecto de la apropiación de la acción de clase por daños en Argentina.

Regla 23 (b) 3 no sólo se limitan a las de resarcimiento económico”, GIANNINI, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Platense, La Plata, 2007, p. 103.

¹³ Amplió en SOZZO, Gonzalo, *Arquitectura de la responsabilidad civil en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (pos-Derecho de Daños)*, en *Revista de Derecho de Daños*, N° 2012-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.

En la sentencia se dijo:

“5º) Que, previo a considerar el fondo de los planteos, teniendo en cuenta la defensa esgrimida por la Provincia de Salta a fs. 243 vta./245, es preciso dejar constancia que en la especie sí se comprueba la existencia de un ‘caso’ en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional, el que tiene la configuración típica de la pretensión deducida por los amparistas, que no concierne a derechos *individuales* pues se refiere a bienes de incidencia colectiva y a *intereses individuales homogéneos*.

”En efecto, los actores iniciaron la acción por ‘derecho propio’ y ‘en representación de los *intereses* difusos de los habitantes de la ciudad de Tartagal’ sin denunciar –menos acreditar– su domicilio ni señalar la lesión de algún interés personal y directo. No obstante ese defecto de la demanda, debe considerarse que la interpusieron en su condición de residentes de la ciudad de Tartagal, porque a fs. 81 vta. manifiestan tangencialmente que habitan en esa localidad (ver punto V.B.1, segundo párrafo), lo que es suficiente para tener por probado ese hecho ante la falta de cuestionamiento por parte de las demandadas –antes bien, la Provincia de Salta reconoce expresamente que los actores son ‘un grupo de abogados de Tartagal’ (sic), como surge del expte. 227-001475/09, fs. 1–.

”Sentado ello, está claro que, en calidad de afectados, están facultados por el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional para solicitar a las autoridades que tomen medidas urgentes para combatir el dengue y la degradación de la cuenca del río Tartagal, ejerciendo los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto la protección de bienes colectivos como la salud pública y el ambiente de la comunidad donde viven.

”La pretensión concierne, además, a derechos de incidencia colectiva referentes a *intereses individuales homogéneos* por cuanto se busca que, como derivación de las medidas solicitadas para proteger la salud pública y el ambiente, una pluralidad indeterminada de sujetos tenga acceso igualitario a las prestaciones para prevenir y evitar el dengue en el departamento San Martín, y vea protegida su propiedad y su integridad física ante la eventual repetición del alud producido el 9 de febrero de 2009 en la ciudad de Tartagal. Las omisiones del Estado en declarar la emergencia sanitaria y ambiental y ejecutar las medidas que se solicitan en la demanda, configurarían –de acuerdo a lo que se señala en el escrito introductorio– la causa fáctica homogénea lesiva de los derechos cuya reparación se solicita en autos y los amparistas, están legitimados para demandar porque –de acuerdo a lo dicho por la Corte Federal en el caso ‘Halabi’, citado por las partes– su petición está concentrada en los efectos comunes de las supuestas omisiones y no en lo que cada uno puede

peticionar y, además, en la cuestión cobran preeminencia aspectos referidos a materias tales como el ambiente y la salud, cuya naturaleza excede el interés de cada parte y, al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección (CSJN, *Fallos*: 332:111)”.

La decisión admite que constituyen intereses individuales homogéneos la existencia de una política pública eficaz de prevención del dengue y de una política pública eficaz de prevención de desastres derivados de los aluviones de barro. Al respecto se lee en el fallo:

“6º) Que en lo atinente a las medidas solicitadas para salvaguardar el derecho a la salud debe destacarse que no se han puesto en evidencia aspectos esenciales sobre la cuestión litigiosa, pues se ha fundado la pretensión en que resulta de ‘público conocimiento la epidemia de dengue que se vive en el Departamento San Martín’, y que ‘las autoridades provinciales pretenden mantener oculta tal epidemia’, remitiéndose –como prueba de ese ‘público conocimiento’– a recortes periodísticos que se acompañaron con la demanda, de los que no se desprende la existencia de la ‘epidemia’ ni, por ende, que las autoridades pretendan ocultarla.

”Así las cosas, es dable afirmar que la pretensión se basa en motivos imprecisos, y que los actores no han acompañado ni producido prueba útil y conducente para acreditar sus dichos; por lo que no hay ningún elemento serio que justifique la intervención judicial en una cuestión de política administrativa que, en principio, no es revisable por el Poder Judicial –máxime en el limitado marco cognoscitivo del amparo– salvo casos extremos de notoria arbitrariedad que no han sido acreditados en la especie.

”Por el contrario, las constancias de autos demuestran que el Municipio de Tartagal declaró el estado de emergencia sanitaria, intensificó las campañas de fumigación e implementó acciones para publicitar las conductas que deben seguirse para evitar la transmisión del dengue (fs. 103, 104, 109), y que la Provincia de Salta también declaró la emergencia sanitaria (decreto del Poder Ejecutivo 1129/2009 y ley 7567), capacitó operarios –designados por el municipio– para realizar tareas de control vectorial quienes efectuaban informes semanales del trabajo realizado, en los que debían presentar planillas con croquis y detalle de las viviendas tratadas, reforzó los recursos humanos profesionales existentes y envió medicamentos a la zona, mejoró la infraestructura del Hospital (lo que surge del informe presentado por el Ministerio de Salud Pública con la documentación correspondiente en más de 600 fojas, que se encuentra reservado en Secretaría), etcétera, entre otras acciones concretas desarrolladas –la mayoría con anterioridad a la demanda– para luchar contra el dengue, cuya ineficacia no se demostró en estos autos.

”Por lo tanto, recordando que ‘la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema’ (cfr. CSJN, *Fallos*: 328:1602), y teniendo en cuenta que no existe ninguna prueba conducente para afirmar que se ha afectado el derecho a la salud de la población del Departamento San Martín como resultado de la omisión arbitraria e ilegítima de la provincia y el municipio demandado, por no cumplir con sus obligaciones positivas para garantizar su efectividad en lo referente a la enfermedad del dengue, corresponde rechazar las medidas que por esa razón se peticionan”.

Como adelanté, la sentencia admite que la prevención de cierto tipo de catástrofes –aluviones– se corresponde con un interés individual homogéneo:

“7º) Que en lo tocante a la defensa del medio ambiente, los demandantes buscan ‘suplir las omisiones de las autoridades’ para que arbitren e implementen todos los recursos económicos, financieros, humanos y logísticos y todo otro recurso idóneo a fin de preservar, reconstituir y recomponer el medio ambiente circundante y las cuencas alta, media y baja del río Tartagal; ‘y sin dilaciones inicien, prosigan, concluyan y controlen obras inmediatas que tengan por objeto evitar nuevas formaciones de material aluvional, suelo removido, troncos, etcétera’.

”No precisaron cuáles son las obras que deben realizarse para impedir un nuevo alud, sino que se limitaron a señalar genéricamente que deben ser aquellas ‘necesarias y útiles’ para la reparación y regeneración del medio ambiente circundante. Dijeron, por otra parte, que las causas del fenómeno fueron humanas o antrópicas, e incluso afirmaron que se produjo por la desidia ‘de quienes deben articular los mecanismos de control’, pero no denunciaron con exactitud –con precisiones de modo, tiempo y lugar— cuáles son los actos o las omisiones que lo originaron, ni individualizaron a las personas físicas o jurídicas presuntamente responsables.

”De lo antedicho surge que no hay en la demanda una asociación clara entre el alud y sus causas supuestamente humanas; y que, por ello, la acción deducida tiende, más que a prevenir o anticipar problemas ambientales por contaminación, a lograr que se realicen todas las acciones que resulten necesarias para impedir que se produzcan nuevos fenómenos aluvionales sobre la ciudad de Tartagal.

”8º) Que, así las cosas, para resolver la acción incoada en autos no es necesario determinar si las causas que originaron el alud fueron por la actividad del hombre o exclusivamente naturales, pues lo cierto es que ante la mera

posibilidad de que se reitere un hecho de esas características, el Estado debe adoptar todas las medidas eficaces a su alcance para evitarlo.

”Ello es así porque no se discute que el 9 de febrero de 2009 una corriente de barro desbordó el cauce del río Tartagal ingresando a la ciudad del mismo nombre, donde ocasionó ‘pérdida de vidas humanas, arrastradas y/o sepultadas por el lodo’, y ‘pérdidas económicas [...] de una magnitud considerable’ (ver resolución 76/2009 de la Secretaría de Política Ambiental, obrante a fs. 9/10 vta. del expediente 227-001475/2009 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable que se encuentra reservado en Secretaría). Las demandadas lo reconocen expresamente y asumen que tienen a su cargo la obligación de ejecutar todas las acciones pertinentes y conducentes para morigerar sus consecuencias y evitar que vuelva a ocurrir en el futuro.

”Por lo demás, el artículo 41 de la Constitución Nacional dice que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano; y que las autoridades –de todos los niveles; incluido, por supuesto, el provincial y municipal– proveerán a la protección de este derecho. En lo que hace al ámbito local, la Constitución provincial establece que los poderes públicos tienen el deber de defender y resguardar el medio ambiente en procura de mejorar la calidad de vida (art. 31), y la ley 5057 establece –en sus artículos 1º y 2º– que el Gobernador de la Provincia tendrá a su cargo la planificación, organización, promoción, coordinación, control y dirección de la Defensa Civil, y eventualmente la conducción de las operaciones de emergencia dentro del ámbito provincial; debiéndose entender por defensa civil al conjunto de medidas y actividades no agresivas, tendientes a evitar, anular o disminuir los efectos que la acción de la naturaleza pueda provocar sobre la población o sus bienes y restablecer su ritmo normal en la zona afectada. El artículo 5º dice que los intendentes municipales, dentro de su jurisdicción territorial, tendrán la misma responsabilidad que la establecida en el artículo 1º para el Gobernador de la Provincia; y el artículo 9º dispone que el Poder Ejecutivo es responsable, a los fines de la defensa civil, de disponer la realización de estudios e investigaciones relativas a las zonas susceptibles de ser afectadas por desastres naturales, y de adoptar toda medida necesaria para limitar los daños a la vida y a la propiedad que puedan producirse por efectos de desastres de cualquier origen”.

Como se ve, independientemente de cuáles sean las causas que hayan producido el alud la normativa vigente establece, claramente, obligaciones a cargo de las autoridades provinciales y municipales que en términos generales son compatibles con las medidas que se solicitan en autos.

4. *La base común*

En la acción de clase por daños masivos hay en general dos características que se encuentran presentes: (a) Una base fáctica o jurídica común; (b) una numerosidad exacerbada.

En esta particular especie de acciones de clase el requisito común a toda *class action* de la existencia de numerosidad se amplifica. Existe una tensión entre ambos aspectos pues la existencia de un gran número de situaciones individuales tiende a diluir la base común que es el cemento que une a la clase. En efecto, suele decirse que es necesario considerar aquí demasiados aspectos individuales.

De ahí que para que una acción de clase por daños masivos califique bajo la regla 23, se exigen además de los tres requisitos generales de toda acción de clase –numerosidad, comunalidad y tipicidad– dos requisitos específicos de la regla 23 (b) 3: (a) requisito de predominio: deben predominar las cuestiones comunes sobre las individuales que afecten a cada miembro de la clase; (b) requisito de superioridad: la acción de clase debe ser el mejor método para litigar el caso, es decir, el más eficiente para tomar una decisión sobre la controversia.

En razón de estas exigencias –de predominio de los aspectos comunes y de superioridad– quien propone una acción de clase por daños y en su caso el tribunal que resuelve debe realizar un esfuerzo narrativo respecto de la base común que une los intereses de cada uno de los afectados por la situación fáctica o jurídica.

En la acción de clase por daños se especifica el requisito general de la *commonality* que consiste en la existencia de aspectos fácticos y jurídicos comunes a todos los miembros de la clase. En efecto, este requisito en el subtipo de acciones de clase por daños consiste en el predominio de los aspectos comunes por sobre los individuales¹⁴. En cambio en las acciones de clase basadas en bienes comunes la comunalidad proviene directamente del tipo de bien dañado.

Este esfuerzo se deriva de la tensión antes descrita que transforma en altamente problemático el requisito de predominio de los aspectos comunes –típico del subtipo (b) 3 de la Regla 23– por sobre los aspectos individuales.

Los jueces han empleado diferentes técnicas para evitar que las cuestiones colectivas queden sometidas a las cuestiones individuales; la primera técnica ha sido resolver las cuestiones comunes y diferir el tratamiento de las cues-

¹⁴ GIANNINI, *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, p. 90.

tiones individuales, por ejemplo, lo que ocurrió en el caso “Mendoza”. La segunda técnica ha consistido en el empleo de modelos estadísticos, por ejemplo en el caso de los “asbestos”.

Usualmente hay dos subtipos de acción de clase por daños masivos: (a) litigios de pequeños montos individuales; (b) litigios de gran valor individual.

En el primer subtipo el problema gira en torno al “predominio” ya que normalmente son muy numerosos. En estos casos –ambos– los demandantes tienen la ventaja de ver disminuidos los costos de defensa y en cambio generan el problema de producir una presión excesiva sobre el demandado para arribar a una transacción¹⁵. En el segundo subtipo es más complejo el análisis de la “superioridad” de la acción de clase por sobre la vía individual pues el monto de las pretensiones individuales permitiría la interposición de demandas individuales; aquí entonces la cuestión crucial es determinar si subsumir el caso en la Regla 23 (b) 3 sería más eficiente o no¹⁶.

5. *Las sentencias*

Juzg. de Control, Niñez, Juventud, Penal Juvenil y Faltas de Río Segundo, 3-10-2013, “R., S.”, L. L. Supl. Adm. 2013 (noviembre), p. 20, L. L. 2013-F-220; DFyP 2014 (enero), p. 69, con nota de Isabel Lucía Alem de Muttoni y Alberto Rodolfo Falcón, cita Online: AR/JUR/63973/2013

En esta sentencia se observa un particular esfuerzo por explicar la existencia de una dimensión colectiva –las consecuencias para la salud pública y las sociales de la cultura de la ingesta de alcohol en menores de edad– de los intereses individuales homogéneos:

“III) Certificación de acción de clase: Es evidente que conforme a las pautas dadas en ‘Halabi’, nos encontramos frente a una acción de clase, ya que las mismas, según Palacio de Caeiro, pueden sistematizarse: a) Existencia de bien colectivo difuso o de derechos de incidencia colectiva con pluralidad de individualidades homogéneas (en este supuesto lo constituye la ingesta de alcohol excesiva que pone en riesgo la vida de los jóvenes en el departamento Río Segundo anunciado por la accionante, y que ha cobrado vidas en los últimos tiempos, las escalofriantes estadísticas acompañadas por la Municipi-

¹⁵ WOLLEY, Patrick, *Uma introdução as Acoes coletivas no Direito Norte-Americano*, en *Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Edição Especial en Homenagem a cooperacão entre a Universidades do Texas-Austin e a UFRGS, agosto de 2002, p. 120.

¹⁶ WOLLEY, ob. cit., p. 119.

palidad de Pilar) lo que se constata los fines de semana: la estadística del joven de Pilar (jóvenes y niños fallecidos, niñas en coma alcohólico, fiestas privadas, fiestas públicas, etc.). b) Afectación de derechos divisibles que involucran a un colectivo de personas. Hecho único y continuado, lesión colectiva, causa fáctica homogénea (es evidente que en ellos está implicado el colectivo de la vida y la salud, y la integridad física de los niños y jóvenes, quienes se encuentran a merced de la descontención de sus progenitores y de los inescrupulosos que les proveen alcohol, en fiestas públicas y/o privadas).

”La embriaguez trasciende lo *individual* y desgraciadamente genera consecuencias sociales. El personal policial refiere que los fines de semana hay agresiones y malos tratos porque los molestan a causa de los hechos de sus hijos. c) Hecho único y continuado, provocador de lesión en todos los legítimos, provocando una causa fáctica homogénea (situación que se repite todos los días especialmente los fines de semana en fiestas públicas o privadas convocadas por *facebook* o cualquier otra red social, cobrándose una entrada, ya que las mismas revisten el carácter de públicas). d) Pretensión común a *intereses* colectivos y efectos comunes de la pretensión (la responsabilidad estatal subsidiaria establecida por numerosos textos legales, Convención de los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Carta Magna por el art. 75, inc. 22, el art. 25 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, ley 26.061, arts. 4º y 5º, y 9944, que en lo medular disponen que cuando fallan los controles primarios, constituidos por la familia hace que toda la sociedad esté inmersa en la responsabilidad por la vida de los jóvenes; y es responsable de custodiar la vida, salud e integridad personal de los jóvenes). Luego de este repaso doctrinario es evidente que en los presentes nos encontramos frente a una acción de clase, toda vez que el colectivo es un número indeterminado de niños y jóvenes cuyo derechos están siendo afectados por la omisión de sus responsables directos en un primer lugar y en un segundo por la acción omisiva del Estado en el control y prevención de sus hábitos nocivos, altamente perjudiciales para su salud”.

CNCom., sala A, 30-8-2013, “Red Argentina de Consumidores (Asoc. Civil) c/Banco Patagonia SA s/Sumarísimo”, L. L. del 29-11-2013, p. 5, cita Online: AR/JUR/63082/2013

Si bien no fue planteada como una acción por daños, la presente causa tiene por objeto que los jubilados y pensionados italianos residentes en Argentina cobren sus jubilaciones y pensiones en euros y que no les sean convertidos a pesos argentinos ni se les cobre una comisión por ello, con lo cual se trata de evitar un lucro cesante futuro.

De todas maneras el caso interesa pues fue planteado como una acción de clase y el tribunal rechazó la pretensión bajo el argumento de que a la luz de las reglas de la causa “Halabi”, no se encontraba configurado un interés individual homogéneo. Básicamente no está presente aquí para el tribunal el elemento unificador de la clase tratándose de derechos individuales.

El tribunal analiza para sostener esta postura que los diferentes beneficiarios podrían reaccionar de distinta manera frente a esta mecánica de pago, algunos prefiriéndola frente a la modalidad solicitada en la demanda y otros rechazándola, por lo que la supuesta afectación no comprende a “todos”.

El análisis del aspecto colectivo no requiere indagar en las preferencias de los consumidores ni en los efectos psicológicos colectivos sobre los miembros de la clase. La determinación de la dimensión colectiva debe basarse en elementos objetivos que a mi entender están presentes en la causa: (a) un sistema de contratos de consumo celebrados por adhesión a condiciones negociadas generales; (b) normas cambiarias generales que afectan por igual a todos los beneficiarios.

En una palabra: la base común en el caso es jurídica, no directamente fáctica.

Es llamativo que a la luz de la existencia de un contrato bancario entre los beneficiarios y el Banco Patagonia y del planteo de cláusulas abusivas, el tribunal no refiera a la regulación que la ley 24.240 en el artículo 37 hace de esta cuestión, más aún tratándose de una ley de orden público (art. 65, ley 24.240).

Al respecto se lee en el fallo:

“5) Sentado ello, del análisis de la pretensión deducida en el escrito de inicio, se extrae que debe establecerse si, en el caso, se está frente a una petición en la que el encuadramiento que se pide puede examinarse desde la perspectiva de las categorías de las acciones de incidencia colectiva referentes a *intereses individuales homogéneos*. Acciones de esta índole pueden ser promovidas por una entidad de la naturaleza de la actora, por ser ésta la alternativa que, por proximidad podría comprender este supuesto.

”En autos se pretende que el Banco Patagonia SA abone en moneda local los haberes por jubilaciones y pensiones que son girados por el INPS, como así también que cese el cobro de comisiones o cargos derivados de la conversión a pesos y la obligación impuesta por la entidad bancaria a los beneficiarios de las prestaciones de contratar el producto caja de ahorro para viabilizar por ese medio los pagos respectivos.

”Recuérdase que para otorgarle legitimación a la actora para accionar en defensa de un universo de consumidores con base en derechos *individuales*

homogéneos, la Corte estableció que debían darse tres (3) elementos. El primero de ellos consiste en la verificación de una causa fáctica común, es decir la existencia de un hecho que causa lesión a varios derechos *individuales*. El segundo de los elementos consiste en que la pretensión debe estar enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y no en lo que cada individuo puede peticionar. Por último, el tercer elemento consiste en que el interés *individual* considerado aisladamente no justifique la promoción de la demanda.

”Ahora bien, con base en el análisis del objeto de esta acción debe determinarse si se encuentran configurados los elementos señalados.

”La actora alega que se habría producido una lesión a un universo de consumidores –beneficiarios de jubilaciones y pensiones cuyos haberes son girados desde Italia por el INPS–, al abonarse las prestaciones en moneda local y a través del depósito en cajas de ahorro que aquéllos son compelidos a contratar, lo que lleva, en definitiva, a que el monto finalmente percibido no sea totalmente equivalente al *quantum* girado. Se pretende en definitiva, como la misma accionante lo ha expresado en fs. 37 vta., que los haberes previsionales sean cobrados en ventanilla y en su moneda de origen.

”Ahora bien, no debe olvidarse que los haberes jubilatorios y previsionales tienen naturaleza esencialmente alimentaria y que los aquí involucrados están destinados a ser abonados a beneficiarios que residen en el país, por lo que dentro del universo colectivo cuya representación se atribuye la accionante están quienes podrían tener un legítimo interés en cobrar tales haberes en moneda local. Tampoco que cabe presumir que todos los titulares de los beneficios jubilatorios y previsionales girados por el INPS tengan interés en cobrar los haberes ‘por ventanilla’, cuando, además, el depósito de estas prestaciones en cajas de ahorro es la práctica habitual incluso en el sistema previsional local.

”Ello lleva a concluir, tal como se indicó en el fallo atacado, que los integrantes del grupo no se encuentran en situaciones de hecho sustancialmente análogas frente a la situación que origina el pleito, toda vez que aun cuando la afectación de derechos subjetivos se vea proyectada a un número indeterminado de personas, se trata –en realidad– de derechos *individuales* divisibles y mensurables en relación con el objeto de la prestación y que afecta a sujetos cuya motivación, al momento de operar, pudo diferir en uno y otro caso.

”En suma, se reclama con base en *intereses individuales* que no necesariamente resultan *homogéneos* y sobre casos respecto de los cuales las circunstancias no resultan necesariamente comunes.

”Ahora bien, tampoco se desatiende que la contratación de servicios bancarios –verbigracia: caja de ahorro– frecuentemente materializado mediante contratos de adhesión incluye cláusulas que son el reflejo de la relación de poder existente entre las partes, donde la contraposición entre estipulante y adherente expresa un desigual poder negociador entre ‘contrayente en posición económica superior’ y ‘contrayente en posición de sujeción’. Se ha señalado que estas manifestaciones de dispar poder negociador suelen exteriorizarse con claridad a través de las denominadas ‘cláusulas asimétricas’. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que las cláusulas de esta naturaleza juegan un rol importante en el desenvolvimiento de las relaciones comerciales si están dadas en un marco de seguridad y de previsibilidad.

”Así pues, para reputar abusiva una cláusula de esa naturaleza deberá atenderse, con especial cuidado, a si se da una irrazonable disparidad de poder negociador que permita en el caso, invalidar el consentimiento, desvirtuando con ello, la existencia de un eficaz acuerdo de voluntades. En este sentido, Boggiano señala que «el artículo 929 del Código Civil establece una directiva suficientemente flexible, que resulta aplicable para apreciar si las modalidades con que la predisposición unilateral de las condiciones generales se plantearon, pudo generar en la contraparte un error excusable de hecho.

”»Finalmente, siempre cabrá ejercer el control jurídico sobre el contenido de las condiciones generales, además del que concierne específicamente al acto de adhesión a ellas» (Boggiano, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., t. I, ps. 242/3).

”Sentado ello, se advierte, en todo caso y en este contexto fáctico que, la alegación de un abuso de situación económicamente dominante, o de error excusable atendible, sólo puede ser formulada por cada cliente en particular, sin que quepa otorgar legitimación para efectuar un planteo de tal naturaleza a una entidad de defensa de consumidores (véase en igual sentido, CNCom., esta sala A, 2-9-2010, ‘Adecua c/Toyota Financiera Argentina SA s/Ordinario’; íd., 16-11-2010, ‘Damnificados Financieros Asociación Civil para su Defensa c/BBVA Banco Francés SA s/Sumarísimo’).

”A esta altura tampoco cabría predicar que *intereses* esgrimidos en la demanda, aisladamente considerados, no justificasen la promoción de la demanda de modo que pudiera verse afectado el acceso a la justicia. Así, de la pretensión de autos no se extrae que la intención de la actora sea restringir o detener un hecho que esté provocando lesión a derechos *individuales homogéneos*. Es decir no se observa la existencia de un aspecto colectivo en los efectos del hecho por el cual se reclama (conf. CNCom., esta sala A, 11-10-2012, ‘Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/La

Nueva Cooperativa de Seguros Limitada s/Ordinario’; íd., 22-2-2013, ‘Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c/Generali Argentina Compañía de Seguros SA s/Ordinario’).

”No puede soslayarse que una acción que persiga proteger derechos de incidencia colectiva, aunque referente a *intereses individuales homogéneos*, se encuentra emparentada con la acción de amparo contemplada en el artículo 43 de la Constitución Nacional, que requiere como requisito de procedencia la existencia de un accionar que produzca un efecto colectivo de lesión a *intereses individuales*, el cual, se reitera, no se advierte configurado en el objeto de este reclamo. La ausencia de tal requisito obsta a conceder legitimación a la actora para accionar como lo hizo.

”Cabe apuntar que si bien la Corte consideró en el fallo *ut supra* referido que el artículo 43 de la Constitución Nacional es claramente operativo y ‘es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular’, ello no debe trasladarnos al extremo de conceder legitimación a cualquier asociación establecida sin más recaudos que los previstos en la legislación general (conf. Bianchi, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, t. 2, p. 77). En ese sentido, se ha dicho que las asociaciones de consumidores no deberían tener un objeto tan amplio que les permitiera iniciar cualquier acción en defensa de cualquier derecho, pues de allí a la acción popular sólo faltaría recorrer un pequeño trecho (conf. Bianchi, ob. cit.).

”Es claro que falta en nuestra legislación una adecuada regulación de las condiciones bajo las cuales debe reconocerse a los entes de defensa de consumidores la adquisición, con plenitud justificante, de la legitimación para obrar que debe exigírseles en cada caso.

”Tampoco es claro el ámbito material en el que, en su caso, cabe reconocerles esa aptitud para obrar y para peticionar. No está establecido, tampoco un procedimiento que distinga debidamente los diversos ámbitos procesales en que su actuación puede desenvolverse, ni la extensión de la representación que pueden invocar, y tampoco se encuentran debidamente contempladas las llamadas ‘acciones de clase’, ni su trámite, ni la debida implementación de los alcances de la eventual sentencia (véase por ej. sólo como pauta referencial las previsiones del *Código del Consumatore* de la República de Italia, arts. 137, 139, 140 y 140 bis).

”Así las cosas, en el estrecho marco pretoriano en que nos desenvolvemos, una asociación como la actora aparece carente de legitimación para peticionar, genéricamente, el cobro de jubilaciones y pensiones giradas desde el exterior ‘en ventanilla y en su moneda de origen’, porque no puede sustituir, en esto,

el interés particular de los eventuales damnificados (J. Com. Nº 16, 28-3-2005, 'Padec (Prevención Asesoramiento y Defensa del consumidor) y otro c/BBVA Banco Francés SA'; esta CNCom., sala A, 16-9-2010, 'ADECUA c/Círculo de Inversores SA de Ahorro p/f determinados y otros s/Ordinario'; íd., 8-11-2011, 'Consumidores Financieros Asoc. Civil p/s defensa c/La Meridional Cía. Argentina de Seguros s/Ordinario').

"Por estas razones, se estima improcedente el agravio introducido por la parte actora, por lo que corresponde mantener la solución adoptada en la anterior instancia".

III. Aspectos procesales críticos de la acción de clase por daños

1. *El activismo judicial y la conversión de las acciones individuales por daños y perjuicios en una acción de clase por daños*

CCCom. de Azul, sala II, 27-12-2012, "Herrera, María Josefa c/El Trincante SA y otros s/Daños y perjuicios", L. L. B. A. 2013 (febrero), p. 64; J. A. 2013-II, J. A. del 17-4-2013, p. 97; E. D. del 5-9-2013, p. 7, cita Online: AR/JUR/99868/2011

En el caso se ventilan cuestiones procesales en una acción por daños derivados de la explotación de una cantera sufridos por vecinos que habitan en el entorno. Es una situación similar a la del caso "Mendoza"; entre los daños reclamados se exigen daños a bienes colectivos y luego daños individuales homogéneos: daños en la salud de los vecinos y en sus propiedades.

En lo que aquí interesa, en el voto del Dr. Jorge Galdós se sientan las primeras bases para el tratamiento como acción de clase de las diversas demandas incoadas por los vecinos en las cuales reclaman daños individuales. Las medidas sugeridas son adecuadas a la racionalidad que imponen las acciones de clase por daños y perjuicios basadas en la existencia de intereses individuales homogéneos que –a diferencia de las acciones basadas en intereses sobre bienes comunes– deben ser tratadas "colectivamente" por razones prácticas: de economía procesal y para evitar la incoherencia de las decisiones. Se lee en la sentencia:

"Con estas bases argumentales, y sin perder de vista que aquí se debaten derechos *individuales homogéneos*, procede apreciar las singularidades del caso. En efecto, se han promovido diversas causas (nueve expedientes, según el pedido de unificación y concentración de pruebas de la parte actora a fs. 510 y audiencia de fs. 528, once expedientes según el informe obrante a fs. 606, expedido por el juzgado de origen a requerimiento oficioso de este

tribunal) además del proceso radicado en la Suprema Corte con relación al derecho colectivo *stricto sensu* (causa ‘Álvarez’). Se advierte que este proceso no ha registrado avances significativos pese al tiempo transcurrido, debido –entre otras razones– a los planteos procesales que se suscitaron en la acción colectiva en la que se dictaron medidas cautelares de evitación de eventuales daños futuros mediante el diseño de un programa de explotación de la cantera (conf. según constancias obrantes en los Registros de Secretaría, esta sala, causa 42.340, 28-11-2000, R. S. I. 427, ‘Álvarez, Avelino y otra c/El Trincante SA s/Daños y perjuicios’; causa 50.547, 27-3-2007, R. S. I. 84, ‘Álvarez, Avelino y otra c/El Trincante SA s/Daños y perjuicios. Inc. med. cautelares. Inc. art. 250, CPCC’), todo entre otras contingencias.

”Por ello entiendo que el tribunal, en consonancia con las facultades legales mencionadas y en seguimiento de la senda fijada por la Corte Nacional y por la Suprema Corte de Justicia provincial, debe –primero– requerir al juzgado de origen un informe pormenorizado del estado actual de cada expediente en trámite, por estos mismos hechos, contra El Trincante SA por los daños *individuales* presuntamente resultantes de la actividad de la cantera, con adjunción de copia del listado agregado a la causa (fs. 606). Cumplido –y en segundo lugar– debe fijarse una audiencia a la que concurran personalmente las partes o sus letrados, con facultades suficientes, para brindar al tribunal en forma oral las explicaciones pertinentes sobre el estado de situación actual de las circunstancias de hecho debatidas y para procurar acordar criterios procesales para la unificación y concentración de las medidas de prueba y de todas las vías conducentes para la más eficiente y rápida tramitación de la causa. En esa audiencia se abordarán las cuestiones involucradas en todas las causas radicadas actualmente por ante este tribunal, más –en su caso– las restantes en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Tandil, cuyo estado procesal resulte compatible con el de autos. Consecuentemente, difiérese la fijación de la fecha para la celebración de la audiencia para la oportunidad en que se reciba el informe del Sr. juez de primera instancia a cuyo fin líbrese por Secretaría el oficio del caso, requiriendo la mayor celeridad posible en su contestación.

”A título ilustrativo señalo que las causas radicadas a la fecha, en esta sala II, son las siguientes: 26.640, ‘Orsinger, Oscar Alfredo y otr. c/El Trincante SA s/Daños y perjuicios’; 26.641, ‘Álvarez, María Angélica c/El Trincante SA s/Daños y perjuicios’; 26.642, ‘Pascual, José Alberto c/El Trincante SA s/Daños y perjuicios’; 26.644, ‘Herrera, María Josefa c/El Trincante SA s/Daños y perjuicios’, y 27.728, ‘Del Valle Martínez, Norma c/El Trincante SA s/Daños y perjuicios’.

”Consecuentemente voto afirmativamente a la segunda cuestión planteada, propiciando las medidas ordenatorias e instructorias mencionadas (art. 36, incs. 2º y 3º, CPC; art. 32, LGA).

”Así lo voto.

”A la misma cuestión, los Sres. jueces Dres. Peralta Reyes y Longobardi y por los mismos fundamentos, adhieren al voto que antecede, votando en igual sentido.

”A la tercera cuestión, el señor juez doctor Galdós, dijo:

”Atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia referenciada, y lo dispuesto por los artículos 266, 267 y concordantes del CPCC, corresponde primero: confirmar la sentencia interlocutoria apelada que desestimó el pedido de la demandada de citar a la Provincia de Buenos Aires, con costas en la Alzada a la demandada por resultar perdidosa (arts. 68 y 69, CPC). Segundo: 1) fijar una audiencia para que comparezcan personalmente las partes o sus representantes legales con facultades suficientes a fines de brindar al tribunal una explicación oral del estado actual de la situación de hecho que se debate en este proceso, unificando en esa audiencia todas las causas radicadas actualmente por ante este tribunal, más –en su caso– las restantes en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nº 1 de Tandil, cuyo estado procesal resulte compatible con el de autos. Igualmente en la audiencia precitada el tribunal y las partes procurará fijar criterios procesales para la unificación y concentración de las medidas de prueba y de todas aquellas conducentes para la más eficiente tramitación de la causa.

”2) Requerir al Sr. juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial Nº 1 de Tandil un informe pormenorizado del estado actual de cada expediente en trámite, por estos mismos hechos, contra El Trincante SA por los daños *individuales* presuntamente resultantes de la actividad de la cantera, con adjunción de copia del listado obrante en la causa “Herrera”, a cuyo fin líbrese por Secretaría el oficio del caso con la solicitud de su pronta evacuación.

”3) Diferir la fijación de la fecha de la audiencia para la oportunidad en la que se reciba el informe precedente.

”Autos y vistos:

”Considerando:

”Por todo lo expuesto, atento lo acordado al tratar las cuestiones anteriores, demás fundamentos del acuerdo, citas legales, doctrina y jurisprudencia re-

ferenciada, y lo dispuesto por los artículos 266 y 267 y concordantes del CPCC corresponde: Primero: confirmar la sentencia interlocutoria apelada que desestimó el pedido de la demandada de citar a la Provincia de Buenos Aires, con costas en la Alzada a la demandada por resultar perdidosa (arts. 68 y 69, CPC). Segundo: 1) fijar una audiencia para que comparezcan personalmente las partes o sus representantes legales con facultades suficientes a fines de brindar al tribunal una explicación oral del estado actual de la situación de hecho que se debate en este proceso, unificando en esa audiencia todas las causas radicadas actualmente por ante este tribunal, más –en su caso– las restantes en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Tandil, cuyo estado procesal resulte compatible con el de autos. Igualmente en la audiencia precitada el tribunal y las partes procurarán fijar criterios procesales para la unificación y concentración de las medidas de prueba y de todas aquellas conducentes para la más eficiente tramitación de la causa.

”2) Requerir al Sr. juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 1 de Tandil un informe pormenorizado del estado actual de cada expediente en trámite, por estos mismos hechos, contra El Trincante SA por los daños *individuales* presuntamente resultantes de la actividad de la cantera, con adjunción de copia del listado obrante en la causa Herrera, a cuyo fin líbrese por Secretaría el oficio del caso con la solicitud de su pronta evacuación.

”3) Diferir la fijación de la fecha de la audiencia para la oportunidad en la que se reciba el informe precedente.

”4) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 del dec.-ley 8904/77). Regístrese. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. Jorge Mario Galdós, Víctor Mario Peralta Reyes y María Inés Longobardi”.

IV. La fuerza pedagógica de las sentencias “Halabi” y “Mendoza”

Todos los fallos que anoto toman como punto de partida la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Halabi”. Más allá de la fuerza vinculante desde el punto de vista técnico que los precedentes de la Corte tienen para los tribunales del país, lo que me interesa destacar es la potencia pedagógica de esa sentencia en tanto en cuanto las sentencias que anoto no dejan de emplear: (a) el método analítico que establece para determinar la existencia de un interés colectivo o individual homogéneo, y (b) las categorías conceptuales que sienta.

También es relevante el efecto de la prédica del activismo judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando se trata de causas que encierran materia ambiental aunque aquí se observan en las sentencias que anoto posiciones más atenuadas también. En este punto es clave el uso que la Corte ha impulsado de las facultades que brinda el artículo 32 de la Ley General del Ambiente.

