

COSA JUZGADA COLECTIVA EN ACUERDOS TRANSACCIONALES DE CONSUMO

José María Salgado¹

Francisco Verbic²

I. Introducción

Nos proponemos analizar cómo operan los modelos de cosa juzgada que gobiernan los sistemas de procesos colectivos representativos en el arco de acuerdos transaccionales en materia de consumo.

El centro de la cuestión radica en que, en los acuerdos transaccionales, los partícipes hacen reconocimientos y concesiones recíprocas para comprometer obligaciones dudosas o litigiosas y, como consecuencia de eso, se compromete el destino de derechos de los miembros de la clase o grupo de personas que están involucrados en el conflicto, aunque no hayan participado del proceso más que a través de un representante adecuado³.

Recordemos que, de acuerdo con las bases sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el conocido caso “Halabi”, la matriz representativa fue la

¹ Abogado, especialista Derecho de Daños, Universidad de Buenos Aires (UBA). + Ex Prosecretario Letrado de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. + Actual Secretario de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. + Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y asociado Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ). + Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal, del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional. + Ganador del Premio Mauro Cappelletti 2015 al mejor libro de Derecho Procesal de la International Association of Procedural Law y el Premio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - Asociación Argentina de Derecho Procesal 2007-2008. Correo electrónico: jmsalgado@gmail.com

² Abogado (UNLP, 2001). LL.M. in International Legal Studies (NYU, 2011 - Becario Fulbright Master). Especialista en Derecho Civil (UNLP, 2008). Especialista en Derecho Procesal Profundizado (UNA, 2004). Profesor Adjunto de Derecho Procesal II (UNLP). Secretario Académico y Profesor de “Litigios Complejos, Procesos Colectivos y Acciones de Clase” en la Maestría en Derecho Procesal (UNLP). Autor de los libros “Procesos Colectivos” (Astrea, 2007), “La Prueba Científica en el Proceso Judicial” (Rubinzal Culzoni, 2008) y “Más allá del papel. Lecturas críticas sobre procesos colectivos” (Editores del Sur, 2020). Autor de trabajos publicados en revistas y obras colectivas de Argentina y del extranjero. Traductor al español de artículos sobre procesos colectivos en portugués, italiano e inglés. Abogado litigante. Correo electrónico: verbicfrancisco@gmail.com

³ Art. 1641 del CCyC: “La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas.”

escogida para realizar la tutela prevista en el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional. Tengamos también en cuenta que el efecto de la transacción homologada es el de la cosa juzgada⁴.

La premisa a partir de la cual debe iniciarse el análisis, entonces, es que el legitimado extraordinario actúa en el proceso colectivo con la calidad de adecuado representante de la clase, ejerciendo una defensa vigorosa de todos los intereses de sus miembros, sea mediante una pretensión o una defensa, tal y como si ellos mismos hubieran estado presentes o asumiendo que, de haber ejercido directamente la defensa, no podrían haberlo hecho de mejor modo. Este aspecto, generalmente complejo, lo daremos por cumplido a los efectos del análisis que proponemos, ya que la idea es centrarnos en la eficacia de los efectos del acuerdo desde el punto de vista normativo y analítico.

Intentaremos mostrar que, a pesar de su expresa regulación, el modelo de cosa juzgada *secundum eventum litis* previsto en el art. 54 de la LDC no resulta aplicable a los efectos de un acuerdo transaccional homologado porque, en este contexto, la decisión judicial será siempre “favorable” a los intereses del grupo.

II. Cosa juzgada, matriz representativa y acuerdos transaccionales colectivos

La autoridad de la cosa juzgada puede ser definida como una cualidad que nace de una sentencia, ésta “... como acto autoritativo emanado de un órgano del Estado, reivindica naturalmente frente a todos su oficio de formular cuál es el mandato concreto de la ley, o más genéricamente la voluntad del Estado, para un determinado caso...”. Serán las partes, como sujetos de la relación procesal a la que la decisión se refiere, quienes primero sentirán su eficacia⁵.

Los terceros, aunque en su gran mayoría permanecen indiferentes al contenido de la sentencia que resuelve una cuestión concreta sometida al conocimiento del juez, se encuentran en estado de potencial sujeción respecto a sus efectos, los que se producirán para todos aquellos cuya posición jurídica tenga una conexión cualquiera con el objeto del juicio. Ello por cuanto sería absolutamente inexplicable que la decisión valiese solo

4 Art. 1642: “Caracteres y efectos. La transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial. Es de interpretación restrictiva.”

⁵ Liebman, Enrico Tulio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada (con adiciones relativas al derecho brasileño)*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1946, p. 150.

para algunos y no para todos como formulación de la voluntad del Estado en el caso concreto⁶.

La eficacia, en tanto, se escinde en tres atributos: la inimpugnabilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad que se dirigen siempre a las partes del proceso. Éstas, conformada la *res iudicata*, no podrán deducir nuevos recursos, ni modificar su contenido y sufrirán las consecuencias coactivas si no ajustan sus conductas a lo establecido en la sentencia.

Así se advierte la diferencia sustancial que existe entre autoridad y eficacia. Cuando la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada la medida de la sujeción hace que sus efectos sean inmutables para las partes y no así para los terceros⁷. Entonces, mientras que la autoridad de la cosa juzgada debe ser respetada por la comunidad porque se trata de un acto emanado de uno de los órganos del Estado, su eficacia se proyecta sólo sobre las partes del proceso.

En el sistema colectivo representativo, la parte del proceso es la clase o grupo de personas cuya representación invoca el legitimado colectivo.

Es por eso que la CSJN se ha ocupado de sostener que *“la definición de la clase es crítica para que las acciones colectivas puedan cumplir adecuadamente con su objetivo”*, en la medida que *“la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta u acto permite delimitar los alcances subjetivos del proceso y de la cosa juzgada y, además, aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos establecidos en la jurisprudencia de esta Corte para la procedencia de la acción...”*.⁸

Es debido a esto que las transacciones colectivas exigen un doble control, que terminará convergiendo en una misma dirección. Por un lado, control de la representatividad adecuada y sus presupuestos, especialmente la idoneidad y ausencia de intereses contrapuestos del representante y el grupo. Por otro, control de las bondades del acuerdo para las personas ausentes que integran la clase por parte del órgano judicial, cara

⁶ Liebman, ob. cit., p. 151.

⁷ Liebman, ob. cit., p. 152.

⁸ CSJN, *“Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros”* [CSJ 566/2012 (48-A); CSJ 513/2012 (48-A)/RH1; CSJ 514/2012 (48-A)/RH1], sentencia del 10/02/15, considerando 9°. Ver también CSJN, *“Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Como c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento”* (Expte. N° CSJ 1193/2012 (48-C)/CS1), sentencia del 09/12/15).

del Estado en ese conflicto y último reaseguro de la validez del acuerdo (en general, apoyado por intervenciones previas del Ministerio Público Fiscal).

Ahora bien, en el proceso colectivo, por definición, se adoptarán decisiones de carácter plural, es decir, proyectadas a la clase involucrada en el proceso (la verdadera “parte” del proceso colectivo). En algunos supuestos, los representados pueden manifestar su voluntad de quedar excluidos de las decisiones que se dispongan en el proceso, cuando se discuten derechos individuales homogéneos que así lo permiten, es decir cuando existe un suficiente interés individual en litigar la cuestión en forma personal y no mediante un representante. En cambio, cuando están en disputa derechos propiamente colectivos esa posibilidad no se presenta debido a la indivisibilidad del objeto de la controversia.

En un contexto de enjuiciamiento como éste, sin recaudos como la representatividad adecuada, controlada a lo largo de todo el proceso y también en el marco del acuerdo transaccional, la eficacia de la cosa juzgada que pretendiera extenderse a los miembros de la clase ausentes debería ser calificada como violatoria de las más elementales garantías procesales, como el debido proceso legal.

Para poder entonces determinar, con criterios válidos, que la transacción configura un acto jurídico útil y beneficioso para resolver el conflicto, resulta esencial que la sentencia homologatoria adquiera efectos con cualidad de cosa juzgada sobre toda la clase (de la cual no formarán parte quienes se excluyan, cuando el tipo de derecho en juego habilite esta posibilidad).

De otro modo, luego de haber establecido una modalidad aglutinadora de intereses de titularidad colectiva o individual homogénea, y una vez recaída una decisión que determina la validez y conveniencia del acuerdo transaccional, el sistema quedaría expuesto a la renovación de la discusión en otros procesos individuales o colectivos. La posibilidad que ello ocurra depende de una decisión de diseño del sistema, la cual, a su vez, presupone una decisión sobre el alcance que se quiera otorgar a la homologación del acuerdo en términos de clausura de la discusión.

III. Sistemas de preclusión

Ingresando en el campo de los distintos abordajes sistémicos de la vinculatoriedad de la cosa juzgada, la versión tradicional encontró nuevas fisonomías en el ámbito representativo.

III.1. Eficacia vinculante a favor o en contra de la clase

La Regla Federal de Procedimiento Civil N° 23 de los Estados Unidos de América, inserta en un mecanismo que prevé un estricto control de la representación adecuada, un estricto régimen de notificaciones y el derecho de los miembros del grupo a optar por salirse del proceso, aplica la eficacia tradicional de la cosa juzgada hacia las partes del proceso. Es decir, una preclusión bilateral o de doble vía, también denominada *pro et contra*⁹.

Aquella no tiene eficacia, claro está, contra quienes solicitaron en forma oportuna su exclusión. Esa opción de salida, o derecho de *opt out*, debe ser permitida con anterioridad a que se decida sobre el mérito de la cuestión, ya que colocarla en una etapa posterior modificaría el sistema transformándolo en uno de preclusión unilateral o sólo en beneficio del grupo.

En este esquema, las partes deberán conformar su conducta al resultado del proceso sea que la decisión los favorezca o los perjudique.

Los miembros ausentes que se sientan perjudicados por la sentencia, en términos de defectos en la actuación del representante, podrán cuestionar fallas en la adecuada representación a efectos de lograr escapar a esos efectos. Si superan ese obstáculo podrán plantear su propio reclamo, sea individual o colectivo, dependiendo del tipo de inoponibilidad que propongan.

Lógicamente, cuanto mejor control se haga de la adecuada representatividad del legitimado, menores serán los cuestionamientos posibles que podrán efectuar los miembros ausentes y mayor el éxito del proceso en tanto habrá dado una respuesta jurisdiccional a un más alto porcentual de los integrantes de la clase, sino a todos ellos.

Esta situación es el resultado de una evolución que demandó muchas décadas de discusiones. La primera de las normas que regían las *class actions*, la regla 48 de las *Federal Rules of Equity* de 1842, habilitaba la promoción de procesos representativos (*representative suits*) frente a la existencia de un número excesivo de partes involucradas en el conflicto. Sin embargo, precisaba que la decisión dejaba a salvo los derechos de las partes ausentes, quienes no podían resultar perjudicados¹⁰.

⁹ La Regla 23, en su actual redacción expresa: “Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action...”.

¹⁰ Giussani, Andrea, Studi sulle “class actions”, Padova, Cedam, 1996, p. 30.

La regla fue interpretada por el fallo “Smith v. Swormstedt”¹¹ en 1853. Allí la Corte expresamente tomó una postura a favor de darle alcance de la decisión a los ausentes, expidiéndose en contra de lo estipulado en el texto legal. Al mismo tiempo en los Estados se difundió una regulación inspirada en el primer código de proceso civil, el *Field Code*¹², que fundía la jurisdicción del *common law* y de *equity*. Dicha norma, al no establecer nada sobre los efectos de la cosa juzgada, sumado al fallo antes citado, auspició que las aguas se dividieran en la doctrina tomando distintas posiciones.

En ese contexto, en 1912, se emprendió la reforma de las *Equity Rules* Federales¹³ que, teniendo en consideración la falta de certeza dominante en la materia, decidió eliminar la disposición que dejaba a salvo los derechos de los miembros ausentes, sin resolver la cuestión mediante una disposición legal que la suplante¹⁴. Como consecuencia la confusión respecto los efectos de la cosa juzgada continuó.

El efecto expansivo de los límites subjetivos de la cosa juzgada derivados de la forma representativa de la acción fue más tarde reiterado por vía jurisprudencial en el caso “Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble”¹⁵, que sostuvo que los miembros ausentes debían quedar ligados a lo decidido aun cuando ello fuera adverso a sus intereses¹⁶.

Hacia 1938, con la fusión de las jurisdicciones de derecho y equidad en el orden federal, se sancionaron las *Federal Rules of Civil Procedure* y se asignó a las *class actions* la Regla n° 23¹⁷, aunque no se incorporaron las modificaciones anotadas dado que los

¹¹ En el fallo citado la Corte Suprema de Estados Unidos, sin mencionar la *Equity Rule* 48, anunció una proposición contraria a la misma cuando dijo que “*the decree binds all of them the same as if all were before the court*”. “Smith v. Swormstedt” 57 U.S., 1853, p. 288.

¹² Elaborado por David Dudley Field para el Estado de New York.

¹³ Las *class actions* quedaron legisladas en la *Equity Rule* 38.

¹⁴ Giussani, Andrea, Studi sulle “class actions”, Padova, Cedam, 1996, p. 34.

¹⁵ “*If the federal courts are to have the jurisdiction in class suits to which they are obviously entitled, the decree when rendered must bind all of the class properly represented. The parties and the subject matter are within the court's jurisdiction. It is impossible to name all of the class as parties where, as here, its membership is too numerous to bring into court. The subject matter included the control and disposition of the funds of a beneficial organization, and was properly cognizable in a court of equity. The parties bringing the suit truly represented the interested class. If the decree is to be effective and conflicting judgments are to be avoided, all of the class must be concluded by the decree.*” Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble, 255 U.S. 356 (1921)

¹⁶ Contrariamente en el caso “Christopher v. Brusselback” (1938), sin citar el precedente “Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble”, el Juez Stone, en un fallo que no registró disidencias en la Corte, destacó que dadas ciertas circunstancias el fallo dictado por el tribunal carecía de eficacia respecto de los miembros de la clase que no hubieran sido notificados de la acción. El nuevo criterio adoptado por la Suprema Corte generó incertidumbre en cuanto al carácter obligatorio de la sentencia, ello hasta la modificación de la enmienda de la Regla 23 del Procedimiento Judicial Federal del año 1966. 302 U.S. 500, 82 L. Ed. 388.

¹⁷ Se reconoce una gran influencia en la reforma en James Moore quien era *research assistant* de la figura más importante del *Advisory Committee* a quien se debe la redacción de la reforma, Charles Clark.

encargados de la redacción interpretaron que no se encontraban habilitados para hacerlo por tratarse de una cuestión de fondo y no de forma. Luego las dudas en cuanto a la aplicación de la misma fueron despejadas hacia 1966 con la enmienda de la regla 23, donde se estableció el alcance de los efectos de la cosa juzgada colectiva sea o no favorable (“*whether or not favorable to the class...*”) a los derechos del grupo¹⁸.

Evidentemente al no tener un contenido distinto a la cosa juzgada clásica en lo que respecta a sus efectos vinculantes (*binding effects*) no fue necesario que la Regla 23 recurriese a una compleja regulación como ocurre en otros sistemas.

Esto no es más que el resultado de un sistema en el cual se establece un control estricto de la representación adecuada, un estricto régimen de notificaciones, se reconoce el derecho de exclusión y se considera que el grupo en conflicto está presente en el pleito. En este escenario, la sentencia que se dicte en el proceso colectivo tendrá efectos vinculantes sobre la totalidad de los integrantes de la clase¹⁹. Para imponer los efectos referidos, esto debe quedar claro, carece de importancia el resultado de la demanda favorable o desfavorable hacia el grupo o la insuficiencia del material probatorio.

El cierre del sistema estará dado por la posibilidad de cuestionamiento de la sentencia colectiva, ya que otro juez, en una acción ulterior, podrá investigar si con relación a los peticionantes se respetaron las garantías del debido proceso para invalidar o no la eficacia de la decisión en su esfera particular.

III.2. Eficacia vinculante supeditada a lo que ocurra en el pleito

El principio que rige esta modalidad es que la eficacia de la cosa juzgada tiene en consideración el resultado del proceso colectivo. Se considera que la clase,

¹⁸ Regla 23 (c)(3) “*The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(1) or (b)(2), whether or not favorable to the class, shall include and describe those whom the court finds to be members of the class. The judgment in an action maintained as a class action under subdivision (b)(3), whether or not favorable to the class, shall include and specify or describe those to whom the notice provided in subdivision (c)(2) was directed, and who have not requested exclusion, and whom the court finds to be members of the class*”.

¹⁹ Hacemos notar que no se habla de eficacia “*erga omnes*”, como largamente se promociona sobre la actuación de este sistema, sino limitada a la clase que ha sido certificada. Klonoff y Bilich así lo explican, “*In class actions brought under Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure, the res judicata effect of a final judgment generally extends to the entire certified class. There are two exceptions to this rule which are both grounded in due process requirements. The first exception applies where the court and/or the parties in the class action failed to provide absent class members with requisite notice including, if warranted, an opportunity to opt out of the class prior to certification. The second applies where the class representatives failed to provide fair an adequate representation in the original suit.*”

fundamentalmente los miembros ausentes, sólo podrán tomar beneficios del proceso en el cual no han participado efectivamente y nunca podrán resultar perjudicados.

Así puede ser denominada “*in utilibus*”, “*secundum eventum litis*”, “*secundum eventum probationem*” o preclusión unilateral (*one-way preclusion*) según que sea lo que se considere a efectos de permitir la promoción de un nuevo proceso.

Legislada y pensada la cosa juzgada en esos términos, se prevé que el sistema podrá no ser tan estricto en el control de la adecuada representación del legitimado dado que su actuación negligente podrá causarle perjuicios sólo a él y resultará inocua para la clase a la que pretendió representar.

El esquema brasileño, establecido en su Código de Defensa del Consumidor (Ley 8078 del 11 de septiembre de 1990), toma el sistema de la preclusión unilateral²⁰; régimen que será aplicado a otras pretensiones colectivas que no tengan por objeto relaciones de usuarios y consumidores de acuerdo a lo establecido en el art. 117 de ese cuerpo normativo²¹.

Es decir, la “...sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales. Si la acción colectiva es decidida a favor del grupo, todos los miembros ausentes de éste se benefician de la cosa juzgada en la sentencia colectiva. Si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo

²⁰ Artículo 103. En las acciones colectivas a que se refiere este Código, la sentencia será cosa juzgada: I. erga omnes, a menos que el juicio sea juzgado improcedente por insuficiencia de prueba, en cuyo caso cualquier entidad con legitimación colectiva puede promover la misma acción utilizando nuevas pruebas, en la hipótesis del inciso I del párrafo único del art. 81 -acciones colectivas para la protección de derechos difusos-;

II. ultra partes, pero limitados al grupo, categoría o clase, a menos que el juicio sea juzgado improcedente por insuficiencia de prueba, en los términos del inciso anterior, en la hipótesis prevista en el inciso II párrafo único del art. 81 -acciones colectivas para la protección de derechos colectivos-;

III. erga omnes, solamente si la demanda procede para beneficio de todos los miembros y sus sucesores en la hipótesis del inciso III del párrafo único del art. 81 - colectivas para la protección de derechos individuales homogéneos-.

Párrafo 1. Los efectos de la cosa juzgada establecidos en los incisos I y II no perjudican los intereses y derechos individuales de los miembros de una colectividad, grupo, categoría o clase.

Párrafo 2. En la hipótesis prevista en el inciso III, si la demanda es negada, los miembros ausentes que no intervinieron en la acción colectiva pueden presentar acciones individuales por daños.

Párrafo 3. Los efectos de la cosa juzgada de que se ocupa el art. 16, combinado con el art. 13 de la ley 7.347, del 24 de julio de 1985 - acciones colectivas en protección de derechos difusos y colectivos-, no perjudicarán las acciones e indemnización de los derechos personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este código. Sin embargo, si el juicio procede, la sentencia colectiva beneficiará a los miembros del grupo y a sus sucesores, los que podrán proceder a liquidar y ejecutar de acuerdo con los arts. 96 a 99.

Párrafo 4. Se aplica lo dispuesto en el párrafo anterior a la sentencia penal condenatoria.

²¹ Art. 117 “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

está precluida, y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho –excepto que la primera demanda hubiera sido desestimada por falta de pruebas-, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva. Ellos pueden aún presentarse ante los tribunales ejercitando acciones individuales en protección de sus derechos individuales.”²²

La modificación al principio de que la sentencia no puede perjudicar a los intereses individuales de los miembros de la clase, quienes sólo podrán tomar beneficios, es que habrá también preclusión para instar una nueva demanda en clave colectiva cuando esta es desestimada. Los derechos individuales, ante la desestimación de la demanda colectiva y la imposibilidad de promover otra, pueden ser litigados en forma individual. Se presenta como excepción a la promoción de una nueva demanda en clave colectiva ante el rechazo de la primigenia, que aquella fuera desestimada por ausencia de pruebas.

Se trata también de una decisión respecto a la preclusión de la cosa juzgada que se encuentra condicionada por el diseño del sistema en el cual se inserta. Este tiene, por ejemplo, algunos límites en lo tocante a la legitimación (no está abierta a los afectados), presenta menores exigencias en lo relativo a la notificación a los miembros ausentes y al control de la adecuada representación. Lo que denota una tácita desconfianza a depositar en manos de los jueces el control del instituto de la representatividad adecuada²³. El resguardo de los derechos de los miembros ausentes se precave, en cambio, mediante la citación del Ministerio Público quien es convocado como un observador neutral y desinteresado para monitorear el procedimiento²⁴.

Una evaluación racional de los incentivos, indica que muchas acciones colectivas no serán promovidas por cada uno de los miembros de la clase en forma individual, cuando el rédito atomizado es bajo, con lo cual la imposibilidad de promover otro proceso grupal tendrá un efecto preclusivo que, inevitablemente, afectará los derechos individuales de los miembros de la clase. Aun cuando la directriz general está enfocada en el intento de que la clase no se vea perjudicada, en estos casos no se logrará. Este aspecto posee una especial relevancia, también, con relación a los acuerdos transaccionales.

²² Gidi, Antonio, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil, Un modelo para países de derecho civil, México, U.N.A.M., 2004, p. 100.

²³ Giannini, Leandro J., La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007, p. 190.

²⁴ Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

Por otra parte, los nuevos procesos individuales, cuando exista incentivo para su promoción, no deben superar ninguna exigencia que los desvincule del proceso previo. Lo que expone al demandado a no poder cerrar la posibilidad de que se promuevan nuevos litigios en su contra por la misma cuestión.

IV. La cosa juzgada y los acuerdos transaccionales en la Ley de Defensa del Consumidor

El texto original de la LDC preveía en su art. 54 que *“la sentencia dictada en un proceso promovido por el consumidor o usuario, sólo tendrá autoridad de cosa juzgada para el demandado, cuando la acción promovida en los términos establecidos en el párr. 2º del art. 52 sea admitida y la cuestión afecte un interés general”*. Sin embargo, dicho artículo fue vetado por el Poder Ejecutivo al promulgar la ley,²⁵ lo cual dejó subsistente el interrogante de cómo se evaluarían los efectos de la decisión cuando la acción hubiera sido iniciada por una asociación de consumidores en función de la legitimación colectiva acordada por el propio cuerpo legal.²⁶

Vale recordar que si bien al momento de sancionarse la LDC los derechos de consumidores y usuarios aún no encontraban reconocimiento expreso en la Constitución Nacional, dicha ley reconoció legitimación colectiva a las asociaciones que congregaban a tales sujetos. El veto no hizo más que romper la lógica interna del sistema ideado por el legislador, dejando en pie una legitimación colectiva sin posibilidad de obtener una resolución también colectiva de la controversia.

La incoherencia de esta regulación era evidente, pero recién fue solucionada en el año 2008 con la reforma de la LDC operada por la Ley N° 26.361. Esta reforma incorporó un nuevo art. 54, cuyo 2do párrafo dispone lo siguiente: *“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*

²⁵ Decreto N° 2089/93. El fundamento esgrimido fue que *“en el proyecto de ley ha quedado claramente establecida la legitimación de las asociaciones de consumidores a fin de promover acciones judiciales cuando la cuestión afecte el interés general de un grupo de consumidores, pero ello no permite prescindir, respecto de ellas, de un instituto procesal que como el de la cosa juzgada resulta esencial a fin de garantizar los preceptos constitucionales de defensa en juicio, debido proceso adjetivo e igualdad ante la ley, así como también para preservar la seguridad jurídica de las personas demandadas por dichas asociaciones y evitar una indebida proliferación de causas judiciales, cuyos costos redundarían en perjuicio de los productores y en definitiva del propio consumidor”*.

²⁶ Ver Tabogada, Marcelo *“En torno a la ley de defensa del consumidor y a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo”*, LL 1994-A-766.

su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.

La terminología no es clara, ya que por un lado recepta el sistema *secundum eventum litis* según el cual sólo la sentencia favorable hará cosa juzgada para los miembros del grupo, propio del sistema brasileño, y por el otro reconoce el derecho de optar por excluirse de los efectos de la sentencia, mecanismo propio del sistema *pro et contra* establecido en el sistema estadounidense de acciones de clase.²⁷

La reforma fue bienvenida en cuanto reguló el alcance de la cosa juzgada, devolviendo a la LDC la mínima coherencia de que había sido privada por el veto presidencial en el año 1993.²⁸ Sin perjuicio de eso, la ausencia de un sistema integral que vincule los pasos procesales previos a la decisión con los efectos de esta última siempre nos dejará un espacio de incertidumbre con relación a su alcance.

En este sentido, existe incertidumbre sobre qué ocurrirá con el rechazo de la pretensión colectiva: ¿impedirá efectuar un nuevo planteo colectivo?, ¿sólo dejará subsistentes los planteos individuales? Ante la falta de regulación expresa, deberíamos suponer, por vía de la aplicación de principios y garantías, que el rechazo de la demanda colectiva no clausura una nueva posibilidad en esa clave, al menos si se demuestra incumplido el requisito de adecuada representación

A diferencia de la LGA, la LDC sí contiene previsiones en materia de acuerdos transaccionales gracias a la señalada reforma de la Ley N° 26.361, que incorporó previsiones sobre una materia que estaba totalmente ausente en el texto original. A partir del año 2008 el primer párrafo del nuevo art. 54 establece lo siguiente: “*Artículo 54: Acciones de incidencia colectiva. Para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la*

²⁷ Giannini ya había advertido esto al analizar el proyecto que finalmente fue sancionado, ver Giannini, Leandro J., *La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*, Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2007, p. 231

²⁸ La irrazonabilidad del veto quedó expuesta con mayor claridad luego de la incorporación del nuevo art., 42 CN. Sobre este aspecto específico, al informar al pleno los fundamentos de la mentada cláusula, el convencional Irigoyen sostuvo que la comisión que trabajó sobre el tema se encontraba convencida de que “...*la cosa juzgada en materia de amparo deberá ser extensiva porque, evidentemente, el tema con el que opera la norma interesa a muchos, y de nada valdría que la cosa juzgada fuera exclusiva de quien plantea el caso, sino que debe removerse el obstáculo para que pueda ser suprimido un problema presentado por una persona o una asociación de consumidores, desapareciendo del mercado...*” (Irigoyen, Roberto “*Fundamentos de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor*”, L.L. 1994-E-1020).

adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso”.

La norma impone tres requisitos para dotar de validez a un acuerdo transaccional colectivo: (i) vista del Ministerio Público Fiscal cuando éste no haya sido quien promovió la acción colectiva; (ii) homologación por sentencia fundada;²⁹ y (iii) reconocimiento del derecho de exclusión de los consumidores o usuarios miembros del grupo para que puedan apartarse de la solución consensuada entre las partes nominales del proceso, si es que así lo desean.

Si comparamos esta regulación con la prevista en el sistema federal estadounidense, podemos ver que el primero de los requisitos señalados está ausente en la Regla 23, el segundo ha sido claramente tomado de dicha fuente, y lo mismo puede decirse del tercero (aunque con una aclaración: el reconocimiento de este derecho de exclusión resulta obligatorio en la LDC, mientras que en la Regla 23(e)(3) se deja a discreción de la corte aprobar o no un acuerdo que no contemple tal derecho).

A pesar de que en abstracto la reforma pudo considerarse como un avance por haber regulado el asunto,³⁰ hemos señalado que “las deficiencias sistémicas arrojan como resultado un precepto de muy limitada eficacia funcional y poca afinidad con la estructura de gestión individual homogénea”.³¹

En este orden, hay algunas cuestiones concretas que exigen profundizar la discusión para permitir el logro de mejores acuerdos y un adecuado control de los mismos, tanto en beneficio de consumidores y usuarios como del propio sistema de tutela colectiva.³²

²⁹ Sobre los contenidos objetivos del acuerdo, ver Giannini, Leandro “*La transacción en los procesos colectivos*”, RDP 2011-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 309-311; Pereira Campos, Santiago “*Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América*”, en Oteiza, Eduardo (Coordinador y Editor) “*Procesos Colectivos. Class Actions*”, Buenos Aires, 2012, pp. 203, 207-219; Armenta Deu, Teresa “*Acciones colectivas: los recaudos para aprobar un acuerdo. La cosa juzgada y ejecución de sentencia*”, en Oteiza, Eduardo (Coordinador y Editor) “*Procesos Colectivos. Class Actions*”, Buenos Aires, 2012, pp. 247, 259-267.

³⁰ En esta línea señala Wajntraub que “*La reforma legislativa aporta también claridad en un tema que preocupaba tanto a representantes de los proveedores como de los consumidores, como ser la solidez de los acuerdos conciliatorios y sus requisitos de validez*” (Wajntraub, Javier H. “*Las acciones colectivas tras la reforma de la ley de defensa del consumidor*”, J.A. 2008-II-1286).

³¹ Salgado, José M. “*Tutela Individual Homogénea*”, Ed. Astrea, Bs. As. 2011, p. 289.

³² Verbic, Francisco “*La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361*”, RDP 2009-I, Rubinzal Culzoni.

En primer lugar, cabe destacar que, a pesar de haber tomado como fuente la Regla 23 estadounidense, el legislador argentino no contempló tres aspectos relevantes allí previstos para permitir un adecuado control de la legitimidad de estos acuerdos. Nos referimos a la notificación de la propuesta de acuerdo, la necesidad de descubrir cualquier arreglo conexo con la transacción colectiva (en especial, el de honorarios de los abogados del representante colectivo) y la posibilidad de impugnación por parte de los miembros de la clase. Tal vez esto se deba a que, como bien señala Giannini, en gran medida el legislador nacional enfrentó el fenómeno desde una perspectiva “*ajena a la de estos mecanismos de enjuiciamiento concentrado*”.³³

Dado el carácter colectivo y el consiguiente interés público involucrado en estas controversias, la falta de contemplación de tales exigencias en el art. 52 LDC no debería ser un obstáculo para que los jueces que tienen que evaluar estos acuerdos dispongan las notificaciones que entiendan necesarias (cuidando que el costo de las mismas no se convierta en un obstáculo para la efectividad de la tutela, por supuesto),³⁴ por un lado, y exijan absoluta transparencia y acceso a toda la información que estimen razonable a fin de desarrollar su tarea, por el otro. Respecto del derecho que tienen los miembros del grupo para impugnar el acuerdo, consideramos que está implícito en la garantía de debido proceso legal de los integrantes de la clase. No olvidemos que estas personas están siendo representados por un sujeto que no eligieron y serán afectadas, con cualidad de cosa juzgada, por las resultas de tal actuación.

En segundo lugar, aun cuando la intervención del Ministerio Público parece razonable, debe quedar claro que quien se encuentre en mejores condiciones para evaluar si el acuerdo considera adecuadamente los intereses de los sujetos involucrados en el conflicto es el propio juez de la causa, que es, además, quien debe, en última instancia, resolver fundadamente al respecto.

Señalamos esto porque algunos tribunales de justicia han conferido a la intervención del Ministerio Público un carácter “dirimente” del asunto. Carácter que es, a nuestro juicio, abiertamente equivocado. Si bien el control previo (y el consiguiente

³³ Giannini, Leandro J. “*La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos*”, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 231.

³⁴ Como bien apunta Giannini, estas notificaciones bien podrían ser ordenadas con fundamento en los poderes/deberes de dirección y saneamiento del juez reconocidos en el art. 34, inc. 5° del CPCCN (conf. Giannini, Leandro “*La transacción en los procesos colectivos*”, RDP 2011-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pp. 311-312).

dictamen) por parte del Ministerio Público es obligatorio, útil y relevante, en modo alguno puede considerarse como dirimente, dispositivo o vinculante de la decisión del juez. Es este último quien tiene el deber ineludible de controlar que el acuerdo no vulnere derechos de los miembros ausentes representados por el legitimado colectivo.

En tercer lugar, el art. 52 LDC establece, según vimos, un derecho de exclusión a favor de los miembros del grupo al disponer que *“el acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso”*. Trabajando sobre el tema poco después de la reforma criticamos esta previsión.³⁵ Sostuvimos por entonces que desde un plano de principio *“esta prerrogativa no concurre en lo más mínimo para avanzar las finalidades de los procesos colectivos. Es que la posibilidad de optar por quedarse afuera de la solución del caso una vez que las partes arribaron a ella, atomiza el conflicto y socava su juzgamiento concentrado. Además, alienta actitudes del tipo ‘espero y veo qué pasa’ e impide al demandado contar con un panorama acabado de las dimensiones del conflicto al cual se enfrenta”*.

Igualmente, desde el plano de las consecuencias prácticas señalamos que *“esta previsión tornará casi imposible lograr cualquier tipo acuerdo [gran error de apreciación...]. Digo esto ya que parece razonable suponer que nadie suscribirá una transacción si no es para desactivar el conflicto, y que nadie capitulará en su posición si no puede evaluar las consecuencias de esa capitulación. Es que el derecho de los miembros del grupo a optar por no ser vinculado por los términos del acuerdo incluso luego de que éste fue celebrado y homologado por el juez (lo cual además supone la previa intervención del Ministerio Público, que debe dar su venia sólo en el supuesto de considerar que atiende adecuadamente los intereses de los afectados), impide al demandado evaluar los alcances de la transacción y, por ende, decidir cuánto está dispuesto a conceder en aras de arribar a ella”*.

Pues bien, tales afirmaciones deben ser matizadas. Ocurre que la posibilidad de los miembros del grupo de optar por excluirse del acuerdo ya celebrado concurre a garantizar que las partes (sobre todo el representante colectivo) se esfuercen por lograr un buen acuerdo. Si el acuerdo es malo, probablemente ocurrirá lo que manifestamos en

35 Verbic, Francisco *“La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley N° 26.361”*, RDP 2009-I, Rubinzal Culzoni.

el trabajo citado. Por el contrario, si el acuerdo es bueno, es altamente probable que muy pocos o ninguno de los miembros del grupo opte por quedarse afuera de la solución del caso. En definitiva, el reconocimiento de este derecho opera como un incentivo positivo para la celebración de buenos acuerdos.

Sobre esta cuestión, una aclaración importante: el derecho de exclusión previsto en el art. 52 LDC sólo opera como un reaseguro de las bondades del acuerdo en los casos donde las pretensiones de los miembros de la clase son individualmente recuperables. Cuando tales pretensiones son de escasa cuantía, por el contrario, el derecho de exclusión difícilmente juegue ese papel porque el problema de acceso a la justicia por falta de incentivos suficientes para actuar individualmente recobra, en esta instancia del pleito, la misma vigencia que tenía antes de promoverse el caso colectivo.

Volviendo sobre el texto de la norma, podemos ver que no establece la necesidad de que el acuerdo sea equitativo y razonable a los intereses de la clase. Sin embargo, pensamos que esa circunstancia, inevitablemente, debe ser valorada por el juez a la hora de homologar una transacción colectiva individual homogénea ya que el control de la conducta del demandado (en este contexto, el resultado obtenido) forma parte de la vigilancia de la adecuada representación³⁶.

V. Cierre

Los modelos de cosa juzgada de simple vía o *secundum eventum litis* (por oposición a los de doble vía o *pro et contra*) presentan serios problemas en su aplicación que socavan la seguridad jurídica que puede proveer la solución final del caso colectivo.

Un primer problema es general y de tipo conceptual. ¿Qué significa que el resultado del pleito fue “favorable” para el grupo? Imaginemos escenarios: ¿qué ocurre si la demanda contiene cuatro pretensiones y el legitimado colectivo resulta vencedor en tres de ellas? ¿Y si el resultado es inverso, pero la pretensión que ganó es la principal? ¿Y si venció en las cuatro pretensiones, pero por la mitad del valor postulado, o menos?

Lo que queremos marcar es que estos modelos no otorgan a las partes certeza sobre el cierre total del conflicto, ya que la sentencia siempre estará sujeta a interpretación en un proceso posterior (individual o colectivo) que busque avanzar las mismas cuestiones alegando su inoponibilidad por no haber sido “favorable” a sus intereses.

36 Carestia, Federico S. y Salgado, José María, La transacción en las acciones de clase, LL 2012-B, 781.

El segundo problema es específico del contexto transaccional y, en nuestro país, viene impuesto normativamente por el art. 1641 del Código Civil y Comercial en cuanto establece que “La transacción es un contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas”.

Al haber concesiones recíprocas, no es nada sencillo determinar quién ganó y quien perdió. Pero, además, si articulamos esta norma con el art. 54 de la LDC, es evidente que estamos en un escenario donde el caso colectivo no se resuelve por una “sentencia que hace lugar a la pretensión”, sino por una resolución homologatoria que verifica las bondades del acuerdo en cuestión.

En este escenario, los modelos *secundum eventum litis* directamente no encuentran espacio para ser aplicados ya que la cosa juzgada (por ejemplo, en la LDC) opera como si fuese de doble vía o *pro et contra*. Esto ocurre porque la sentencia que homologa fundadamente el acuerdo garantiza el resultado favorable al grupo, y solo quedará la posibilidad de impugnar esa cosa juzgada por defectos de representación o situaciones de fraude procesal. Aquí, a diferencia del problema general que señalábamos, no hay margen de interpretación sobre si el acuerdo fue justo o no, porque esa decisión ya fue tomada por el juez.

Éstos y otros interrogantes que pueden plantearse resaltan la importancia de estructurar un sistema que coordine sus institutos en clave colectiva, sin que se vislumbre que una norma en forma aislada, como es el art. 54 de la LDC, pueda dar solución a una cuestión de gran complejidad.

Idealmente, deberíamos avanzar hacia un modelo de cosa juzgada colectiva que provea a las partes de la mayor seguridad posible sobre el cierre del conflicto, sea que el proceso termine con una sentencia o con una resolución homologatoria de un acuerdo transaccional.

Es que, como explica Issacharoff con claridad, “Al final del día, todo litigio es para encontrar reposo. El valor de una pretensión, litigada o acordada, es el precio de la paz sobre la cuestión en disputa. Ese precio puede ser tan bajo como cero para pretensiones sin mérito, pero para pretensiones que tienen al menos alguna viabilidad el valor se corresponde directamente con el nivel de cierre que la resolución del asunto ofrece a la demandada. El propósito de una sentencia, sea de mérito o de aprobación de un acuerdo, es precisamente brindar la certeza que la cosa juzgada ofrece a las partes”.³⁷

Y para poder avanzar en tal sentido la señalada coordinación resulta esencial, ya que un modelo del género solo podrá sostenerse constitucionalmente en la medida que el trámite del proceso garantice el debido proceso de todos los integrantes de la clase.

Submetido em 10.10.2021

Aceito em 21.12.2021

³⁷ Issacharoff, Samuel “Class Settlements under Attack”, Vanderbilt University Law School Public Law & Legal Theory, Working Paper Number 07 -31, 1649-1722 (1651).