

Voces: ACCION DE CLASE ~ MODOS DE TERMINACION DEL PROCESO ~ ACUERDO TRANSACCIONAL ~ TRANSACCION ~ TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ~ MEDIACION ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ PROCESO COLECTIVO ~ LEGITIMACION ~ COSA JUZGADA ~ EFECTOS DE LA SENTENCIA ~ DERECHO LITIGIOSO ~ VOLUNTAD DE LAS PARTES ~ DERECHO COMPARADO ~ LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ CONFLICTO DE INTERESES ~ NOTIFICACION ~ COSTAS ~ DERECHOS DEL CONSUMIDOR ~ DEBIDO PROCESO ~ HOMOLOGACION ~ FACULTADES DE LOS JUECES ~ EFECTOS DE LA COSA JUZGADA ~ MINISTERIO PUBLICO

Título: La transacción en las acciones de clase

Autores: Carestia, Federico S. Salgado, José María

Publicado en: LA LEY 12/03/2012, 12/03/2012, 1 - LA LEY2012-B, 781

Sumario: I. Introducción.- II. Síntesis teórica del ejercicio de la pretensión representativa.- III. La transacción como modo alternativo de solución de conflictos.- IV. Los potenciales beneficios de cerrar un acuerdo transaccional.- V. La transacción en los procesos colectivos.- VI. Conclusiones.

Abstract: "La naturaleza misma de los derechos colectivos, ya sean indivisibles o individuales homogéneos, impone condiciones especiales para su defensa ante la ausencia de un ente que pueda postularse por se como su titular. Esto hace que, lógicamente, para transar, desistir o comprometer su suerte se instrumenten mecanismos distintos a los que se articulan en los procesos en los cuales el propietario de la prerrogativa es quien domina, con exclusión de cualquier tercero, el curso y destino de aquéllo."

I. Introducción⁽¹⁾

El objeto del presente trabajo es examinar el instituto de la transacción en las acciones de clase. A tal fin, abordaremos sucintamente los aspectos más importantes y los potenciales beneficios de adoptar este modo de solución de controversias, para luego centrarnos en el que creemos que debe ser el régimen aplicable en procesos en los que están involucrados derechos individuales homogéneos. Este propósito implica, necesariamente, referirnos a la legitimación para llevar a cabo los acuerdos, al procedimiento que debe seguirse en sede judicial, al rol de los magistrados y a los efectos positivos y negativos de la transacción para cada uno de los miembros de la clase y su contraparte.

La pretensión representativa ⁽²⁾ entraña la posibilidad de dar respuesta, en un solo proceso judicial, con valor de cosa juzgada, a un número plural de reclamos que, en teoría, podrían ser postulados o defendidos en tantos litigios como personas integren el conjunto. Las dificultades que envuelven la propuesta, en la cual el pleito finalizará con un acuerdo, son muchas. Fácilmente se advierte que un legitimado extraordinario para reclamar derechos de incidencia colectiva, de no ser debidamente vigilada su actuación, podría malograr los derechos del grupo o clase de personas involucradas en la relación material. A la par de ello, la empresa de dilucidar cuáles son los mecanismos para alcanzar esa finalidad se presenta como impostergable. Es que en el precedente "Halabi"⁽³⁾ la Corte ha dispuesto que la operatividad de este dispositivo de tutela jurisdiccional no deba aguardar la morosidad legislativa, motivo por el cual su instrumentación se ha dinamizado notablemente en la mayoría de los fueros de nuestro país.

Es la propia realidad, entonces, la que nos impone este nuevo desafío. La necesidad imperiosa de satisfacer prerrogativas y expresiones específicas de derechos materiales nos llevará a analizar, a lo largo del presente trabajo, institutos adjetivos novedosos en nuestro medio. Intentaremos proponer soluciones a cada uno de los interrogantes que plantea esta espinosa cuestión.

II. Síntesis teórica del ejercicio de la pretensión representativa

El quiebre fundamental de la pretensión representativa con relación a los sistemas procesales adversariales tradicionales es que la titularidad del derecho se mira en forma grupal. Esto nos motoriza a repensar los mecanismos para su tratamiento. Es en esa clave que se buscan mejores soluciones; algunas veces por conveniencia y otras por ser ella la única forma de su realización efectiva. La pertenencia grupal del derecho colectivo conlleva a la ausencia de un titular natural con facultades para disponer sobre su propiedad. En la faz procesal implica que, al no exigirse que todos los integrantes del conjunto comparezcan personalmente a defender sus derechos o a expresar su voluntad, deba buscarse a una persona idónea para hacerlo en carácter de representante. Ese lugar de realización material y, consecuentemente, de aptitud procesal ad causam, es ocupado por un legitimado extraordinario quien, especialmente habilitado por una ley para ejercer dicha potestad, efectuará la gestión colectiva. Lógicamente, para que la propuesta resulte constitucionalmente válida, en tanto la habilitación legal no garantiza una actuación irreprochable, deberán resguardarse los derechos e intereses de todos los miembros del grupo y, llegado el caso, permitir que aquellos que se opongan a que el legitimado extraordinario los represente puedan excluirse sin problemas de la eficacia del proceso.

Es por ello que el centro de atención sobre la validez de la postulación, más allá de otras condiciones específicas como que la pretensión esté enfocada en las cuestiones comunes, es que el legitimado extraordinario

posea la calidad de representante adecuado de los miembros del grupo. Es decir que, a partir de la evaluación de diversos parámetros, el juez pueda concluir que la defensa de los intereses que se emprenderá resultará adecuada, de forma tal que ninguno de los integrantes del grupo o clase de personas pueda luego sostener que de haber comparecido al pleito hubiera efectuado una mejor defensa u obtenido un resultado sustancialmente más provechoso. El cumplimiento de dicho recaudo, conocido en el derecho estadounidense como adequacy of representation, debe ser analizado por los magistrados tanto en relación al legitimado como a sus abogados, y vigilado a lo largo de todo el pleito. Sin lugar a dudas, constituye un presupuesto constitucional del debido proceso colectivo.

Finalmente, atendiendo al sistema de vinculatoriedad de la cosa juzgada —preclusión unilateral modificada o pro et contra—, el resguardo del derecho de los ausentes debe integrarse con mecanismos de notificación adecuados y, como se dijo, con la posibilidad en los derechos individuales homogéneos de que los miembros del grupo ejerzan su autonomía individual para excluirse del pleito.

III. La transacción como modo alternativo de solución de conflictos

La transacción, regulada en el artículo 832 del Código Civil es un "acto jurídico bilateral por el cual las partes, haciendo concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas". Esto significa que las partes, ante situaciones conflictivas que se presentan como dudosas o que ya son materia de litigio, deciden hacer actos abdicativos de sus pretensiones originales para obtener certidumbre en sus derechos y dar por finalizada la contienda. La transacción no es ni más ni menos que un modo alternativo de resolución de controversias sustentadas en relaciones jurídicas.

La definición nos lleva a concluir que uno de los requisitos esenciales de la transacción es que recaiga sobre obligaciones litigiosas o dudosas. En este sentido suele afirmarse que la incertidumbre de las partes puede ser objetiva o subjetiva. La primera se da cuando la cuestión es materia de litigio, ya que todo proceso engloba objetivamente un margen de inseguridad; no es posible adelantar el resultado de una sentencia. La segunda se refiere a las dudas de las partes sobre si determinada relación jurídica (todavía no judicializada) está regulada por el derecho, en qué forma y con qué límites. Coincidimos con Pizarro y Vallespinos en que no corresponde exagerar sobre estos requisitos. La causa que puede motivar la transacción frecuentemente se relaciona, no tanto con la incertidumbre subjetiva que el derecho tiene en sí mismo, ya que puede no haber dudas respecto de su existencia, alcances y eficacia, sino de sus posibilidades materiales de cobro. Muchas cuestiones son transadas, no porque existan vacilaciones acerca de la razonabilidad de la pretensión, sino en el afán de evitar un pleito interminable o de asegurar un pronto cobro, aun tratándose de un monto inferior que aquel al que se tiene derecho. (4) En definitiva, lo que se busca con la transacción es impedir un litigio o ponerle fin, evitando su prolongación temporal.

La transacción puede ser judicial o extrajudicial; simple o compleja. En el primer intento de clasificación encontramos que la judicial es la que versa sobre derechos litigiosos y que, por supuesto, se produce en el marco del pleito. Una vez alcanzado el acuerdo transaccional, pasa a consideración del juez para su homologación. En caso de que ésta se efectivice, estaremos frente a uno de los modos anormales de terminación del proceso. En cambio, la transacción extrajudicial versa sobre derechos dudosos (que aún no son materia de litigio) y la realizan las partes en forma privada, a fin de evitar el pleito. Creemos que si la contienda es de índole colectiva, necesariamente el acuerdo deberá trascender las fronteras de las partes y someterse a la consideración de un magistrado para su homologación.

En la segunda propuesta de clasificación encontramos a la transacción simple, también llamada pura, que es la que recae únicamente sobre los derechos que fueron objeto de la controversia inicial. Por ejemplo, cuando dos personas disputan la titularidad de un campo y deciden dividirlo en porcentajes, o cuando se reconoce una indemnización a causa de un hecho ilícito cuyo monto era materia de debate. Muy por el contrario, la transacción compleja recae sobre otros derechos, distintos de los que han sido motivo de la discusión originaria. Volviendo a uno de los ejemplos, podría haber un supuesto si se decide que una de las partes obtenga la titularidad del campo (reconociéndole su derecho), pero otorgando a la otra una suma de dinero o derechos sobre otro terreno.

Por último, en lo que concierne a los efectos de este instituto jurídico, es menester señalar que el acuerdo celebrado extingue las obligaciones primigenias y tiene la misma fuerza obligatoria que todo contrato o de la cosa juzgada, según sea realizada judicial o extrajudicialmente. Ahora bien, mientras la transacción simple tiene un efecto meramente declarativo, ya que se reconoce en el otro un derecho que ya había nacido (se tiene en cuenta que el derecho ha existido desde antes); en la transacción compleja, en tanto se incorporan nuevos derechos en aras de resolver del conflicto, hay también un efecto traslativo (una modificación en la situación jurídica preexistente). Más adelante, en lo que atañe a los procesos colectivos, analizaremos a quiénes pueden oponerse los efectos que produzca el acuerdo transaccional.

IV. Los potenciales beneficios de cerrar un acuerdo transaccional

Los contextos de referencia inciden en la dinámica de la transacción y muestran notables diferencias según se trate de derechos de personas presentes en el pleito o de la gestión de las prerrogativas de los miembros ausentes de una clase.

En el caso de un acuerdo transaccional individual estamos convencidos de que nadie mejor que las propias partes, asistidas por sus letrados, conocen sus intereses y qué es lo que buscan en cada una de las controversias jurídicas que se presentan; por lo que son ellas mismas las que podrán encontrar —utilizando diversos mecanismos— la solución que verdaderamente responda a sus pretensiones. El límite será el orden público y la intervención promiscua de sus representantes legales en caso de tratarse de incapaces.

El juez resuelve de acuerdo a lo solicitado en el escrito inaugural, el responde de demanda y el material que tiene a la vista; no puede involucrar en la sentencia derechos que no hayan sido materia del litigio. Dicha posibilidad, ausente en los procesos judiciales, y que en la práctica significaría una transacción de tipo compleja, podría llegar a materializar un acuerdo diferente que efectivamente tenga por satisfechas a las partes. No siempre la solución de un conflicto está en la justicia distributiva, en la que las partes luchan por ver quién consigue más de la sustancia por la cual están negociando o de los derechos que están en juego. Si se asume que el valor a repartir no es fijo, éste se puede ampliar y con ello el menú de soluciones disponibles. [\(5\)](#)

Es posible, a través de esfuerzos compartidos, conocer quién valora más el bien objeto de estudio, para luego dilucidar qué puede ofrecerse a la otra parte para suplantarla (ésta, inclusive, puede considerar más preciado al sustituto). Las partes, en una búsqueda creativa de solución y de reestructuración del conflicto, pueden llegar conjuntamente a un nuevo valor que reemplace satisfactoriamente a los valores anteriores, [\(6\)](#) evadiendo indirectamente la constante de suma cero en los resultados. La disponibilidad de la información para poder lograr un acuerdo cooperativo e integrativo sólo la tienen las partes.

Por otro lado, no puede soslayarse que los costos de llevar adelante todo un proceso suelen ser más elevados que los de una posible transacción. El pago de la tasa de justicia, los gastos de producir la prueba, los honorarios de los profesionales intervenientes, entre otros, son factores relevantes a la hora de decidir la iniciación de un pleito. A ello se suma la precisión con que las partes estimen sus probabilidades de ganar y de su actitud frente al riesgo. Este dependerá de la habilidad del abogado, la calidad de la prueba y la probabilidad de error del tribunal, entre otras variables. Todos estos aspectos son intrínsecamente difíciles de medir. [\(7\)](#)

A su vez, el análisis de este tipo de institutos no puede disociarse de la realidad en la que se plantean. La duración de los procesos en Argentina —que en ciertas ocasiones atenta contra una tutela eficaz de los derechos— determina que los acuerdos transaccionales se presenten como una alternativa plausible y con mejores perspectivas de realización. [\(8\)](#) Las posibilidades reales de cobro, las consecuencias perjudiciales del tiempo transcurrido, la inversión innecesaria de recursos, el riesgo de avatares judiciales y el peligro de insolvencia del deudor son fundamentales a la hora de pensar en la necesidad de cerrar un acuerdo transaccional.

Por supuesto que las transacciones no sólo producen externalidades positivas para las partes, sino también para el sistema de administración de justicia en su conjunto; que no sólo evitará un dispendio jurisdiccional innecesario, sino que también podrá ejercer una asignación de recursos más eficiente.

En los procesos colectivos, que concentran una infinidad de reclamos, los beneficios antes reseñados se acrecientan rotundamente, configurando una verdadera economía de escala. [\(9\)](#) A su vez, pueden percibirse otras ventajas para los participantes. Desde la perspectiva del representante de la clase, no puede ignorarse que la derrota en juicio significaría que los potenciales reclamos de miles de miembros desaparecerían —si se sigue el sistema de cosa juzgada pro et contra—. [\(10\)](#) En caso de los accionados, el sólo hecho de recibir una demanda podría implicar que se inmovilice una suma presupuestada para los gastos mientras dure ese proceso; luego, una potencial derrota podría implicar exponerse a indemnizaciones millonarias e, inclusive, a daños punitivos. Además, si se tratase de una empresa que cotiza en bolsa, el hecho de mostrar el pleito pendiente como un riesgo significativo en sus estados financieros podría afectar el valor de sus acciones y su capacidad para obtener financiamiento. [\(11\)](#)

A la luz de lo expuesto, puede colegirse que los potenciales beneficios de cerrar un acuerdo transaccional, tanto en los procesos individuales como en los colectivos, son numerosos y diversos.

V. La transacción en los procesos colectivos

Tal como lo hemos sostenido, la naturaleza misma de los derechos colectivos, ya sean indivisibles (v. gr. difusos) o individuales homogéneos, impone condiciones especiales para su defensa ante la ausencia de un ente que pueda postularse por se como su titular. Esto hace que, lógicamente, para transar, desistir o comprometer su suerte se instrumenten mecanismos distintos a los que se articulan en los procesos en los cuales el propietario de la prerrogativa es quien domina, con exclusión de cualquier tercero, el curso y destino de aquélla.

A diferencia de lo que ocurre en los procesos individuales, en los que los tribunales no interfieren en las relaciones contractuales de los litigantes con sus abogados ni en los términos del acuerdo —a menos que se encuentre involucrado el orden público, la legalidad o los derechos de personas especialmente tuteladas—, en el campo colectivo están llamados a realizar ambas tareas. [\(12\)](#)

La decisión en torno a los derechos colectivos siempre deberá atravesar un proceso de análisis sobre su razonabilidad, aunque en los derechos individuales homogéneos, además, deberán tomarse recaudos específicos para poder extender lo acordado a los miembros ausentes de la clase. Esto es así, ya que nada obsta que, a la par

del acuerdo, pueda existir una pluralidad de decisiones individuales distintas, en similar o diverso sentido. Entonces, para que la propuesta sea constitucionalmente viable (v. gr. adecuándose a las directivas del debido proceso) y, por ende, no sea pasible de una invalidación posterior, deberán adoptarse mayores precauciones al momento de estudiarla.

A continuación, analizaremos cómo han sido regulados los procesos de homologación de acuerdos en los distintos sistemas, haciendo un especial énfasis en la diferente atención que se le ha conferido a la problemática y a los mecanismos tendientes a evitar ciertas patologías derivadas de su uso.

V.1. Distintos sistemas

A) Regla 23 (e) del sistema federal norteamericano [\(13\)](#)

La reforma operada en los Estados Unidos en 2003 tuvo una gran incidencia en la Subdivisión (e) dedicada a los acuerdos, los desistimientos y las transacciones. La finalidad fue fortalecer el proceso de revisión, haciendo hincapié en el control judicial y su aprobación como medios esenciales para asegurar una representación adecuada de los miembros de la clase. Así se reconoció expresamente el poder del representante para resolver el conflicto colectivo.

En el procedimiento previsto por la Regla 23 no rige el sistema dispositivo, mediante el cual la acción podría desistirse o transarse según la voluntad de las partes; ello sólo será posible con la aprobación del tribunal y con la notificación razonable a todos los miembros de la clase que podrían quedar vinculados por la decisión. Esto protege fundamentalmente los intereses de los miembros ausentes, ya que la homologación del acuerdo será vinculante para ellos. Por lo tanto, el juez debe efectuar un juicio de valor respecto de la conveniencia del acuerdo. [\(14\)](#)

El tribunal debe evaluar si el acuerdo transaccional es justo, razonable y adecuado según la Regla 23 (e) 2), y expresar detalladamente los fundamentos mediante los cuales arriba a esa conclusión. En función de los apartados (e) 1) y (c) 2) (B), es necesario notificar de una manera idónea a todos los miembros de la clase y, si la acción fue certificada bajo la subclase (b) 3) —derechos individuales homogéneos—, el tribunal debe habilitar una nueva posibilidad para que los miembros de la clase que no hubiesen ejercido la exclusión al momento de la certificación (según el apartado (e) 4)) puedan hacerlo; de otro modo la propuesta debe ser desechada.

Podría ocurrir que, al evaluar el acuerdo, la clase quede redefinida o subdividida por los intereses divergentes de sus integrantes. En estos supuestos, también se deberá enviar una notificación en los términos que hemos anotado.

Asimismo, cualquier miembro de la clase puede oponerse a una propuesta de transacción. El hecho de que la oposición sólo pueda ser retirada con autorización del tribunal (e) 5) permite —aun cuando el interesado desista de ella— que los jueces investiguen las razones de las objeciones, obteniendo más y mejor información para valorar sus términos y, llegado el caso, evitar acuerdos colusivos.

En aquellos supuestos en que la propuesta sea desestimada, el tribunal podrá disponer el reemplazo adecuado del representante, invitando a los interesados a que se postulen para ejercer la función; el primero, por su parte, podrá alegar que su representación no se vio comprometida por el rechazo.

B) Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

El art. 11 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (CMPCI) establece que, en el marco de la audiencia preliminar, "preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación" (párr. 3º). Además, "obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial" (párr. 4º).

El sistema modelo para Iberoamérica parece seguir las falencias, en cuanto a la ausencia de regulación, [\(15\)](#) de las que adolece el sistema brasileño (su fuente de mayor incidencia). Entendemos que el precepto citado elimina la posibilidad de una transacción dado que, sin dar a conocer esa posibilidad a los miembros ausentes, no se podrá preservar adecuadamente la indisponibilidad del bien jurídico colectivo. Este aspecto se encuentra vinculado con el diseño que ese sistema ha establecido para la eficacia de la cosa juzgada —a la que nos dedicaremos más adelante—, la que no podrá afectar las esferas individuales de los miembros de la clase y sólo habrá dirimido la pretensión en su forma colectiva.

Debemos preguntarnos qué sucederá con aquellas pretensiones individuales homogéneas que sólo son deducibles o reclamables en forma colectiva. Es que si bien la transacción no afectará esferas individuales, si éstas son de ínfimo valor no habrán de postularse y, a su vez, se impedirá un nuevo planteo colectivo. Es por ello que resulta de suma importancia prestar atención a las condiciones del acuerdo.

C) Ley de Defensa del Consumidor

En el marco de la legislación argentina, el artículo 54 de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor prevé que "para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que éste sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o

usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso.¹⁶

Como lo hemos explicado, dada la magnitud de las cuestiones que se debaten en el proceso colectivo, cualquier decisión que selle la suerte de los miembros ausentes deberá rodearse de todos los recaudos necesarios para proteger sus derechos —publicidad, adecuada representación de sus intereses y derecho a tener su día en el tribunal—. En tal sentido resulta inviable que en la transacción prime libremente el principio dispositivo, sin un adecuado control del órgano jurisdiccional.

Entre las numerosas falencias del pretendido sistema colectivo local ideado para los consumidores debe mencionarse que no se establece la necesidad de que el acuerdo se presente como equitativo y razonable a los intereses de la clase. 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 forma parte de la vigilancia de la adecuada representación.

Otras previsiones necesarias que han quedado fuera de la norma son la notificación a los miembros de la clase que podrían tener interés en lo dispuesto, el contenido del aviso, el plazo en el cual podrían solicitar su exclusión, etcétera. La forma en que se ha redactado el precepto citado pareciera conceder al miembro de la clase la posibilidad de ejercer sine die el derecho al opt out. Evidentemente esto resulta contrario a cualquier mínimo resguardo de la seguridad jurídica del obligado, puesto que le impide calcular, ante la inclusión sucesiva de otros beneficiados, el costo del acuerdo. ¹⁶

En este punto, compartimos la postura expresada por Viel Temperley, quien afirma que la norma del artículo 54 de la Ley Nacional de Defensa del Consumidor no será mayormente utilizada puesto que la ausencia total de precisiones sobre el modo y el tiempo en que los consumidores podrán ejercer el derecho de apartarse de los términos del acuerdo alcanzado en la acción colectiva genera incertidumbre en la parte demandada, quien no tendrá nunca la certeza de haber quedado liberada. ¹⁷

En suma, las deficiencias sistémicas señaladas arrojan como resultado un precepto de muy limitada eficacia funcional y con poca afinidad con la estructura de la gestión individual homogénea, cuyo objetivo es dar soluciones a todos los miembros que integran una clase mediante el ejercicio de una litigación representativa y que, en lo posible, la controversia concluya con el acuerdo sin ulteriores cuestionamientos, o con la menor cantidad posible. La ausencia de dichos parámetros es palmaria y se agudiza cuando se contrasta la precariedad de la norma con las previsiones de la Regla 23 (e) que hemos reseñado previamente.

V. 2. Representación adecuada y conflictos de intereses

Al encontrarnos inmersos en un sistema de postulación representativo, uno de los pilares fundamentales para su buen funcionamiento es el control del ejercicio de la actividad del representante del grupo, ya que la sola condición del legitimado extraordinario es insuficiente para asegurar la defensa vigorosa de los intereses en juego.

No todos los sistemas procesales colectivos representativos han incorporado la figura del representante adecuado; ¹⁸ y algunos lo han hecho sin resaltar su importancia. ¹⁹ Nosotros creemos que es un error no asignarle un papel preponderante en esta especie de litigios, sea que versen sobre derechos divisibles o indivisibles, en la faz activa o pasiva de la relación procesal, dado que ello tendrá su repercusión en la efectividad que pueda otorgársele al proceso.

El juez, al certificar la pretensión representativa, desarrolla una actividad tendiente a resguardar la situación de los miembros de la clase ausentes en el pleito, tutelando de este modo la garantía a un debido proceso. El litigio colectivo (y, por ende, un posible acuerdo transaccional) no será certificado como tal si no se asegura que quien intenta abrir el debate cumple el prerequisito de la adecuada representación de los miembros ausentes. ²⁰

Con el objetivo de evaluar su configuración, las distintas legislaciones han efectuado una enumeración de parámetros de análisis. Estos revisten el carácter de cargas para el que enarbola su actuación como representante y se presentan como una prueba que acredita que podrá llevar adelante la acción colectiva protegiendo los derechos del grupo de una manera vigorosa (vigorous prosecution test).

En los Estados Unidos, donde se origina el instituto, los parámetros fueron creados de manera jurisprudencial a partir de lo previsto en la Regla 23, apartado (a) 4: las partes representativas van a proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada (adequacy of representation). Sin embargo, en el año 2003, con la incorporación del apartado (g) Class Counsel a la Regla 23, se plasmó legalmente lo que era un uso normal en la práctica, es decir que muchos de esos requisitos debían ser cubiertos por el cuerpo de abogados más que por el miembro de la clase que se postulaba como representante adecuado. ²¹ El apartado (g) 1 (B) reconoce que la responsabilidad primordial de los abogados de la clase, como consecuencia de su nombramiento, es la de representar sus mejores intereses.

La posición de los abogados tiene mucha más incidencia en esta tipología de litigio que aquella que usualmente puede ejercer en un juicio individual, puesto que los representantes adecuados no tienen el control absoluto del proceso, sino que muchas decisiones son propuestas o tomadas por la iniciativa de los letrados. En ese sentido debe destacarse que no será necesario, por ejemplo, que exista un vínculo entre el representante adecuado y los abogados. De hecho, no son aquéllos quienes deciden la designación ni los términos del vínculo, ni

tampoco vigilan la calidad de las prestaciones; es sobre el juez que recae esa tarea, quien debe asegurarse que la designación permita ejercer la adecuada representación de los intereses de la clase.

Para la designación, el tribunal deberá considerar: (i) el trabajo que el postulante ha hecho en la identificación o en la investigación de posibles reclamaciones involucradas; (ii) la experiencia del abogado en el manejo de demandas colectivas u otros litigios complejos; (iii) el conocimiento del abogado de la materia que se debate y las leyes aplicables, y; (iv) los recursos dinerarios y materiales que los abogados van a comprometer para representar a la clase.

En el párrafo (g) 1) (C) se articula la responsabilidad básica del tribunal para nombrar a un abogado de clase, lo que le proporcionará la representación adecuada requerida en el apartado (g) 1) (B). Allí se establece que puede ordenar a los potenciales abogados que proporcionen información sobre cualquier tema pertinente al nombramiento [\(22\)](#) y que propongan las condiciones para sus honorarios y los gastos. De este modo, identifica los criterios que deben ser considerados y deja abierta la posibilidad de que se evalúe cualquier asunto pertinente como, por ejemplo, cuál será el mecanismo con el que paralelamente al reclamo judicial coordinará o consolidará su actuación. Evidentemente, explica el Advisory Committee, parte de la información requerida para la designación no deberá ser divulgada a terceros (preservándose su confidencialidad), dado que perjudicaría la actuación en el litigio. [\(23\)](#)

Si después de evaluar todas las solicitudes el tribunal concluye que ninguna es satisfactoria, puede rechazarlas y denegar la certificación, recomendar que alguna de ellas sea modificada, invitar a nuevas postulaciones, o hacer cualquier otra orden adecuada respecto a la selección y nombramiento de los abogados de la clase 1) (E).

El párrafo (g) 2) establece el procedimiento que debe seguirse en la designación de los abogados de la clase. Cuando un demandante solicita el nombramiento como abogado de la clase, el tribunal puede nombrar a ese solicitante si es el adecuado conforme a la Regla 23 (g) 1) y 4). Si más de un solicitante adecuado busca nombramiento, el tribunal debe designar a los candidatos más capaces de representar los intereses de la clase.

En la mayoría de los casos, los abogados que han desplegado la investigación preliminar y preparado la demanda serán los más idóneos, incluso a veces la única opción, para ejercer esta función, pero nunca podrán librarse del control judicial sobre los méritos para cumplir acabadamente el rol mencionado. En otros supuestos, en los cuales exista interés de muchos abogados motivados en la importancia del conflicto, los que pretendan ser designados para actuar en favor de la clase competirán para ganar la designación y ejercer la conducción del proceso.

Esta selección puede hacerse de forma privada (private ordering) cuando todos los abogados intervenientes acuerden quién ejercerá el rol de conductor, [\(24\)](#) con el posterior control y aprobación del tribunal. En caso de que la designación privada no se logre, será el juez quien deberá evaluar y decidir entre los postulantes (...), resguardando siempre los intereses de la clase. En este caso el tribunal deberá, además de examinar la idoneidad, hacer una comparación entre las fortalezas de los candidatos. Un factor determinante, en aquellos casos en que el monto de los daños pueda predecirse, es establecer ex ante desde la certificación, la cuantía de los honorarios. En definitiva, deberán analizarse todas las circunstancias que rodean al asunto en particular. [\(25\)](#)

Cuando se trata de acciones de clase actoras, siempre se designarán a los abogados que requieran el nombramiento. En cambio, otras consideraciones deben hacerse cuando se trata de una demanda contra una clase (defendant class actions), caso en el que la convocatoria puede ser instada bien por el representante adecuado de los demandados, bien por el propio tribunal mediante una designación oficiosa.

De cara al acuerdo transaccional, el magistrado deberá cerciorarse de que ni el representante ni sus abogados tengan conflictos de intereses con ningún participante. Un riesgo que tienen los acuerdos, especialmente en los casos en que la demanda colectiva se promueve para resarcir pequeños montos individuales, es la posibilidad de que los abogados de los reclamantes se confabulen con los demandados en perjuicio de los miembros de la clase. [\(26\)](#) De tal suerte, incumpliendo su función, los primeros evitan una investigación seria y vigorosa sobre los reclamos, no aportan evidencia al tribunal (especialmente en lo referido al número de integrantes de la clase y a la cuantía de sus reclamos), y cierran una transacción por un valor mucho menor al que podrían haber obtenido, aunque se les reconocen altos montos en concepto de honorarios (llamados por la literatura norteamericana sweethearts deals). [\(27\)](#)

Cuando entran a jugar los intereses individuales, el esfuerzo nunca es coincidente con las expectativas que puede tener el grupo. Esto ocurre cuando para los abogados el caso pasa a ser rentable y su interés es cerrarlo lo antes posible; por el lado de los demandados que deben responder, la ecuación también cierra, porque concluyen un pleito de manera temprana y evitan los costos que podrían ocasionarles un fallo o un acuerdo real. En el marco de este grave problema de agencia que puede presentarse con los abogados, resulta trascendental el manejo de la información. Generalmente es el letrado quien controla la información que tiene el juez para determinar la razonabilidad del acuerdo. Muchas veces las presentaciones de quienes objeten la propuesta pueden ser importantes a la hora de analizar su viabilidad. Por supuesto que, además, cuanto mayor sea la entidad de un potencial reclamo individual, mayores son los incentivos a controlar la actuación del abogado. [\(28\)](#)

En definitiva, creemos que en este punto jugará la honestidad de los abogados reclamantes y, por sobre todas las cosas, el control judicial que evite la homologación de transacciones inapropiadas, cuando no colusivas, o desistimientos ficticios que ocultan acuerdos realizados fuera de la causa.

V. 3. El diseño de las propuestas y la configuración de la clase

La estructura del acuerdo, en ciertos aspectos, sólo tiene como límite la creatividad de los letrados; en otros, sus ribetes podrán ser objetables. En casos de transacciones comerciales o cuestiones de derecho del consumidor probablemente su redacción sea más sencilla, ya que se tratará de un porcentaje mayor o menor de la suma de dinero involucrada. Sin embargo, la gran mayoría de los casos será mucho más compleja y requerirá de una minuciosa confección de las cláusulas del acuerdo.

Este tema está íntimamente relacionado con la delimitación adecuada de la clase, ya que el acuerdo transaccional podrá referirse: a los consumidores que hubiesen adquirido cierto producto en determinado período de tiempo, a los trabajadores empleados en una época, etc. Resulta de suma importancia que las clases o subclases que queden definidas verdaderamente respondan a intereses homogéneos. La aglutinación indiscriminada de intereses individuales, sin la apropiada distinción de sus matices, no hace más que desdibujar el sentido de una verdadera acción colectiva. [\(29\)](#)

La redacción de la configuración de la clase y de los términos del acuerdo debe ser cuidadosa y pertinente a fin de evitar potenciales abusos a los miembros ausentes (e inclusive a los presentes). Puede ocurrir, por ejemplo, que en un contrato de tarjeta de crédito se esté cobrando a los consumidores un adicional por el envío del resumen de cuenta. En ese caso, el tribunal debe rechazar un acuerdo que disponga que la transacción recaiga "sobre cualquier reclamo, de la naturaleza que sea, derivado del contrato de tarjeta de crédito". Es posible que, al mismo tiempo, se hayan estado cobrando intereses a una tasa inadecuada y que la empresa utilice el presente acuerdo para liberarse de uno de mayor cuantía. Los demandados pueden intentar, de algún modo, ampliar la clase para beneficiarse de la oponibilidad del acuerdo.

La clase que participa del proceso y sobre la cual tendrá eficacia la sentencia (de diversas maneras, según cuál sea el sistema diseñado) debe ser descripta mediante las características comunicantes que la definen como tal. Sin embargo, en algunos casos, esa pauta resultará insuficiente para garantizar acabadamente el debido proceso a los miembros futuros, ya que éstos no podrán ejercer, por ejemplo, la opción de exclusión por desconocer que formarán parte de ese grupo. Por ello, muchas veces, será necesario ponerle límites temporales a la definición que se apruebe con la certificación. Es evidente, aunque no está de más anotarlo, que la problemática referida sólo se producirá en los supuestos de derechos individuales homogéneos en los que pueda verificarse la coexistencia de una decisión colectiva y sentencias individuales.

Una gran diferencia entre los procesos litisconsoriales, aun cuando sean planteados a gran escala, y las acciones de clase es la posibilidad de incluir a los miembros futuros. Mientras que en los primeros sólo pueden litigarse los conflictos actuales o maduros [\(30\)](#) y los mismos serán postulados en la medida en que vayan surgiendo, en el litigio representativo el concepto "clase" comprende a quienes resultan miembros actuales por sufrir personalmente las consecuencias del conflicto individual homogéneo, así como a las personas que aún no han efectuado reclamo alguno, no han sufrido un perjuicio y/o que ni siquiera prevén que lo sufrirán. [\(31\)](#)

La cuestión trajo una justificada controversia en los Estados Unidos en los años '80, sustentada en que con relación a los "future claimants" o "futures" no se cumplía con la garantía del debido proceso, ya que, al desconocer que sufrirían la afectación, se veían impedidos de optar por quedar fuera del litigio. El problema se presentaba no sólo para las personas que se encontraban en las circunstancias descriptas, sino también para los demandados que, de fracasar la propuesta, se veían impedidos de arribar a acuerdos para cerrar escenarios litigiosos. [\(32\)](#)

La mayor controversia se generó en un reclamo de clase derivado de la exposición a los asbestos, en el cual los mismos abogados que habían negociado el arreglo por la indemnización de los miembros presentes intervinieron en el referido a los miembros futuros. [\(33\)](#) Esta circunstancia evidenciaba la existencia de intereses contrapuestos. La cuestión fue revisada posteriormente por la Corte estadounidense, que dictaminó que si bien los acuerdos eran posibles bajo la Regla 23 (b) 3, la clase postulada debía ser rechazada por existir demasiadas diferencias de hecho y de derecho entre sus miembros. Se sostuvo que no se lograba satisfacer el recaudo de la commonality, motivo por el cual los representantes no podían defender adecuadamente los intereses de un conjunto tan diverso. [\(34\)](#)

Sin embargo, la cuestión de los miembros futuros no fue resuelta y, dados los motivos que previamente hemos señalado respecto a la seguridad jurídica y a la eficacia del litigio, consideramos que es un punto de vital importancia en el sistema procesal que nos ocupa. El quid es poder desentrañar cómo cerrar un acuerdo eficaz vinculando a los miembros futuros y, al mismo tiempo, garantizar el derecho a accionar individualmente —opt out— a aquellos que aún desconocen que se verán afectados y pasarán, entonces, a formar parte de la clase.

La solución que se ha propuesto [\(35\)](#) toma en consideración una mezcla de los damnificados actuales y de aquellos que aparezcan en el futuro, definiendo a la clase a partir de su limitación temporal. Es decir, por ejemplo, "los que hubieran consumido determinado producto en un período de tiempo". La fórmula parece atractiva para

los demandados, puesto que les permite limitar los reclamos futuros por cuestiones ya juzgadas, y también para los demandantes, a quienes les permite incrementar válidamente las dimensiones de la clase. La forma de calcular la compensación por los daños no es sencilla, ya que siempre es difícil estipular qué pasará y cuántos serán los potenciales miembros comprendidos en el ámbito temporal certificado.

Volviendo al diseño de las propuestas, una modalidad con mucho predicamento y críticas en el marco del derecho norteamericano es que el demandado, en lugar de pagar una indemnización o como complemento de aquella, ofrezca —cuando su actividad lo permita— a los miembros de la clase cupones de descuento (coupon settlements) para ser utilizados en futuras compras de objetos o servicios de su producción. Se configuraría así una suerte de transacción compleja. Los abogados suelen ver la propuesta con buenos ojos, cierran velozmente el acuerdo y perciben sus honorarios. Sin embargo, esta modalidad fue limitada por la Class Action Fairness Act de 2005. El beneficio del demandado en esa especie de acuerdos también es notorio, ya que no sólo evita y diluye el costo directo del proceso y de los daños que ha causado, sino que retroalimenta su actividad con transacciones futuras. Además, del universo de sujetos beneficiados por los cupones, es de esperar que un alto número no haga efectivos los derechos que de ellosemanan. Una posibilidad combinada y más flexible es conceder a cada uno de los miembros del grupo una opción entre el cupón o el pago en efectivo con un valor indemnizatorio reducido en relación con el emergente del primero. [\(36\)](#)

En definitiva, las opciones en el diseño de las propuestas que incluya a una clase determinada son múltiples y su aprobación dependerá del análisis de razonabilidad y de protección de los intereses de todos los miembros de la clase que realice oportunamente el tribunal interviniante.

V. 4. Proceso de notificación y ejercicio del derecho de exclusión; costos asociados

El proceso de notificación y el ejercicio del derecho de exclusión resultan cruciales a la hora de tutelar el derecho a un debido proceso. En lo que refiere al primero, consideramos que la notificación deberá incluir tanto un sumario del reclamo como el texto del acuerdo propuesto. Toda vez que sea impracticable enviar a las partes la totalidad de los documentos del caso (que estarán a su disposición en el juzgado), será necesario diseñar diversas estructuras tecnológicas [\(37\)](#) (más acordes a los tiempos que corren) que permitan un acceso rápido y sencillo a los instrumentos. El objetivo de la comunicación es que los miembros de la clase puedan anoticiarse de los términos de la propuesta, cerciorarse de una apropiada e idónea representatividad, y eventualmente ejercer su derecho a excluirse del acuerdo.

La forma en que ha de efectuarse la notificación no resulta para nada sencilla, ya que puede tratarse de clases pequeñas y abarcables o bien compuestas por miles y hasta millones de personas. En este sentido, y a fin de evitar costos prohibitivos para quienes intervienen en los procesos, es menester que los abogados y magistrados encuentren métodos alternativos para cada caso concreto. Por ejemplo, en un problema con una entidad financiera, podría incorporarse la comunicación en el resumen de cuenta enviado al cliente; en caso de conflicto con una empresa de servicios, sería factible realizar la notificación en la factura; etcétera. En este aspecto, como podrá percibirse, también resulta de suma importancia incorporar formas digitales de comunicación, tales como el correo electrónico que obre en las bases de datos de los demandados involucrados (u otra disponible) e incluso redes sociales.

A su vez, siempre estará a nuestro alcance, como opción exclusiva o complementaria a las ya mencionadas, la notificación en el Boletín Oficial y en los diarios de mayor circulación del lugar en que habiten los miembros de la clase involucrados; esta posibilidad, en principio, no parece muy efectiva.

En lo que concierne al derecho de exclusión, los sistemas legales referidos a acciones de clase han adoptado diversos procedimientos. El primero, denominado opt in, postula que los individuos se sumen a la clase una vez que han dado su consentimiento efectivo: si no concurren al tribunal a dar su posición afirmativa, no serán considerados miembros de la clase. El segundo, llamado opt out, implica que todos los miembros de la clase están obligados al resultado del acuerdo, a menos que objeten y se excluyan de la clase. Esto significa que los individuos son, por default, miembros de la clase. Este último sistema es el que creemos que se ajusta a la pretensión representativa y genera los incentivos adecuados a los actores del sistema.

Se han formulado infinidad de trabajos sobre la conveniencia de seguir uno u otro sistema. Estudios realizados en los Estados Unidos demuestran que con el mecanismo de opt out de la Regla 23 sólo un promedio del 0.15% de los miembros eligen la opción de salida. [\(38\)](#) Eisenberg & Miller explican que esto no es más que un signo de pasividad, de apatía; que la gente siempre opta por la solución de menor esfuerzo. [\(39\)](#) Por ese motivo, hay quienes piensan en que el sistema de opt in permitiría un rol más activo de los miembros hoy ausentes y evitaría la colusión entre abogados y litigantes a la que antes hicimos referencia.

Sin embargo, Alexander Charlotte, en un estudio sobre la ingeniería del "Fair Labor Standards Act" que utiliza el procedimiento opt in, demostró empíricamente que ese sistema no soluciona los problemas reseñados, [\(40\)](#) sino más bien todo lo contrario. Creemos que el opt in genera desincentivos a iniciar reclamos importantes y contribuir a los pequeños. No siempre los involucrados tienen el tiempo y la energía para hacerse cargo de estas cuestiones. Por otro lado, consideramos que los problemas traídos a estudio se solucionan con una regulación eficiente de los honorarios de los letrados y con un control judicial exhaustivo sobre las propuestas, la configuración de las clases

y las notificaciones a sus miembros.

Finalmente, debe repararse en que el sistema opt in en realidad no contiene una evolución conceptual respecto del instituto del litisconsorcio. Es decir que, con su uso, ya no nos encontraríamos frente al tratamiento de una pretensión o defensa representativa.

V. 5. Homologación del acuerdo y poderes del juez

El tribunal debe analizar minuciosamente el acuerdo y determinar si es justo, razonable y adecuado. Tiene la obligación de asegurarse de que los intereses de todos los miembros de la clase hayan sido protegidos y examinar si ha existido una notificación adecuada a los posibles involucrados.

Por lo demás, si los términos del acuerdo fueron justos, razonables y adecuados, el tribunal puede suponer que fueron negociados por un abogado competente; en cuyo caso la posibilidad de que otro letrado hubiese podido alcanzar un mejor arreglo es meramente conjetal e irrelevante. [\(41\)](#) Si la clase está definida y debidamente representada, como ya veremos, el acuerdo es oponible a todos sus miembros.

La doctrina norteamericana ha ido delineando distintos parámetros para considerar cuándo el acuerdo reúne los requisitos necesarios, siendo relevantes factores como: 1) la solidez de los argumentos de los demandantes en lo que respecta al fondo del caso, 2) la existencia de dificultades en la prueba o de fuertes defensas que encontrarán los accionantes si van a juicio, 3) los términos del acuerdo y los beneficios para la clase, 4) la duración prevista y la complejidad del asunto, 5) los gastos adicionales del litigio, 6) el factor "riesgo" en todo el procedimiento, 7) la solvencia de los demandados, y 8) el grado de oposición a la solución y sus fundamentos; 9) la buena fe de los litigantes y la ausencia de colusión, 10) los efectos que han de generarse para los miembros presentes y ausentes de la clase. [\(42\)](#)

Claro está que para poder llegar a una conclusión de esta índole el juzgante debe contar con la información pertinente. No será una tarea fácil, en tanto ninguna de las partes develará información adversa a la homologación del acuerdo. Por lo tanto, los magistrados deberán identificar las distintas fuentes de información que les permitan analizar la viabilidad del acuerdo. Podrá recurrirse a casos similares que ya hayan sido resueltos, evaluar los posibles costos de demandas individuales, solicitar a las partes que informen en función de qué parámetros llegaron a ese acuerdo, examinar los fundamentos de quienes se excluyeron de la transacción, celebrar audiencias con las partes, etc.

No se pretende alcanzar un acuerdo perfecto, simplemente de llegar a uno que favorezca a la clase como un todo (y no como meros intereses individuales) y que se encuentre dentro de un rango de razonabilidad adecuada.

V. 6. Mediación

Aunque el art. 5º de la ley 26.589 (Adla, LXX-C, 2137) no excluye a los conflictos colectivos individuales homogéneos del cumplimiento de la mediación (el art. 2º de la ley 24.573 tampoco lo hacía) (Adla, LV-E, 5894), algunos precedentes han considerado que la pretensión para su defensa no es susceptible de ser mediada y por ello la han exceptuado. [\(43\)](#) En realidad, como acertadamente se ha señalado, no es cierto que los derechos colectivos no puedan ser sometidos a mediación, sino que la mediación que se utiliza para la generalidad de los casos no es apta para canalizar esa especie de conflictos. [\(44\)](#)

De modo evidente, tal como lo prevé el art. 54 de la ley 24.240 —modificado por la ley 26.361— (Adla, LIII-D, 4125; LXVIII-B, 1295), para que la mediación sea jurídicamente posible deberá darse intervención al Ministerio Público Fiscal y luego lograr la homologación judicial mediante un auto debidamente fundado, dejando 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. Debe considerarse, no obstante lo prescripto por la norma, que contemplar sólo la posibilidad individual de apartarse es insuficiente, ya que existen otras aristas de gran importancia que también deben considerarse, por ejemplo, la representación adecuada del legitimado, el resguardo de los derechos de los afectados que aparezcan en el futuro o la publicidad del acuerdo.

Otros fallos, en cambio, haciéndose cargo de esta realidad, han concluido que "... una interpretación integradora de las normas en juego justifica, en la especie, la decisión de imponer la prosecución del juicio a fin de no afectar indebidamente los principios de celeridad y economía procesal. Máxime si —como en el caso— surge que se encuentra pendiente la audiencia prevista por artículo 360 del CPCC, instancia procesal que otorga la oportunidad de proponer fórmulas conciliatorias para componer los intereses litigiosos en la ocasión precedentemente señalada en igual forma que en la instancia de mediación previa extrajudicial y con el cumplimiento de los recaudos previstos por el art. 54 de la ley 24.240 (t.o. por la ley 26.361)". [\(45\)](#) Si bien el fallo no dispuso su cumplimiento, en nuestra opinión éste es equivalente, a admitir que la mediación es viable en un contexto determinado que, en el caso, será proporcionado por el órgano jurisdiccional.

En resumidas cuentas, la mediación de conflictos colectivos será posible y muy útil siempre que para su instrumentación se considere el adecuado tratamiento de los derechos de la clase, especialmente de todos los miembros ausentes que podrían verse afectados por la disposición que de los mismos efectúe el adecuado representante. [\(46\)](#) Ello implica que no será posible instrumentar un acuerdo si no es medida la calidad anotada, si no se prevé la suerte de los miembros futuros, si no se da publicidad a lo acordado, etcétera. Evidentemente, para

que el acuerdo adquiera estabilidad jurídica, siempre deberá ser homologado judicialmente, asimilándolo a los casos previstos en el art. 26, párrafo segundo, de la ley 26.589, (47) dado que en esa sede se evaluará la legalidad formal y material del acuerdo y se convalidará, o no, lo actuado en la mediación.

V. 7. Efectividad del acuerdo

Sin involucrarnos en hipótesis de acuerdos fraudulentos, a las que ya nos hemos referido, la posibilidad de cerrar efectivamente una acción de clase presenta distintos escenarios que deben ser analizados.

La habilidad para efectuar un buen acuerdo, en el marco de una acción individual homogénea, pasará por analizar cuántos miembros de la clase solicitarán el derecho a ser excluidos (opt out), circunstancia que importará la posibilidad de recibir reclamos posteriores de quienes así actúen. El subsiguiente estudio pasará por preguntarse cuántos de los que opten por quedar fuera del acuerdo vendrán luego a reclamar lo que les correspondería. En los pequeños reclamos los pedidos de exclusión serán mínimos y el porcentaje de miembros que reclamarán su porción individual también lo será en comparación con la dimensión de la clase, a menos que se disponga un mecanismo alternativo de resarcimiento. Cuando la cuestión verse sobre daños masivos, es de esperar mayor participación en ambas etapas.

Los pedidos de exclusión resultan una amenaza para los acuerdos, ya que truncan las expectativas de fulminar el conflicto. Por ese motivo, debe buscarse un punto de equilibrio en sus términos (48) que, por un lado, sea suficientemente tentador para lograr la menor cantidad de pedidos de exclusión y, por el otro, represente una oportunidad de evitar costos para quien deba afrontarlo.

Una posibilidad útil es la realización de acuerdos condicionados. Es decir que los obligados los mantendrán en tanto exista una aceptación de un determinado número o porcentaje de miembros de la clase, o que no exista una modificación en sus términos por parte del tribunal. (49)

En definitiva, no debemos olvidar que al hablar de transacción siempre nos encontraremos en el marco de una negociación en la cual las partes se harán concesiones recíprocas con la finalidad de extinguir obligaciones litigiosas o dudosas. Es por ello que los abogados, que son los encargados de las tratativas, deberán hacer actos abdicativos parciales en nombre de los integrantes de la clase, con miras a un acuerdo favorable a los intereses generales. En este sentido, puede darse como ejemplo de la distribución asimétrica de los beneficios entre los integrantes del grupo, aquellos supuestos en que algunos resignan sus daños menores en favor de la indemnización de aquellos que presentan las dolencias más graves, asegurando que los primeros recibirán la indemnización correspondiente en caso de que su cuadro se vea agravado. En esos casos, la renuncia temporal a una pequeña indemnización de los miembros futuros preservará, por una parte, la situación posterior de mayor perjuicio y necesidad de una indemnización y, por otra, la viabilidad financiera de aquel que debe asumir los pagos. (50)

El parámetro de razonabilidad que debe utilizarse para valorar la conveniencia o no de la aprobación del acuerdo no es abstracto, sino que implica la comparación con otras alternativas disponibles que podrían haber sido adoptadas por el representante, con el costo que habría tenido el proceso colectivo, las posibilidades de la parte contraria de ofrecer una mejor propuesta sin comprometerse financieramente, las ventajas y desventajas que el grupo tendría en cada caso, las posibilidades de obtener una condena contra el encartado, etcétera. (51) En suma, el juez debe analizar si es mejor poner el fin al conflicto con un acuerdo o proseguir con el pleito hasta la sentencia. Podrá aceptarlo o desestimarla, pero no modificarlo ni aprobarlo parcialmente. Podrá, por otro lado, sugerir la inclusión de cláusulas determinadas que faciliten su aprobación. (52)

V.8. Transacción y la eficacia de la cosa juzgada

Previamente señalamos que la transacción tiene para las partes los efectos de la cosa juzgada. (53) En el caso de los procesos colectivos, (54), como queda dicho, el rol de parte es ocupado por un grupo o clase debidamente representado en el proceso. Sin embargo, echando una mirada en el derecho comparado, se advertirá que existen distintos sistemas de vinculatoriedad o efectos expansivos de la cosa juzgada colectiva. Estos, a efectos de simplificar la exposición, pueden ser resumidos en dos: i) Eficacia vinculante a favor o en contra de la clase o; ii) Eficacia vinculante supeditada a lo que ocurra en el pleito. (55)

El primer sistema, en tanto se encarga de un control intenso de la representación adecuada, contiene mecanismos estrictos de notificación a los miembros ausentes y les provee el derecho de exclusión, no presenta grandes diferencias con la eficacia tradicional de la cosa juzgada hacia las partes del proceso. (56) Por ello la clase, excepción hecha de aquellos que solicitaron en forma oportuna su exclusión, deberá conformar su conducta al resultado del pleito, sea que la decisión la favorezca o la perjudique. A su vez, siempre quedará abierta la posibilidad de invalidar su eficacia mediante el mecanismo de impugnación de la representación adecuada —collateral attack on adequacy of representation—.

El segundo caso, legislado en el derecho argentino en el art. 54 de la ley 24.240 —Ley de Defensa del Consumidor—, (57) en cambio, tiene como presupuesto la falta de control o un débil análisis de la representación adecuada; por ello, necesariamente rige el principio de que la eficacia de la cosa juzgada tiene en consideración el resultado del proceso colectivo. Se considera que la clase, fundamentalmente los miembros ausentes de la misma,

sólo podrán tomar beneficios del proceso en el cual no hayan participado efectivamente y nunca podrán resultar perjudicados. 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 sólo a él podrá causarle perjuicios y resultará inocua para la clase a la que pretendió representar. Buscando mitigar defectos, como la posibilidad de demandar a una misma persona por la misma cuestión y sin perder la posibilidad de no afectar a los miembros ausentes de la clase, algunos sistemas han combinado esta modalidad con el efecto preclusivo de una nueva demanda colectiva en supuestos determinados (58) (preclusión unilateral modificada).

Así puede ser denominada *in utilibus*, *secundum eventum litis*, *secundum eventum probationem* o preclusión unilateral (*one-way preclusion*) según qué sea lo que se considere a efectos de permitir la promoción de un nuevo proceso. (59) Los motivos que habilitarán la nueva discusión, individual o colectiva, pueden abreviar desde la existencia de una inadecuada fundamentación en el primer pleito, que permitirá un nuevo proceso alegando nuevos hechos o argumentos, hasta la ausencia u omisión de medios de prueba relevantes.

En otro trabajo hemos señalado las numerosas falencias que acarrea este último diseño, sin llegar a mejorar la propuesta de la preclusión bilateral. (60) El instituto de la representación adecuada utilizado como garantía del debido proceso, en definitiva, provee las mismas herramientas que los sistemas de preclusión unilateral, ya que permite, aún dictada la sentencia de mérito u aprobado el acuerdo transaccional, una amplia posibilidad de cuestionar —sin necesidad de caer en motivos taxativos— su eficacia en las esferas individuales. De allí que la omisión o negligencia en la producción de pruebas o la errónea o deficiente argumentación que resulte desfavorable a los intereses de la clase siempre será cuestionable por medio de la evaluación posterior de la actividad del representante adecuado; ello aun cuando se escoja el sistema clásico (*pro et contra*), que define la configuración de la res iudicata sin considerar las eventualidades del litigio.

En materia de conflictos individuales homogéneos, en los que existe la alternativa de que los miembros del grupo soliciten la exclusión del litigio para tener la posibilidad de decidir la suerte de la prerrogativa según su voluntad individual, creemos que el sistema de preclusión unilateral perjudica, o casi excluye, la chance de lograr un acuerdo transaccional. Las dificultades que se presentan para cerrar un acuerdo se advertirán fácilmente si se repara en que, al hacerse concesiones recíprocas, no serán pocos los miembros de la clase que afirman que esa transacción no los favorece y que por ello tienen derecho a realizar un pleito individual. Sin duda ello podría ser cierto si se mira el conflicto únicamente desde el prisma individual, mas si se amplía el foco y se estudia la solución colectiva seguramente las conclusiones serán otras. Es precisamente esta última propuesta la que debe prevalecer, ya que el conflicto no podría ser resuelto adecuadamente concediendo las máximas expectativas individuales. Para no quedarnos en la pura abstracción, podemos visualizar la cuestión en el marco de los litigios falenciales —que presentan muchos paralelismos por la sustancia colectiva de la que se ocupan— en los que, al tratarse de un patrimonio insuficiente, deben establecerse pautas de retribución parejas para evitar la satisfacción total de unos acreedores y el no pago de todos los restantes.

Nótese que el derecho de exclusión no es una posibilidad necesaria en los sistemas en los que los miembros de la clase sólo podrán tomar beneficios de la cosa juzgada, (61) con lo cual en dichos esquemas quien se obligue en una transacción desconocerá los alcances del acuerdo y sólo irá percibiendo su ineficacia en la medida en que prosperen las sucesivas demandas —colectivas o individuales— posteriores. En el sistema de preclusión bilateral, en cambio, al resultar necesario otorgar la posibilidad de exclusión, quien formule el acuerdo podrá condicionar su vigencia a un número máximo de solicitudes de opt out.

V. 9. Transacción y costas procesales

La dinámica del acuerdo será muy diferente si los litigantes se encuentran inmersos en un sistema procesal que impone las costas procesales al perdedor o están frente a un ordenamiento que, exceptuando casos específicos, las fija en el orden causado. No puede ignorarse que los esquemas de asignación de costos judiciales influyen en el comportamiento de los litigantes y sus abogados no sólo sobre la decisión de iniciar una demanda o llegar a un acuerdo, sino también sobre la buena o mala disposición para negociar y sobre el monto de la oferta.

En un análisis económico de la cuestión, Steven Shavell sostiene que el sistema legal de costas no tendrá efectos sobre las probabilidades de un arreglo en tanto las partes concuerden acerca de sus posibilidades de ganar el pleito. A su vez, concluye que habrá más juicios bajo un sistema de costas al vencido cuando los demandantes estimen que sus probabilidades de ganar son elevadas, mientras que existirán más procesos en un sistema de costas por el orden causado cuando los demandantes crean que sus chances de ganar el caso son bajas. (62)

De otro lado, Lode Vereeck aduce que en realidad es posible afirmar que las partes tienden a sobreestimar sus posibilidades de ganar. Este optimismo relativo conduce a un margen de negociación más angosto. Argumenta que en los sistemas que establecen que las costas sean al vencido habrá menos conciliaciones (y, por ende, más litigios) que en los que dispongan las costas por el orden causado. En definitiva, Vereeck arriba a la problemática conclusión de que el sistema en que el perdedor paga todo fracasa en su propósito de disuadir el abuso del sistema judicial cuando hay sobreestimación. (63)

Por otra parte, es importante tomar en cuenta, tal como lo desarrollamos a lo largo del trabajo, el problema de agencia existente entre el representante adecuado y los letrados intervinientes. En ordenamientos procesales como

el nuestro, puede darse un escenario en el que los abogados de la clase, dada la entidad del reclamo, sean menos proclives a cerrar acuerdos por pensar que obtendrán mejores beneficios en una futura sentencia. Sólo asumirán una postura conciliadora cuando prevean que el demandado no podrá asumir las obligaciones que se le reclaman.

Evidentemente esa postura puede no ser la más conveniente para los miembros ausentes de la clase, quienes podrían estar urgidos de un pronto acuerdo en lugar de una sentencia tardía. Lo que pretendemos resaltar es que, si lo que debe analizarse es cómo garantizar el mejor resultado para los miembros de la clase, que sea justo y razonable, el régimen de costas procesales "al vencido" puede generar intereses contrapuestos entre los miembros del grupo y sus abogados, a los que los magistrados deberán estar atentos. [\(64\)](#)

Por último, tampoco puede soslayarse que podría tomarse en consideración la actitud frente al riesgo que tengan las partes o sus letrados. La aversión al riesgo puede conducir a conciliar, ya que será preferible un acuerdo cierto que el resultado incierto de una sentencia judicial. Suele afirmarse que las consecuencias de la aversión se sentirán más profundamente en el sistema de costas al vencido.

En definitiva, las consecuencias que pueda tener la implementación de uno u otro sistema dependerán del contexto en el cual se desarrollen, siendo factores relevantes la probabilidad de ganar del demandante, la sobreestimación o subestimación de las posibilidades de éxito, la magnitud de los costos del proceso y la actitud de las partes frente al riesgo. Es harto difícil determinar a priori cuál de los dos conducirá a más acuerdos transaccionales, pero dejamos la discusión abierta mostrando cuáles son las complejidades e inconvenientes que plantea la cuestión.

V. 10. Transacción e intervención del ministerio público

La intervención del Ministerio Público en los procesos colectivos y, consecuentemente, en las transacciones de esa índole es necesaria. El resguardo de la legalidad respecto de los derechos de los integrantes de la clase, todos englobables dentro de la figura de la representación adecuada, hace necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal —art. 25 de la ley 24.946—; en tanto que el Ministerio Público de la Defensa debería asumir la vigilancia de los derechos de las personas ausentes que forman parte de la clase —art. 25, inc. K, de la norma citada—.

VI. Conclusión

La transacción, como modo alternativo de solución de controversias, presenta innumerables beneficios que deben ser considerados en los conflictos en que están involucrados derechos individuales homogéneos. Por supuesto que la naturaleza misma de los derechos colectivos nos lleva a analizar las condiciones especiales que deben estar presentes a la hora examinar la viabilidad de un acuerdo.

Que a esta altura, y luego del recorrido propuesto, sostengamos que los mecanismos legales utilizados en nuestro medio son insuficientes y que debe procurarse su adecuación a la realidad resulta una redundancia. Nuestro aporte será fructífero si logramos convencer a los lectores de que ninguna transacción colectiva será posible en términos de validez constitucional, si no se efectúa dentro de un sistema que se ocupe de las distintas aristas reseñadas.

Consideramos que los matices de la Regla 23 del sistema federal norteamericano que hemos anotado resultan una base interesante, sólida y sustentable sobre la cual debemos trabajar. El control del ejercicio de la actividad del representante del grupo y de los letrados intervenientes, la delimitación adecuada de la clase, la incorporación de notificaciones idóneas, la consolidación del derecho de exclusión, las facultades y los deberes del juez, la efectividad del acuerdo, la eficacia de la cosa juzgada y demás cuestiones que hemos formulado son un punto de partida imprescindible de lo que creemos que debe ser el régimen aplicable en estos supuestos. Estimamos que se trata del sistema más eficiente, que mejor protege los intereses de los involucrados y que respeta la garantía del debido proceso para todos los miembros de la clase.

Estamos convencidos de que la vigencia y correcto uso del instituto de la representación adecuada es la garantía de validez de los acuerdos transaccionales colectivos. El debate sobre la cuestión se irá profundizando con la práctica, en la medida en que la realidad presente nuevos desafíos a sortear. Aquí sólo intentamos presentar algunas herramientas y bases de análisis insoslayables, con la mirada siempre puesta en una contribución significativa a quienes están encargados de que la vigilia termine y podamos tener, de una vez por todas, una legislación sobre esta materia que nos permita superar los interrogantes, escollos y problemáticas planteadas.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) "I will let you write the substance on a statute and you let me write the procedure, and I will screw you every time". Regulatory Reform Act: Hearing on H.R. 2327 Before the Subcomm. On Admin. Law & Governmental Relations of the H. Comm. on the Judiciary, 98 th Cong. 312 (1983) (statement of Rep. Dingell).

(2) SALGADO, José María, "Tutela individual homogénea", Buenos Aires, Astrea, 2011.

(3) C.S.J.N., 24/2/09, "Halabi, Ernesto c. P.E.N. —ley 25.873 dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986", H. 270. XLII.

(4) PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Instituciones de Derecho Privado - Obligaciones", Hammurabi, pp. 590/591.

(5) CALCATAERRA, Rubén E., "Mediación Estratégica", Gedisa, pp. 84/103.

(6) ENTELMAN, Remo F., "Teoría de Conflictos", Gedisa, pp. 203/204.

(7) VEREEK, Lode, "El derecho procesal" en Elementos de Análisis Económico del Derecho, Rubinzal-Culzoni, pp. 193/194.

(8) Una alternativa pendiente en este campo sería tomar con más asiduidad los procesos arbitrales.

(9) POSNER, Richard A., "Economic Analysis of Law", 7th ed., Aspen Publishers, 2007, pp. 613/620.

(10) Lo propio ocurriría con los reclamos individualmente no recuperables en los sistemas de preclusión unilateral modificada que no permiten una nueva demanda colectiva, ya que nadie emprenderá el litigio por su propio derecho dado su escaso valor.

(11) BRANCH, Ward K - MACMASTER, James H. - KLEEFELD, John C., "Class Action Settlements: Issues and Approaches", Vancouver, British Columbia, May 2002.

(12) KLEMENT, Alon - NEEMAN, Zvika, "Incentive Structures for Class Action Lawyers", Harvard Law School, ISSN 1045-6333.

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

(14) Es una práctica habitual que el acuerdo sea presentado conjuntamente con el pedido de certificación de la class action. En esos casos los requisitos de admisibilidad de la Regla 23 (a) deben ser analizados de conformidad con las estipulaciones contenidas en el acuerdo. El caso de referencia en la materia en la jurisprudencia norteamericana, referido a un acuerdo por los daños producidos por el contacto con los asbestos, es Amchem Products, Inc., et al., Petitioners, v. Windsor George et al., 521 U.S. 591, 117 S.Ct. 2231, 138 L.Ed.2d 689. A partir de este fallo, y con las reformas posteriores de la Regla 23 (2003), ya no es posible la certificación condicional a los efectos de la negociación de los términos del acuerdo. Con esto se tiende a evitar los abusos que se cometían con esa práctica, que tendía a ocultar las particularidades de la clase y cuáles eran sus reales intereses.

(15) GIDI, Antonio, "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países del Derecho Civil", UNAM, México 2004.

(16) VERBIC, Francisco, "Tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la ley 26.361", Revista de Derecho Procesal, 2009-1 Tutelas procesales diferenciadas, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, p.166.

(17) VIEL TEMPERLEY, Facundo, "Acciones colectivas: Dificultades prácticas", LA LEY, 2008-C, 996.

(18) El Código de Defensa del Consumidor del Brasil no contiene previsiones al respecto y ello repercute en la definición de la cosa juzgada.

(19) En nuestra opinión el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica no lo hace, sino que intenta balancear su importancia no siendo tan estricto en cuanto a los efectos de la cosa juzgada.

(20) Rule 23, (a) 4 "las partes representativas van a proteger los intereses de la clase en forma justa y adecuada".

(21) (g) Class Counsel. 1) Appointing Class Counsel. Unless a statute provides otherwise, a court that certifies a class must appoint class counsel. In appointing class counsel, the court: (A) must consider: (i) the work counsel has done in identifying or investigating potential claims in the action; (ii) counsel's experience in handling class actions, other complex litigation, and the types of claims asserted in the action; (iii) counsel's knowledge of the applicable law; and(iv) the resources that counsel will commit to representing the class; (B) may consider any other matter pertinent to counsel's ability to fairly and adequately represent the interests of the class; (C) may order potential class counsel to provide information on any subject pertinent to the appointment and to propose terms for attorney's fees and nontaxable costs; (D) may include in the appointing order provisions about the award of attorney's fees or nontaxable costs under Rule 23 (h); and (E) may make further orders in connection with the appointment. 2) Standard for Appointing Class Counsel. When one applicant seeks appointment as class counsel, the court may appoint that applicant only if the applicant is adequate under Rule 23 (g) 1 and 4). If more than one adequate applicant seeks appointment, the court must appoint the applicant best able to represent the interests of the class. 3) Interim Counsel. The court may designate interim counsel to act on behalf of a putative class before determining whether to certify the action as a class action. 4) Duty of Class Counsel. Class counsel must fairly and adequately represent the interests of the class.

(22) El Advisory Committee en las notas a la reforma da como ejemplo que los potenciales abogados informen sobre acuerdo por honorarios o referidos a los costos, que pueden resultar significativos a la hora de efectuar la designación.

(23) Las notas efectuadas al proceso de reformas refieren que, en la evaluación de los posibles abogados de la clase, el tribunal debe sopesar todos los factores pertinentes y ninguno debe ser excluyente en un caso determinado. Por ejemplo, los recursos que se comprometan para llevar adelante el caso deben resultar adecuados a las necesidades y el tribunal debe ser cuidadoso en no limitar el examen a los postulantes con mayor disponibilidad.

(24) La elección implicará la división de tareas, gastos y honorarios. Este acuerdo deberá ser controlado por el tribunal. Ver "Manual for Complex Litigation", Fourth, apartado 10.22.

(25) RIVLIN, Kenneth S. — POTTS, Jamaica D., "Proposed Rule Changes to Federal Civil Procedure may Introduce New Challenges in Environmental Class Action Litigation", Harvard Environmental Law Review, Vol. 27.

(26) COFFEE, Jr., John C., "Class Wars: Dilemma of the Mass Tort Class Action". 95 Colum. L. Rev. 1343, (1995).

(27) HAY, Bruce - ROSENBERG, David, ""Sweetheart" and "Blackmail" Settlements in Class Actions: Reality and Remedy", 75 Notre Dame L. Review, 1377, 1390-91 (2000).

(28) POSNER, Richard A., "Economic Analysis of Law", 7th ed., Aspen Publishers, 2007, p. 613/620.

(29) CODAZZI, Santiago, "Acciones de clase: la búsqueda de la felicidad", eldial.com- DC152C. El autor, realizando un paralelismo, sostuvo que "todos perseguimos la felicidad, pero no todos la entendemos y alcanzamos de la misma manera".

(30) Utilizamos este término para diferenciar los casos o causas actuales de las que resultan abstractas, sea por tempranas o por tardías. Es decir, que no se encuentran en un estado susceptible de habilitar el conocimiento de un

juez. En nuestro país la cuestión esté regida por el art. 2º de la ley 27 y por el 116 de la Constitución Nacional.

(31) El esquema de razonamiento es similar a lo que ocurre en el proceso de quiebra con los acreedores de causa o título anterior a la presentación. Coffee subdivide a los reclamantes futuros en tres subcategorías: i) personas que han sufrido un daño de algún tipo y por alguna circunstancia, sea cual fuere, no han iniciado reclamo alguno; ii) personas que han estado expuestas a la sustancia, droga o producto contaminante o defectuoso y que no han manifestado daño alguno; iii) personas que todavía no han estado expuestas o dañadas, pero que lo estarán en el futuro como consecuencia de una conducta de los demandados que ya ha sucedido —esto ocurre cuando la sustancia o el producto permanece en venta—. El autor explica que el tercer supuesto se encuentra fuera de los recaudos de caso o controversia judicial, resultando conflicto el segundo grupo de cuestiones. Respecto de ellas, para que se encuentren comprendidas dentro de los miembros futuros, o se les pueda endilgar una negligencia en su accionar a los nombrados, efectúa un paralelismo con los procesos de quiebra. En ese sentido sería exigible, explica Coffee, que hubiera existido un reclamo previo del miembro en cuestión. COFFEE Jr., John C., "Class Wars: The dilemma of the mass tort class action", 95 Colum. L. Rev. 1343 (1995).

(32) En 1984 se llegó a un acuerdo motivado en los reclamos de los veteranos de la guerra de Vietnam que habían estado expuestos a la dioxina del Agente Naranja (Agent Orange). El caso fue famoso al abrir el sendero de las mass torts class actions. Lo que resulta importante destacar aquí es que luego del acuerdo y de la notificación, en 1989 y 1990, aparecieron damnificados cuyas patologías aparecieron con posterioridad y que antes no habían efectuado reclamo, ni se habían considerado afectados por la problemática. Así se iniciaron dos acciones de clase en el estado de Texas y fueron derivadas a las cortes federales de ese Estado y luego al Juez Weinstein del Judicial Panel on Multidistricting, quien dijo que las nuevas acciones habían formado parte del primer litigio de 1984, que en aquel se encontraban adecuadamente representados y, por lo tanto, estaban excluidos para efectuar el reclamo. La decisión fue luego confirmada en Agent Orange Product Liability Litigation, 996 F. 2d 1425 (2d Cir. 1993). Giannini comenta otra derivación vinculada a la exposición al Agente Naranja y a la aparición de miembros futuros. Se trató del caso de dos veteranos, Joe Isaacson y Raymond Stephenson, que demandaron en 1998 por secuelas posteriores —incluso a que se consumieran los fondos previsados para responder, dado que no podían hacerse pagos con posterioridad al 31/12/94— derivadas de aquella contaminación. Los diagnósticos de las enfermedades se habían hecho en 1996 y 1998 respectivamente. Si bien el Juez Weinstein dispuso nuevamente que la decisión previa los vinculaba, el pronunciamiento fue revocado en este caso por la Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito con fundamento en que no se había ejercido la representatividad adecuada en relación a los miembros de la clase cuyos daños se manifestaron con posterioridad a la liquidación del fondo. La Corte Suprema de aquel país confirmó la decisión mediante el dictado de un writ of certiorari en US, Agent Orange Product Liability Litigation, Dow Chemical Company, Monsanto Company, et al, Petitioners v. Daniel Raymond Stephenson, et al., Respondents., nº 02-271. Ver GIANNINI, Leandro J., "La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas", en Oteiza, Eduardo D. —coordinador— Procesos colectivos, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2006, p. 188.

(33) Ahearn v. Fibreboard, 162 F.R.D. 505 (E.D. Tex. 1995) y Georgine v. Amchen Products, Inc., 157 F.R.D. 246 (E.D. Pa. 1994)

(34) Amchem Products v. Windsor, 521 U.S. 591 (1997).

(35) HENSLER, Deborah, PACE, Nicholas M., DOMBLEY-MOORE, Bonita, GIDDENS, Beth, GROSS, Jennifer, MOLLER, Erik K., "Class Actions Dilemas, Pursuing Public Goals for Private Gain", Rand Institute for Civil Justice, 2000, p. 116.

(36) Asimismo los cupones pueden contener reglas específicas tendientes, por ejemplo, a limitar su uso temporal o su transferibilidad. GIDI, Antonio, "A class action como instrumento de tutela colectiva dos derechos. As acões coletivas em uma perspectiva comparada, Sao Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 344.

(37) MORRISON, Alan B., "Improving the Class Action Settlement Process: Little Things Mean a Lot", The George Washington Law Review, Vol. 79:428.

(38) CHARLOTTE, Alexander S., "Would an Opt In Requirement Fix the Class Action Settlement? Evidence from the Fair Labor Standards Act", Mississippi Law Journal, Vol. 80:2.

(39) EISENBERG & MILLER, "The Role of Opt Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues", 57 Vand. L. Rev. (2004).

(40) CHARLOTTE, Alexander S., "Would an Opt In Requirement Fix the Class Action Settlement? Evidence from the Fair Labor Standards Act", Mississippi Law Journal, Vol. 80:2.

(41) United States Court of Appeals, Corrugated Antitrust Litig., 643 F.2d 195, 212 (5th Cir. 1981), cert. denied, 456 U.S. 998 (1982).

(42) Troncelliti v. Minolta Corp., 666 F. Supp. 750, 753 (D Md 1987); Hanlon v. Chrysler Corp., 150 F. 3d 1011, 1026 (9th Cir 1998).

(43) CNCom., sala C, 30/4/09, "Unión de Usuarios y Consumidores c/ Banco de Galicia y Buenos Aires s/sumarísimo", LA LEY, 2009-D, 441.

(44) BERSTEN, Horacio L., "La mediación previa y las acciones colectivas de consumo", LA LEY, 2009-C, 232; GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., "La mediación en las acciones colectivas en defensa de los consumidores", LA LEY, 2009-F, 572.

(45) CNCom., sala A, 19/12/08, "Consumidores Financieros Asociación Civil Para Su Defensa c. Banco de San Juan S.A.", LA LEY, 2009-C, 233; íd., íd., 11/2/09, "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco de la Provincia de Córdoba S.A. s/ordinario", LA LEY, 2009-C, 231.

(46) A la misma conclusión arriba CASTELLI, Leandro, "Acciones de clase: necesidad de su regulación", LA LEY, 15/6/10.

(47) "Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se arribare a un acuerdo, éste deberá ser posteriormente sometido a la homologación judicial."

(48) Nagareda explica, haciendo un paragón con escenas de la película de Francis Ford Coppola "El Padrino", que a los miembros ausentes deben hacerles una propuesta que no puedan rechazar. Obviamente esta debe sustentarse en un proceder legítimo —sin acudir a las prácticas usadas por las mafias— que importe quitar cualquier tipo de atractivo a la posibilidad de plantear un litigio individual. NAGAREDA, Richard A., "Closure in Damage Class Settlements: The Godfather Guide to Opt-Out Rights", 2003 U Chi Legal F 141.

(49) La posibilidad de certificar una clase condicionalmente fue eliminada de la Regla 23 con la reforma operada en el 2003 al modificar el texto del apartado (c) 1) que expresamente lo preveía. Sin embargo en este caso creemos que lo condicional serán los términos del acuerdo y no la conformación de la clase, que era lo que la norma certificaba condicionalmente y que causaba problemas —pérdida de tiempo y dinero en la investigación de extremos que podrán afectar a personas que luego serían excluidos de la certificación—.

(50) GIDI, Antonio, "A class action como instrumento de tutela colectiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 319.

(51) HAZARD Jr., Geoffrey C., "The settlement black box", 75 Boston University Law Review, 1257 (1995).

(52) Esos lineamientos, contenidos en la Regla federal 23 (e) norteamericana, no son distintos a los que rigen la transacción en el derecho sustancial argentino cfr. art. 834 del Cód. Civil; ver sobre la Regla 23 GIDI, Antonio, "A class action", ob. cit., p. 236).

(53) Art. 850 del Código Civil.

(54) GIANNINI, Leandro J., "Transacción y mediación en los procesos colectivos (Requisitos, alcances de la cosa juzgada e impugnación de acuerdos homologados en acciones de clase)", Lexis 0003/015637.

(55) Para ampliar cada una de las posibilidades, SALGADO, José María, "Tutela individual homogénea", Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 299.

(56) Es el sistema imperante en el derecho federal estadounidense. La Regla 23, en su actual redacción expresa: "Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must: (A) for any class certified under Rule 23 (b) 1 or (b) 2, include and describe those whom the court finds to be class members; and (B) for any class certified under Rule 23(b) 3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c) 2 notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.

(57) "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 aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga".

(58) Tal el caso del art. 103 del Código del Consumidor de Brasil, Ley 8.078 del 11 de septiembre de 1990.

(59) El esquema secundum eventum litis fue seguido en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 arts. 222.3-. El ordenamiento citado no toma en consideración, sino sólo tangencialmente, nociones básicas de la litigación representativa como lo es la adecuada representación —ver el final del art. 11, apartado 3— y nada prevé respecto de la opción de salida (opt out). SILGUEIRO, Joaquín, "Las acciones colectivas de grupo en España", Gidi, Antonio - Ferrer Mac Gregor, Eduardo (coord.), "Procesos Colectivos, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada", México, Porrúa, 2003, p. 360.

(60) SALGADO, José María, "Tutela individual homogénea", Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 308.

(61) De allí la inconsistencia en su regulación en el art. 54 de la ley 24.240.

(62) SHAVELL, Steven, "Suit, settlement, and trial: A theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs", Journal of Legal Studies 11, 1982; "Alternative dispute resolution: An Economic Analysis", Journal of Legal Studies, 24, 1995.

(63) VEREEK, Lode, "El derecho procesal" en Elementos de Análisis Económico del Derecho, Rubinzal-Culzoni, pp. 175/178.

(64) En los Estados Unidos rige la American Rule, según la cual cada parte asume los gastos de su asesoramiento legal.