

**Ponencia para el
XXXI Congreso Nacional de Derecho Procesal San Juan, 12 al 14
de septiembre de 2019**

**NOTIFICACION Y LEGITIMACION DE LOS ALCANCES DE LA
SENTENCIA EN PROCESOS COLECTIVOS.-**

b.1. Comisión 3: Derecho Procesal Civil y Comercial. Sistemas masivos de resolución de conflictos

b.2. Tipos de conflictos masivos

Estructura de los procesos colectivos según su finalidad

a) Procesos de reforma estructural

b) Procesos de reparación masiva de daños

b.3. ANDINO, ALEJANDRO MARCOS Miembro del Ateneo de Estudios del proceso civil Rosario. Docente y co-director del proyecto de investigación “Los alcances subjetivos de la sentencia en procesos colectivos argentinos” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana Sede Rosario. VIALE RENATO CARLOS (co-director); equipo: Rodrigo Pellejero, Giorgi Andrea Celeste, Peralta María Florencia, María Julia Sorrentino, Delfina Salemmme.

b.4. Moreno 1623 5to. C. (2000) Rosario (SF)

b.5. 0341 4263810 4484956

b.6. estudioandino@hotmail.com

b.7. breve síntesis de su propuesta (sumario del contenido)

Teniendo en miras los efectos de la cosa juzgada en procesos colectivos, que superan los tradicionales límites subjetivos del tema, y, concluyendo que la notificación tiene un fin y funcionalidad legitimante de la garantías de defensa y a la postre de la sentencia, se propone que la normativa contenga estándares notificadorios, incluso por multiples medios, para casos más frecuentes, incluyendo medios modernos de comunicación, dejando para los casos extraños o infrecuentes, o con particularidades especiales, la determinación contextual del juez para fijar los medios de notificación en esos casos.-

Introducción. Atento al apretado marco de este trabajo debemos resumir diciendo que nos encontramos, a nuestro entender y en especial desde el caso Halabi, en una fase de construcción de reglas de procesos colectivos donde el centro radica en los requisitos para admitirlas. Este epicentro puede hacer perder de vista en una futura etapa de maduración, que las notificaciones juegan un rol preponderante especialmente proyectado a las sentencias erga omnes y las posibles opciones de los sujetos de entrar o salir de estos marcos procesales y sus sentencias dadas ciertas condiciones.

Es decir que luego de que quede definido cuando estamos ante un proceso colectivo, pueden advertirse falencias en notificaciones o vacíos legales que pretendemos investigar ahora, adelantándonos al problema.

ANÁLISIS PROVISIONAL DE SITUACIONES DE OTROS PAÍSES:1.- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA:

Si bien en los Estados Unidos de América la litigación en grupo y las acciones representativas fueron posibles desde mediados del siglo XIX, las acciones de clase modernas tuvieron su génesis en el año 1938 con la sanción de la Regla Federal número 23 de procedimiento, y finalmente la convirtieron en una herramienta poderosa con horizontes muchos más amplios como la conocemos hoy a partir de su reforma del año 1968.

La Regla número 23 hoy establece que: Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos sólo si:1) el grupo es tan numeroso que el litisconsorcio de todos los miembros es impracticable;2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes al grupo;3) las demandas o defensas de los representantes son típicas respecto de las demandas o defensas del grupo;4) los representantes protegerán equitativa y adecuadamente los intereses del grupo.

Una vez satisfechos los requisitos anteriores, es menester también demostrar al juez que se cumplen las hipótesis de su ejercicio señaladas en el apartado “b” de la regla 23. Este apartado contempla las siguientes reglas:

1) Riesgo de conflicto en las decisiones, cuando las acciones individuales pueden causar riesgo de sentencias inconsistentes o contradictorias respecto de los miembros del grupo ausentes, así como perjudicar a los intereses de los miembros del grupo ausentes.

Las acciones de esta hipótesis han servido para invalidar un tributo o una ley, a los accionistas para obtener dividendos, contra empresas de telefonía, agua, gas o energía eléctrica.

Las acciones colectivas previstas en esa subdivisión se han concebido para evitar daños o dificultades para los miembros del grupo o para la contraparte, en el caso de decisiones incompatibles, generadas por la proposición de una multiplicidad de acciones individuales ante una misma controversia colectiva. La solución encontrada fue permitir el juicio unitario de toda la controversia en un único proceso.¹

2) Conducta uniforme del demandado, cuando la contraparte del grupo se negó a actuar o se rehusó a actuar de manera uniforme con respecto del grupo.

El principal ejemplo de ese tipo de acción colectiva es el de las civil rightsclassactions, sobre todo en los casos de discriminación y de segregación racial en hospitales, escuelas, penitenciarías y empresas. Pero su aplicación es mucho más amplia, involucrando cualquier situación controvertida que pueda solucionarse a través de una decisión ordenatoria o declaratoria. Entre los ejemplos más comunes están las acciones laborales, ambientales, antimonopolio, de patente, securities y declaratorias de inconstitucionalidad.

3) Predominio de intereses comunes, el juzgador debe considerar que existen cuestiones de hecho y de derecho predominantes sobre cualquier cuestión o interés individual (predominance test), se ha utilizado para acciones indemnizatorias por diversos daños (classactionfordamages).

Una vez que el juez certifica la clase el caso tramitará hasta solucionarse por vía de acuerdo (settlement) o veredicto (veredict), y de dictarse sentencia ya sea o no favorable al grupo sus efectos alcanzarán a toda la clase (y no de cada uno de sus miembros, indeterminados) toda vez que a menos que hayan optado por la autoexclusión (opt-out) todos fueron partes adecuadamente representados por el classrepresentative.²

De esta manera, por los efectos expansivos hacia todos los miembros de la clase certificada es que el derecho estadounidense consagra la posibilidad de que miembros potenciales de las partes ausentes se excluyan

¹ANTONIO GIDI, EDUARDO FERRER MAC GREGOR, COORDINADORES, "PROCESOS COLECTIVOS. LA TUTELA DE LOS DERECHOS DIFUSOS, COLECTIVOS E INDIVIDUALES EN UNA PERSPECTIVA COMPARADA", Editorial Porrúa, Av. República Argentina 15, México 2004, pág.

²MEROI, ANDREA, "TESIS DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL", PÁG. 166 Y 167.

de la acción (opt – out), y ejerzan su pretensión de manera individual; requiriendo para ello que los miembros potenciales de la clase reciban alguna notificación sobre la existencia del proceso que les permita decidir sobre su permanencia o exclusión.

2.- BRASIL:

Los derechos colectivos en Brasil hicieron su aparición en la década del 70, creándose en el año 1977 la ley de acción popular; después, en 1985 se creó la Acción Pública Civil, que constituyó la primera regulación sistemática de procedimientos para la protección de los derechos difusos y colectivos, a través de la cual se protegieron el medio ambiente, los derechos del consumidor y los derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico. Posteriormente, en 1988 se fortalecieron y consolidaron las acciones colectivas, al establecerse a nivel constitucional su naturaleza jurídica.³

Los alcances de la sentencia se encuentran actualmente regulados en el artículo 103 del Código del consumidor de Brasil sancionado en el año 1990, que establece “... *una sentencia colectiva obligará a todos los miembros del grupo, pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales. Si la acción colectiva es decidida en 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 está precluida, y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva. Ellos pueden aún presentarse ante los tribunales ejercitando acciones individuales en protección a sus derechos individuales.*”

En la legislación brasileña, a diferencia de lo que ocurre en el derecho norteamericano, no existe un procedimiento de certificación o pre-admisibilidad, por lo que el tribunal no requiere determinar – como sí ocurre en las classactions norteamericanas – si los miembros de la colectividad son lo suficientemente representativos para justificar su tratamiento colectivo, si los problemas comunes prevalecen sobre los individuales o si la acción colectiva es un mecanismo superior para resolverlos.

Las sentencias que se lleguen a dictar son: de hacer, no hacer o indemnizatorias. Mientras que el artículo 103 del citado código se refiere a

³Los derechos difusos en México. Una mirada desde el Derecho Compasirado* DiffusedRights in Mexico. A View fromtheComparativeLaw Rodolfo Rafael Elizalde Castañeda** Carlos Bonzo Morales Arzate***, publicado en www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/download/630/519

los efectos de la cosa juzgada, y establece que: 1) una sentencia colectiva obliga a todos los miembros del grupo pero la sentencia no puede perjudicar sus derechos individuales; 2) si la acción es decidida en favor del grupo, todo los miembros ausentes de éste se beneficiarán de la cosa juzgada; y 3) si es decidida contra el grupo, la pretensión del grupo está precluida y no puede presentarse la misma acción colectiva de nuevo para ejercitar el mismo derecho, pero los miembros no están obligados por la sentencia colectiva, ya que aún pueden ejercer acciones particulares en protección de sus derechos individuales. En cuanto a los derechos de índole difusa, las resoluciones tienen efectos generales, “salvo que la sentencia no sea favorable o se rechace por insuficiencia de pruebas, caso en el que cualquier interesado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nuevas pruebas”.⁴

LOS PROYECTOS NORMATIVOS CON DESTINO LOCAL O REGIONAL

JUSTICIA 2020 CODIGO PROCESOS COLECTIVOS

En la nota 8 de las “Bases para la reforma procesal civil y comercial” (página 9) se sostiene que se acuerdo a la estrategia definida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, los siguientes temas no fueron objeto del análisis de esta Comisión porque están siendo analizados en otros ámbitos o tienen regulaciones independientes: ... b) procesos colectivos; ...”. Es decir que se le da tratamiento separado al excluirlo de la comisión general.

Se resume al describir la situación que motiva el proceder rumbo a un código de procesos colectivos diciendo que en la actualidad, existe en nuestro país una problemática en torno a los procesos colectivos. Se detecta un tratamiento dispar de cuestiones identificadas por denominadores comunes, y de esto resultan inconsistencias en las decisiones de los tribunales, que genera mayores costos administrativos y una sensación general de incertidumbre.

Por tal motivo, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación impulsó, en el marco del Programa Justicia 2020, la conformación de una Comisión Redactora, por Resolución Nro. 1026/17, con el objetivo de [formular un anteproyecto de ley sobre procesos colectivo](#). Se buscan

⁴idem.

mecanismos de acceso a la justicia que posibiliten el adecuado tratamiento judicial de las cuestiones de afectación masiva con reglas que aporten a los justiciables accesibilidad, previsibilidad, coherencia en las decisiones y eficacia en el cumplimiento de los decisorios.

Las reuniones presenciales en el marco de Justicia 2020, y el debate en línea han enriquecido el trabajo de la Comisión Redactora. En mayo de 2018, se presentó un borrador del anteproyecto de ley en la plataforma de www.justicia2020.gob.ar, y fue sometido a la recepción de aportes desde el foro de la iniciativa. **Responsable:** Carolina Sinso – Dirección Nacional de Modernización Judicial <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-civil/ley-procesos-colectivos/>

En el punto 3) “*Activa presencia y fuerte dirección del proceso por parte del órgano judicial, con efectiva intermediación*” se apunta a tener en cuenta: “...La necesaria intervención activa del órgano judicial opera muchas veces como nivelador de las desigualdades estructurales de orden extraprocesal que las partes llevan consigo al seno del debate en casos individuales, configurando así una premisa determinante para la vigencia del derecho convencional a una tutela judicial efectiva...”

Se agrega luego que “...El órgano judicial debería operar en este tipo de contextos procesales de orden excepcional como verdadero custodio de las garantías de los miembros del grupo ausentes en el debate, controlando no sólo la regularidad del trámite sino también la participación de los interesados en el marco del mismo –en especial el cumplimiento del requisito de la representatividad adecuada-, definiendo las modalidades de notificación y publicidad de la acción y cuidando, entre otras cosas, que los miembros del grupo tengan posibilidad real de ejercer su derecho de apartarse del litigio en los casos que así lo permitan...”

En el punto 8) del documento base, punto Notificaciones y publicidad del proceso, se dice que en “... los procesos colectivos, la publicidad y **notificación revisten un carácter trascendental para garantizar su validez constitucional, la toma de conocimiento, participación, autonomía de todas aquellas personas que están mediatamente representadas**, y fortalecer la construcción de legitimidad social de órganos de poder que carecen de representatividad democrática directa para resolver

asuntos colectivos. La exigencia de un correcto sistema de publicidad y la instrumentación de **un adecuado sistema de notificaciones deberían ser prioritarios** en este contexto y operar durante todo el desarrollo del proceso respecto de cada uno de sus hitos fundamentales...”

Se adiciona en clara referencia a la futura etapa de maduración, que mencionamos en la introducción, que “... un adecuado sistema de publicidad y notificaciones resulta esencial para que la sentencia colectiva pueda desactivar el conflicto definitivamente. Esto es, **sin dejar abiertos flancos de ataque fundados en la falta de respeto a los señalados derechos y garantías**. Podría pensarse que esto apunta a una cuestión meramente pragmática, pero lo cierto es que también se juega allí uno de los corolarios de la garantía de debido proceso legal colectivo: **la efectividad de la decisión...**”

Se formulan algunas consideraciones que podemos compartir al decir en el trabajo base de justicia 2020 que “... *el tipo y modalidad de notificación y publicidad a implementar en cada caso dependerán de las particulares características que asuma el conflicto en discusión y, muy especialmente, del grado de incentivo que los miembros del grupo puedan tener para participar en el proceso o apartarse del mismo...*” Aunque como se nota en nuestra propuesta no quedamos convencidos de que la dificultad o complejidad del trabajo de creación de pautas notificadorias deba desalentarnos y dejárselo al juez completamente, como se trasunta al decir el trabajo que “...*lejos entonces de tratarse de una cuestión simple que pueda resolverse automáticamente (por ejemplo, por medio de una previsión legal que imponga determinada forma de comunicación de manera obligatoria), se debería acordar al órgano judicial suficiente discreción para ponderar todas estas cuestiones y tomar las medidas que sean necesarias a fin de asegurar un sistema de publicidad y notificaciones razonable, proporcional y adecuado para el caso concreto...*”

Compartimos la idea de utilizar un lenguaje lo más sencillo posible para la notificación y que deben utilizarse soluciones innovadoras como redes sociales, notificaciones en facturas de servicios, mensajes por telefonía celular, televisión, radio, páginas web institucionales, registros públicos digitales, entre otras).

Las bases se ocupan de que la notificación sea oportuna, siguiendo parámetros internacionales, o sea conjuntamente con la resolución de certificación del proceso colectivo y con carácter previo a la traba de la litis, a fin de permitir un adecuado ejercicio de derechos a quienes pretendan intervenir en el debate.

CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA (INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL) (APROBADO EN CARACAS EL 28 DE OCTUBRE DE

2004)En la explicación de motivos se dice “Se da conocimiento del enjuiciamiento de la acción a los posibles interesados, para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes, siéndoles vedado, por eso, discutir sus pretensiones individuales en el proceso colectivo de conocimiento. Se tomó cuidado especial con las notificaciones.” y la regla propuesta es la transcribimos parcialmente: “**Art. 21. Citación y notificaciones.-** *Estando en forma la petición inicial, el juez ordenará la citación del demandado y la publicación de edictos en el Órgano Oficial, con la finalidad de que los interesados puedan intervenir en el proceso como asistentes o coadyuvantes.*

Par. 1º - Sin perjuicio de la publicación de edictos, el juez ordenará que sean notificados los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, acerca de la existencia de la demanda colectiva y de su trámite a fin de que cumplan con lo dispuesto en el acápite de este artículo...”

Se nota el contraste con la actualidad de las bases del programa Justicia 2020, que marca una vía más cercana a lo que pretendemos.

Precauciones: Debemos evitar a nuestro entender evitar edictos y notificaciones formalistas de poco poder o eficacia de transmisión del conocimiento de las decisiones judiciales.-

Debemos diseñar nuevos parámetros de información apta para la validez de estas notificaciones incluyendo lo relevante para las decisiones que debe tomar el notificado. Al estilo de lo que ocurre en algunas notificaciones administrativas o hasta en procesos civiles (art. 24 ley 67 que en materia santafesina de honorarios manda transcribir normas sobre como puede actuar el obligado al pago –lego-). Aquí apuntamos en forma similar a lo que se opina sobre las normas de EEUU, debemos pensar en

dar: "...una información adecuada sobre la causa, los derechos y los riesgos que conciernen los miembros, para que ellos puedan decidir cuál es la mejor conducta a seguir ante la acción colectiva..."⁵

El punto ofrece dificultad y debe tratarse con precaución pues parece adentrarse en aspectos estratégicos si no limitamos el uso del vocablo "riesgos" que tiene apariencia de consejo profesional, y estaría vedado.

Debemos tener otra precaución adicional y no confundir la función de la notificación con la creación de registros de procesos colectivos. En el caso H. 270. XLII. Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986. 24 de febrero de 2009, en la parte final del considerando nro. 20 del fallo, se advierten claramente dos focos de interés siendo el registro de procesos colectivos destinado a evitar la inútil multiplicación de procesos colectivos que incluso puedan contradecirse por su resultado sentenciado. Estas son las palabras del fallo *"...Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de avertar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos..."*

Parece incluso admitir que las medidas de notificación sean circunstanciadas y adaptadas a las particularidades del caso, aunque no se descartan preceptos normados que incluyan o formas usuales o clases de procesos donde se prevean notificaciones que se juzguen idóneas y suficientes.

Descreeamos de la tarea artesanal del juez para todos y cada uno de los casos, sin la seguridad legitimante de la palabra de la ley, al menos en los más usuales dejando los especiales o poco frecuentes para la referida

⁵Gidi, Antonio Las acciones colectivas en Estados Unidos en *Direito e Sociedade*, Curitiba, p. 117-150, v. 3, n.1, jan./jun. 2004 punto 4.2 Notificaciones

tarea del juez sin perjuicio de considerarse carga de las partes su propuesta al respecto.

Conclusión. Resulta posible entender que conforme el rol de las notificaciones y la necesidad de legitimación de las sentencias de esta clase de juicio, se deba tener cuidado en su regulación.-

En relación a como tener ese cuidado, creemos debe haber regulación de los caso frecuentes, permitiendo elasticidad en el resto. Tanto para los frecuentes como para lo que no, debe respetarse para la notificación, un contenido con información adicional adecuada, tiempo oportuno e inicial, medios naturales al tipo de relación, es decir, de la manera y por los medios que se comunica en la relación bajo análisis.

A manera de ejemplo, si la relación es a distancia por medio electrónico, o red social, debe usarse ese mismo carril de notificación, colocando en los sujetos intervinientes un especial orden para permitir usar esos carriles que no dependen de la justicia sino justamente de los sujetos involucrados.-

Así se cumplimentaría la notificación conforme las características de la relación en cuestión y los carriles de comunicación propios de la misma, sin pérdida de eficacia notificatoria, la cual se intenta incrementar con el lenguaje sencillo y la inclusión de datos trascendentes.

Propuesta: Venimos a proponer que la normativa contenga estándares notificatorios vinculados con la modalidad relacional en cuestión, incluso por múltiples medios, con especial regulación de su contenido enriquecido en información y expresado en lenguaje simple, para casos más frecuentes, incluyendo medios modernos de comunicación naturales al tipo de relación, dejando para los casos extraños o infrecuentes, o con particularidades especiales, la determinación contextual del juez para fijar los medios de notificación en esos casos.-