

LAS ACCIONES DE CLASE Y EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

*por Daniel J. Bugallo Olano

Se ha negado legitimación procesal al Defensor del Pueblo para tutelar derechos colectivos, con basamento en lo que la doctrina denomina acción de clase.

En tal aspecto se ha señalado que como el Defensor del Pueblo individualiza a los sujetos afectados (ej. los jubilados, los titulares de plazos fijos, etc.), efectúa una petición genérica semejante a una acción de clase; y siendo que este tipo de acción no está regulada en nuestro sistema legal no cabe reconocerle legitimación procesal.

El planteamiento precedente es errado, pues el Defensor del Pueblo de la Nación -en general- actúa en defensa de las personas o conglomerados de ellas, que por razones de edad, localización (muchas veces domiciliadas lejos de los lugares donde se asientan los Tribunales), precaria salud, falta de recursos o de ayuda, constituyen un grupo vulnerable e indefenso.

En ese marco, y en atención a esas circunstancias que no pueden obviarse, mal puede sostenerse que se trata de derechos subjetivos y que, por tanto, le corresponde a cada persona iniciar su demanda, o hacerlo a un conjunto de ellas mediante el esquema de class actions, ya que no existe en tales supuestos un derecho colectivo que tutelar.

Pero quienes postulan ese criterio no advierten que es precisamente a través del Defensor del Pueblo, por su representación colectiva, que tales personas se verán posibilitadas de acceder a la justicia reclamando la protección de sus derechos.

Pretender en ciertos casos que involucran a grupos indefensos que cada integrante haga un reclamo personal por afectar la órbita de un derecho subjetivo, importa desnaturalizar el sistema de protección a los derechos de incidencia colectiva establecido por la Constitución Nacional.

Un derecho colectivo es a la vez individual, lo que no ocurre en sentido contrario. Pero, el hecho que un miembro del grupo dañado accione de manera individual, no impide que se encuentren en juego derechos de incidencia colectiva. Ello, sin perjuicio de la conveniencia de hacerlo de manera colectiva por estar en juego derechos humanos básicos y la vulnerabilidad del grupo afectado. De acuerdo a ello nuestra Corte se ha pronunciado en los precedentes “**Verbitsky**” (Fallos 328:1146) y “**Mendoza**” (Fallos 329:2316).

Muchas veces se confunde el accionar procesal del ombudsman encuadrándolo en la órbita de los derechos subjetivos de contenido económico. En cualquier caso, debe permitírsele tutelar judicialmente derechos (la más de las veces básicos -ej. haberes previsionales- conforme el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) de un grupo frágil cuales son quienes resultan beneficiarios del accionar judicial del Defensor del Pueblo en protección de tales derechos.

Nuestros Tribunales deben asegurar la efectiva tutela de tan preciados derechos, finalidad que ciertamente no se logra retaceando la legitimación procesal del Defensor del Pueblo.

En estos casos, reputar contraria a derecho la legitimación del ombudsman sosteniendo que cada perjudicado debe iniciar una acción individual por afectar la órbita de su derecho subjetivo, implica desnaturalizar el sistema de protección establecido expresamente por la Constitución Nacional (1994). Este no gira en derredor de una estricta noción de indivisibilidad, en el sentido de que sólo deben considerarse comprendidas bajo su órbita aquellas pretensiones cuyo objeto sea materialmente indivisible. Esa posición desconoce asimismo, el principio de *in dubio pro actione*, y el de la mejor solución para la defensa de los derechos.

Es sabido que por el perfil vulnerable del sector afectado, una gran mayoría de sus integrantes no promoverán acción judicial alguna lo que necesariamente los colocará en un estado mayor de necesidad y privación a la que se verán expuestos.

Cualquier violación a los derechos de incidencia colectiva en general faculta al Defensor del Pueblo a protegerlos y, en consecuencia, a actuar en nombre y representación de todos y cada uno de los afectados.

Por ello Gustavo MAURINO, Ezequiel NINO y Martín SIGAL sostienen que configuran un derecho de incidencia colectiva, aquellos que sin recaer sobre bienes colectivos tienen condiciones de ejercicio homogéneas en relación con una pluralidad de titulares, cuyas posibilidades para acceder a la justicia consideradas estructuralmente resultan obstaculizadas por las circunstancias del caso (*“Las acciones colectivas”*, pg. 192, Lexis Nexis, 2005).

Es que, la notoria debilidad del colectivo afectado hace predominar las cuestiones comunes sobre las particulares habilitando la legitimación procesal otorgada al Defensor del Pueblo en nuestra Constitución Nacional, encontrando su razón de ser en el interés colectivo y social cuya tutela debe asegurarse. El carácter colectivo del derecho resulta asimismo, del hecho que el goce del mismo por una persona no es excluyente de la satisfacción de todas las demás que se encuentran en la misma situación.

Concretamente en lo que hace a las acciones de clase, es errado sostener que por no estar reguladas en nuestro país ello impide la actuación en juicio del Defensor del Pueblo.

La acción de clase (*class action*) es una estructura procesal creada en el derecho norteamericano, que permite tramitar en un juicio un número grande de reclamos similares derivados de una misma cuestión.

Comenta Pedro M. LORENTI (h.) que *“se encuentra actualmente regulada, en el ámbito federal norteamericano, en las Federal Rules of Civil Procedure, 23, 23.1 y 23.2., sancionada en 1938 y modificada en 1966. De acuerdo con esta norma, la class action posee cuatro ‘prerrequisitos’ para su*

promoción y tres supuestos en los cuales, cumplidos los anteriores, la acción resulta admisible. Los primeros son (i) que la clase sea tan numerosa que la actuación conjunta de todos sus integrantes sea impracticable; (ii) que haya cuestiones de derecho o de hecho comunes a toda la clase; (iii) que las acciones o defensas de quienes representan a la clase sean idóneas para proteger a la clase y (iv) que los que asumen la representación defiendan debidamente los intereses de la clase. Los segundos consisten en: (v) que la promoción de acciones individuales pueda crear el riesgo de (a) sentencias diferentes, que impongan deberes incompatibles a la contraparte de la clase o (b) sentencias favorables a los miembros de la clase que actuaron en el pleito, pero lesivas de los intereses de los que no lo hicieron; (vi) que la contraparte de la clase haya actuado u omitido actuar fundado en cuestiones aplicables de manera general a toda la clase, con lo que resulta necesario proteger o reparar el daño causado a ésta considerada como un todo; (vii) que el tribunal determine que las cuestiones de hecho o de derecho que afectan a la clase prevalecen por sobre eventuales cuestiones individuales de sus integrantes y que la class action es el mejor procedimiento para resolver la controversia". ('El Habeas Corpus Colectivo como Acción de Clase. A propósito del fallo "Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus', LA LEY 2005-D, 542).

Las diferencias de las previsiones legales norteamericanas, plasmadas en la Regla 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil, con lo que ocurre en el contexto argentino en orden a la representación de los derechos de incidencia colectiva (art. 43 CN) son enormes.

Refieren Fernando de la RUA y Bernardo SARAVIA FRIAS que la acción de clase puede ser entendida como una herramienta procesal no tradicional, que permite a una persona erigirse en representante de un grupo de personas afectadas por la violación o amenaza de violación de un derecho, siempre que la cuestión "sea de interés común o general a personas tan numerosas que sea impracticable llevar a todas ellas ante la corte." (Fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos "*Supreme Tribe of Ben Hur v Cauble*", 255

U.S. 356, 41). Agregan que en cuanto a la economía procesal, las acciones de clase propenden a evitar el dispendio jurisdiccional, en tanto permiten consolidar acciones con idéntico o similar objeto que de otra forma tramitarían separadamente, con el consiguiente riesgo adicional de arbitrariedad e inseguridad jurídica ante decisiones encontradas. ('Acciones de clase: un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal', LA LEY 2009-C, 247).

Empero, las acciones colectivas planteadas por el Defensor del Pueblo no impiden que cualquier afectado interponga individualmente acciones judiciales en defensa de idénticos derechos a los planteados en juicio por el ombudsmán.

Quizás puede confundir el efecto expansivo *erga omnes* que tienen las sentencias dictadas tanto en los procesos colectivos del art. 43 CN como en las *class actions* del derecho anglosajón.

En el caso particular de la sentencia dictada en el caso "HALABI", la Corte Suprema de Justicia de la Nación puntualiza que sin perjuicio de sus efectos extra partes, no constituye la acción de clase prevista en los Estados Unidos. La sentencia la llama acción colectiva (considerando **20.**).

Alberto B., BIANCHI explica que: *".. si bien la Corte admite que estas acciones de clase (o "procesos de clase", como prefiere llamarlos Fernando García Pullés; v. 'Acumulación de procesos y procesos de clase, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002, pág. 79 y sigs.')* son compatibles con nuestra Constitución y el orden público, en cuanto reconoce que *"...es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro ordenamiento que un afectado, el Defensor del Pueblo o determinadas asociaciones deduzcan, en los términos del ya citado segundo párrafo del art. 43, una acción colectiva con análogas características y efectos a la existente en el derecho norteamericano"(Consid. 19, último párrafo), reconoce también la inexistencia de una ley específica que regule tales acciones en el ámbito de una acción como la entablada por Halabi. "...no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis" Consid. 12, tercer párrafo*

), y establece luego cuáles son, a su criterio, las bases que una ley de este tipo debe tener: "...debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos". ('Intervención estatal de las comunicaciones privadas y acciones colectivas en un fallo importante - EDA, 15/05/2009, nro 12.255).

Igualmente es esencial tener en cuenta al respecto que, una decisión respecto de una cuestión planteada bajo una acción de clase tiene el efecto de cosa juzgada. Es *res judicata*, tanto si la acción es triunfante como perdedora.

Es esta la razón por la que en la normativa norteamericana existe una obligación de notificar, fundamentalmente en las acciones en las que se reclama daños, a todos los miembros ausentes de la clase al momento en que se interpone el reclamo. Esa notificación les permite excluirse de la acción y de los efectos fatales, para bien o para mal, de una sentencia o de un acuerdo transaccional. (conf. 'Acciones de Clase', SARAVIA FRIAS, Bernardo-PERES, Lucas , LA LEY 2007-E, 1097).

Además los representantes propuestos deben pertenecer a la clase representada (conf. CASTELLI, Leandro 'Acciones de clase: necesidad de su regulación', en La Ley, Sup. Act. 15/06/2010, 1), lo que no ocurre cuando interviene el Defensor del Pueblo quien lo hace en uso de una legitimación anómala.

Otro aspecto señalado por Gabriel MARTINEZ MEDRANO, es que en los Estados Unidos, el procedimiento de acciones de clase, prevé una primera fase llamada certificación. "*Al certificarse una clase, el juez permite que el representante litigue en defensa de los intereses del grupo. Es evidente que si el actor consigue la certificación de la clase, el demandado sabe que será enjuiciado colectivamente, lo que se transformará en un aliciente para conseguir un acuerdo*". ('Certificación de una acción de clase', LA LEY2010-A, 604).

En nuestro proceso civil y particularmente en los juicios donde se

ventilan derechos de incidencia colectiva no está previsto un trámite de certificación pues la representación del grupo afectado le está dada al Defensor del Pueblo por la Constitución Nacional.

En definitiva las acciones de clase tal cual están reguladas en el derecho estadounidense no tienen nada que ver con los procesos colectivos que puede deducir el Defensor del Pueblo conforme los artículos 86 y 43 de la Constitución Nacional.