



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés
Departamento de Derecho

***Colusión: el lado B de las acciones de
clase***

Autor: Santiago A. Carregal
Legajo: 24045
Mentor: Patricio Nazareno

Buenos Aires, 15 de julio de 2017

Introducción

Las acciones de clase son un mecanismo procesal indispensable en nuestro país: son muchas veces el único acceso a la justicia para personas con prestaciones individualmente insignificantes. Sin embargo, este tipo de procesos tiene un lado B.

La naturaleza y estructura de estas acciones puede generar incentivos negativos en las partes del proceso para colusionar en perjuicio de la clase representada. Así, la falta de un control suficiente al representante de la clase puede incentivar a las partes a celebrar acuerdos transaccionales que beneficien sus propios intereses, pero que no sean en el mejor interés del grupo representado.

El problema de la colusión ha sido, y es, un tema candente en el derecho norteamericano. Este problema fue advertido por la jurisprudencia y es objeto de numerosos artículos y discusiones doctrinarias. Por el contrario, en nuestro país no se le ha brindado la importancia que merece. Las acciones de clase han recibido poca atención legislativa, jurisprudencial y doctrinaria, y el problema de la colusión ha quedado en segundo plano.

El objetivo de este trabajo es elaborar sobre esta problemática. La primera parte de trabajo introduce los procesos colectivos y se exponen las peculiaridades de la legitimación activa en esta clase de acciones tomando como referencia el Derecho del Consumidor. Así, se deriva la importancia de controlar que el legitimado activo represente adecuadamente los intereses de la clase representada como única forma de sortear la exigencia del debido proceso adjetivo y el derecho de defensa en juicio del colectivo involucrado. La segunda parte del trabajo aborda la colusión como un problema específico que afecta la representación adecuada del representante de la clase. En este sentido, se define la colusión, se intenta determinar por qué surge y se exponen dos casos que ponen en evidencia el surgimiento de este tipo de acuerdos fraudulentos en nuestro país. La tercera parte del trabajo intenta evaluar los mecanismos vigentes en nuestro ordenamiento a la luz de su eficacia para controlar a los representantes de la clase y minimizar la colusión. Se analizará asimismo el tratamiento que recibe en el derecho comparado, particularmente en Estados Unidos de Norteamérica y se detallarán otros mecanismos que se pueden tener en cuenta para una futura legislación que regule las acciones de clase en nuestro país.

Las acciones de clase

A partir de la reforma constitucional de 1994 el constituyente previó una nueva forma de resolución de conflictos: los procesos colectivos. A diferencia de un litigio convencional en el que la parte actora es un sujeto individual o plural pero previamente identificado, la acción colectiva permitió involucrar como partes a un grupo de personas no identificadas previamente que concentran sus pretensiones en un solo proceso judicial a través de un representante.

En este sentido, el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional (en adelante “CN”) quedó plasmado de la siguiente manera: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Analizando dicho artículo en el fallo “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”¹ (en adelante “Halabi”), la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”) delimitó dos categorías de derechos que gozan de tutela procesal colectiva, diferenciándolos de los derechos individuales que se ejercen por su titular y responden a la lógica del caso tradicional de corte bipolar. La primera categoría de estos derechos son los “derechos difusos”. Estos se caracterizan por ser derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos. Así, la petición debe tener por tutela un bien colectivo (vgr. el medioambiente) y debe estar enfocada en la incidencia colectiva de ese derecho y no sobre la incidencia individual. Por otro lado, la CSJN identificó a los “intereses individuales homogéneos” que no persiguen un bien colectivo, sino que son derechos individuales enteramente divisibles afectados por “un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea”².

Para que esta última categoría de derechos (intereses individuales homogéneos) gocen de la tutela procesal colectiva establecida en el artículo 43 de la CN, la CSJN identificó tres

¹ “Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo 332:111.

² *Ibíd.*, cdo. 12.

elementos que se deben verificar: (i) la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales; (ii) que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar; y (iii) que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia³.

Sin perjuicio de ello, la CSJN reconoció que la tutela procesal colectiva resultará de todos modos procedente “cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.”⁴ Así, más allá de la acción receptada en nuestra CN, el legislador la previó en algunas normativas particulares, como son el derecho del consumidor y el medio ambiente.

La Ley General del Ambiente Nro. 25.675⁵ (en adelante “LGA”) consagra en su artículo 30 una acción colectiva en cabeza del afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, para obtener la recomposición del ambiente dañado. La sentencia “hará cosa juzgada y tendrá efecto erga omnes, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”⁶. Por su lado, la Ley de Defensa del Consumidor Nro. 24.240⁷ (en adelante “LDC”) también recepta las acciones colectivas y regula algunos aspectos procesales aplicables a las mismas.

Legitimación activa

La legitimación para obrar puede definirse como la “[c]ondición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su

³ Ver *Ibíd.*, cdo. 13. Inicialmente, la CSJN estableció estos requisitos en Halabi. Luego los expone nuevamente en el fallo “PADEC c. Swiss Medical S.A.” con una pequeña modificación en el tercer requisito al requerir únicamente la constatación de que el ejercicio individual no aparezca plenamente justificado. Finalmente, los requisitos quedan plasmados en la Acordada 12/16 de la forma inicialmente consagrada en Halabi.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Poder Legislativo Provincial de Buenos Aires. Publicada el 28/11/2002. Provincia de Buenos Aires, Ley 25.675.

⁶ *Ibíd.*, artículo 33.

⁷ Poder Legislativo Provincial de Buenos Aires. Publicada el 22/09/1993. Provincia de Buenos Aires, Ley 24.240.

titularidad o de otras circunstancias que justifiquen su pretensión”⁸. O bien, se puede definir por la negativa como “la ausencia de la cualidad de titular del derecho que pretende una sentencia favorable respecto de lo que es objeto del litigio, cualidad que en la generalidad de los casos coincide con la titularidad de la relación jurídico-sustancial”⁹.

En los litigios colectivos los titulares de la relación jurídico-sustancial pueden llegar a ser un grupo de individuos potencialmente numeroso. Al no ser posible que tales individuos participen activamente en el proceso, se requiere esencialmente de un representante designado para llevar a cabo las pretensiones de la clase. De esta forma, las acciones colectivas se caracterizan por la disociación entre la titularidad de los derechos y la legitimación para reclamar por ellos, consagrando legitimación extraordinaria a otros sujetos para iniciar acciones en representación de los afectados¹⁰.

La LDC, en su artículo 52, enumera a los legitimados activos para iniciar una acción colectiva bajo la órbita del derecho del consumidor¹¹. En primer lugar, identifica al consumidor o usuario afectado. De esta forma, el afectado tendrá dos opciones para hacer valer su derecho. Podrá accionar en defensa de su propio derecho de manera individual, o bien asumir la legitimación colectiva para tutelar el derecho de incidencia colectiva, si lo hubiere.¹² En segundo lugar, la LDC legitima para accionar en dichos procesos colectivos a las asociaciones de consumidores y usuarios cuya finalidad sea “la defensa, información y educación del consumidor” y posean autorización de la autoridad de aplicación para

⁸ Eduardo J. Couture, *Vocabulario Jurídico* (Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1983), 379.

⁹ Carlo Carli, *Demanda Civil* (Buenos Aires: Editorial Lex, 1994), 226.

¹⁰ Ver Andrés Gil Domínguez, *Legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada* (Buenos Aires: La Ley, 2014), 399.

¹¹ El artículo 52 de la LDC sostiene: “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley. En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas. Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente. En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal”.

¹² Ver Franciso Verbic, “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la Ley N° 26.361” *Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni*, 2009, accedido el 10 de junio, 2017, https://www.academia.edu/3715629/La_tutela_colectiva_de_consumidores_y_usuarios_a_la_luz_de_la_ley_No_26.361.

funcionar como tales¹³. Finalmente, el artículo otorga legitimación a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal.

Sin embargo, la consagración legislativa de la legitimación activa no basta por sí sola para asumir la representación de toda la clase afectada en un proceso colectivo. Dicho rol de representante exige además poder defender adecuadamente los intereses de la clase que representan, lo que en la doctrina se conoce como “representatividad adecuada”.

Representatividad adecuada

A diferencia de los procesos individuales en los que la parte actora representa y protege sus propios intereses valiéndose de un letrado para acceder a la justicia, la parte actora en un proceso colectivo está constituida por un grupo de individuos que asumen un rol limitado en el litigio, que en muchos casos se traduce tan sólo a poder excluirse del proceso y reservarse su derecho para reclamar en forma individual.

Las acciones de clase “descansa[n] en la ficción de considerar presentes en el debate a los integrantes del grupo a través de un representante que [...] no escogieron voluntariamente”¹⁴. Dicha ficción le confiere al representante un rol tan estratégico y esencial en toda acción de clase que se torna necesario que se establezca una normativa especial para que el legitimado activo represente adecuadamente los intereses de la clase. Como ninguna persona podría verse afectado por una sentencia en la cual no es designada como parte, sólo un legitimado activo que represente justa y adecuadamente los intereses de los ausentes, podrá sortear la exigencia del debido proceso adjetivo y el derecho de defensa en juicio del colectivo involucrado¹⁵.

Es importante señalar la estrecha relación que hay entre el requisito de la representatividad adecuada con la constitución de la clase afectada. En este sentido, la CSJN estableció que “la adecuada y detallada determinación del conjunto de perjudicados por una conducta o acto [...] aparece como un recaudo esencial para que los tribunales de justicia

¹³ Op. Cit. *supra* nota 7, artículo 56.

¹⁴ Op. Cit. *supra* nota 9.

¹⁵ Ver Constitución Nacional Argentina, artículo 18.

puedan verificar la efectiva concurrencia de los requisitos para la procedencia de la acción”¹⁶. En efecto, sólo a partir de una certera delimitación del colectivo involucrado, el juez podrá evaluar si el legitimado activo representa adecuadamente al grupo afectado.

Se ha sostenido incluso que la representatividad adecuada como condición de admisibilidad de la demanda colectiva no es suficiente garantía. Adicionalmente, “el tribunal debe monitorear de oficio su cumplimiento durante todas las etapas del proceso hasta el dictado de la sentencia definitiva, e incluso durante el desarrollo de las etapas recursivas”¹⁷. De nada serviría que el control judicial de representatividad adecuada se limite al momento de la presentación de la demanda, si los intereses de la clase podrían verse vulnerados en etapas posteriores, por ejemplo en la celebración de acuerdos transaccionales en los que se determinen los derechos de los miembros de la clase.

El principio de la representatividad adecuada tiene su origen en la jurisprudencia americana que destacó su importancia por primera vez en el caso *Hansberry v. Lee*¹⁸ de 1940. Haciendo eco de la jurisprudencia, la Rule 23 de las Federal Rules of Civil Procedure de Estados Unidos¹⁹ (en adelante “Rule 23”) receptó el principio de la representatividad adecuada en su apartado (a)(4), exigiendo que el legitimado activo represente justa y adecuadamente los intereses de la clase como uno de los cuatro requisitos para la procedencia de la acción.

En nuestro país, la CSJN hizo mención por primera vez al principio de la representatividad adecuada en el fallo Halabi, considerando que había “existido una adecuada representación de todas las personas, usuarios de los servicios de telecomunicaciones dentro de los que se encuentran los abogados a las que se extenderán los efectos de la sentencia.”²⁰ Asimismo, el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012, al regular los procesos colectivos, sostenía como presupuesto de admisibilidad de una acción colectiva “que el

¹⁶ “Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986”, Corte Suprema de Justicia de la Nación (2016), cdo. 29.

¹⁷ Francisco Verbic, *Procesos Colectivos* (Buenos Aires: Astrea, 2007), 85.

¹⁸ “Hansberry v. Lee”, 311 U.S. 32 (1940).

¹⁹ Federal Rules of Civil Procedure. Title IV, Parties. Rule 23.

²⁰ Op. Cit. *supra* nota 1, cdo. 14. Cabe señalar que si bien la CSJN sostuvo “que, dado que es la primera oportunidad en la que se delinean los caracteres de la acción colectiva que tiene por objeto la protección de derechos individuales homogéneos y que no existe una reglamentación al respecto, cabe ser menos riguroso a la hora de evaluar el resto de los recaudos que habrá que exigir en lo sucesivo en los procesos de esta naturaleza”, los estándares utilizados para evaluar la configuración del requisito de representatividad adecuada no fueron los más acertados. En este sentido, ver: Op. Cit. *supra* nota 16.

legitimado cuente con aptitudes suficientes para garantizar una adecuada defensa de los intereses colectivos”. Para ello, el juez debía tener en cuenta: “a) la experiencia, antecedentes y solvencia económica del legitimado para la protección de este tipo de intereses; [y] b) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda”.²¹

Hoy en día la exigencia de la representatividad adecuada está consagrada en dos Acordadas de la CSJN. La Acordada 32/14 exige al juez que, al dictar la resolución que considera formalmente admisible la acción colectiva, identifique en forma precisa el colectivo involucrado en el caso y se reconozca “la idoneidad del representante”²². También, la Acordada 12/16 exige que, en los procesos colectivos referentes a los intereses individuales homogéneos, la demanda deba “justificar la adecuada representación del colectivo”. Más aún, en su punto VIII dispone que el juez deberá “determinar los medios más idóneos para hacer saber a los demás integrantes del colectivo la existencia del proceso, a fin de asegurar la adecuada defensa de sus intereses”²³.

El problema de la colusión

El control de la representatividad adecuada del legitimado activo viene a intentar combatir dos problemas que surgen en la tramitación de las acciones de clase: la incompetencia y la indiferencia²⁴. Ambos problemas generan las mismas consecuencias al afectar la representatividad adecuada del legitimado activo, pero se diferencian en la intencionalidad.

La incompetencia concierne a aquellos representantes que sinceramente desean representar los intereses de los miembros de la clase, no obstante, “son incapaces de hacerlo por falta de experiencia, organización, capacidad financiera, etc.”²⁵ Por otro lado, la

²¹ Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012, artículo 1747.

²² Acordada 32/14, Corte Suprema de Justicia de la Nación, firmada el 01/10/2014.

²³ Acordada 12/16, Corte Suprema de Justicia de la Nación, firmada el 05/04/2016.

²⁴ Ver Jay Tidmarsh, “Rethinking Adequacy of Representation”, (2009). Accedido el 12 de junio, 2017, http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/531

²⁵ Ver Francisco Verbic y Eduardo Oteiza, “La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada”, *Revista de Processo N° 185*, Ed. Revista dos Tribunais (Brasil), Mayo 2015.

indiferencia supone representantes de la clase egoístas que priorizan sus propios intereses a los de la clase representada. En este sentido, representarán los intereses de la clase en la medida de que coincidan con los de ellos mismos. Este último supuesto (indiferencia) da lugar al fraude y colusión en la tramitación de las acciones de clase.

La colusión puede definirse como “un pacto ilícito en daño a un tercero”²⁶. Consiste en un acuerdo entre dos o más partes para defraudar a otra o para obtener algo prohibido por la ley. En las acciones de clase la colusión se da entre el representante de la clase y el demandado, quienes deciden priorizar sus propios intereses (principalmente económicos) en detrimento de los intereses del grupo afectado.

Una de las formas más comunes de exteriorización de este tipo de fraude es a través de la celebración de acuerdos conciliatorios entre las partes. En dichos acuerdos, la colusión puede estar diseñada de diferentes maneras. Así por ejemplo, podrá consistir en una indemnización insuficiente a los miembros de la clase, en mecanismos de cobro sumamente engorrosos para el grupo afectado y/o en formas notificación ineficaces sobre la existencia del acuerdo o la forma de cobro de la indemnización. Estos mecanismos se traducen en un beneficio para la demandada al evitar el desembolso de la totalidad de la indemnización debida. Con respecto a la parte actora, sus beneficios generalmente consisten en un acuerdo con la demandada en la que se establezcan honorarios elevados, y/o en una compensación ilegal por fuera del litigio colectivo.

Casos ADECUA

En el año 2013 se hicieron públicas algunas irregularidades en acuerdos transaccionales llevados a cabo por asociaciones de consumidores en el contexto de acciones de clase²⁷. El problema era que los acuerdos no habían dado como resultado un beneficio real para los consumidores y usuarios representados por las asociaciones de demandantes. En cambio, representaban honorarios significativos para los abogados de la parte actora y un importante beneficio para los acusados en dichos litigios.

²⁶ Real Academia Española, accedido el 2 de julio, 2017, <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=colusi%C3%B3n>.

²⁷ Ver David Cufre, “Miles de usuarios fuera de juego” *Página 12*, 4 de febrero, 2013, accedido el 6 de abril, 2017. <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-213203-2013-02-04.html>

En el primero de estos casos, el Juzgado Nacional en lo Comercial Nro. 3, Secretaría N° 5 decidió enmendar de oficio el convenio que había sido homologado por el propio tribunal el 29 de noviembre de 2010, en el marco de la causa “ADECUA c. Banco Privado de Inversiones S.A. s/Ordinario”²⁸. Esta acción tenía como objeto que el banco demandado devolviera a sus clientes lo percibido en exceso por el cobro de seguro de vida sobre sus saldos deudores. A esa suma, se añadirían los intereses. Sin embargo, antes de la contestación de la demanda, la asociación ADECUA y el banco celebraron un acuerdo transaccional que luego fue homologado.

El mencionado acuerdo establecía, entre otras cosas, (i) la devolución de dichas sumas percibidas en exceso; (ii) que la elección de la compañía de seguros a contratar quedaría en manos de los clientes; y (iii) que el banco se comprometía a publicar edictos para que cada cliente pudiera optar por el acuerdo alcanzado o excluirse y entablar una acción individual para exigir el pago de las sumas involucradas.

Más de dos años después de la aprobación del acuerdo, mediante la facultad conferida en el artículo 558 bis del Código Procesal Civil y Comercial argentino²⁹, el juez programó una audiencia para ser informado sobre el grado de cumplimiento del convenio. En esa ocasión, el banco declaró que: (a) había aproximadamente 135.000 clientes del banco; (b) sólo 27 clientes habían pedido el reembolso acordado; (c) el banco había pagado un total de \$13.062; y (d) que ningún cliente había manifestado su rechazo al acuerdo.

Habiendo tomado conocimiento de estos hechos, el juez en cuestión declaró que la asociación no había defendido a los consumidores de la manera que debía, pues debió haber denunciado el incumplimiento del acuerdo. En este sentido, el juez destacó que “ni el banco demandado, ni la actora, informaron, con lealtad y buena fe [...], sobre la particular situación que se verificaba en torno de los créditos debidos a la generalidad de los sujetos

²⁸ “ADECUA c. Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, LALEY (2014-D), p. 241.

²⁹ El Artículo 558 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sostiene: “Durante el curso del proceso de ejecución, el juez podrá de oficio o a pedido de parte, y si las circunstancias así lo aconsejaren, fijar UNA (1) audiencia para que comparezcan ejecutante y ejecutado con el objeto de establecer la forma más rápida y eficaz de satisfacer el crédito, procurando evitar perjuicios innecesarios. A esta audiencia deberán comparecer las partes personalmente, y se celebrará con la que concurra. No podrá señalarse UNA (1) nueva con el mismo objeto, ni tampoco podrá el ejecutado promover posteriormente incidentes por causas anteriores que no fueron invocadas en dicha audiencia”.

comprendidos”. Y continuó remarcando: “En cuanto a A.D.E.C.U.A., no alcanzo a entender aún el desapego demostrado por esa asociación respecto del resultado del acuerdo alcanzado por ella, que involucraba a los consumidores que decía defender - pues ciertamente debió ser la asociación la denunciante del fracaso de una instrumentación dada [...]”.

A este respecto, el juez decidió comunicar esta situación a la autoridad correspondiente para adoptar las medidas administrativas necesarias y decidió modificar la forma de ejecución del acuerdo con el objetivo explícito de que los acreedores pudieran hacer efectivo el derecho reconocido. Entre los motivos de esta inusual decisión, el magistrado señaló que de considerarse que el acuerdo se había cumplido a pesar de que sólo 27 de 135.000 clientes fueron realmente reembolsados, significaría un enriquecimiento injustificable por parte del banco. Es que el banco había pagado un total de \$13.062 de un monto total a pagar que podría haber sido de \$65.000.000.

El fallo fue apelado tanto por los demandados como por ADECUA, quienes requirieron que se revocara la decisión del tribunal. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, fue más allá y declaró la nulidad del acuerdo argumentando que al poner en cabeza de los consumidores las cargas del mecanismo de cobro, “no solo vulneró el principio de reparación integral -art. 54 Ley 24.240-, sino también el derecho de oposición y el de participar de los beneficios de esa cosa juzgada expansiva, los cuales, por ser irrenunciables, tampoco podrían ser transados”.

Asimismo, el tribunal señaló que a partir del hecho de que la publicación de edictos transcurriera durante las dos primeras semanas de enero, “es dable pensar que las personas a quienes iban dirigidos esos avisos se encontraban fuera de su residencia [...]. Tal apreciación no pudo pasar desapercibida a quienes decidieron disponer esos derechos ajenos en el marco del aludido acuerdo”.

Este tipo de conflicto de intereses se hace evidente en otro caso, donde con fundamentos similares, el Juzgado Nacional en lo Comercial Nro. 10, Secretaría N ° 9, decidió también enmendar de oficio el acuerdo que había sido aprobado por el propio

tribunal el 3 de noviembre de 2009, en el marco de la acción colectiva “ADECUA c. Galicia Seguros S.A. y otro s/ ordinario”³⁰.

La modificación de dicho acuerdo tuvo como causa su escaso cumplimiento. Sólo 0.6% de los afectados recibieron un pago a razón de \$81,27 cada uno. El banco sólo pagó \$495.000, de los \$81.000.000 que podría haber desembolsado. Los abogados de ADECUA recibieron honorarios por la suma de \$5.657.390³¹.

El incumplimiento del condenado no es un tema inusual o improbable, pero es en esos supuestos en los cuales la parte actora tiene un rol esencial de exigirlo mediante la ejecución de la sentencia o acuerdo. Cuando la parte actora es una asociación de consumidores, las autoridades que la representan tienen la obligación legal y estatutaria de velar por los intereses de sus representados. El letrado interviniente tiene las mismas obligaciones. Pero decididamente lo que perjudica al cumplimiento de esta normativa es la falta de interés de quienes no buscan la reparación del daño colectivo sino que persiguen otros fines, como puede ser un fin económico.

¿Por qué surge la colusión?

La respuesta a esta pregunta no es sencilla y no tiene una única respuesta. Para determinar por qué las acciones de clase son propensas a generar este tipo de acuerdos

³⁰ “ADECUA c. Galicia Seguros S.A. y otro s/ ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, LALEY (2014-D), p. 239

³¹ Asimismo, otros acuerdos transaccionales que celebró ADECUA en acciones colectivas arrojan cifras sorprendentes: (i) Acuerdo celebrado con Santander Río: de las 615.500 personas que pudieron haber pedido el pago, sólo 109 lo hicieron, recibiendo alrededor de \$214 cada una. El banco sólo pagó \$23.328 de los \$131.700.000 calculados en el marco del acuerdo. Los abogados de ADECUA recibieron \$5.000.000 de honorarios. (ii) Acuerdo celebrado con GMAC: la compañía pagó alrededor de \$915.000 de los \$73.000.000 estimados como condena. Sólo 533 personas de los 42.566 que pudieron haber recibido el pago lo hicieron. Cada uno de ellos recibió un promedio de \$1.700. En este caso, ADECUA y Cruzada Cívica fueron las asociaciones de consumidores involucradas y sus abogados recibieron \$3.569.100 de honorarios. (iii) Acuerdo celebrado con Falabella: la compañía recibió 8.905 reclamaciones de 569.836 personas que podrían haber solicitado el pago. El importe total pagado fue de \$250.000 mientras que el monto que se debería haber pagado era aproximadamente de \$16.000.000. La compañía no hizo público los honorarios legales de los abogados de ADECUA. (iv) Acuerdo celebrado con Tarjeta Naranja: la empresa no informó el importe total de los clientes, pero confirmó que sólo pagó una indemnización a 74 personas. Tarjeta Naranja también pagó a los abogados de ADECUA un monto de \$784.525 en concepto de honorarios. Para más información, véase: Op. Cit. *supra* nota 26.

colusivos, es necesario evaluar la forma en la que está estructurado el proceso y los incentivos que genera en las partes.

La primera arista del problema deriva del rol protagónico que asumen los abogados de la parte actora en el proceso. El legitimado activo es muchas veces un jugador secundario que ejerce poco o casi ningún control o supervisión sobre el curso de la acción, la cual es instada por el profesional letrado. Es sabido que en esta clase de acciones, son los abogados quienes generalmente identifican una potencial demanda colectiva y quienes muchas veces identifican asimismo a los afectados³². No llama la atención que los letrados intervinientes asuman un rol tan protagónico en todas las etapas del proceso, incluyendo en las negociaciones de los acuerdos transaccionales que surgen como consecuencia de los procesos colectivos. No obstante, ni la jurisprudencia ni la legislación argentina han regulado su actuar, limitando el control de la representatividad adecuada únicamente al legitimado activo.

Un segundo problema característico de las acciones de clase que está intrínsecamente relacionado con el problema antes mencionado, es el que deriva del conflicto de intereses que surge entre los abogados de la clase y la clase a la que representan. Así, las acciones de clase son procesos sumamente complejos, que requieren de una gran inversión de tiempo y dinero. Por ello, los abogados tienen grandes incentivos para disminuir sus costos y minimizar las horas invertidas en el proceso, celebrando acuerdos transaccionales que no siempre son en el mejor interés del grupo afectado, pero que maximizan el valor esperado para el letrado.

A modo de ejemplo, consideremos un caso hipotético de un litigio colectivo en el que, si el procedimiento concluye a través de una sentencia judicial a favor de la parte demandante, esta obtendrá una indemnización total de \$10.000.000 (“*I*”) para la clase afectada. Asumamos que la probabilidad de que ello ocurra es del 50% (“*p*”) y que los abogados de la parte actora van a recibir honorarios en un 20% del monto del juicio (“*h*”).

³² Es común escuchar la afirmación de que “[...] el representante funciona como una llave necesaria para activar el mecanismo del proceso colectivo, no obstante lo cual quien verdaderamente actúa en tal carácter resulta ser su abogado”. Op. Cit. *supra* nota 16, citando a Antonio Gidi, “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil”, UNAM, México (2004), 76.

Porque el procedimiento del juicio no tiene ningún costo para la clase afectada, esta estará dispuesta a llegar a un acuerdo conciliatorio por cualquier valor mayor o igual que \$5.000.000 $[I \times p]$. Pero el representante y su letrado tienen otros incentivos. Para ellos, litigar el caso a conclusión tiene mucho mayores costos que transando de manera temprana. En este sentido, los abogados deberán invertir tiempo en el proceso para la investigación de los hechos, preparación de los escritos, y asumir los gastos del mismo.

De esta forma, si los abogados de la parte actora litigan el caso a conclusión, estos tendrán un 50% de chances de ganar \$2.000.000, es decir, \$1.000.000 $[(I \times h) \times p]$. Suponiendo que esto demandaría 2000 horas de trabajo, el litigio tendría un valor esperado para los abogados de \$500 por hora de trabajo. Si por el contrario los abogados celebran un acuerdo conciliatorio por \$3.000.000 cuando hayan invertido solo 500 horas en el proceso, estos recibirían honorarios por \$600.000, el equivalente a \$1.200 pesos por hora. No obstante, la clase no estaría dispuesta a celebrar dicho acuerdo porque el monto de la indemnización sería menor al valor esperado de litigar el caso a conclusión. Así, la clase perdería \$2.000.000 ya que en vez de obtener una indemnización por \$5.000.000, éstos recibirían \$3.000.000³³.

Un tercer aspecto que incentiva a los abogados de la parte actora a celebrar acuerdos fraudulentos se conoce en la práctica norteamericana como la “bendición judicial del actuar ilegítimo” (“*judicially blessed wrongdoing*”)³⁴. Este concepto hace alusión a que el abogado que ha celebrado un acuerdo fraudulento, en principio no podrá ser demandado por *mala praxis* ya que un tribunal judicial ha “bendecido” sus actuaciones al homologar el acuerdo celebrado. Este punto se evidencia con un precedente sentado por el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción Nro. 29.

Así, los hechos en las causas ADECUA descriptos líneas arriba, dieron lugar a una investigación penal a la asociación por el fraude³⁵. La denuncia fue llevada a cabo por la entonces presidenta Cristina Fernández de Kirchner pero fue desestimada tres años más tarde. Para fundamentar su resolución, el juez afirmó: “a mi juicio se ha podido comprobar

³³ Ver Brian W. Warwick “Class Action Settlement Collusion: Let's Not Sue Class Counsel Quite Yet....” 22.3 Am. J. Trial Advoc. 605, 638 (1999)

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ David Cufre, “Denuncia por ‘fraude’ contra Adecua” *Página 12*, 22 de febrero, 2013, accedido el 6 de abril, 2017. <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-214386-2013-02-22.html>

que todo lo actuado por los acusados no ha consistido sino en acciones legítimas y autorizadas por el derecho. **Desde el momento en que cada uno de los jueces homologó los acuerdos, la única manera de decir que los acuerdos eran delictuales es haciendo partícipes a los funcionarios de esa ilegalidad**³⁶ (el destacado nos pertenece).

Este tipo de razonamientos traen aparejadas consecuencias desfavorables al generar malos incentivos en las partes: si no consiguen la homologación del acuerdo fraudulento, no han realizado ningún hecho ilícito aún, y si así la consiguen, estarán resguardadas ya que al homologarlo, el juez lo ha teñido de licitud. De esta forma, la homologación judicial del acuerdo como mecanismo de control a favor de la clase afectada, funciona en la práctica como protección de los abogados frente a reclamos posteriores.

Mecanismos de control de acuerdos transaccionales en la República Argentina

En nuestro país existen mecanismos que otorgan algún tipo de control sobre los acuerdos celebrados en el marco de procesos colectivos, no obstante, consideramos que ellos son insuficientes como protección de la clase contra la colusión, y no generan un adecuado control sobre los abogados.

El primer mecanismo de control del acuerdo transaccional es el ejercido por el propio juez del proceso. En este sentido, el artículo 54 de la LDC exige que la homologación judicial del acuerdo “requerirá de auto fundado”. El juez deberá fundamentar y evaluar la validez del acuerdo considerando los intereses de los representados. No obstante, sin importar cuán capaz sea el juez, lo cierto es que los tribunales están sobrecargados de causas, tienen acceso limitado a información de calidad, y tienen grandes incentivos de quitarse el caso de encima.

Una característica de este tipo de acciones es la asimetría de información que hay entre las partes del proceso y el juez. La brecha de información se acrecienta cuando el acuerdo es celebrado en una etapa temprana del proceso, como es el caso arriba citado “ADECUA c. Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario” en el que el acuerdo

³⁶ “Frenan denuncia contra Adecua” *La Nación*, 18 de mayo, 2016, accedido el 6 de abril, 2017. <http://www.lanacion.com.ar/1899724-frenan-denuncia-contra-adequa>

transaccional fue celebrado antes de la contestación de la demanda. Son las partes - principalmente la demandada- las que controlan dicha información, pudiendo manipularla en provecho propio. Así, por ejemplo, la demandada podría ocultar información al juez sobre la cantidad de afectados o el monto del daño efectivamente causado. Esto no es inusual o improbable, pero es en esos supuestos en los cuales la parte actora tiene un rol esencial de controlar dicha información, lo que no surge cuando ambas partes colusionan.

Y el desafío se incrementa frente a disposiciones como la que se incluye en el acuerdo transaccional celebrado entre ADECUA y el Banco Galicia, al regular los honorarios de los abogados: “[...] Adecua, Galicia y TN convienen en solicitar se omita la regulación de honorarios por su actuación total, tanto en los autos mencionados en el encabezamiento como por su intervención en la confección y suscripción del presente acuerdo, atento que los mismos han sido debidamente convenidos entre las partes”³⁷. En este contexto, el juez tiene poco control sobre los honorarios de los letrados, lo que resulta problemático si se tiene en cuenta que es ésta la forma más sencilla de identificar el fraude en los procesos colectivos.

Un segundo mecanismo de control que se desprende del artículo 54 de la LDC exige 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”. Sin embargo, la intervención del Ministerio Público no necesariamente consiste en una garantía adicional, toda vez que dicho funcionario no está en mejores condiciones que el juez del caso para evaluar si el acuerdo considera adecuadamente los intereses de los afectados³⁸.

En tercer lugar, el artículo 54 de la LDC sostiene que “el acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso”. Así, el artículo consagra una suerte de mecanismo de “opt out” de segundo orden para aquellos consumidores que deseen reclamar en forma individual. No obstante, este mecanismo que consagra el artículo es ineficiente si no se cuenta con un sistema de notificación efectivo. En nuestro país, los

³⁷ Op. Cit. *supra* nota 30.

³⁸ Op. Cit. *supra* nota 12.

sujetos afectados raramente toman conocimiento -o son notificados- del conflicto y el acuerdo celebrado.

Asimismo, un desafío adicional en este tipo de acuerdos se presenta cuando tienen cláusulas de confidencialidad que hacen que los mismos sean de poca divulgación. Este es el caso del acuerdo celebrado entre ADECUA y Tarjeta Naranja, en el marco del juicio “ADECUA c. Galicia Seguros SA s/ ordinario”. El séptimo punto del acuerdo establece: “Publicidad: Las partes acuerdan que toda publicación, publicidad, información, ya sea periodística o que por cualquier forma pueda resultar en dar a publicidad los términos del presente acuerdo, deberá ser previamente aprobada por ambas partes por escrito [...]”³⁹.

Más aún, en varios supuestos de acciones de clase, este mecanismo de “opt out” resulta ineficaz por cuanto las pretensiones de cada afectado son individualmente insignificantes o no recuperables. En otras palabras, el daño producido a cada consumidor en particular es de una suma relativamente pequeña, por lo que la acción de clase es la única forma económicamente viable de hacer valer su derecho ya que de lo contrario, los gastos del proceso serían mayores a lo que espera recuperar en el mismo. Este es el caso de los consumidores afectados en el caso “ADECUA c. Galicia Seguros S.A. y otro s/ ordinario”, en el que cada uno sufrió un daño aproximado de \$81,27.

En cuarto lugar, el artículo 54 de la LDC regula el mecanismo de cobro de la indemnización en acciones colectivas. Así, exige que “si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas”, y que el juez fijará la manera del resarcimiento “en la forma que más beneficie al grupo afectado”. Si bien considero acertada esta regulación, lo cierto es que muchas veces los afectados no pueden ser individualizados o no es posible que se restituya el dinero por los mismos medios en que fueron percibidas.

Por último, nuestra jurisprudencia ha legitimado otro mecanismo de control de los acuerdos transaccionales: la facultad del juez de revisar y modificar un acuerdo transaccional que ha sido homologado. En este sentido, en la causa “ADECUA c. Galicia Seguros SA s/ ordinario” el tribunal sostuvo que “no se advierte óbice a que el Juez de primera instancia

³⁹ Op Cit. *supra* nota 30.

decida controlar el cumplimiento de un acuerdo celebrado por una asociación en representación de un universo de sujetos a quienes no se requirió conformidad previa para accionar en pos de esos derechos”. Para fundamentar dicho control, la Cámara señaló que “existe a la fecha un claro vacío legal con respecto al modo en que pueden resultar ejecutables las sentencias (rectius: acuerdo) que estiman el reclamo de los créditos cuyo ejercicio se arrogan las asociaciones reunidas a tal fin”⁴⁰. Por ello, “esta función jurisdiccional debe ser admitida pues, en términos amplios, al menos, en tanto y en cuanto no se dicte la normativa orgánica pertinente debiendo los jueces realizar esfuerzos para encontrar la solución justa a las distintas vicisitudes que suelen presentarse”.

Si bien este tipo de control logra reparar algunas de las inequidades que resultan de este tipo de acciones, se crea una incertidumbre importante, ya que modifican de oficio los términos de los acuerdos de liquidación que habían sido analizados y aprobados por los mismos tribunales años antes, poniendo en tela de juicio la seguridad jurídica. Consiguientemente, sería preferible un control *ex ante* de la ejecución de la sentencia antes que el control o reparación que se pretende con este tipo de fallos.

Como está regulado en el derecho comparado

(i) La experiencia norteamericana

La colusión en los procesos colectivos ha sido un punto candente de discusión tanto de la doctrina como la jurisprudencia norteamericana. La experiencia de más de un siglo en la tramitación de este tipo de procesos ha dejado numerosos casos de colusión entre las partes del procedimiento. Por ello, a través de la Rule 23 se han diseñado diferentes mecanismos para intentar mitigar esta práctica abusiva en las acciones de clase.

El primer mecanismo de control que establece la Rule 23 es aquel llevado a cabo en la etapa de la certificación de la clase. De esta forma, el fallo *Telephone Co. Of the Southernwest v. Falcon* estableció que una acción de clase “únicamente podrá ser certificada

⁴⁰ *Ibíd.*

si el juez determina, luego de un análisis riguroso, que los prerequisites de la Rule 23(a) fueron satisfechos”⁴¹. Dentro de los requisitos para la certificación de la clase, el apartado (a)(4) exige que el legitimado activo represente justa y adecuadamente los intereses del grupo afectado (“*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”). El juez podrá cambiar o modificar la decisión de la certificación de la clase en cualquier momento antes de la sentencia final si considera que dicho requisito no se cumple.

Como protección adicional, el control de la representatividad adecuada fue extendido al letrado de la clase luego de la reforma de la Rule 23 en el 2003 que introdujo el apartado (g). En este sentido, el apartado (g)(4) exige que el letrado represente lealmente y adecuadamente los intereses de la clase. Más aun, el apartado (g)(1) establece que los jueces federales deben obligatoriamente considerar ciertos aspectos en relación con el abogado en el momento en que certifica la clase. Los mismos son, el trabajo realizado por los profesionales en identificar o investigar los reclamos potenciales, la experiencia del abogado en acciones de clase y juicios complejos, el conocimiento del abogado de la ley aplicable, y los recursos que el abogado va a comprometer al representar la clase. Se establece asimismo que el juez podrá tener en cuenta cualquier otro asunto pertinente a la habilidad del abogado para representar adecuadamente los intereses de la clase. También, los jueces podrán requerir información acerca de los acuerdos que el abogado haya realizado con sus representados, inclusive proponer los términos del acuerdo de honorarios y realizar cualquier otra gestión que sea necesaria en relación con el nombramiento del abogado. El apartado (g)(2) establece asimismo que los jueces federales al nombrar al abogado de la clase, deberán designar al que se encuentre en las mejores condiciones de representar a los intereses de la clase, pudiendo diferir el nombramiento mediante la designación de un letrado interino, aplazar la definición y permitir a otros candidatos interesarse.

Por otro lado, la Rule 23(h) establece un procedimiento a seguir cuando el tribunal determina los honorarios de los abogados. Así, los letrados deberán realizar un reclamo de honorarios a través de una moción que será notificada a todas las partes y dirigida a los miembros de la clase de manera razonable. Luego, la norma permite a cualquier miembro de la clase, o una parte de la que se solicita el pago, de oponerse a la moción de honorarios⁴².

⁴¹ Op. Cit. *supra* nota 33, p. 630.

⁴² Sin embargo, la experiencia norteamericana muestra que si bien los miembros de la clase pueden oponerse a los honorarios de los abogados, rara vez lo hacen ya que el costo de oponerse generalmente excede la ganancia

Finalmente, el tribunal puede convocar a una audiencia y debe encontrar los hechos y exponer sus conclusiones legales. El Tribunal puede referir cuestiones relacionadas con el importe de los honorarios a un magistrado especial o un juez de primera instancia.

Finalmente, el apartado (e) de la Rule 23 requiere la aprobación judicial para toda renuncia o transacción de una acción colectiva, además de la notificación a todos los miembros de la clase. La aprobación judicial se llevará a cabo a través de una audiencia para evaluar si la propuesta de transacción es justa, adecuada y razonable. En este sentido, el fallo *Girsh v. Jepsen* estableció una serie de parámetros que el juez debe tener a la hora de evaluar el acuerdo celebrado por las partes. El juez deberá considerar: (i) la complejidad, los costos y la posible duración del litigio; (ii) la reacción de la clase frente al acuerdo celebrado; (iii) el estado del procedimiento y las pruebas rendidas; (iv) los riesgos de determinar la culpa; (v) los riesgos de determinar los daños; (vi) los riesgos de mantener la acción colectiva a lo largo del litigio; (vii) la habilidad de los representantes de soportar el litigio; (viii) el grado de razonabilidad del monto acordado a la luz del mejor resultado posible en cuanto a la indemnización para la clase; y (ix) el grado de razonabilidad del monto acordado a la luz de los riesgos que conlleva el litigio. Adicionalmente, el apartado (e)(3) exige que las partes informen todos los acuerdos que hubieren realizado en relación con la propuesta de transacción y el apartado (e)(5) permite a los miembros de la clase objetar la propuesta del acuerdo a la hora de la homologación judicial.

(ii) Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica

El Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en octubre de 2004, aprobó el Código Modelo de los Procesos Colectivos para Iberoamérica. La exposición de motivos reconoce que los derechos transindividuales en Iberoamérica poseen una protección jurídica “insuficiente y heterogénea, por no decir caótica” y el Código intenta crear un sistema original de principios para la defensa de los intereses y derechos transindividuales que pueda ser adaptado a la actividad legislativa de cada país.

que podrían esperar al reducir los honorarios de los abogados. Más aún, la lógica de todo problema acción colectiva implica que todos los miembros de la clase se verán beneficiados por la reducción de los honorarios de los abogados, mientras que los costos de los mismos serán soportados únicamente por aquellos individuos que hayan cuestionado dichos montos, dando lugar a los “free riders”. Véase: Richard A. Nagareda et al., *The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation*, 2nd ed. (Foundation Press, 2013), 308.

Existen disposiciones interesantes que merecen ser receptadas por el ordenamiento jurídico de nuestro país, como ser el análisis de la representatividad adecuada, que incluye la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado, sus antecedentes y conducta en otros procesos colectivos; las medidas que aseguren el cumplimiento de la sentencia, que de oficio se pueda modificar el valor o la periodicidad de la multa insuficiente o excesiva; la creación de un fondo destinado a la reconstitución de los bienes lesionados o la obligación del Ministerio Público de promover la ejecución de la sentencia que proteja un interés social relevante. Respecto a la regulación de honorarios, específicamente ordena al juez a tener en consideración la ventaja para el grupo, categoría o clase, la cantidad y calidad del trabajo desempeñado por el abogado de la parte actora y la complejidad de la causa.

Pero lo novedoso a los fines de este trabajo es que el Código (i) recepta la figura del litigante de mala fe y demás responsables y los condena a pagar solidariamente los gastos del proceso, honorarios de los abogados de la parte contraria y las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios y que (ii) dispone la necesidad de contar con magistrados especializados en procesos colectivos.⁴³

¿Qué otros mecanismos se pueden diseñar?

En un trabajo publicado por Brian W. Warwick⁴⁴ se identifican algunos mecanismos para minimizar la colusión que pueden ser tenidos en cuenta para una futura legislación que regule la las acciones de clase en nuestro país.

⁴³ En este sentido, el artículo 15 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica dispone: “ En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia condenará al demandado, si fuere vencido, en las costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, así como en los honorarios de los abogados de la parte actora. Par. 1º. Para el cálculo de los honorarios, el juez tendrá en consideración la ventaja para el grupo, categoría o clase, la cantidad y calidad del trabajo desempeñado por el abogado de la parte actora y la complejidad de la causa. Par. 2o. Si el legitimado fuere persona física, sindicato o asociación, el juez podrá fijar una gratificación financiera cuando su actuación hubiera sido relevante en la conducción y éxito del proceso colectivo. Par. 3º. Los actores en los procesos colectivos no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales. Par. 4º. El litigante de mala fe y los responsables de los respectivos actos serán solidariamente condenados al pago de los gastos del proceso, de los honorarios de los abogados de la parte contraria y al décuplo de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios.

⁴⁴ Op. Cit. *supra* nota 33.

En primer lugar, el autor plantea la posibilidad de que el juez designe a una persona para que actúe como “guardián” de los intereses de la clase durante el procedimiento. Concibe al guardián como un experto en la materia objeto del litigio que deberá controlar al representante para que este vele por los intereses del grupo afectado y no por los suyos propios. Sostiene asimismo que la necesidad de un guardián se acentúa en las etapas de negociación y aprobación de los acuerdos transaccionales en donde el proceso deja de ser adversarial y en el cual ambas partes buscan la aprobación conjunta del acuerdo celebrado. Para garantizar que dicho acuerdo sea justo, el guardián deberá estar presente en cualquier charla o negociación del mismo, y su ausencia tendrá una fuerte presunción de colusión. El guardián no deberá intervenir en las negociaciones, sino más bien estar presente de modo de saber la información y los hechos en los que se asienta el acuerdo. Una vez que las partes presentan dicho acuerdo al juez para su homologación, el guardián deberá emitir su opinión sobre la razonabilidad del mismo.

La figura del guardián no es algo novedoso en nuestro ordenamiento. En diversas áreas el legislador argentino ha establecido un tutor o curador *ad litem* para proteger en juicio los derechos de determinados individuos. Así por ejemplo, el art. 626 del Código Procesal Civil y Comercial Argentino le exige al juez el nombramiento de un curador provisional en los procesos de declaración de demencia, sordomudez o inhabilitación⁴⁵. No parece descabellado exigir al legislador que extienda dicha protección a las acciones de clase.

Un segundo mecanismo que plantea Warwick es el cambio en la carga de la prueba a la hora de homologar los acuerdos transaccionales. Sostiene que hoy en día los acuerdos en acciones de clase gozan de una suerte de “presunción de legalidad” que no es merecida. Así, la carga probatoria para corroborar que no haya habido colusión en un caso concreto se encuentra en cabeza del juez. ¿Por qué no cambiar dicho enfoque, y que sean las partes las que deban probar la razonabilidad del mismo?

Si bien la celebración de acuerdos transaccionales es algo beneficioso en cualquier sistema judicial, los acuerdos celebrados en acciones de clase deben analizarse con recelo al estar disponiendo los derechos de partes ausentes en el proceso. El estándar de aprobación de

⁴⁵ El artículo 626 sostiene: “Con los recaudos de los artículos anteriores y previa vista al asesor de menores e incapaces, el juez resolverá: 1) El nombramiento de UN (1) curador provisional, que recaerá en UN (1) abogado de la matrícula. Sus funciones subsistirán hasta que se discierna la curatela definitiva o se desestime la demanda. [...]”

dichos acuerdos debe ser más elevado que en un proceso convencional. Por ello, cambiar la carga de la prueba podría minimizar la aprobación de acuerdos fraudulentos al poner en cabeza de las partes la justificación del acuerdo celebrado.

Un tercer mecanismo que se identifica en el artículo es el establecimiento de un criterio objetivo para evaluar si los acuerdos fueron justos o no a la hora de su homologación judicial. Hoy en día no hay un criterio unificado para determinar si un acuerdo ha sido beneficioso para la clase representada o si ha sido producto de colusión. Una solución podría ser aquel estándar utilizado por el Juez Posner en *Mars Steel Corp. v. Continental Illinois National Bank*: “un acuerdo es justo [...] en sentido sustantivo [...] si le da [a los miembros de la clase] el valor esperado de su reclamo si fuesen a juicio, neto de los costos del juicio”⁴⁶ (esta traducción nos pertenece).

Tomando los valores de un ejemplo anterior, consideremos el caso hipotético de un litigio colectivo en el que, si el procedimiento concluye a través de una sentencia judicial a favor de la parte demandante, esta obtendrá una indemnización total de \$10.000.000 para la clase afectada. Asumamos que la probabilidad de que ello ocurra es del 50% y que los gastos del juicio ascienden a \$1.000.000. Siguiendo la fórmula de Posner, el acuerdo habrá sido justo (por ende, exento de colusión) si otorga a la clase demandada una indemnización igual o mayor a \$4.000.000⁴⁷.

Tidmarsh aborda la problemática de manera similar⁴⁸. Sostiene que si bien se ha consagrado la importancia del principio de la representatividad adecuada, tenemos poca idea de cómo medirla. La doctrina de la representatividad adecuada debe ser reformulada para lograr una única métrica fácilmente determinable: la representación de los representantes de la clase y el abogado es adecuada si, y sólo si, la representación hace que los miembros de la clase no estén peor de lo que hubiesen estado reclamando de manera individual. Así, propone la siguiente fórmula:

$$(P_i \times I_i) - (H_i + C_i) \leq (P_{ac} \times I_{ac}) - (H_{ac} \times C_{ac})$$

cuando $0 \leq (P_{ac} \times I_{ac}) - (H_{ac} \times C_{ac})$

⁴⁶ Op. Cit. *supra* nota 33, p. 634. En su versión original dice: “[a] settlement is fair... in a substantive sense... if it gives the class members the expected value of their claim if it went to trial, net of the costs of the trial”.

⁴⁷ Este valor se obtiene multiplicando la indemnización esperada en juicio (\$10.000.000) por la probabilidad de obtener dicha indemnización (50%). A dicho resultado, se deberá restar los gastos del juicio.

⁴⁸ Op. Cit. *supra* nota 24.

Donde P_i viene a representar la probabilidad de un miembro de la clase de obtener una indemnización en un litigio individual y I_i representa el monto de dicha indemnización. H_i son los honorarios de los abogados y C_i son los costos de dicho litigio individual. Por su lado, P_{ac} representa la probabilidad de obtener una sentencia favorable en una acción de clase, I_{ac} es el monto que un miembro de la clase obtendrá, H_{ac} son los honorarios de los representantes de la clase y C_{ac} los costos de la acción.

En este sentido, la fórmula funciona de la siguiente manera. Habrá representación adecuada si el valor neto esperado en un litigio individual de un determinado miembro de la clase es menor o igual que lo obtenido en una acción de clase. Si los miembros de la clase reciben menos de lo que obtendrían en una acción individual, entonces la representación es inadecuada. Asimismo, el autor aclara que la fórmula tiene un límite mínimo. El valor neto esperado en una acción de clase no podrá ser nunca menor que cero. Este límite intenta corregir los casos de prestaciones individuales insignificantes de los miembros de la clase, en donde los costos de litigar el conflicto de forma individual son mayores a lo que esperan recibir. De esta manera, por más que el litigio individual tenga un valor negativo para un determinado miembro de la clase, la representación nunca podría ser adecuada si litigio colectivo genera un valor esperado menor que cero.

Conclusión

La colusión no es, sin duda, el único problema que atraviesan las acciones de clase. No obstante, en mi opinión es uno de los más importantes y la atención que ha recibido en el derecho norteamericano como pionero en este tipo de procesos demuestra la importancia del tema.

En nuestro país, varios profesionales ya han destacado la importancia del requisito de la representatividad adecuada. En este sentido, Verbic y Oteiza consideran el control de la representatividad adecuada como “una verdadera y propia exigencia constitucional. Sólo de tal modo puede justificarse la litigación colectiva del conflicto a la luz de la garantía de

debido proceso legal de los miembros del grupo”⁴⁹. No obstante, el problema específico de la colusión ha recibido poca atención.

En este trabajo se intentó elaborar sobre esta problemática. De esta manera, se abordó la colusión como un problema específico que afecta la representación adecuada del representante de la clase. Se definió la colusión, se intentó determinar por qué surge y se comentaron los casos ADECUA que ponen en evidencia el surgimiento de este tipo de acuerdos fraudulentos en nuestro país.

Asimismo se evaluaron los mecanismos vigentes en nuestro ordenamiento a la luz de su eficacia para controlar a los representantes de la clase y se sostuvo que son insuficientes como protección de la clase contra la colusión, y no generan un adecuado control sobre los abogados. Se analizó también el tratamiento que recibe en el derecho comparado, particularmente la Rule 23 de los Estados Unidos de Norteamérica y se detallaron otros mecanismos que se pueden tener en cuenta para una futura legislación de las acciones de clase en nuestro país, como son la consagración de un guardián de la clase, la elaboración de criterios objetivos a la hora de homologar los acuerdos transaccionales y el cambio en la carga probatoria de la razonabilidad del acuerdo.

Claramente el status quo que existe en nuestro país con respecto a la escasa legislación que regula la materia, obedece a los intereses de algunos pocos. Numerosos proyectos de ley han sido remitidos al Congreso sin resultado positivo. Así, el valiente esfuerzo del Anteproyecto del Código Civil de 2012 de regular la materia fue vetado por el Poder Ejecutivo. Y el Código Modelo de los Procesos Colectivos para Iberoamérica no tuvo impacto en nuestra legislación.

Considero que se debe reflotar el esfuerzo por impulsar una normativa especial y específica, creando de tal manera un área de práctica muy rica para la profesión y muy rica para la protección de los derechos individuales homogéneos. Necesitamos más profesionales que hagan eco de estas palabras y dediquen su trabajo en la elaboración de esta normativa.

⁴⁹ Op. Cit. *supra* nota 25.

Bibliografía

Abarca, Walter José y otros c/ Estado Nacional - Ministerio Energía y Minería y otro s/ amparo ley 16.986”, Corte Suprema de Justicia de la Nación (2016).

“ADECUA c. Banco Privado de Inversiones S.A. s/ ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, LALEY (2014-D), p. 241.

“ADECUA c. Galicia Seguros S.A. y otro s/ ordinario”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, LALEY (2014-D).

Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

Carli, Carlo. *Demanda Civil*. Buenos Aires: Editorial Lex, 1994.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Constitución Nacional Argentina, Art. 18.

Constitución Nacional Argentina, Art. 43.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Acordada 12/16, firmada el 05/04/2016.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Acordada 32/14, firmada el 01/10/2014.

Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Deplama, 1983.

Cufre, David. “Denuncia por ‘fraude’ contra Adecua”. Página 12. 22 de febrero, 2013. Accedido el 6 de abril, 2017. <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-214386-2013-02-22.html>

Cufre, David. “El Banco Privado deberá devolver dinero”. Página 12. 19 de abril, 2013. Accedido el 6 de abril, 2017. <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-218320-2013-04-19.html>

Cufre, David. “Miles de usuarios fuera de juego”. Página 12. 4 de febrero, 2013. Accedido el 6 de abril, 2017. <https://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-213203-2013-02-04.html>

Diario Registrado. “Adecua en la mira ética”. 4 de febrero, 2013. Accedido el 6 de abril, 2017. http://www.diarioregistrado.com/sociedad/-adecua-en-la-mira-etica_a54a7639742b51e2eea00e0ec

Federal Rules of Civil Procedure de Estados Unidos de América. Título IV, Parties. Rule 23.

Gidi, Antonio. “Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil”, UNAM, México (2004), 76.

Gil Domínguez, Andrés. *Legitimación procesal colectiva y representación colectiva adecuada* (Buenos Aires: La Ley, 2014), 399.

“Halabi, Ernesto c. P.E.N. Ley 25.873 DTO. 1563/04”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallo 332:111.

“Hansberry v. Lee”, 311 U.S. 32 (1940).

Hazard, Geoffrey C. Jr. “Modeling Class Counsel.” 81.4 Neb. L. Rev. 1397, 1411 (2002).

Henderson, William D. “Clear Sailing Agreements: A Special Form of Collusion in Class Action Settlements.” 77.4 Tul. L. Rev. 813, 838 (2003).

iProfesional. “Allanan bancos en una causa por presuntas maniobras defraudatorias de Adecua”. 16 de Noviembre, 2013. Accedido el 6 de abril, 2017. <http://www.iprofesional.com/notas/174633-Allanan-bancos-en-una-causa-por-presuntas-maniobras-defraudatorias-de-Adecua>

Issacharoff, Samuel. “Class Action Conflicts.” 30.3 U.C. Davis L. Rev. 805, 834 (1997).

Koniak, Susan P. “Class Action against Class Counsel.” 1 J. Inst. for Study Legal Ethics 249, 262 (1996).

La Nación. “Frenan denuncia contra Adecua”. 18 de mayo, 2016. Accedido el 6 de abril, 2017. <http://www.lanacion.com.ar/1899724-frenan-denuncia-contra-adequa>

Murphy, Mollie A. “The Intersystem Class Settlement: Of Comity, Consent, and Collusion.” 47.2 U. Kan. L. Rev. 413, 494 (1999).

Nagareda, Richard A., Robert G. Bone, Elizabeth Chamblee Burch, Charles Silver y Patrick Woolley. “The Law of Class Actions and Other Aggregate Litigation”, 2nd ed. Foundation Press, 2013.

Poder Legislativo Provincial de Buenos Aires. Publicada el 22/09/1993. Provincia de Buenos Aires, Ley 24.240.

Poder Legislativo Provincial de Buenos Aires. Publicada el 28/11/2002. Provincia de Buenos Aires, Ley 25.675.

Real Academia Española, accedido el 2 de julio, 2017. <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=colusi%C3%B3n>.

Tidmarsh, Jay. “Rethinking Adequacy of Representation”, (2009). Accedido el 12 de junio, 2017, http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/531

Verbic, Francisco y Eduardo Oteiza. “La Corte Suprema Argentina regula los procesos colectivos ante la demora del Congreso. El requisito de la representatividad adecuada”, Revista de Processo N° 185, Ed. Revista dos Tribunais (Brasil), Mayo 2015.

Verbic, Francisco. “La tutela colectiva de consumidores y usuarios a la luz de la Ley N° 26.361” *Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni*, 2009, accedido el 10 de junio, 2017, https://www.academia.edu/3715629/La_tutela_colectiva_de_consumidores_y_usuarios_a_la_luz_de_la_ley_No_26.

Verbic, Francisco. *Procesos Colectivos*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

Warwick, Brian W. “Class Action Settlement Collusion: Let's Not Sue Class Counsel Quite Yet.” 22.3 *Am. J. Trial Advoc.* 605, 638 (1999).

Woolley, Patrick. “Collateral Attack and the Role of Adequate Representation in Class Suits for Money Damages.” 58.4 *U. Kan. L. Rev.* 917, 978 (2010).



Universidad de
San Andrés