



Autores: Hitters, Juan Carlos

Título: Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos

Congreso Nacional de Derecho Procesal (23 : 2005 : Mendoza, Argentina)

Libro de Ponencias Generales y Trabajos Seleccionados. -- Mendoza : Asociacion Argentina de Derecho Procesal, 2005. Pág. 74-102

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a repositorio@scba.gov.ar



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos

Hitters, Juan Carlos

"Debe hacerse pleno honor a la cosa juzgada y reconocerse totalmente la importancia social de una sentencia firme, pero no hay que exagerar las cuestiones jurídicas haciendo de ellas un tabú sagrado". G. Koller

I. Introducción

A. Antecedentes

a. Gestación

Conviene adelantar en forma propedéutica que las instituciones bajo examen responden a criterios modernos del derecho procesal y del proceso, que han ido dejando de lado, poco a poco, las pautas individualistas del siglo XIX, para darle cabida a ciertas pretensiones a través de las cuales se ha dilatado la legitimación y sobre todo los efectos subjetivos de la cosa juzgada, permitiendo la puesta en marcha de los "procesos colectivos".

Como es sabido, la realidad social actúa casi siempre con una velocidad mayor que la creación legislativa; por ello es que los juristas y los politicólogos han debido adelantarse a los creadores de las leyes para solucionar los problemas que a cada paso se presentan y que en ocasiones ponen en duda no pocas concepciones aquilatadas durante años. Los problemas existenciales de la justicia se han acelerado de tal modo que temas que antes parecían de gabinete -justamente la protección colectiva- han venido a golpear tan fuerte en la última treintena del siglo pasado que sólo los sordos sociales podrían desoírlos (1).

La explosión producida por la expansión de las sociedades industriales modernas ha hecho nacer en forma vertiginosa un nuevo derecho -tanto sustancial como procesal- que debió salir al cruce a novedosas situaciones que la era "tecnocrática" puso en primera plana, obligando a "repensar" varias instituciones y principios, como por ejemplo la extensión de la responsabilidad civil, la legitimación, los alcances de la cosa juzgada, el postulado de la congruencia, etc., que tuvieron origen en la concepción ultra individualista del siglo decimonónico (2).

Adquiere cada vez mayor virtualidad la necesidad de tutelar ciertos intereses o derechos que, aparecen fácilmente vulnerables, tales como el de los consumidores, o el de los habitantes (ejemplo, contaminación ambiental) y, en general, aquellos de los que resultan titulares determinadas agrupaciones o categorías, a menudo amorfas y difícilmente organizables (3).

Estas prerrogativas, derechos o intereses, están -como es por demás sabido- "fragmentadas", a veces en cientos, miles o millones de pseudo-legitimados los que a la par gozan de una "difusa" actitud para activar el engranaje de los mecanismos judiciales o cuasi judiciales (4).

Las primeras dudas apuntaron a saber quiénes son los legitimados para ejercer dichas

pretensiones en juicio, lo mismo que conocer el alcance de la res judicata, sobre todo para aquellos que no han participado en el pleito y que no tienen la sintonía de los terceros en el sentido clásico.

La finalidad de este trabajo -como su título lo indica- es el estudio de la cosa juzgada en los intereses o derechos colectivos, y en particular enfocando la mira hacia la visión del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. No obstante nos permitiremos llevar a cabo -en forma estenográfica- un análisis de los antecedentes de los procesos colectivos y particularmente de su morfología, para luego sí enfocar los efectos de la res judicata y los alcances de la misma.

Antes que nada no será ocioso poner de relieve que el cuerpo normativo sub examine ha sido fruto de un desarrollo progresivo -sobre todo hundiendo las raíces en el derecho brasileño- que culminó con el código de referencia.

En efecto, téngase en cuenta que los autores de su primera versión, han sido los juristas de aquel país, profesores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe y Antonio Gidi, que presentaron el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (5) (en adelante, el Anteproyecto), analizado en las "XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal" llevadas a cabo en Montevideo (16 al 18 de octubre de 2002) (6), y que respondió a una idea gestada en ocasión del "VII Seminario Internazionale su: Formazione e Caratteri del Sistema giurídico Latinoamericano e Problemi del Processo Civile", celebrado en Roma entre el 16 y 18 de mayo de 2002 y patrocinado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (7).

Dicho Anteproyecto fue analizado en México en el año 2003 en ocasión del XII Congreso Internacional de Derecho Procesal (septiembre 22 al 26) y tuvo carta de nacimiento el 28 de octubre de 2004 en las Jornadas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal de Caracas (Venezuela) donde finalmente quedó pergeñado el ordenamiento actual.

b. Fuentes

Parécenos importante acotar que la tutela de los intereses colectivos tuvo como fuente mediata el modelo brasileño que fue lentamente desarrollándose en ese ámbito territorial, concretamente a partir del año 1965 con la vigencia de la Ley de Acción Popular (Ley 4717), continuando con la Ley 7347 (8) que reguló la llamada Acción Pública (del año 1985). El artículo primero de aquélla en su redacción original, se refería exclusivamente a la "Responsabilidad por daños causados al medio ambiente (N° I); al consumidor (N° II); a los bienes y derechos de valor artístico, estético, turístico y paisajístico (N° III)".

La Constitución de la República de 1988 en su art. 129 enumeró las funciones del Ministerio Público (9) poniendo a su cargo ejercitar "la acción pública para la protección del patrimonio público y social, del ambiente y de otros intereses difusos y colectivos" (10) (N° III); y en su art. 5 XXXII dice que el estado promoverá en forma de ley la defensa del consumidor.

A su vez, la Ley 8078 (del 11/9/1990) llamada Código de Defensa del Consumidor, en su art. 81 señala que la defensa de los intereses o derechos de los consumidores y de las víctimas

puede ser ejercida en juicio en forma individual o a título colectivo. Tal precepto se ocupa de los intereses o derechos difusos, colectivos y de los individuales homogéneos, haciendo una clara demarcación de los mismos.

Estas ideas -como luego veremos- han sido receptadas a pie juntillas por el Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2002 (en el art. 1º) y con ligeros cambios por el art. 1ª del Código Modelo para Iberoamérica, de 2004, ya aludido (en adelante, el CM).

B. Intereses o derechos colectivos difusos e individuales homogéneos. Terminología

a. Intereses o derechos

Antes que nada resulta indispensable poner el microscopio en la fraseología utilizada por el Código Modelo cuando habla de "intereses" y de "derechos". Esta bifurcación, se basa en los antecedentes históricos que ya hemos referenciado que han partido de la base de la diferencia entre el derecho subjetivo y el interés supraindividual. Ello así porque para algunos autores el segundo no encaja, por la individualidad de su objeto e imprecisa determinación de sus titulares (difusos) en el casillero de los primeros (individuales) [\(11\)](#).

La diversificación aludida parece atinada ya que en definitiva cuando los "intereses" tienen andamio en un pleito (supraindividual) quedan en algún momento (en la sentencia, en la liquidación o en la ejecución) identificados y se transforman en "derechos" [\(12\)](#). Recuérdese lo que decía Ihering, cuando aludía a los "intereses jurídicamente protegidos", y su operatividad en el proceso.

Con la aclaración que antecede parece oportuno acotar que tanto el Anteproyecto como el actual Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica -aquí comentado- en su artículo primero -respectivamente- han utilizado esta categorización que ya estaba presente en algunos antecedentes brasileños entre los que podemos citar el art. 81 del Cód. del Consumidor (ley 8078).

Sin querer detenernos en esta problemática -que escapa a nuestras metas- y a simple título ilustrativo vale la pena poner de resalto que tradicionalmente sólo se hacía referencia a la figura de los intereses. Actualmente aparecen determinadas situaciones jurídicas subjetivas esencialmente difusas que deben ser consideradas como derechos especialmente cuando se hace alusión a los de la tercera generación embretados normativamente en las leyes e inclusive en las constituciones modernas y en los tratados internacionales [\(13\)](#), como por ejemplo el derecho a vivir en un medio ambiente. Estas normas que no se quedan en meras declaraciones programáticas, sino que se convierten en realidad tutelable a través de distintos mecanismos jurisdiccionales como el amparo o las distintas acciones especiales destinadas a cumplimentar dichos fines [\(14\)](#).

De todos modos esta dicotomía de rigurosos bordes doctrinarios no siempre importa en la realidad judicial, ya que cualquiera fuera la denominación que se le ponga, la pretensión debe resolverse de acuerdo a derecho, ya que su ratio independientemente del nomen iuris, aparece clara [\(15\)](#).

En síntesis, el art. 1º del Código Modelo se ha hecho cargo de la bifurcación aludida, esto

es intereses o derechos (16), usándolos como sinónimos.

b. Intereses colectivos

Importa destacar antes que nada que nos ocuparemos de diferenciar los derechos colectivos, de los difusos, y de los individuales homogéneos de manera muy sintética y propedéutica, teniendo en cuenta que la finalidad de este trabajo apunta a desentrañar el alcance subjetivo de la cosa juzgada.

A través de la tutela de los intereses o derechos colectivos en un mismo pleito se instalan en verdad varios objetivos, estos son: economía de trámite, la celeridad, y por último la concreción efectiva del derecho material. Además se puede lograr la idea de promover las políticas públicas por parte del Estado (17). Estamos hablando de intereses y derechos colectivos que a nuestro modo de ver constituyen el género de tres grandes especies (18), a saber: los colectivos propiamente dichos, los difusos y los individuales homogéneos (accidentalmente colectivos) (19).

Antes que nada conviene parar mientes en que las definiciones teóricas de estos tres institutos no siempre coinciden en doctrina, ya que los autores parten de distintos puntos de miras, de ahí las conclusiones poco claras.

Como fruto de los diversos trabajos, eventos y jornadas que se han ido llevando a cabo para moldear el rostro de los institutos sub examine, notamos que hay algunas diferencias entre el Anteproyecto y el CM, ya que el último -sin duda- ha recogido distintas ideas de la doctrina y como consecuencia de tales meditaciones, en su artículo 1° alude por un lado a los derechos e intereses difusos (I), y por otro los derechos e intereses homogéneos (II), mientras que su antecedente efectuaba en el art. 1° una tripartición entre los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos.

De lo que antecede se infiere que el art. 1°. I del nuevo abarca tanto los colectivos (que hemos llamado colectivos propiamente dichos) como los difusos (20).

c. Intereses difusos, y colectivos (propiamente dichos)

Desde el punto de vista técnico y para la mejor comprensión de los institutos bajo examen -y tal cual lo hemos adelantado- deberíamos aludir a tres categorías de intereses o derechos: difusos (21); colectivos -que hemos llamado colectivos propiamente dichos- e individuales homogéneos.

Empero, tal parcelación resulta meramente teórica y en verdad corresponde repetir que sobre esta huidiza problemática no existe un criterio común en cuanto a tal conceptualización. A punto que no pocos juristas hacen referencia a los derechos o intereses: de grupo, colectivos, difusos (o propagados), sociales, de categoría, fragmentarios (22), supraindividuales, de clase y dispersos, etcétera, sin que -en algunos casos- se lleve a cabo una explicación concreta sobre la diferencia que existe entre cada una de estas subparcelas.

De todos modos como dice Pellegrini Grinover la mira distintiva debe apuntar a la mayor o menor organización o determinación del conjunto (23), partiendo de la base que los llamados intereses colectivos se caracterizan por una cierta individualización del grupo,

categoría o clase.

Lo cierto es que tanto desde la vertiente doctrinaria como de la normativa no hay unanimidad (24) en cuanto a las fronteras que deslindan las instituciones de marras (25). Ello sin perjuicio de que además en el ámbito del derecho administrativo de habla de interés simple, interés legítimo y derecho subjetivo, criterios que no siempre coinciden con los anteriormente aludidos (26).

Como regla general -en esto tampoco hay consenso- los difusos son de naturaleza supraindividual (27) (o transindividuales como los llama el Anteproyecto) (28) e indivisibles, de los que resultan titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; mientras que en los colectivos (propriadamente dichos) además de las dos primeras características, debe resultar titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o por la parte contraria por una relación jurídica base. Importa repetir que tanto en los difusos como en los colectivos propriadamente dichos encontramos estos dos caracteres comunes, la supraindividualidad y la indivisibilidad, lo que significa que los pretenses se encuentran unidos por cierta característica común, esto es, que la satisfacción de la pretensión de unos implica idéntico resultado para todos; lo mismo que la lesión de uno se extiende de hecho a la totalidad de la comunidad (29).

Ensayando algún tipo de concreción para identificar -no sin cierto margen de error y repitiendo algunos conceptos ya esbozados- podemos decir, que: 1) los difusos (indivisibles) se refieren a personas indeterminadas vinculadas por circunstancias fácticas (30), son frecuentemente genéricos y contingentes, accidentales y mutables como por ejemplo el hecho de habitar en una misma zona, o consumir (31) idénticos productos, o estar en parecida posición socioeconómica (32) (la comunidad) (33); 2) los colectivos -propriadamente dichos- (indivisibles) benefician a un grupo, categoría o clase ligados por una relación jurídica base; aquí la comunidad es "determinada o determinable", por ejemplo el interés de los estudiantes de una universidad en que las clases de dicten regularmente (34) (la colectividad); 3) mientras que los individuales homogéneos aluden a personas determinables, que a diferencia de los difusos, se pueden individualizar perfectamente (35). La "determinabilidad" aparece en el momento en que cada afectado ejerce su derecho a través de una demanda individual (36).

El Anteproyecto del Código Modelo -sobre la base del Código del Consumidor brasileño- utiliza, como remarca GIDI, tres criterios básicos para diferenciar las categorías enunciadas estos son: a) el subjetivo (titularidad del derecho material); b) el objetivo (divisibilidad del derecho material) y c) el origen ("origen" del derecho material) (37).

Sin embargo parece que el origen sería el elemento más importante para diferenciar los difusos de los colectivos. En los primeros quienes reclaman la titularidad del derecho no están ligados por un vínculo jurídico previo sino por meras circunstancias fácticas. En cambio en los colectivos los titulares están unidos por una previa relación jurídica base que mantienen entre ellos o con la contraparte.

d. Intereses individuales homogéneos

Lo cierto es que -como vimos- los intereses individuales homogéneos son en verdad

accidentalmente colectivos pues resultan en esencia "individuales" y "divisibles" aunque, la divisibilidad se manifiesta luego en el momento de la ejecución o de la liquidación de la sentencia colectiva (art. 20 Par. único del CM) (38) que por razones prácticas y de conveniencia (y no por su naturaleza ontológica) se los trata como colectivos (39).

El capítulo IV (40) (arts. 20 a 28 del CM) regula el procedimiento que en estos casos se debe utilizar. El art. 2° (I y II) impone como requisitos generales de la demanda colectiva la adecuada representatividad del legitimado y la relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las modalidades de la lesión o por el elevado número de las personas perjudicadas. Empero, tal ordenamiento añade -como vimos- otra condición para los derechos individuales homogéneos, esto es, la necesaria demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto (art. 2° Par 1°).

Aquí la sentencia favorable hace cosa juzgada erga omnes, pero si la pretensión es repelida, la víctima y sus sucesores pueden iniciar la acción de indemnización a título individual (art. 33° Par. 2°).

II. El verdadero alcance de la cosa juzgada

A. La cosa juzgada

a. Preliminar

Hemos intentado hacer un vuelo muy rápido y demasiado genérico de los intereses o derechos colectivos en general, con la perspectiva que da la observación del objeto desde lo alto (síntesis), porque consideramos que resulta imposible comprender a cabalidad los efectos que la cosa juzgada origina en estos casos, sin tomar en consideración -previamente- los contornos de la compleja cuestión -y casi líquida, donde no es fácil apoyar los pies- de los intereses colectivos (41).

Los arts. 26 a 31 del Anteproyecto, lo mismo que los arts. 33 a 38 del CM se ocupan de la cosa juzgada, y sobre todo -quizá el problema más difícil de resolver- de los alcances que la misma tiene con respecto a las personas participantes (o no) del proceso (alcance subjetivo de la res judicata) (42).

La regla general que se utiliza en el CM es que la sentencia produce efectos erga omnes cuando se hace lugar a la demanda -secundum eventum litis- salvo el caso de rechazo por insuficiencias probatorias o de la aparición de nuevas probanzas (art. 33).

Lo cierto es que para una temática tan compleja -y nueva- (43) no es posible manejarse a rajatabla con el antiguo esquema -ya lo adelantamos- que se ha venido utilizando para decidir el clásico asunto entre "Ticio y Cayo"(44). Ello significa que es preciso adaptar los engranajes de la vieja maquinaria al esquema actual, ya que si pretendemos forzar los antiguos criterios, seguramente la respuesta final será disvaliosa (45).

Hemos puesto de resalto que la explosión producida por la expansión de las sociedades industriales modernas ha hecho aparecer -en forma vertiginosa- un derecho nuevo, tanto sustancial como procesal, que ha puesto sobre el tapete diversas cuestiones, entre ellas, la de

revisar el concepto de la cosa juzgada (46).

La decisión de un juicio (sentencia), como forma normal de la culminación del mismo, engendra consecuencias tan trascendentes que muchas veces son consideradas como resultantes del proceso en su conjunto, más que de uno de sus actos particulares. En otras palabras, los efectos del fallo se confunden en oportunidades con los del propio juicio (47). La figura sub examine debe ser vista -a estos fines- como la influencia que ejerce cierta providencia sobre las posibles declaraciones posteriores de cualquier otro órgano; y es factible definirla como la inatacabilidad de una sentencia jurisdiccional una vez que ha quedado firme.

No se trata sólo de una mera repercusión negativa del pronunciamiento, esto es, la imposibilidad de abrir un nuevo proceso sobre lo mismo, sino también de una verdadera función positiva de éste, es decir, la prohibición de que en otro pleito se decida en forma contraria a lo ya fallado.

La institución puesta bajo el microscopio posee el atributo de autoridad que diferencia a la sentencia judicial del fallo arbitral, pues aquélla tiene imperium; pero adquiere además otra característica fundamental, la eficacia, que la convierte en inimpugnable, inmodificable y coercible (o imperativa) (48), cuyos efectos -erga omnes- por regla se extienden solamente a las partes o a ciertos terceros. Mas en los intereses colectivos esta "dilatación" puede producir consecuencias para todos los habitantes de un país, de una zona, o una región (art. 26. I del Anteproyecto y art. 33 apartado primero del CM); o para determinado grupo, categoría o clase artículo (26. II del Anteproyecto y art. 35 del CM).

La res judicata -como resulta por demás conocido- puede ser formal o material, y alguna parte de la doctrina sostiene que la primera implica la inatacabilidad de un fallo dentro del mismo proceso (49); mientras que la segunda se caracteriza porque dicha inimpugnabilidad vale aun fuera del juicio.

Hemos traído a colación esta dicotomía porque consideramos que en los litigios colectivos se puede hablar de cosa juzgada formal (50), adaptando los viejos esquemas a los modernos conceptos que operan en los intereses colectivos.

Así, por ejemplo, el art. 33 permite iniciar un nuevo pleito si la pretensión fue rechazada por insuficiencia de pruebas o cuando aparezcan nuevas probanzas (Par 1º). En el caso de los derechos individuales homogéneos se admite que en la hipótesis de rechazo de la acción, los interesados deduzcan la demanda de indemnización a título individual (Par. 2º). Lo mismo acontece en la tutela de los derechos difusos cuando se tolera que los interesados puedan incoar las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma que prevé el CM (Par. 3º).

El Par. 4º edicta que lo dispuesto en el párrafo anterior -al que acabamos de aludir- es aplicable a la sentencia penal condenatoria. A su vez el Par. 5º dispone con buen criterio que la competencia territorial del órgano juzgador no implica una limitación para la cosa juzgada erga omnes.

De lo que antecede puede inferirse -con la aclaración previa que hemos hecho- que en este

tipo de pleitos cuando la pretensión colectiva es rechazada hace -por regla- cosa juzgada formal permitiendo a los perjudicados -en ciertas circunstancias- proponer un nuevo litigio (51).

Hemos visto que en los intereses colectivos la regla es la del *effectum secundum litem* (art. 33 CM), lo que significa que la cosa juzgada se extiende (*erga omnes*) -se alarga- si la pretensión es exitosa. Pero no se cristaliza si la acción es rechazada por insuficiencia de pruebas o por la aparición de probanzas sobrevinientes (52).

En los intereses o derechos individuales homogéneos -en ese orden de ideas- el art. 33 Par. 2°, le permite a cada uno de los afectados iniciar nuevamente la acción cuando la petición no es acogida. Similar situación se da en los intereses o derechos difusos con respecto a las acciones de indemnización por daño personal sufrido, los que también pueden reclamarse en forma individual (art. 33, Par. 3°).

b. Revisión de la cosa juzgada.

La regla del *non bis in eadem* y sus diversas formulaciones parece ser anterior a las XII Tablas, y su importancia resulta obvia, de ahí que con distintas variaciones y modalidades, los países hayan tenido que valerse de ella por una evidente razón de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas ya que no podría existir un orden normativo más o menos perfeccionado si los juicios no tuvieran fin (53).

Desde tiempos pretéritos se le quiso dar una base de derecho natural, lo que explica el famoso dístico latino de la época de los glosadores mencionado por Scaccia, que consignaba "la cosa juzgada hace de lo blanco, negro; origina y crea las cosas; transforma lo cuadrado en redondo; altera los lazos de sangre y cambia lo falso en verdadero" (54).

No obstante como con acierto sostuvo Couture, la misma es, en resumen -tal cual lo anticipamos- una exigencia política y no propiamente jurídica, no es de razón natural sino de exigencia práctica (55).

Bohmer sintetizando la idea que venimos trayendo -en el sentido de la posibilidad de revisar la cosa juzgada en general y en particular los procesos colectivos- rescata una frase de Koller que enmarca el concepto de inmutabilidad de esta institución cuando sostuvo que "debe hacerse pleno honor a la cosa juzgada y reconocerse totalmente la importancia social de una sentencia firme, pero no hay que exagerar las cuestiones jurídicas haciendo de ellas un tabú sagrado" (56).

De lo que antecede puede extraerse que si bien la *res judicata* es pieza fundamental e indispensable de la maquinaria jurídica, su estabilidad puede ser destruida si se dan ciertos vicios sustanciales (57), como por ejemplo, dolo, maquinación fraudulenta, o en las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho (art. 34 del CM).

Repárese el caso de que aparezca una prueba sobreviniente después de que el fallo desestimatorio quedó firme, el art. 33 Par. 1° del CM permite reiniciar el pleito en el plazo de dos años, y esa es una hipótesis típica de revisión de la cosa juzgada (58).

En los derechos o intereses individuales homogéneos (art. 33 Par. 2° del CM) si la demanda no es acogida cada afectado está en condiciones de reclamar la indemnización a título individual. Aquí, si se repele la pretensión, podría haber una hipótesis de revisión de la res judicata, por ejemplo, en caso de dolo o culpa en la conformación de la representación. También puede sostenerse que la misma no se ha formado por ciertos déficit del proceso. Lo mismo podría predicarse en el caso de los difusos cuando la demanda colectiva fue repelida en las circunstancias apuntadas.

Nosotros pensamos -ya lo hemos dicho reiteradamente- que en los procesos colectivos, cuando la acción es desestimada no hay, en puridad de verdad, cosa juzgada material (art. 33 del CM) sino formal; pero los que consideran lo contrario, pueden echar mano al instituto de la revisión.

B. La cosa juzgada en los procesos colectivos

a. Preliminar

La sentencia firme tiene, tal cual lo hemos dicho, sus atributos de irreversibilidad y de inmutabilidad. Mas como con visión certera pregunta Couture: ¿Quiénes no pueden pedir la revisión de la sentencia? Se procura establecer a qué sujetos les está prohibido renovar el debate, y en paralelo a qué otros, por haber sido ajenos al pleito anterior, les sería eventualmente factible volver sobre él (terceros) (59).

La clásica solución de la problemática de los límites subjetivos ha sido basada en las tres tradicionales identidades: de partes, de objeto y de causa.

El autor que acabamos de citar -tal cual lo adelantamos- habla de la cosa juzgada formal y de la cosa juzgada material, sosteniendo que la primera vale para el estado de cosas que se tuvieron en cuenta al momento de decidir (60), pero no obsta a que en procedimientos posteriores, mudada la situación pueda volverse a plantear el tema (61).

Tal criterio puede emplearse -provisoriamente y sujeto al análisis que luego haremos- cuando se habla de la res judicata en los procesos colectivos si la pretensión es repelida (effectum secundum litis), pues nada impide que alteradas las circunstancias que dieron origen a la desestimación de la acción, la cuestión pueda renovarse individualmente en un pleito posterior (62), si se ha perjudicado ¡a terceros! que no estuvieron presentes en la contienda (63).

De ahí entonces que para acomodar la vieja definición de res judicata a los nuevos criterios de los pleitos colectivos, pueda postularse que si se repele la pretensión estamos en presencia de cosa juzgada formal, y ello habilita un nuevo pleito. Esto así cuando aparecen circunstancias que pueden hacer variar el resultado del juicio, como en el caso del art. 33 y Par. 1° del C.M.

En suma y para justificar doctrinariamente la posibilidad que tienen los afectados por un proceso en el que no han participado, puede decirse que allí sólo hubo cosa juzgada formal en su contra (en el criterio que utiliza Couture).

b. La influencia de Liebman

Ada Pellegrini Grinover -como es conocido y repetido en este trabajo- es una de las coautoras del Anteproyecto que sirvió de base al CM. Ella ha puesto de manifiesto que Enrico Tullio Liebman tuvo mucha influencia en Brasil tanto en el "Código de Proceso Civil" como en el "Código de Defensa del Consumidor" (de 1990), como también en el Anteproyecto del Código Modelo para Iberoamérica, lo mismo que en el ordenamiento aquí analizado. Ello sobre todo se nota en lo atinente al alcance de la cosa juzgada (64).

Según el jurista italiano la res judicata no es un efecto del fallo y mucho menos puede ser identificada con la eficacia o acierto del mismo. La cosa juzgada es -sostuvo- algo más que se añade a la sentencia para aumentar su estabilidad. Dicha teoría se basa en la distinción entre la cosa juzgada y la eficacia natural de la sentencia (65).

Desde tal ventanilla, la eficacia se origina en la fuerza natural de cualquier acto estatal que obliga a las partes y a terceros; mas la inmutabilidad únicamente alcanza a los litigantes. De ahí entonces que Liebman limita el alcance de la res judicata solamente a las partes y a sus sucesores posteriores a la traba de la litis.

De lo expuesto se colige que la inmutabilidad nace exclusivamente de la cosa juzgada -y por regla- nada más que para las partes (y ciertos terceros y sucesores). Por esto los terceros ajenos al pleito pueden atacar un decisorio porque a ellos no los cubre dicho manto (66), solo están sujetos a la eficacia natural de la sentencia.

Como anticipamos, estas fueron las ideas que fermentaron en el derecho brasileño en cuando a los derechos individuales homogéneos que luego tuvieron efecto expansivo.

En síntesis, para el citado doctrinante europeo, la sentencia tiene una eficacia natural como acto del Estado. Mientras que a la cosa juzgada además le agrega un ingrediente, la inmutabilidad (67). En este caso, se convierte en la única e inmodificable formulación de la voluntad estatal que regula concretamente un caso particular, y opera no solamente con respecto a una determinada persona sino que abarca a todos, incluyendo al propio legislador, ello así pues la figura aquí abordada -dice- pertenece al campo del derecho público y en especial al derecho constitucional (68).

Analizando dicho publicista a la teoría clásica -no nos olvidemos que sus trabajos sobre esta temática son de la primera mitad del siglo XX- dijo que los alcances de la res judicata se producen únicamente entre las partes (69), pero aclara -con toda justeza- que tal enunciado no es suficiente para agotar la cuestión de la extensión subjetiva de la sentencia firme, por ello es necesario integrarla de algún modo para tener en cuenta un dato de hecho que no conviene negar y mucho menos suprimir; esto es, "el de la coexistencia, al lado de la relación jurídica que ha sido objeto de decisión y sobre la que incide la cosa juzgada, de otras numerosas relaciones ligadas a ella de diversos modos"(70).

Vemos entonces que los hombres de derecho, partiendo de la base de que no es posible ser fugitivos de la realidad, fueron intentando diversos argumentos para alongar los efectos subjetivos de la institución en cuestión, sin dejar de considerar que quien no participó del litigio -por regla- no puede estar afectado por las consecuencias del mismo, pero sí recibir los beneficios.

Por eso Savigny hablaba de una especie de representación de las partes hacia los terceros (71), idea que ha sido luego redondeada en la figura de la representación in utilibus (72) en cuanto a que el tercero podría beneficiarse del fallo (que de alguna manera le es ajeno) pero nunca no ser perjudicado.

Liebman con un notable sentido crítico sostuvo que tales posturas eran insostenibles y poco felices -se refiere a las de la "representación" in utilibus- por lo que se colocó totalmente en las antípodas de ellas afirmando que la cosa juzgada en los pleitos comunes vale pro et contra y no secundum eventum litis (73) (whether favorable or not) de ahí entonces que para los no intervinientes en el juicio no se aplica -según él- la consecuencia de la cosa juzgada, sino el efecto natural del fallo como acto del Estado.

En este aspecto cierta parte de la doctrina, haciéndose eco de las críticas apuntadas, ha expresado que en el sistema brasileño -y por ende en el CM que abrevó de allí- la cosa juzgada en las acciones colectivas no se apoya exclusivamente en el brocardico secundum eventum litis, ya que la misma siempre se cristaliza -como decía Liebman- independientemente del resultado de la sentencia, sea estimatoria o no. Lo que sucede es que si la pretensión es repelida por defectos de representación la res judicata no alcanza a formarse contra los que estuvieron ausentes en dicho juicio.

Se debe reiterar que lo que depende de la "controversia" no es la formación de la res judicata, sino dilucidar a quiénes aprehende la misma (74).

C. La cosa juzgada "activa" en el Código Modelo

a. Preliminar. Efecto secundum eventum litis

El art. 33 del CM se ocupa de la res judicata activa sobre la base del principio al que ya hemos aludido reiteradamente del secundum eventum litis. Se dice allí, en síntesis, que en los procesos colectivos la sentencia hace cosa juzgada erga omnes (75), siendo este el principio general.

Sin embargo el mismo precepto marca las excepciones a ese postulado, a saber:

a) cuando la pretensión fuese rechazada por insuficiencias de prueba (76) caso en el que cualquier legitimado puede intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nuevas probanzas (art. 33 primera parte);

b) si se tratare de prueba sobreviniente (77), cualquier legitimado está potenciado para intentar la acción, con idéntico fundamento en el plazo de dos años contado desde el conocimiento de la nueva prueba que no hubiera podido ser reproducida en el proceso (78) siempre que ella sea idónea por sí sola para modificar el resultado del pleito (art. 33 Par. 1°);

c) en el caso de los intereses individuales homogéneos, si la pretensión es repelida. Allí los interesados pueden deducir la acción de indemnización a título individual (art. 33 Par. 2°);

d) en los intereses difusos si la acción es exitosa, beneficia a las víctimas y a sus sucesores quienes pueden solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los arts. 22 a 24; y si se rechaza, ello no perjudica las acciones individuales (art. 33 Par. 3°)

Hemos tratado de esbozar algunos principios generales sobre la figura tradicional de la

cosa juzgada que serán útiles para aplicarlos a los intereses colectivos, en la medida que no se contradigan con la esencia de éstos, que por su especialidad necesitan ser abordados desde un ángulo muy especial (79). Vale la pena tener en cuenta que cuando hablamos de acciones colectivas en el ámbito Iberoamericano apuntamos a aquellas que son hábiles para la protección de los derechos de un grupo, categoría o clase, sin discriminar si los reclamantes están representados en juicio, por un miembro de la colectividad, por una asociación, o por un órgano gubernamental (por ejemplo, el ministerio público); y sin tomar en consideración si las mismas apuntan a una indemnización o tienden a imponer una obligación de hacer, o de no hacer (class actions for damages o injunctive class actions).

En las pretensiones de esta tipología se da una serie de particularidades si se tiene en cuenta que el bien tutelado no pertenece a una persona considerada aisladamente sino a una "colectividad", o de un "grupo", o "clase", o "categoría", lo que exige una mayor dilatación de sus alcances subjetivos del fallo, sin perjuicio de que a la par debe saberse que su "extensión" tiene que tener ciertos límites, de lo contrario estaríamos en el campo de una acción popular (80).

El art. 34 del CM permite la revisión de los pronunciamientos firmes, cuando en las relaciones jurídicas continuadas "...sobreviniere [una] modificación en el estado de hecho o de derecho ...". Ello así, como decía Guasp, si se da un cambio de las circunstancias que dieron origen al fallo.

En verdad si esto acontece, siempre existe la posibilidad de alterar la res judicata aunque no se trate de relaciones continuadas.

c. Crítica al efecto secundum litis

Ciertos procesalistas modernos -lo mismo que Liebman con anterioridad (sin referirse a los derechos o intereses colectivos)- han sido críticos al postulado del secundum eventum litis (81) sosteniendo que si ha habido una adecuada representación aun en el caso de los intereses difusos no sería correcto eludir los efectos en pro o en contra que pudiera tener el fallo. Ello así porque -ya lo expresamos reiteradamente- si se considera que el grupo, categoría o clase ha tenido una idónea representación, las consecuencias subjetivas del pronunciamiento deben dilatarse hasta atrapar a todos (82).

Expresa Bordialí Salamanca sobre la base de lo que hemos puntualizado, que la teoría del efecto secundum eventum litis en los intereses difusos que se maneja en el derecho brasileño denota una concepción ideológica cargada de excesos corporativos que pueden afectar negativamente a los derechos individuales de las personas aunque sean de proyección difusa o supraindividual (83).

Siguiendo a Gutiérrez de Cabiedes pone de resalto que en los intereses difusos si la parte legitimada activa tiene éxito no es por la extensión ultraparte de la cosa juzgada, sino que ello resulta de la consecuencia fáctica originada por la decisión jurisdiccional en virtud de los efectos materiales que ésta produce en el mundo real (84) (aquí se ve la mano de Liebman).

Lo mismo sucede tanto en el Anteproyecto y en el seno del CM, ya que al haberse apoyado ambos en el esquema del efecto secundum eventum litis -con ciertas

particularidades- se ha tenido que optar por una posición, que si bien ha parecido a los autores la más favorable, también ha recibido críticas (85).

El postulado latino de *marras* implica una cierta desconfianza al régimen del control de la representatividad idónea (art. 2 CM). El sistema de las *class actions*, por el contrario, se vale del presupuesto de que tal la representación ha sido adecuada a los intereses de la clase, de ahí las consecuencias erga omnes del fallo. De ello se colige que en el derecho anglosajón se respeta el debido proceso legal de quienes no han intervenido por sí en el pleito (*adequacy of representation*) (86), por lo que no se justifica -en esas condiciones- la posibilidad de que éstos puedan volver sobre el pronunciamiento que los pueda afectar, pues ello implicaría un doble juzgamiento sobre lo mismo, rompiendo la regla del *non bis in eadem*.

Por ello mientras en el modelo Iberoamericano no se perfeccione una institución como la anglosajona que acabamos de citar, en especial en lo atinente a la representación, parece prudente la postura que ha tomado el CM del *secundum eventum litis* (87).

A los autores de ese ordenamiento no le han pasado inadvertidas las críticas (88) antes aludidas, por ello -como ya vimos- han elegido el esquema que más utilidad presta por ahora, sin desconocer el margen de error que puede originar (89); es decir prefirieron el mal menor (90).

No debe perderse de vista en definitiva, que la problemática en estudio, atinente a la extensión subjetiva de la cosa juzgada, pivotea sobre el siguiente esquema: a mayor representatividad, mejor calidad de la cosa juzgada.

D. La cosa juzgada "pasiva" en el Código Modelo

a. Intereses o derechos difusos

Conviene alertar que la tipificación de la cosa juzgada pasiva en los procesos aquí abordados es en verdad una novedad que arranca en el Anteproyecto y que se perfecciona en el CM, habida cuenta que en las fuentes, sobre todo en el derecho brasileño, no hay rastros de la misma (91). Si intentamos hurgar en los antecedentes mediatos habría que transitar hasta el modelo de la *defendant class action* de los Estados Unidos.

Importa advertir que puede darse la posibilidad de pleitos doblemente colectivos, es decir, cuando aparecen intereses supraindividuales en los dos polos, esto es, en el activo y en el pasivo. Es posible ver, por ejemplo, el caso de pretensiones entre asociaciones de padres de los alumnos, contra varias instituciones de enseñanza; o entre defensores de los consumidores contra productores de determinados rubros; o entre fabricantes y comerciantes, etc. (92).

El Anteproyecto se ocupa de esta temática en el capítulo VI bajo el rótulo "De la Acción Colectiva Pasiva" (art. 31 a 34), mientras que el actual ordenamiento ubica a esta institución también el capítulo VI, pero haciendo referencia a "...las acciones contra un grupo categoría o clase" (art. 35 a 38).

Parece obvio aclarar que en estos casos la pretensión se promueve contra un grupo, categoría o clase, se trate de derechos difusos (art. 36) o de los llamados individuales homogéneos (art. 37). En dichas situaciones el art. 38 remite -esto es una innovación- a lo

establecido para las pretensiones activas "en lo que fuere compatible", sin perjuicio de reglar su trámite en lo pertinente.

Es indudable que se ha buscado echar mano al andamiaje de la cosa juzgada activa sobre todo partiendo de la distinción entre los efectos de la res judicata, y los de la eficacia natural de la sentencia, siguiendo la parcelación llevada a cabo por Liebman y a la que ya hemos aludido (93).

Creemos que esta vía no será de uso frecuente, ya que es posible utilizarla en casos muy excepcionales, como luego veremos.

El art. 35 del CM dispone que es factible proponer cualquier demanda contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, siempre que el bien jurídico a ser tutelado sea supraindividual y esté revestido de interés social (94).

Por tal vía se puede impetrar cualquier clase de tutela, sea resarsitoria, meramente declarativa, constitutiva, inhibitoria, de dar hacer o no hacer, incluyendo una petición anticipatoria de tipo cautelar (95).

Adviértase que aquella norma habla de una representación adecuada haciendo referencia al art. 2° Par. 2° (96) del mismo cuerpo preceptivo, criterio que es también utilizado para las sendas activas.

El art. 37 Parágrafo único dispone que cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará individualmente a todos los miembros, aún en el caso de procedencia del pedido.

Edicta el art. 36, que cuando se trate de intereses o derechos difusos la cosa juzgada (pasiva) tendrá el efecto erga omnes y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase (97).

Acota con buen tino Da Silva Dinamarco que en estos casos de (pretensiones indivisibles), la res judicata sólo tendrá valor (lo mismo que en la activa) en la medida que en el juez haya entrado a decidir el fondo de la cuestión y únicamente podrá plantearse un nuevo proceso sobre la misma problemática en la hipótesis de insuficiencia de pruebas o de la aparición de probanzas sobrevinientes (art. 33° Par. 1°) (98), criterio idéntico al que se utiliza para la activa (99).

b. Intereses o derechos individuales homogéneos

Preceptúa el art. 37 del CM que cuando se trata de intereses o derechos individuales homogéneos la sentencia firme (pasiva) tiene eficacia erga omnes en el plano colectivo, pero la decisión que acoja la pretensión, no vincula individualmente a los miembros del grupo, categoría o clase, que pueden plantear demandas o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia del fallo en su esfera jurídica individual.

Hace ver Pellegrini Grinover que en estas situaciones al hablar de los derechos individuales homogéneos (divisibles) fue necesario encontrar un equivalente a la hipótesis del art. 33 Par. 2°, que distingue cosa juzgada, de la eficacia natural de la sentencia, dándoles

a los vencidos la posibilidad de plantear pretensiones o defensas propias en el momento de ejecución, cuando quieran romper la eficacia (natural) de la decisión en su esfera individual (art. 37 del CM) (100).

Desde este punto de vista destaca dicha autora que si la cosa juzgada origina un perjuicio al grupo, la firmeza del fallo no tendrá valor con relación a cada uno de sus miembros.

Sin embargo "si éstos [se refiere a los integrantes del grupo] no toman ninguna iniciativa, pueden ser abarcados por la eficacia natural de la sentencia. Claro está que si desean oponerse a ella, tendrán que iniciar una acción propia para apartar su eficacia en la esfera individual de cada cual"(101).

Cuando la pretensión colectiva fuera promovida contra un "sindicato" como sustituto procesal de la categoría, si la misma es repelida, la cosa juzgada tendrá efectos erga omnes y vinculará individualmente a los miembros (Par. único del art. 37 del CM), sobre esto nada dice el Anteproyecto.

III. El sistema español y el argentino

A. Brevísimo análisis de los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos en el Derecho Español

No intentamos hacer un estudio de derecho comparado, sobre los efectos de la cosa juzgada en tal tipo de pleitos, solamente llevaremos a cabo un brevísimo vistazo al derecho español considerando que estamos abordando la tutela colectiva en Iberoamérica y nos parece necesario ocuparnos -aunque muy sintéticamente- de la madre patria.

En el campo del proceso civilístico, el modelo hispánico tradicionalmente no ha sido del todo favorable a la regulación de estos pleitos supraindividuales, ya que, como es conocido, se ha impuesto la tesis individualista-liberal característica de la legislación del siglo XIX (102) bajo el imperio de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Mas si bien ello es así, la Reforma del 7 de enero del año 2000 puso atenta la pupila en los adelantos doctrinarios legislativos y jurisprudenciales, ocupándose de la tutela de los intereses colectivos, sobre todo partiendo del punto de mira de la evolución que en este sentido se produjo en el sector transnacional (103) de la Comunidad Económica Europea (104). Tal criterio aperturista también se observa en el campo laboral, como así mismo en los carriles de la administración pública y en el derecho criminal.

Desde la perspectiva constitucional no será ocioso poner de relieve que la Carta Magna de dicho país proclama los principios rectores de la política social y económica, reconociendo algunos derechos que tienen trascendencia en el ámbito colectivo, como por ejemplo el art. 43 referente a la protección de la salud; el 44 sobre el acceso a la cultura; el 45 que protege el derecho a disfrutar de un medio ambiente saludable; el 47 que habla de la potestad de disfrutar de una vivienda digna y adecuada; el 51 que se ocupa de la defensa de los consumidores y usuarios tutelando la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Repárese que en este aspecto el art. 9º punto 2 señala que "corresponde a los poderes

públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas..."(105).

Con respecto a la cosa juzgada, el art. 222 punto 3 de la LEC (nueva) dispone que la misma "...afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley"(106) (lo remarcado no está en el texto original). En su Exposición de Motivos se dice que "... dicho cuerpo aborda la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos, llevados al proceso ya no por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección, o por grupos afectados, sino también por personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la defensa de aquellos intereses".

Ello significa que el legislador hispano ha ido más allá que el CM en lo atinente al efecto de la res judicata, ya que le da proyección extensiva no sólo si la pretensión es desestimada sino también cuando tiene éxito, aun tratándose de personas que no han participado de la contienda (107).

Así, en otras palabras, no se ocupa en forma expresa del alcance preciso de los fallos en pleitos colectivos, sino que aplica -por regla- los principios generales.

Se diferencia de tal modo de la solución tomada en otros países y de la propia doctrina jurisprudencial fijada -por ejemplo- respecto de la legitimación del comunero en las comunidades de bienes que sólo acoge la extensión al resto de ellos de los efectos de la sentencia que les sean favorables. En este sentido sostiene Silguero que "con ello consigue dotar a las acciones de clase de una mayor eficacia y de una eficacia preclusiva de las reclamaciones individuales, al tiempo que es consecuente con la consideración de los sujetos colectivos como partes del proceso. De esta forma, se lleva hasta sus últimas consecuencias, la premisa de que la vinculación de la sentencia para el grupo en su conjunto es una característica esencial de las acciones colectivas"(108).

Esta redacción puede afectar el derecho de defensa al no estar reconocida la posibilidad de los sujetos del grupo de excluirse del mismo (opt out). Tal problema aparece con especial importancia en los casos de grupos amorfos o difícilmente determinables.

Lo cierto es que la legislación vigente en España no se ocupa en forma orgánica de los derechos colectivos, aunque la LEC aborda en forma dispersa esta problemática (arts. 6, 7, 11, 13, 15, 78, 221, 222 punto 3, 256 y 259).

De todos modos la regulación parece poco abarcativa y hemipléjica habida cuenta que sólo aborda los derechos de los consumidores y usuarios (109).

B. Brevísimo análisis de los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos en el Derecho Argentino

a. Preliminar

En la República Argentina tampoco se regula en forma sistemática la cuestión de los procesos colectivos, y mucho menos el alcance de la cosa juzgada en dichos litigios.

No obstante ello, tales pretensiones han sido constantemente promovidas sea por medio de los procesos ordinarios, sea por vías del amparo (110).

La Reforma de la Constitución Nacional de 1994 les dio cabida a través del art. 43 que permite la utilización del amparo [colectivo] (111) para los "...derechos que protegen al ambiente, a la competencia, a usuario y al consumidor, así como los derechos de incidencia colectiva en general"(112).

A su vez el art. 42 de la misma le otorgó jerarquía suprallegal a los derechos del consumidor y del usuario.

De todos modos no será ocioso destacar que con anterioridad a la aludida reforma, la tutela de los intereses colectivos era manejada a través de la cláusula residual del art. 33 de dicha Carta Suprema (113).

Aunque como bien destaca la doctrina la solución que proporciona el art. 43 es relativa, ya que a través de la figura del amparo sólo es posible lograr la cesación o inhibición de las violaciones o amenazas manifiestas del orden público, que pueda verse exteriorizada en una decisión declarativa, o de condena a hacer o no hacer; pero no siempre es factible utilizarla para reparación de los daños que la vulneración produce (114).

Además, tal vía procesal tiene ciertas limitaciones dado que el precepto citado (apartado primero) le da cabida "...siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o legalidad manifiesta, derechos reconocidos..." por la Constitución, un tratado o una ley (115).

El apartado segundo de aquella disposición suprallegal le da legitimación (116) para incoar el amparo en lo relativo a los derechos que protegen al medio ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor como a los derechos de incidencia colectiva general: 1) al afectado, 2) al defensor del pueblo (117) y 3) a las asociaciones que propendan a esos fines debidamente registradas (118).

Como bien lo pone de manifiesto Palacio (119) los legitimados pasivos en el caso de los intereses difusos pueden ser: 1) el Estado; 2) quienes como concesionarios de servicios públicos actúen por delegación de aquél (120) y 3) los particulares (121).

A su vez el art. 42 de dicho cuerpo preceptivo edicta que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad. Disponiendo en su apartado tercero la obligación del poder legislativo de establecer los procedimientos eficaces para la prevención y solución de posibles conflictos (122).

b. Alcance de la cosa juzgada

La ley nacional 24.240 del año 1993 (Adla, LIII-D, 4125), llamada Ley de Defensa del Consumidor, reguló en su capítulo 13 las acciones judiciales atinentes a esta problemática, permitiéndole al consumidor, al usuario, a las asociaciones de consumidores, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público, promover las acciones judiciales

cuando sus intereses resultaran afectados o amenazados. El art. 54 había dispuesto que en estos casos la sentencia dictada en un proceso promovido por el consumidor o usuario, sólo tendría autoridad de cosa juzgada para el demandado cuando la acción incoada fuera admitida y la cuestión afectare al interés general. Ello significó que tal cuerpo legal se había plegado al esquema del efecto secundum eventum litis, utilizado por el art. 33 del CM.

Sin embargo, el dec. 2089/93 (Adla, LIII-D, 4125), observó (vetó) lo dispuesto por aquella norma dejándola en falsete y sin aplicación, con lo cual le dio proyección erga omnes como en cualquier tipo de procesos aún en caso de desestimación de la demanda.

De todos modos no cabe duda que en tales circunstancias si se extiende la decisión a quienes no intervinieron en el pleito estaremos ante una violación del derecho de defensa en juicio (123).

En la Provincia de Buenos Aires la ley 11.723 del año 1995 (Protección del Medioambiente) (Adla, LVI-A, 1240) en su art. 38 regula las sendas procesales para la defensa del medio ambiente, dándole amplia legitimación activa, al afectado, a las asociaciones y al defensor del pueblo, para la incoación de pretensiones colectivas, inhibitorias como reparadoras, del daño originado al equilibrio medioambiental. En este aspecto con muy buen tino el art. 38 dispone que las sentencias "no harán cosa juzgada en los casos en que la decisión desfavorable al accionante, lo sea por falta o insuficiencia de prueba".

En dicho territorio la ley 13.133, publicada el 1º de mayo de 2004 (Adla, LIV-A, 731), le otorgó carta de ciudadanía al Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, estableciendo las bases legales para su tutela sobre la plataforma del art. 38 de la Carta Suprema local (124). La misma tuvo por objeto establecer las reglas de las políticas públicas y los mecanismos administrativos y judiciales para la efectiva implementación en el ámbito local de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo primero).

Haciéndose eco de la moderna jurisprudencia y sobre todo de la incansable prédica de la doctrina, el art. 26 le confiere legitimación para accionar, a los consumidores y usuarios que resulten amenazados o afectados en sus derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos, como así mismo a las Asociaciones de Consumidores debidamente registradas. En lo que respecta al alcance de la cosa juzgada, el art. 28 impone el principio del eventum secundum litis (125).

En síntesis es dable poner de relieve que en este país si bien ciertas normas tanto nacionales como provinciales se están ocupando en los últimos tiempos de englobar este amorfo fenómeno del alcance subjetivo de la cosa juzgada en los derechos colectivos, lo cierto es que salvo a nivel constitucional (art. 42 y 43 de la Carta Magna de la Nación) la legislación poco ha hecho (126), dejando un amplio bache que ha sido cubierto en parte - como hemos visto- por la jurisprudencia de los tribunales y por la doctrina. Recuérdese que en el derecho Iberoamericano a diferencia del modelo anglosajón de las class actions, se nota cierta desconfianza en cuanto a la formación de la cosa juzgada en los procesos

supraindividuales, habida cuenta de la ausencia de previsiones legislativas satisfactorias en lo atinente a la representación de los litigantes.

Es importante enunciar que los criterios que surgen sobre esta materia en el CM pueden aplicarse por vía analógica en cada jurisdicción (no nos olvidemos que se trata de un país federal) sobre la base del principio constitucional de la defensa en juicio (Preámbulo de la Constitución y art. 18; y 8 del Pacto de San José de Costa Rica -Adla, XLIV-B, 1250-), ya que -por ejemplo- si se perjudica a un tercero con deficitaria legitimación del grupo, sin duda, se afecta el postulado del *due process of law*.

IV. Conclusiones sobre el alcance subjetivo de la cosa juzgada en el Código Modelo

Parece obvio reiterar que el fenómeno expansivo de los intereses difusos y por ende de los procesos grupales, ha generado -confirmando la referencia de Ortega y Gasset- un gran protagonismo para las masas, que el legislador tuvo que canalizar impulsado por la realidad.

De ahí entonces que se trató de "aggiornar" el alcance subjetivo que el derecho romano le había dado al litigio entre "Ticio y Cayo", extendiéndolo -como una explosión- en beneficio de ciertos componentes de un grupo, categoría o clase. Para ello se ha echado mano, por ejemplo, al "artilugio" del *efectum secundum litis*.

Como vimos, los arts. 33 a 38 del CM se ocupan de esta problemática, sentando como principio general que si en los procesos colectivos la demanda es acogida, la sentencia hace cosa juzgada *erga omnes*, salvo ausencia de pruebas o la aparición de probanzas sobrevinientes.

Sería conveniente repetir que el CM no regula en sí la totalidad de la compleja institución de la cosa juzgada sino exclusivamente la extensión subjetiva de sus efectos. Surge de allí que la *res judicata* nace "para beneficiar y no para perjudicar".

Por razones, de economía procesal, celeridad, amplio acceso a la justicia y efectividad del derecho material, se ha previsto el esquema del *secundum eventum litis*. En suma en los pleitos donde se discutan intereses o derechos difusos se ponen en marcha las siguientes pautas: si la acción tiene éxito, beneficia a las víctimas y a sus sucesores (*in utilibus*), pudiendo éstos solicitar la cuantificación del daño en el momento de la liquidación o la ejecución; en cambio si se la rechaza no perjudica las acciones individuales.

En los intereses individuales homogéneos sucede exactamente lo mismo, puesto que si la demanda es favorable a los legitimados activos, origina consecuencias *erga omnes*, pero si se la repele, se le permite a cada uno de los perjudicados promover su pretensión individual. Estos conceptos generales se aplican también en los casos de la cosa juzgada pasiva (arts. 35 a 38).

Los juristas brasileños esgrimieron -no sin desconocer sus flancos débiles- la dicotomía que creó Liebman, en su famosa obra *Eficacia y Autoridad de la Cosa Juzgada* -pensada para otra problemática- sobre la diferencia que existe entre los efectos de la sentencia como acto del Estado con vigencia para todos; y la cosa juzgada, que atrapa sólo las partes y a ciertos terceros y que una vez cristalizada goza de inmutabilidad (127). De ello dedujeron que si el pleito es favorable beneficia a la totalidad del grupo, categoría o clase;

mientras que si es desfavorable, cada uno de los perjudicados puede -según las circunstancias- oponerse al pronunciamiento (al efecto de la sentencia).

Nosotros hemos preferido, para llegar a estos mismos resultados (y con las prevenciones ya anticipadas), utilizar la fórmula (adaptada) de Couture, partiendo de la base que en los procesos colectivos si la acción es victoriosa hace cosa juzgada material, mientras que si es repelida, estamos en presencia de la res judicata formal, que permite a los afectados impetrar su alteración a través de otra vía procesal, en un juicio diferente.

Sin embargo, resulta necesario desde la puridad procesal poner esta problemática en orden, porque si se utiliza la dicotomía de Liebman en cuanto al alcance del efecto natural de la sentencia, no se puede hablar de cosa juzgada para los terceros perjudicados, ya que para éstos nunca pudo haberse formado. De cualquier manera, creemos que las ideas que se reflejan en el CM son útiles, ya que han tratado de adaptar el concepto tradicional de la cosa juzgada a los modernos criterios que nacen a partir de los procesos colectivos.

También conviene alertar que en estos litigios siempre se configura en verdad la cosa juzgada material, en pro y en contra, para todo el conjunto, ya que el grupo, categoría o clase perdedor, jamás podría promover otro litigio por la misma causa. La acción solamente se puede replantear -según el CM- en forma individual, si ha sido repelida por insuficiencia de pruebas (art. 33 del CM); o por la aparición de probanzas sobrevinientes (art. 33 Par. 1).

Sin embargo no descartamos la posibilidad de que pueda también "el conjunto" volver a incoar el pleito colectivo en último supuesto (art. 33 Par. 1) ya que si se aparecen pruebas "sobrevenientes" -por ejemplo una última tecnología, o la condena posterior de un testigo por falso testimonio cuya declaración fue base del fallo precedente- estamos ante un verdadero novum (128) que da pie a la revisión de la cosa juzgada (129).

El art. 34 del CM permite a su vez la alteración de la res judicata en las relaciones continuadas "...si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho...".

Este es un caso típico de revisión de la sentencia firme (130), que como ya hemos adelantado, debe ser operativo no sólo en las "relaciones continuadas", sino también en las estáticas (131).

Parece obvio que la técnica utilizada por dicho ordenamiento parte de la desconfianza que en el sistema Iberoamericano se tiene sobre el "representante", problema que no existe en el derecho anglosajón que pivotea a través de las class actions con un adecuado control de la representación. De ahí entonces la aplicación del apotegma: a mejor representatividad, más calidad de la cosa juzgada, tal cual ya lo pusimos de relieve.

De todos modos si queremos ajustar el concepto a la buena doctrina procesal, debemos repetir, que el efecto secundum eventum litis no alude en sí a la formación de la cosa juzgada, sino a las personas alcanzadas por el fallo.

Vale la pena apuntar que no resulta recomendable consagrar pautas rígidas por vía legislativa sobre esta delicada cuestión (que está en pleno desarrollo) por lo que se le debe permitir a los jueces una interpretación razonable, flexible y amplia, en base a los principios de celeridad, economía procesal y justicia del caso concreto.

En definitiva habrá que balancear los valores que están en juego utilizando lo que sirve de lo viejo, sin demoler los tradicionales principios procesales (132).

Las importantes reglas que surgen del CM, que por supuesto no son directamente operativas en los distintos países de Iberoamérica (not self executing), deben servir de guía para la interpretación analógica de los alcances subjetivos de la cosa juzgada, sobre la base de que si de alguna manera se afecta el derecho de los terceros no participantes del pleito, se lesiona el postulado constitucional del due process of law.

Para finalizar convengamos que si hubo fraude, dolo o cualquier tipo de maquinación de mala fe, siempre pueden ponerse en marcha los meandros sanadores de la revisión de la cosa juzgada, aún en aquellos lugares donde esta vía no esté expresamente legislada.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) MORELLO, HITTERS, BERIZONCE, "La defensa de los intereses difusos", Ponencia nacional argentina presentada al XI Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Würzburg, Alemania, en septiembre de 1983 y reproducido en La justicia entre dos épocas (mismos autores), Librería Editora Platense SRL, p. 207 y sig.

(2) BUJOSA VADELL, Lorenzo, "Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos", LA LEY, 1997-F, 1142.

(3) Los intereses difusos no son en verdad ni privados ni públicos, pertenecen al campo social y tienen una dimensión propia (véase, LOZANO-HIGERO y PINTO, Manuel, "La protección procesal de los intereses difusos, intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos y el acceso a la R.T.V.", Madrid, 1983, ps. 242 a 266).

(4) Véase, CAPPELLETTI, "La protección de los intereses difusos y de grupo en el posesos civil. Metamorfosis del procedimiento civil", texto de la conferencia pronunciada en 1975, en ocasión de la Asamblea General de la Sociedad de Legislación Comparada, publicada en la Revista de la Facultad de Derecho, México Números 105-106, enero-julio, 1971-1976; ídem CAPPELLETTI - GARTH, "El acceso a la justicia", publicada por el Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, Traducción de Samuel Amaral, del título original Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective, Milán, Dott, A. Giuffre Editor, 1978, ps. 38, 84 y siguientes.

(5) Gidi, Antonio - Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, compiladores: "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, Hacia un código modelo para Iberoamérica", Ed. Porrúa, México, 2003.

(6) Siguiendo los Códigos Modelo del Proceso Civil y del Proceso Penal.

(7) En dicho evento, entre otros, se analizó el tema de las Azionni Popolari e Azionni per la Tutella di Interessi Collettivi, cuyos relatores fueron los profesores, THEODORO JUNIOR, H., TEIXEIRA DA SOUZA, M., DI PORTO, A. y OVALLE FAVELA J. (véase, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", obra colectiva, ob. cit. p. XVII, Nota 3.).

(8) El Art. 5 le otorgó legitimación: al Ministerio Público, a la Unión Federal, a los Estados Miembros, a los Municipios, a ciertas Empresas Públicas, Fundaciones, Sociedades de Economía Mixta y algunas Asociaciones Civiles. Véase, BARBOSA MOREIRA, "La iniciativa de la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)", publicado en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1992, punto 2, p. 235.

(9) Dicha Carta Fundamental le dio andamio en el art. 5º, inc. LXX, al amparo colectivo (véase, PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Acción de Amparo Colectiva", en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal - Culzoni, Editores, Argentina, N° 4, p. 201).

(10) Lo remarcado no está en el texto original.

(11) GIDI, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", publicado en obra colectiva GIDI, Antonio - FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 26 y siguiente.

(12) No se nos escapa que la doctrina -sobre todo la brasileña- y en especial los coautores del CM han justificado la aludida dicotomía para evitar errores de apreciación (véase, PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Mandato de segurança colectivo: legitimação, objeto e coisa julgada", en Revista Do CPEJ, ps. 120-121. Ídem WATANABE, Kazuo, en obra colectiva citada, p. 26, nota 9). Sin embargo ciertos autores han criticado esta categorización considerándola inadecuada al no designar a esos "intereses" merecedores de protección jurídica como un derecho subjetivo en el sentido amplio, es así que algunos prefieren utilizar directamente las expresiones "derechos difusos", "derechos colectivos" o "derechos individuales homogéneos" (LANDONI SOSA, Angel, "La cosa juzgada en los procesos colectivos", en "Estudios em homenagem a Prof. Ada Pellegrini Grinover", São Paulo, 2005. p. 458).

(13) HITTERS, JUAN CARLOS, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Ediar, t. I, p. 29 y siguientes.

(14) BORDALI SALAMANCA, Andrés, "Efectos de la sentencia pronunciada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, en obra colectiva", "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 296 y siguiente.

(15) TROCKER, Nicolás, "¿Processo e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco-Italiano", Editore Giuffrè, Milano, año 1974, p. 207, en BUJOSA VADEL, Lorenzo, "Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos", LA LEY, 1997-F, 1142, nota 1.

(16) Como con buen tino destaca Falcón, que los derechos no son en verdad "difusos" sino los intereses (FALCON, Enrique, "Algunas precisiones sobre el lenguaje", en obra colectiva, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 378).

(17) GIDI, Antonio, "Procesos Colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada", Ed. Porrúa, México, 2003, p. 3 y siguientes.

(18) En similar sentido opina Ovalle Favela, cuando al aludir al Anteproyecto sostiene que la diferencia se nota entre los intereses colectivos en sentido amplio, y los individuales homogéneos. Ello así -dice- porque los difusos y los colectivos reciben el mismo tratamiento procesal (véase, OVALLE FAVELA, José, "Las acciones colectivas en el Anteproyecto", en obra colectiva, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 339). Lo mismo puede decirse del CM que disciplina por un lado los procesos colectivos en general (cap. III) y por otro los individuales homogéneos aunque los titula también como colectivos (cap. IV).

(19) Decimos que son accidentalmente colectivos -no esencialmente colectivos-, ya que por la fuerza de su origen común, pese a ser divisibles, el CM permite que se traten en un proceso único.

(20) Repárese que el vigente art. 1º. I, hace referencia a los "intereses o derechos difusos así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí con la parte contraria por una relación jurídica base". Se habla tanto de los difusos como de los colectivos propiamente dichos. El CM atrapa en un solo inciso ambas figuras. El art. 1º II enmarca los intereses o derechos individuales homogéneos. En el Anteproyecto se hacía

referencia en el art. 1°. I a los difusos y en el 1°. II a los colectivos, mientras que el 1° III alude a los intereses y derechos individuales homogéneos.

(21) Vemos que el CM en su art. 1°. I, cuando se refiere a los difusos alude también a los colectivos sin nombrarlos (véase, DEVITA, A., "La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese. Aspetti principali del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori", en "La tutela degli interessi nel Diritto comparato", p. 350, Giuffrè, Milano, 1976).

(22) CAPPELLETTI - GARTH, "El acceso a la justicia", ob. cit. p. 34. MORELLO, BERIZONCE, HITTERS, "La justicia...", ob. cit. ps. 208 a 210.

(23) PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores (Ley brasileña número 7347, de 24 de julio de 1985)", en Revista de Derecho Procesal, 1988, N°3, ps. 706-707, GIDI, Antonio, obra colectiva, "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 26. Ídem, BUJOSA VADELL, Lorenzo, "Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos...", ob. cit. p. 1142 y siguientes.

(24) Apunta BARRIOS DEANGELIS que cuando el interés corresponde a un grupo indeterminado ya puede hablarse de un interés difuso o colectivo. La dimensión del grupo subjetivo no hace colectivo a un interés pero la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen lo convierte a ese interés en difuso (véase, BARRIOS DEANGELIS, Dante, "Introducción al estudio del proceso", De Palma, ps. 126-127).

(25) Sin perjuicio de ello coincidimos con Nicolás Trocker que si bien la distinción es discutible la razón de la misma aparece clara y resulta útil. (véase, TROCKER, Nicolás, "Processo e Costituzione. Problemi di Diritto Tedesco-Italiano", Editore Giuffrè, Milano, año 1974, p. 207).

(26) Sobre esta problemática, véase, GOZAINI, Osvaldo A., "La legitimación en el proceso civil", Ediar, 1996, ps. 307 a 312. Ídem MORELLO, Augusto y STIGLITZ, Gabriel, "Tutela procesal de los derechos personalísimos e intereses colectivos", Librería Editora Platense, 1986, ps. 175 a 178.

(27) Repárese que el Anteproyecto hace referencia en el art. 1°. I, a los derechos difusos transindividuales (lo mismo que su antecesor brasileño) mientras que el CM los denomina

supraindividuales, tal cual lo hemos anticipado. En ese sentido parecemos que los autores de este cuerpo normativo han escuchado las críticas de los doctrinantes. Sobre el particular hace ver con justeza Bujosa Vadell ("Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos...", ob. cit. p. 1145. Ídem, citado por el mismo autor VILLONE, M., "La colocazione istituzionale dell' interesse diffuso", en AABB, "La tutela degli interessi nell Diritto comparato", p. 73.) que sería más correcta la palabra supraindividual que metaindividual, ya que esta última según "El Diccionario de la Real Academia Española dispone que "meta" es una preposición griega que con la significación de junto a, después, entre o con, se usa en la formación de compuestos castellanos como metacentro o metatórax, así pues serían en nuestro caso, intereses junto a los individuales, después de los individuales, entre los individuales, con los individuales, con lo cual sería una expresión ambigua que no nos sería de utilidad para identificar al tipo de intereses que estamos examinando" p. 1145. Por su parte Proto Pisani propone utilizar la palabra superindividual. Agrega Bujosa Vadell que la terminología correcta sería hablar de intereses supraindividuales más que superindividuales "pues aquella podría ser entendida como intereses más allá de los estrictamente individuales. En cambio la locución "super" podría inducir error o por lo menos a imprecisión, pues podría entenderse entonces como intereses preeminentemente individuales, individuales en grado sumo, o individuales en exceso. Significados ciertamente opuestos a lo que queremos expresar", ob. cit. 1145.

(28) Dice el art. 1º "La acción colectiva será ejercida para la tutela de: I. intereses o derechos difusos, así entendidos, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho; II. intereses o derechos colectivos, así entendidos, para efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base; III. intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los provenientes de origen común".

(29) BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "La incitativa de la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)", en Revista Uruguaya de Derecho Procesal II, 1992, p. 235. Señala este autor con justeza que la referida parcelación tiene origen en el art. 81 párrafo único de la ley 8078; a lo que nosotros agregamos que de allí pasó al Anteproyecto y luego con algunas modificaciones al CM.

(30) OVALLE FAVELA, José, "Las acciones colectivas en el Anteproyecto", en obra colectiva, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 340.

(31) Como bien destaca Kazuo WATANABE, en la obra colectiva, "La Tutela de los

derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. ps. 5/6; en el campo de la relación de consumo, es factible hallar los siguientes ejemplos de intereses o derechos difusos: a) la publicidad engañosa o abusiva que afecta a múltiples personas sin que se observe entre ellas una relación jurídica base. Allí el bien jurídico es indivisible en el sentido de que basta un único agravio para que la totalidad de los consumidores se vea afectada a la par que la satisfacción de uno de ellos, verbigracia por la cesación de la publicidad incorrecta se beneficia contemporáneamente a todos ellos. b) colocación en el mercado de productos nocivos, o en su caso, peligrosos para la salud o para la seguridad de los consumidores. Allí el acto afecta a todos los consumidores potenciales en un número incalculable, y -por regla- no vinculadas entre sí por relación base alguna. Mas los daños prealudidos pueden repercutir en una lesión particular sobre determinados consumidores y en ese caso, si los afectados son muchos, aparecen en juego los derechos individuales homogéneos.

(32) PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Problemática dos interesses difusos", en "A tutela dos interesses difusos", Sao Paulo, 1994, ps. 30/31. Ídem, misma autora, "O novo processo do consumidor", en "O processo em evolução", Río de Janeiro, 1999, p. 140. Idem, OVALLE FAVELA, ob. cit., p. 340.

(33) GIDI, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en obra colectiva, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit., ps. 29/31.

(34) BARBOSA MOREIRA, "La iniciativa de la defensa...", ob. cit. p. 235.

(35) LANDONI SOSA, ANGEL en obra colectiva, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 383-388; siguiendo a BRITO FILOMENO trae a colación los siguientes ejemplos de las figuras sub examine en el caso de un accidente de tránsito: el interés difuso lo tiene un número indeterminado de personas cuya finalidad sería preservar en un pleito la seguridad y la integridad de aquellos eventualmente afectadas por un automóvil con fallas de fabricación; en ese caso deberían demandar al fabricante para que retire del mercado aquellos vehículos defectuosos. El interés colectivo, lo tienen todos aquellos compradores del móvil de idéntico modelo a no sufrir los mismos perjuicios y a obtener del fabricante la sustitución del vehículo defectuoso. El interés individual homogéneo estaría en cabeza de la persona que sufrió los daños, a fin de obligar al fabricante a indemnizarlos (a todos); en ese caso, cada interesado debe acreditar los perjuicios sufridos individualmente.

(36) WATANABE, Kazuo, "Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso", en obra colectiva, "La Tutela de los derechos

difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 5 a 8.

(37) GIDI, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos", en obra colectiva "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 27-29.

(38) WATANABE, KAZUO, "Acciones colectivas...", en obra colectiva, "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 5 a 7.

(39) BARBOSA MOREIRA, "Tutela jurisdiccional dos interesses colectivos ou difusos", en "Temas de Direito Procesual", Terceira Seire, p. 159 y sig.

(40) El capítulo homónimo del Anteproyecto (IV) alude a acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos.

(41) BUJOSA VADELL, Lorenzo, "Sobre el concepto de intereses de grupo difusos y colectivos", LA LEY, 1997-F, 1142.

(42) Se habla del efecto secundum eventum litis cuando la fórmula es usada en situaciones en las que se decide hacer lugar a la demanda, criterio este, que como más adelante veremos, ha sido criticado por ciertos autores.

(43) Nos referimos a los intereses colectivos en general, por ahora, pero luego veremos que existen ciertas diferencias entre los colectivos propiamente dichos, los difusos y los individuales homogéneos., algo de ello ya hemos adelantado (véase, PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Acción de amparo colectiva...", ob. cit. ps. 209-210).

(44) MORELLO, Augusto Mario, "El proceso civil colectivo", JA, 1993-1-862. Mismo autor, "La expansión subjetiva de contratos y sentencias. A propósito de los APE y los procesos colectivos", ED, diario del 17/03/2005, p. 1.

(45) Véase LANDONI SOSA, Angel, "Análisis del anteproyecto del Código Modelo para los procesos colectivos en Iberoamérica", en obra colectiva "La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos ...", ob. cit. ps. 395-396. Ídem mismo autor, "La cosa juzgada en los procesos colectivos", en "Estudos em homenagem...", ob. cit. p. 457.

(46) MORELLO, BERIZONCE, HITTERS, "La justicia entre dos épocas ...", ob. cit. p.

(47) GUASP, Jaime, "Los límites temporales de la cosa juzgada", publicado en "Anuario de Derecho Civil", Madrid, p. 440.

(48) COUTURE, "Fundamentos ...", ob. cit. p. 402.

(49) EISNER, Isidoro, "Autoridad de la cosa juzgada", LA LEY, 130-501.

(50) Como con toda justeza lo resalta Couture, durante largo tiempo se habló de esta especie de autoridad de la cosa juzgada formal para aludir a situaciones en las cuales, de modo anómalo, la institución perdía uno de sus atributos fundamentales, la inmutabilidad. "Hoy es factible determinar con relativa precisión -sostiene- que cuando una sentencia no puede ser objeto de recurso alguno, pero admite la posibilidad de modificaciones en un proceso posterior se está en presencia de una situación de cosa juzgada formal. Y cuando a la condición de inimpugnable mediante recursos, se agrega la condición de inmodificable en cualquier otro procedimiento posterior, se dice que existe cosa juzgada sustancial..." ("Fundamentos ...", ob. cit. p. 402). CARNELUTTI, señala que la cosa juzgada formal concierne a la imperatividad del fallo en tanto que la segunda atañe a su inmutabilidad. La cosa juzgada formal -dice- hace inimpugnable la sentencia, mientras que la material la hace indiscutible (en "Instituciones de derecho procesal civil", Barcelona, 1942, vol. I, p. 142).

(51) También puede decirse que en esas hipótesis la res judicata no se ha formado o no tiene alcance con respecto a ciertas partes que no intervinieron en el litigio.

(52) Conviene aclarar que si el rechazo se ha fundado en falta de prueba o a causa de insuficiencia de la misma, el proceso colectivo se puede volver a iniciar. Pero si se entró al fondo de la cuestión, allí resulta imposible promover nuevamente ya que los perjudicados solamente pueden intentar una nueva pretensión exclusivamente a título individual (véase, GIDI, Antonio, "Cosa juzgada en acciones colectivas", en obra colectiva, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 275).

(53) HITTERS, Juan Carlos, "Revisión de la cosa juzgada", segunda edición, con la colaboración de Manuel O. Hernández, Librería Editora Platense, año 2001, p. 134.

(54) Por ello señalaría Bremberg que la fundamentación de esta institución se asemeja bastante al ensalmo de los cuentos de hadas donde la fregona se convierte en princesa o a la inversa (BREMBERG, Axel, su voto en el Fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires,

publicado en ED, 40-270).

(55) "Fundamentos...", ob. cit. p. 405. No fue distinta la posición de Chiovenda al opinar que "nada tiene de irracional que la ley admita la impugnación de la cosa juzgada, ya que su autoridad misma no es absoluta y necesaria sino establecida por consideraciones de utilidad y oportunidad, de tal manera que estas mismas consideraciones puede aconsejar su sacrificio para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta" (véase, CHIOVENDA, "Principios de derecho procesal", en REUS, Madrid, 1925, Vol. II, p. 511).

(56) BOHEMER, Gustav, "El derecho a través de la jurisprudencia", Traducido por Puig Brutau, Bosch, Barcelona, p. 229.

(57) Véase, HITTERS, "Revision...", ob. cit. p. 27 y sig.

(58) Véase, HITTERS, "Revisión...", ob. cit. p. 255 a 267.

(59) COUTURE, "Fundamentos...", ob. cit. p. 415.

(60) GUASP, Jaime, "Los límites temporales...", ob. cit. p. 437.

(61) COUTURE, "Fundamentos...", ob. cit. p. 416.

(62) Sin que corresponda analizar en este trabajo si estamos frente a un "nuevo juicio" o a la continuación de otro precedente (véase, HITTERS, "Revisión...", ob. cit. p. 154; ídem mismo autor, "Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación", 1998, Librería Editora Platense SRL, 2ª ed., p. 198 a 211).

(63) Aunque en verdad en estos casos no puede hablarse de cosa juzgada material.

(64) PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Acciones colectivas para la defensa...", en obra colectiva, "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 255.

(65) Véase, GIDI, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", publicado en obra colectiva "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales

homogéneos...", ob. cit. p. 269.

(66) GOZAINI, Osvaldo, "La legitimación...", ob. cit. p. 207.

(67) LIEBMAN, E. T., "Eficacia y Autoridad de la sentencia, y otros estudios sobre la cosa juzgada", Traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ediar, p. 71 a 72. Mismo autor, "Efficacia e autorità della sentenza...", Milano, ed. 1962, p. 6. Idem PELLEGRINI, GRINOVER, "Eficacia y Autoridad de la sentencia", en obra colectiva, "La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 255.

(68) LIEBMAN, ob. cit. ps. 72-73. De ahí entonces que los códigos adjetivos no pueden extralimitarse en su regulación, pues podrían afectar ciertos derechos constitucionales como el de due process of law.

(69) Añade en este sentido que se podría decir que la decisión posee para ellas una eficacia de presunción iuris et de iure y para los terceros iuris tantum agregando que "...la bondad práctica y la equidad de la solución a que la misma -se refiere a la distinción-conduce. Ella tiene, ante todo, la ventaja de utilizar, en la máxima medida posible, la actividad procesal cumplida en cada juicio por el órgano jurisdiccional, y por las partes en beneficio absoluto en la economía de los juicios; tiende por otra parte, a favorecer la armonía de los resultados de los procesos sobre relaciones conexas y dependencias, disminuyendo las ocasiones de contradicción en los fallos, pero obtiene estos objetos sin sacrificar los derechos de los terceros a los que les concede la facultad de defensa en los casos en que la sentencia pronunciada inter alios este viciada por errores" (LIEBMAN, ob. cit. p. 178.). Parécenos que en definitiva lo que quiere decir este publicista es que los terceros afectados podrían destruir la cosa juzgada en su contra a través de la revisión de la res judicata. Claro que tales afirmaciones teóricas dependen de la postura doctrinal que sobre el particular se tenga, porque sería factible sostener que allí no hay revisión, ya que nunca hubo cosa juzgada con referencia a los terceros no participantes del pleito (véase, HITTERS, "Revisión...", ob. cit. p. 277 y sig.).

(70) LIEBMAN, ob. cit. p. 102 y 178

(71) Adoptando el esquema clásico podemos decir que "terceros" son en los pleitos colectivos aquellos que no participaron en el litigio, pese a lo cual la sentencia los favorece.

(72) Señala GIDI que sin perder de vista las críticas levantadas contra esta doctrina "el CM construyó un reglamento para la acción colectiva que satisfaciendo la necesidad de una

tutela diferenciada de los derechos de grupo no violase las garantías constitucionalmente reconocidas en el debido proceso legal, lo contradictorio, la amplia defensa y la imposibilidad de evadir el control jurisdiccional o amenaza de lesión a derecho", un ejemplo podemos dar en el art. 5° inc. XIV, XV y XXV. (GIDI, Antonio, "Cosa juzgada en acciones colectivas", publicado en obra colectiva "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos ...", ob. cit. p. 266).

(73) LIEBMAN, (ob. cit., p. 103, nota 2). Sostiene este autor que de la posición crítica participan HELLWIG; CHIOVENDA; BETTI; REDENTI y otros, afirmando sin eufemismos que "la doctrina moderna es, pues, unánime en rechazar la cosa juzgada *secundum eventum litis*", y añade decididamente que "los límites de la extensión de la cosa juzgada son independientes del resultado de la litis". Por su parte argumenta BETTI ("*Tratatto dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*", Macerata, año 1999, p. 8 - 22 - 192 y sig.), que los límites subjetivos de la sentencia firme son regidos por dos postulados: el primero de carácter negativo, dice que la sentencia pronunciada en un pleito es jurídicamente irrelevante respecto a terceros; y el segundo, que el tercero que resulta ser un sujeto de una relación incompatible con la decisión, no puede recibir perjuicio del fallo por lo que le es permitido por lo tanto desconocer el alcance del pronunciamiento en la medida que lo perjudique.

(74) Véase, GIDI, Antonio, "Cosa juzgada en las acciones colectivas", publicado en obra colectiva "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 267.

(75) El art. 26 del Anteproyecto habla en sus incs. 1 y 3 del efecto erga omnes de la cosa juzgada mientras que el 26 inc. 2 alude a los efectos ultrapartes. Empero el art. 36 del CM ha unificado la fraseología haciendo referencia exclusivamente a los efectos erga omnes. Parécenos conveniente la nueva redacción ya que la doctrina, sobre todo brasileña, distinguía en algunos casos ambas figuras dándole distintos significado (PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Código brasileiro...", ob. cit. ps. 584-585). Véase, GIDI, Antonio, "La cosa juzgada en acciones colectivas", publicado en obra colectiva "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. ps. 279-272)

(76) Aquí como ya lo hemos dicho no se puede hablar de cosa juzgada en sentido material.

(77) En esta situación, ya lo hemos anticipado, si aparece la prueba sobreviniente sería un caso de revisión de la cosa juzgada. (véase, HITTERS, Juan Carlos, "Revisión...", ob. cit. p. 260 y sig.)

(78) Entendemos que ello es así en la medida que quién la invoca no haya sido negligente al dejarla de ofrecer en tiempo idóneo, para luego hacerla valer tardíamente.

(79) Véase, GIDI, Antonio, "Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", publicado en obra colectiva "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 272.

(80) En los Estados Unidos la solución dada por la jurisprudencia a las class actions impone la extensión de la cosa juzgada a los terceros sobre la base de que si éstos fueron adecuadamente representados en el proceso tienen que ser alcanzados por la sentencia, sea favorable o no. Claro está que -en puridad de verdad- en estos casos si los litigantes fueron "representados" eficientemente el problema es fácil de resolver porque puede hablarse de una "cosa juzgada común", ya que los "representados" actúan como una parte singular.

(81) Véase, CAPELLETTI, Mauro, "Appunti sulla tutela giuridizionali di interessi collettivi o difusi", Publicado en AA. VV: "Lezioni a tutela di interessi collettivi. Atti del convegno di studio", Pavia, 11-12-giugno-1974, p. 205.

(82) BORDALI SALAMANCA, ob. cit. p. 307.

(83) BORDALI SALAMANCA, ob. cit. p. 310. Añade que la circunstancia de que las acciones difusas no sean atribuibles en exclusiva a ningún titular de manera individual no debe ser llevada hacia una comprensión en extremo colectiva o corporativa del fenómeno de tal modo que deje a la vera la posibilidad de actuación directa de las personas afectas. Por ello sostiene que los efectos del pronunciamiento no pueden depender del resultado del pleito "quién comparece en estos procesos no es un representante adecuado o ideological plaintiff sino que concurre a título personal por un derecho o interés legítimo que le es propio, aunque difuso o compartido, y lo ha afirmado así en el proceso", (ob. cit. p. 311).

(84) PUNZI, Carmine, "La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi", en Rivista di Diritto Procesuale, N° 3, año 2002, p. 675. Ídem mismo autor en VVAA, "La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e difusi (a cura di Lucio Lanfranchi)", G. Giappichelli Editore, Torino, 2002.

(85) VIGORITI, Vicenzo, "Interessi collettivi e processo (Legittimazioni ad agire)", Giuffré, Milano, 1979. Véase también BARBOSA MOREIRA, "A ação popular..." ob. cit. p. 122-123. Conf. LANDONI SOSA, Angel, "Análisis del Anteproyecto del Código Modelo para los procesos colectivos en Iberoamérica", en "La Tutela de los Intereses Difusos...", ob.

cit. p. 398. En este aspecto señala Gidi que la solución que dio el Código del Consumidor de Brasil (con respecto a la cosa juzgada *sucundum eventum litis*, y -como vimos- tomado luego por el CM), responde a fuertes razones políticas que obligaron al legislador de ese país a adoptar tal postura (véase, GIDI, Antonio, "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales. Un modelo para países de derecho civil", traducción de Lucio Cabrera Acevedo, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 95 a 113.

(86) BERIZONCE, Roberto y GIANNINI, Leandro J., "La acción colectiva reparadora de los daños individuales sufridos en el Anteproyecto Iberoamericano de procesos colectivos", en obra colectiva, "La Tutela de los Intereses Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos...", ob. cit. p. 75. BORDALI SALAMANCA, ob. cit. p. 307.

(87) En el sistema de las *class actions* del ámbito anglosajón, como ya hemos visto, se lleva a cabo un férreo control sobre la representatividad de quién ejerce este tipo de pretensiones, inclusive, en algunos casos, se exige la notificación a los miembros del grupo *rule 23 (c) (2)*, en las acciones del tipo (b) (3), por ello se considera que el grupo está indirectamente presente en el pleito a través de su mandato, de ahí que la cosa juzgada vincula a todos. El objeto de estas acciones tiene miras -lo mismo que en el campo del CM-; la economía procesal (a esto ya aludía Liebman para el derecho italiano); el acceso a la justicia y sobre todo la efectividad del derecho material que está en juego. Sobre esa base cualquier impugnación centra la sentencia firme debe proponerse en un juicio posterior, en cuyo caso el juzgador debe evaluar si efectivamente ha habido una violación al *due process of law*. La regla 23 (*rule 23*) es la que impone una serie de requisitos para que la acción colectiva genere una sentencia firme inmune al ataque de los eventuales perjudicados.

(88) Que han sido respondidas a cabalidad por PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Código brasileiro...", ob. cit. p. 808-809.

(89) GIDI, Antonio, "Coisa julgada e litispendencia em ações coletivas", São Paulo, Ed. Saravia, año 1995, p. 67. Ídem PELLEGINI GRINOVER, Ada, "Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto", Forense Universitaria, Río de Janeiro, año 2001, p. 836.

(90) PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Acción de amparo colectiva...", op. cit., p. 211.

(91) Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, sostienen que se trata de "el personaje absolutamente misterioso del Anteproyecto" (véase el Prefacio de la obra colectiva *La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, ob. cit. p. XXII). Ídem DA SILVA DINAMARCO, "Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos

Colectivos para Iberoamérica", en obra colectiva "La Tutela...", ob. cit. p. 132.

(92) GONÇALVES DE MENDES, Aluisio, "El Anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para los países Iberoamericanos y la legislación brasileña", en obra colectiva, "La Tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...", ob. cit. p. 507.

(93) PELLEGRINI GRINOVER, ADA, en obra colectiva, "La Tutela...", ob. cit. p. 258.

(94) El art. 31 del Anteproyecto tiene una redacción similar aunque no se ocupa del "interés social". El art. 2° "II" del CM habla de la "relevancia social" del caso, por lo que nos parece una redundancia repetirlo para la cosa juzgada pasiva en el art. 35. También consideramos que existe una reiteración innecesaria cuando dicha norma sostiene que el bien jurídico tutelado debe ser supraindividual cuando esta es la única característica de estos pleitos (art. 1° I del CM).

(95) DA SILVA, Dinamarco , "Las acciones colectivas pasivas...", en obra colectiva "La Tutela...", ob. cit. p. 133.

(96) Que dice "En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como: a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase; c) su conducta en otros procesos colectivos; d) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda; e) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase".

(97) El Anteproyecto trata de manera similar esta problemática, aunque en lugar de hablar de intereses o derechos difusos hace referencia a bienes jurídicos de naturaleza indivisible. Parece que la modificación es correcta ya que sigue la nomenclatura del nuevo ordenamiento.

(98) DA SILVA, Dinamarco, "Las acciones colectivas pasivas...", ob. cit. p. 137.

(99) DA SILVA, Dinamarco, ob. cit. p.134.

(100) PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Eficacia y autoridad de la sentencia: el Código Modelo en la teoría de Liebman", en obra colectiva, "La Tutela...", ob. cit. p. 258

(101) PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Eficacia...", ob. cit. p. 259.

(102) BUJOSA VADELL, op. cit. p. 1143.

(103) HITTERS, Juan Carlos, "Derecho Internacional...", op. cit., t. I, p. 34 y siguientes.

(104) SILGUERO, Joaquín, "Las acciones colectivas de grupo en España", en "Procesos Colectivos la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en una perspectiva comparada", coordinadores Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, año 2003, p. 360 y siguientes. Señala este autor que la LEC vigente ha sido en verdad la primera regulación que apunta a enmarcar a las acciones de grupo en el ámbito del proceso civil ponderando las garantías procesales de audiencia respecto de los miembros que no han comparecido ante el tribunal, así como la tutela de los postulados de contradicción y de igualdad de armas que deben regir en todo tipo de pleito "y que justifican el propio establecimiento de las acciones de grupo como medio de paliar los frecuentes abusos derivados de la lesión colectiva de derechos e intereses legítimos". Sin embargo, añade, que las críticas apuntan a que dicho cuerpo legal sólo se ocupó de la protección de consumidores y de usuarios no abarcando a otros grupos relegados a un posterior desarrollo legislativo.

(105) BUJOSA VADELL, op. cit. p. 1143. En este aspecto no debe perderse de vista que el art. 24 punto 1 de dicho ordenamiento dispone que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales y en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

(106) Dicha norma establece que "Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", se ocupa de: "1) Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y de los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. 2) Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos afectados. 3) cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas. 4) Asimismo, el

Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el art. 6.1.8° estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios", (SILGUERO, ob. cit. ps. 371-372).

(107) El art. 15 del dicho cuerpo legal regula la publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e interese colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

(108) SILGUERO, ob. cit. p. 361

(109) Se dice en la Exposición de Motivos que "tiene sabor de lugar común la afirmación de que el proceso tradicional no se presta a la defensa de los derechos e intereses transindividuales, cuyas características los colocan a mitad de camino entre los intereses públicos y los privados, siendo propios de una sociedad globalizada y resultado de conflictos de masas".

(110) Véase, ROBLES, Estela, "Los efectos de la cosa juzgada en las acciones de clase", LA LEY, 1999-B, 999/1007.

(111) Señala la doctrina que de los andariveles de dicho art. 43 puede colegirse la posibilidad de que las asociaciones sindicales se encuentren habilitadas para tutelar los derechos de los trabajadores, partiendo de la base que "el concepto de derecho público subjetivo propio del Derecho Constitucional se traduce en el vocablo interés colectivo típico del Derecho Sindical". Apunta en este sentido Juan Pablo Capón Filas ("El interés colectivo y los derechos públicos subjetivos. Alcance de la cosa juzgada en las acciones judiciales colectivas", LA LEY, 2002-C, 1409), que en este tipo de pleitos la cosa juzgada sólo tendrá efecto con respecto a los trabajadores o asociaciones sindicales representativas por la Federación o Confederación que accione en su representación, ello así, "siempre que resulte favorable al interés individual representado, atento que el trabajador o la asociación sindical no han otorgado individualmente mandato especial al efecto de la promoción del proceso judicial" (efectum secundum litis), mientras que si la pretensión activa es repelida, en el caso de que la acción haya sido promovida por una asociación sindical en representación de los trabajadores o por una Confederación que representa a las asociaciones sindicales de grado inferior adherida a sus afiliados o no, la res judicata no produce efectos contra las personas individualmente consideradas. La sentencia que "beneficia a todos los trabajadores y asociaciones sindicales representadas por la acción del sindicato o la Confederación y éstos pueden invocarla concretamente en su favor, por vía de incidente individual o plurindividual de ejecución de la sentencia", ob. cit. p. 1409.

(112) Explica Quiroga Lavié -Convencional Constituyente en la Reforma de 1994- que uno de los grandes avances en la protección de los derechos de la sociedad como Ente Moral o Colectivo es consagrado en dicha norma que protege ahora, no sólo al individuo sino también al grupo (QUIROGA LAVIE y otros, "Reforma de la Constitución", Ed. Rubinzal-Culzoni, Nota 4, p. 1002).

(113) Edicta tal norma que "las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".

(114) Véase, BERIZONCE - GIANNINI, ob. cit. p. 77. En tal orden de ideas sostiene Gozaíni que en los procesos constitucionales como el amparo colectivo el primer deber de los jueces es controlar la supremacía de la Constitución y la defensa efectiva de los Derechos Humanos (GOZAINI, OSVALDO, "Tutela de los derechos de incidencia colectiva...", LA LEY, 2005-B, 1393).

(115) BERIZONCE, Roberto y GIANNINI, Leandro, "La acción colectiva reparadora...", en obra colectiva, "La Tutela...", ob. cit. p. 77.

(116) La Constitución de la Provincia de Córdoba le da legitimación activa en materia de intereses difusos, al Ministerio Público Fiscal, al Defensor del Pueblo y a los particulares, (véase, DE LA RÚA, Angelina, "La protección de los llamados intereses difusos en la Constitución Nacional y la Constitución de la provincia de Córdoba", LA LEY, 1996-B, 789 y sigte.). En lo atinente a la provincia de Santa Fe (véase, PEYRANO, Guillermo, La acción de amparo del art. 43 de la Constitución Nacional, vía de tutela genérica del medio ambiente).

(117) Conforme art. 43 de la Constitución Nacional. Sobre este tema puede verse RIVERA, Julio César y RIVERA, Julio César (h.), "La tutela de los derechos de incidencia colectiva. La legitimación del defensor del pueblo y de las asociaciones del art. 43 segundo párrafo de la Constitución Nacional", La Ley, 2005-B, 1053.

(118) Es dable señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (para sólo aludir a fallos recientes) le ha dado cabida al amparo colectivo, tanto en el campo civil como en el criminal. En el primero de ellos podemos citar un pronunciamiento del 4 de julio de 2003 ("Sindicato Argentino de Docentes Particulares c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/derecho colectivo: listas electorales") donde se le otorgó legitimación activa al Sindicato Argentino de Docentes Particulares, ya que se trataba de una entidad con la

respectiva personería gremial y por lo tanto encargada de representar frente al Estado a los empleadores, tal el caso de los intereses individuales colectivos de los trabajadores; y en el ámbito Penal, en el caso "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/habeas corpus" del 3 de mayo de 2005, hizo lugar a un habeas corpus colectivo promovido por el Centro de Estudios Legales y Sociales (C.E.L.S.) contra la Provincia de Buenos Aires, en representación de las personas detenidas en dicha provincia (ídem fallos: 302:690; 232:1339 y 325:524).

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en idéntico criterio ha admitido la legitimación colectiva (activa) en varios procesos entre los que podemos citar: causa B.62986 "Quintana Teodoro c. Provincia de Buenos Aires s/amparo", sent. 5/XII/01 (Corte integrada por conjuces); causa B.64621 "U.P.C.N. contra provincia de Buenos Aires sobre amparo" sent. 1/X/03; causa I.2212 "A.E.R.I. c. Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad" sent. 1/X/03, causa B.63202 "Asociación Bonaerense de Científicos c. Poder Ejecutivo s/amparo", sent. 8/XI/04 (Corte integrada por conjuces). Sobre este tema puede verse el meduloso trabajo de Jorge Mario Galdós, bajo el título Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Aperturas procesales y sustanciales. A propósito del caso Copetro, LA LEY, 1999-C, 1129 a 1139, allí entre otros se cita el caso "Copetro", fallado en el año 1998 (Ac. 60094, "Almada ... c. Copetro ...") donde la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires le da andamio a la legitimación de los intereses difusos en un caso de contaminación ambiental.

(119) PALACIO, Lino, "El 'apagón' de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del defensor del pueblo", La Ley, 2000-C, 395 y sig.

(120) En la jurisprudencia de este país se ha resuelto un interesante pleito donde se decidió que el Defensor del Pueblo tenía legitimación para demandar a un organismo público prestador de servicios reclamando los daños de incidencia colectiva sufridos por particulares. Allí se condenó a la empresa prestataria por los daños. En efecto, en el año 1999 se produjo un gran "apagón" en la Ciudad de Buenos Aires, que afectó aproximadamente 155.000 usuarios de la empresa de energía Edesur S.A. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires c. Edesur S.A., C. Nac. Civ. y Com. sala 1ª, sent. 16/3/2000). En dicha sentencia colectiva se dispuso que los usuarios que acrediten tal calidad podían concurrir ante los tribunales correspondientes y por la vía que estimen pertinente para que se le tarife el perjuicio por la falta de fluido eléctrico. Sobre este tema véase LORENZETTI, ob. cit. p. 235 y sig. y GALDOS, Jorge M., Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo, en JA, 2000-II-242 y sig.

(121) Ejemplo, la hipótesis de una planta industrial que origina residuos patológicos y como consecuencia de ello contamina el agua afectando a los propietarios ribereños.

(122) Destaca acertadamente Palacio que los intereses difusos o supraindividuales fueron elevados por la Constitución Reformada en 1994, a la categoría de verdaderos derechos subjetivos considerando que el cumplimiento del deber jurídico impuesto al Estado o a prestadores es exigible por parte de los usuarios y su transgresión genera la potestad de promover el amparo judicial a través de los carriles procesales correspondientes, ob. cit. p. 397.

(123) La ley nacional 25.675 (ley general del medio ambiente) (Adla, LXIII-A, 4 -El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen han sido objeto de publicación en la revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 2003-A, p. 581-) había dispuesto en su art. 32 que "el juez podrá extender sus fallos a cuestiones no sometidas expresamente a su consideración por las partes". Dicho texto ha sido vetado mediante el decreto 2413/2002 (Adla, LXIII-A, 4).

(124) Establece dicha norma que: "Los consumidores y usuarios tiene derecho en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz. La provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores".

(125) En el capítulo IV denominado "Efecto de la sentencia", el art. 28 dispone que: "Cuando se trate de acciones judiciales para la intervención o solución de conflictos, las sentencias tendrán los siguientes efectos: a) si admiten la demanda, beneficiarán a todos los consumidores y usuarios afectados o amenazados por el mismo hecho que motivó el litigio, quienes podrán por vía incidental en el mismo procesos acreditar la legitimación, su perjuicio, ejecutar la sentencia, y en su caso liquidar los daños; b) si rechazan la demanda, no impedirán la acción de los consumidores y usuarios titulares de un interés individual, que no hayan intervenido en el proceso; c) si el rechazo de la demanda se fundó en la insuficiencia de prueba, cualquier otro legitimado diferente al actor podrá intentar otra acción valiéndose de nuevas pruebas. A tales efectos, la parte resolutive de la sentencia deberá ser publicada a través del medio de comunicación que el Juez considere más conveniente, a cargo de quien resulte vencido".

(126) Salvo -como ya lo expresamos- lo dispuesto en el art. 38 de la legislación bonaerense, que aún con sus imperfecciones ha puesto la lupa sobre esta problemática.

(127) Téngase en cuenta -conforme lo anticipamos- que este autor siempre fue partidario

de los efectos erga omnes de la cosa juzgada y que se opuso al andarivel del efectum secundum eventum litis. Esto no descalifica el criterio que utiliza el CM ya que parte de la base de la sentencia como acto del Estado, y no del efecto de la res judicata.

(128) GUASP, Jaime, "Derecho Procesal Civil", Bosch, Barcelona, p. 1551-3.

(129) HITTERS, "Revisión", op. cit. p. 255.

(130) GUASP, Jaime, "Derecho Procesal Civil", ob. cit., p. 1554.

(131) MATTIROLO, "Derecho Procesal Civil", p. 56; ídem, HITTERS, Revisión, ob. cit. p. 255.

(132) MONTELEONE, Girolamo, "I liti sogettivi del giudicato civile", Padova, CEDAM, 1978, p. 172 a 179.