

LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Comunicación del académico Juan Vicente Sola

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Fotografía de portada de Marcos Chamudes

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@infovia.com.ar

Se terminó de imprimir en Imprenta Homero

México 1702 - Capital Federal en el mes de junio de 2007.

**ACADEMIA NACIONAL DE CIENCIAS
MORALES Y POLÍTICAS
JUNTA DIRECTIVA 2007 / 2008**

Presidente Académico GREGORIO BADENI
Vicepresidente Académico ISIDORO J. RUIZ MORENO
Secretario Académico HUGO O. M. OBIGLIO
Tesorero Académico JORGE EMILIO GALLARDO
Prosecretario Académico FERNANDO N. BARRANCOS Y VEDIA
Protesorero Académico HORACIO SANGUINETTI

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA..	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE.....	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Pedro J. FRÍAS	10-12-80	Estanislao Zeballos
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Ezequiel GALLO.....	10-07-85	Vicente López y Planes
Dr. Horacio SANGUINETTI.....	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos María BIDEGAIN.....	25-06-86	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Carlos A. FLORIA.....	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN.....	22-04-87	Juan B. Justo
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA..	22-04-87	Nicolás Avellaneda

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Gerardo ANCAROLA	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI.....	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ.....	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSSI	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Félix LUNA.....	23-04-97	Roque Sáenz Peña
Dr. Víctor MASSUH	23-04-97	Domingo F. Sarmiento
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN.....	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU.....	28-04-99	José de San Martín
Dr. Adolfo Edgardo BUSCAGLIA.....	10-11-99	Dalmacio Vélez Sársfield
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. Bartolomé de VEDIA	27-11-02	Carlos Pellegrini
Dr. Carlos Manuel MUÑIZ	24-09-03	Nicolás Matienzo
Dr. Miguel M. PADILLA	24-09-03	Bartolomé Mitre
Sr. Jorge Emilio GALLARDO	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA	14-09-05	Estaban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA.....	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA.....	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO.....	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA	14-09-05	Deán Gregorio Funes

LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Por el Académico DR. JUAN VICENTE SOLA

La consideración en la reforma de 1994 de “derecho a un ambiente sano” y de los derechos de consumidores y usuarios¹ ha iniciado un debate sobre la protección constitucional de los derechos de incidencia colectiva en la Constitución. En el nuevo artículo 43, referido al amparo dice: *“Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...”*

La pregunta a responder es si existe un proceso que pueda resolver casos en que las pretensiones individuales fueran tan reducidas que no justificaran los costos judiciales necesarios para su protección. Al mismo tiempo, un procedimiento que elimine el incentivo de empresas a realizar conductas que pudieran causar daños graves en su conjunto pero que fueran mínimos del punto de vista de cada actor.

Una “acción de clase” es fundamentalmente la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. No todos los casos pueden transformarse en acciones de clase, solo una minoría de

¹ Arts. 41 y 42 de la Constitución.

ellos pueden ser admitidos como perteneciendo a una misma clase. Sin embargo, si existe un número importante de actores o, lo que es menos habitual, de demandados, con cuestiones similares para resolver en un pleito, el juez puede permitirles integrarse dentro de una clase. Cuando es posible, la acción de clase, es una alternativa eficiente a muchos juicios individuales; se concentran cientos o aun miles de demandas en un solo juicio. De esta manera los que integran la clase pueden afrontar los costos del proceso y el demandado tiene la posibilidad de saber la extensión de los costos de la decisión ya que al estar concentrada permite saber los límites de una conciliación o de una sentencia. Cuando existen muchos pleitos individuales la falta de certeza en estos puntos es mucho mayor; son también superiores los costos de producción de prueba y honorarios. Al mismo tiempo, para la administración de justicia, la acción de clase evita que se bloqueen los juzgados con demandas similares en diferentes *sedes* y con la posibilidad de resultados diversos.

La explosión de las acciones de clase es debida a su versatilidad. Permiten unir números muy grandes de pretensiones de *sujetos* que individualmente no se hubieran iniciado. *Fundamentalmente* están asociados a temas como defensa de la competencia, derecho societario, derecho de mercados de capitales, derechos reales y *principalmente* responsabilidad civil y derechos humanos. En Estados Unidos también se han utilizado en temas de discriminación, ya sea por la raza o por el sexo. En la medida en que los litigios son cada vez más complejos la capacidad de actores individuales de asumir los costos de caso disminuyen en forma correlativa. Las oportunidades de ganancias sin embargo permanecen sustanciales de tal manera que este vacío está cubierto por estudios de abogados con capacidad empresarial que esperan obtener los beneficios de organizar una clase de actores potenciales y de poder llevar esta acción conjunta a un resultado exitoso. Este incentivo profesional no se encuentra cuando la acción es ejercida por funcionarios como el Defensor del Pueblo.

La teoría de la acción de clase es tomar una señal débil y amplificarla agregándole muchas pretensiones pequeñas que de otra manera no podrían ser perseguidas individualmente. De esta manera se bajan los costos de cada reclamo individual.

Existe una tensión con la regla de la autonomía de la voluntad, y nos presenta una situación similar a la de un contrato de adhesión.

¿Cuáles son las razones en que lo impensable, un proceso impuesto, aparece como posible por un cambio en las circunstancias? En términos generales es cuando aparecen tres situaciones básicas; la primera es que el número de individuos igualmente frente a un demandado común es muy grande. Es decir un gran número de actores. El segundo elemento es que la pérdida sufrida por cada uno de los actores sea relativamente pequeña que desaconseje su reclamo individual. El tercero es que los costos, tanto administrativos como judiciales, para cada acción individual sean relativamente altos.

Es también válida la acción de clase cuando un reclamo individual haga imposible el cumplimiento de otras pretensiones. Es decir en casos de quien primero llega percibe todos los fondos existentes, es decir que actúa en forma similar a las normas sobre concursos. O cuando puedan existir decisiones contradictorias de diferentes jueces que sean de cumplimiento imposible.

En estas circunstancias podemos imaginar, por oposición, las consecuencias de una norma que permita a cada parte agraviada iniciar su acción individualmente. Simplemente el posible actor no iniciará un juicio si los costos del litigio son mayores de lo que puede recuperar de él. Esto es perfectamente imaginable debido a los altos costos de letrados y de la producción de la prueba. En este caso la solución a esta situación es que todos los individuos que se encuentran en esta circunstancia unifiquen sus reclamos para que de esta manera puedan beneficiarse de lo que serían economías de escala.

También podemos pensar en el demandado. Podría ocurrir que el mismo quisiera resolver de una buena vez las posibilidades que tiene de ser demandado por el daño y tener una idea final de los costos que puede sufrir en el proceso. **De lo contrario puede ser demandado reiteradamente por nuevos actores que aparezcan cálculos de cuanto sería el precio para la solución final del problema sería muy importante o dilatada en el tiempo.**

En una sentencia del Juez Weinstein de 1973 se dicen estas elocuentes palabras que expresan la disyuntiva de un juez ante los derechos de incidencia colectiva: *“O estamos comprometidos a... brindar una instancia para la resolución de causas que afectan a todos nuestros ciudadanos, incluyendo a aquellos privados de derechos humanos, consumidores que pagan sobreprecios por productos como resultado de infracciones a las leyes antimonopólicas e inversores que son víctimas de información capciosa, o no lo estamos.”*

La organización de una acción de clase

Las acciones de clase tienen un representante de la clase que es generalmente el abogado principal de la demanda; él es quien representa los intereses de todos los miembros de la clase aun cuando no tenga un mandato de ellos. Integran la clase todos los que tengan agravios similares contra un demandado, la determinación de la similitud de los agravios debe ser apreciada por el juez que certifica la clase, lo cual no es una tarea sencilla ya que la extensión del daño recibido puede variar en cada actor. Todos los que integran la clase están obligados por la decisión aun cuando no sean parte del proceso. Generalmente solo un número reducido de actores integran la demanda, los abogados especializados buscan los casos más representativos o que tienen todas las variedades posibles que se presentan en la cuestión. Los otros integrantes de la clase esperan en forma pasiva el resultado del pro-

ceso y están obligados por la decisión. Quien no desee integrar la clase debe presentarse ante el juez interviniente y expresamente excluirse del proceso. Este es el caso de quien tiene un agravio mayor o diferente al resto de los miembros de la clase y prefiere una acción individual.

En general las acciones de clase están referidas a cuestiones de responsabilidad civil, el accidente masivo es el caso más evidente, también el de daño ecológico. También cuestiones de derecho societario, como son los casos que enfrentan a los accionistas de sociedades, particularmente si cotizan en bolsa, con los órganos de gobierno corporativo. Las cuestiones de discriminación y las de derechos humanos también tienen una participación creciente. Las acciones de clase requieren estudios jurídicos especializados en ellas, preparados para la producción de prueba compleja y generalmente costosa. Parte de la prueba debe producirse con anterioridad a la adopción de la clase, pues puede ser un requisito para su aceptación. En los Estados Unidos los honorarios por el orden causado, es decir son parte de lo cobrado por los clientes, por lo que generalmente estos juicios requieren una contribución económica inicial importante para los abogados. El abogado debe afrontar el riesgo de iniciar la acción y sabe que si pierde el caso afrontará las costas que ha causado. Es un importante límite a las demandas temerarias.

Requieren este tipo de acciones una organización previa importante y una certificación judicial. Los preparativos son generalmente muy costosos para los letrados que organizan las acciones ya que requieren preparar una prueba compleja porque intervienen muchas personas y generalmente el perjuicio individual sufrido es reducido. En una acción típica hay muchos miembros de la clase, hasta miles en ciertos casos, que han sufrido un perjuicio relativamente pequeño. El daño requiere una prueba sobre la responsabilidad de la demandada que es de difícil obtención porque generalmente de es un menoscabo sufrido durante años.

Ventajas y desventajas de las acciones de clase

La principal ventaja de las acciones de clase es que efectivamente unen acciones separadas sobre una misma cuestión que por los altos costos procesales serían impracticables si se litigaran individualmente. Permiten la amplificación de acciones de un monto reducido y que requieren una prueba compleja y muy costosa en la producción. Disminuyen los costos del litigio y admiten traer mayores recursos y un asesoramiento jurídico especializado y de alto nivel.

Al mismo tiempo la acción de clase fortalece la posición negociadora del actor. En este tipo de acciones el actor individual es generalmente mucho más débil que el demandado, ya sea éste una empresa de seguros en un caso de accidentes masivos, una empresa contaminante o un banco. La acción de clase, al extender el caso a todos los afectados equilibra las partes en el proceso; esto es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la prueba. Evita también las negociaciones para la formación de un litis consorcio; hacer asambleas de posibles actores y unificar la participación en la demanda supone un costo muchas veces insuperable. Las acciones individuales hacen imposible pleitos donde hay muchos perjudicados por pequeños montos y demandados muy poderosos.

Sin duda, en la mayoría de las acciones de clase, la estrategia del demandado es impedir que la clase sea admitida. De esta manera se asegura que los actores deban asumir plenamente los costos del proceso, lo que puede constituir una barrera que impide la debida reparación. Si no existen acciones de clase todas estas pretensiones quedarán sin resolver y se mantendrá una asignación ineficiente e injusta de recursos.

Pero los demandados tienen también una ventaja y es que se concentran las demandas en un caso y permite asumir todas las

consecuencias financieras en un pleito. Admite también ofrecer bases de conciliación más amplias ya que no es necesario hacer reservas para futuros pleitos sobre la misma cuestión. Reduce también al demandado los costos procesales ya que no requiere contratar letrados para representarlo en múltiples foros y en diferentes casos, todos con producción de prueba y alegatos jurídicos.

El principal inconveniente de las acciones de clase es su complejidad procesal. La admisión o certificación de la clase es la dificultad principal. Salvo en casos donde la clase proviene de un accidente masivo, o en los de derecho societario donde son todos los accionistas de una sociedad anónima, la inclusión de los individuos en una clase tiene un carácter algo arbitrario, tanto por lo que incluye como por lo que excluye. Es muy difícil que todos los que sufren discriminación en el empleo por razón de raza o sexo lo hayan sido en la misma forma, hay por lo tanto una inevitable gradación. Lo mismo ocurre en los casos de daños producidos por la contaminación. Por lo tanto corresponde a la responsabilidad del juez establecer un criterio estricto para la determinación de la clase. Los costos en probar la existencia de una clase también aumentan los costos del proceso. La manera de reducir los costos cuando los miembros de la clase habitan en diferentes provincias es recurrir a la jurisdicción federal.

Son útiles cuando la prueba es compleja ya que ahorra los costos de su producción, pero no son igualmente útiles cuando la complejidad proviene de la determinación del derecho aplicable. La determinación del derecho constitucional aplicable requiere un debate constitucional amplio y puede ocurrir que el medio de las acciones de clase no sea el ideal, ya que agrega las complejidades de la admisión de la clase a las complejidades constitucionales planteadas. Es preferible una acción individual que incluya la presentación de memoriales de *amicus curiae* lo que permite tomar una decisión informada pero que puede ser corregida en otros casos si no tiene las consecuencias esperadas.

La acción de clase también requiere un esfuerzo particular del juez para controlar la actividad de los letrados participantes para que respeten los intereses de los miembros de la clase que están ausentes del proceso. Es por ello que toda conciliación deberá ser aprobada por el juez de la causa, quién deberá asegurarse que luego cada miembro de la clase cobre lo debido.

El procedimiento en la acción de clase

Las acciones de clase en los Estados Unidos están reguladas por las Normas Federales de Procedimiento Civil en el artículo 23. Son normas cuya primera redacción es de 1938, con importantes reformas posteriores, por lo que la experiencia es válida para ser utilizada posteriormente.

La primera cuestión que un tribunal tiene que hacer en una acción de clase es determinar el nivel de heterogeneidad entre los miembros posibles de la clase, tomando el derecho de fondo aplicable como es y no como puede ser después de la aplicación del caso. Si las diferencias son muy importantes entonces la acción de clase fracasa, ya sea porque no se trata de un reclamo típico.

En los requisitos federales para las acciones de clase se establece que uno o más miembros de una clase pueden demandar o ser demandados como representantes si:

- (i) la clase es tan numerosa, que unir a todos los miembros en demandas individuales es impracticable;
- (ii) si hay cuestión de derecho o de hecho comunes a la clase;
- (iii) si las pretensiones o las defensas de los representantes son típicas de las pretensiones o defensas de las clases y
- (iv) si los representantes protegerán justa y adecuadamente (fairly and adequately) los intereses de la clase.

Deben cumplirse todos estos requisitos. Para ser mantenida como una acción de clase el tribunal debe tener en cuenta varios puntos alternativos. En principio, la acción debe evitar que otras demandas de miembros individuales puedan crear un riesgo de fallos inconsistentes que establezcan estándares incompatibles de conducta para la parte que enfrente en juicio a la clase. O que estos casos individuales dispongan de los intereses de los otros miembros de esos procesos o impidan sustancialmente su habilidad de proteger sus intereses. Tampoco se mantiene la acción de clase si la demandada ha dado una compensación a la clase como un todo.

Para mantener la acción de clase el juez debe establecer que las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre las cuestiones que afectan a los miembros individuales y que la acción de clase sea superior a todos los otros medios existentes para una decisión justa y eficiente de la controversia. Las materias pertinentes para llegar a esta conclusión incluyen:

- (i) el interés de los miembros de la clase para poder controlar la pretensión o defensa en controversias separadas.
- (ii) La extensión y naturaleza de cualquier litigio existente que sea concerniente a la controversia iniciada por los miembros de una clase.
- (iii) Si es deseable o no que se concentre el litigio de estas pretensiones en un foro determinado y
- (iv) las dificultades que pudieran aparecer en la administración de una acción de clase.

Dentro del procedimiento, si el juez considera que los intereses de la clase predominan sobre los de los individuos, deberá, como sea posible dentro de las circunstancias, informar individualmente a todos los miembros de la clase que pudieran ser

identificados. Esto es de práctica en las acciones que tienen un contenido dinerario. En esa información el tribunal expresará que se excluirán a los miembros individuales que no quieran pertenecer a la clase y lo hagan saber dentro del plazo que se determine, que el fallo que se dicta incluirá a todos los miembros de la clase salvo los que se hubieran excluido, y que el miembro que lo desee puede participar del proceso a través de representación letrada.

El fallo en una acción de clase deberá incluir y describir a aquellos a los que el tribunal considera como miembros de la clase. También una acción de clase puede ser mantenida con respecto a cuestiones particulares o puede ser subdividida en subclases y cada una de esas subclases considerará como una clase en sí.

Dentro de las medidas que puede tomar el tribunal en las acciones de clase están las de evitar la repetición indebida de pruebas o de argumentos; el requerimiento de protección de los miembros de la clase, esto incluye la consulta a los miembros de la clase para saber si son tratados equitativa y adecuadamente. También puede el juez eliminar referencias a los hechos alegados a personas que no están presentes en el juicio.

La acción de clase no puede ser desistida o conciliada sin la aprobación del tribunal y la propuesta de desistimiento o conciliación debe ser hecha conocer a todos los miembros de la clase.

Queda a la discreción del juez permitir que la decisión que concede o niega la certificación de la clase sea apelable. La apelación no suspende el proceso si la certificación ha sido concedida, a menos que el juez disponga lo contrario.

En el caso *Amchem products, Inc. v. Windsor* 521 U.S. 591 la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que el objetivo central de la acción de clase *“es superar el problema que los recuperos pequeños no proveen un incentivo a la acción individual de perseguir sus derechos. Una acción de clase resuelve este problema al hacer un agregado los recuperos potenciales*

relativamente escuálidos y transformándolo que valga trabajo de alguien, (generalmente el abogado.)” Los intereses de los individuos al conducir acciones legales separadas pueden ser tan fuertes como para provoquen la denegación de la acción de clase. Por otra parte, estos intereses pueden ser más teóricos que prácticos, la clase puede tener un alto grado de cohesión y la conducción de la acción a través de representantes puede ser casi inobjetable, o los montos en juego de los individuos pueden ser tan pequeños que los juicios separados pueden ser impracticables.

El interés en el control individual puede ser elevado cuando lo que cada miembro individual tiene en juego es importante y su voluntad y habilidad para controlar sus asuntos es fuerte; pero el interés puede ser solamente teórico cuando el interés individual es tan pequeño que hace una acción separada impracticable. Cada actor en una demanda relativa al resarcimiento por lesiones personales y muerte, tiene un interés significativo en controlar individualmente el impulso de su caso, cada uno tiene un interés sustancial en tomar las decisiones individuales sobre si debe o no conciliar el juicio.

En las décadas desde la revisión de la Regla 23 en 1966, la práctica de las acciones de clase ha sido cada vez más aventurada como un medio de controlar reclamos demasiado numerosos para asegurar su determinación justa, rápida y económica en casos individuales. El desarrollo refleja la preocupación sobre el uso eficiente de los recursos de los tribunales y la conservación de fondos para compensar a reclamantes que no se ponen en la fila del litigio.

El Justice Breyer, mencionó la importancia de un acuerdo dentro de una acción de clase que incluía a millones de personas. Dijo:

Creo que la mayoría no percibe la importancia del acuerdo llegado en este caso. Entre 13 y 21 millones de trabajadores han sido expuestos al amianto en sus lugares de trabajo en los úl-

timos 40 o 50 años...aprobar el acuerdo mejoró las posibilidades de compensación de los actores y redujo los costos de honorarios y otros costos de transacción en un monto considerable. Bajo el sistema anterior [sin acciones de clase] las víctimas más enfermas quedan habitualmente sin compensación a pesar que fondos importantes iban a otros que sufrían una enfermedad de amianto suave.

La reciente jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en el caso que afecta a la contaminación del Riachuelo ha iniciado la vigencia de las acciones de clase en la Argentina.

Conclusión

Las acciones de clase no tienen una función exclusiva de defensa de los derechos constitucionales. Pero son una herramienta útil en aquellos casos que una misma violación de esos derechos afecta a muchas personas que por los costos del proceso no pueden acceder a la justicia. De esta manera se reducen los costos de prueba, de honorarios de letrados, del esfuerzo en demandas diferentes y finalmente del procedimiento en múltiples juzgados. Los Constituyentes del '53 no conocían estas acciones pero podemos adoptarlas en su homenaje para poner en vigencia definitiva los derechos que ellos crearon.