

Voces: ENTIDAD FINANCIERA ~ DEPOSITO BANCARIO ~ EMERGENCIA ECONOMICA ~ DERECHO DE PROPIEDAD ~ MONEDA EXTRANJERA ~ OBLIGACION EN MONEDA EXTRANJERA ~ DOLAR ~ PESIFICACION ~ COEFICIENTE DE ESTABILIZACION DE REFERENCIA ~ INTERESES ~ ANATOCISMO ~ PAGO A CUENTA ~ CURSO DE LOS INTERESES ~ CONSTITUCION NACIONAL ~ DELEGACION LEGISLATIVA ~ FACULTADES DEL PODER EJECUTIVO ~ FACULTADES DEL PODER LEGISLATIVO ~ CONSTITUCIONALIDAD ~ TIPO DE CAMBIO ~ GRAVEDAD INSTITUCIONAL ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ FACULTADES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ SENTENCIA ~ CONTRATO ~ LIBERTAD CONTRACTUAL ~ DERECHO A EJERCER INDUSTRIA LICITA ~ INTERPRETACION CONTRACTUAL ~ GARANTIAS CONSTITUCIONALES ~ AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD ~ OBJETO DEL CONTRATO ~ FILOSOFIA DEL DERECHO ~ ACCION DE CLASE ~ PROCESO COLECTIVO ~ DERECHO CONSTITUCIONAL

Título: El fin del nudo gordiano constitucional

Autor: Sola, Juan Vicente

Publicado en: Sup. Esp. La emergencia y el caso Massa 2007 (febrero), 01/01/2007, 101

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) ~ 2006-12-27 ~ Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional](#)

Cita Online: [AR/DOC/946/2007](#)

Gordias rey de Frigia había enlazado el yugo de su carro de manera que fuera imposible de desatar, el oráculo prometía el reino del Asia menor a quien lo desanudara. Cuando le presentaron a Alejandro Magno el nudo gordiano, lo cortó con un solo golpe de su espada.

La Corte Suprema en el caso Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional - dto. 1570/01 y otro s/amparo dio una solución al problema del 'corralito'. Pero también y más importante dio una nueva visión a la intrincada y caótica doctrina de la emergencia económica. Sin buscar una visión formalista del derecho que justificara una nueva alternativa dentro de la evanescente doctrina de la emergencia buscó una solución pragmática al conflicto. Al hacerlo aplicó también el análisis económico del derecho, particular el Teorema de Coase y a su aplicación por los jueces imitando la solución a la que hubieran llegado las partes si hubieran podido negociar sin costos de transacción.

El pragmatismo en la Corte Suprema

En este fallo la Corte Suprema aplica una visión pragmática del derecho, algunos párrafos así lo indican.

10) Que tal respuesta institucional, a adoptarse mediante la presente sentencia, es el fruto de una decisión consensuada entre los ministros que integran esta Corte. La obtención de tal consenso, en aras del elevado propósito de poner fin a un litigio de indudable trascendencia institucional y social, determina que quienes la suscriben lo hagan sin perjuicio de las apreciaciones formuladas en conocidos precedentes sobre determinados aspectos de las cuestiones debatidas.

El pragmatismo tiene una larga tradición filosófica iniciada en Charles Sanders Pierce y William James (1) y que incluye en la actualidad a autores como Richard Rorty (2) y en el derecho a Richard Posner. El contenido de la visión pragmática del derecho le pide a los jueces que se concentren en las consecuencias prácticas de sus decisiones y tiene una utilidad particular en el derecho constitucional en la resolución de casos complejos.

La función primaria de una Corte Suprema es la de determinar las normas constitucionales que son necesarias y requeridas por las partes para la resolución de casos en los que se plantean cuestiones constitucionales. La función judicial lo mismo que la legislativa es al mismo tiempo creación y aplicación de derecho. Las leyes y las normas consuetudinarias son únicamente productos semi elaborados, cuya conclusión depende de la decisión judicial y de la ejecución de ésta (3). La norma constitucional, que es general por antonomasia, asocia a ciertos supuestos abstractamente determinados, ciertas consecuencias determinadas de manera abstracta. En algunos casos estas consecuencias no aparecen específicamente en la Constitución misma. Esta norma constitucional tiene que ser individualizada y concretada a fin de quedar en contacto con la vida social y de aplicarse en la realidad. Para ese efecto es necesario determinar en cada caso si las condiciones señaladas en abstracto por la norma general, se encuentran presentes en forma concreta a fin de que la sanción determinada abstractamente por la norma genérica pueda ser ordenada y ejecutada concretamente.

A esta función de la Corte como tribunal constitucional debe agregarse también la de resolver casos complejos en los que se presentan situaciones de gravedad institucional. Para estos casos puede analizarse la aplicación del pragmatismo jurídico y de razonabilidad. Casos en los que el debate constitucional es importante pero en los que las consecuencias de la decisión pueden poner en peligro la administración de justicia. En este caso particular la gravedad no proviene solo de las consecuencias económicas de la decisión, a lo que nos referiremos más adelante, sino a la explosión de demandas judiciales aisladas que inundaron los tribunales inferiores y a la Corte Suprema. Existe asimismo un remedio que son las acciones de clase que permiten reunir muchas pretensiones en una sola acción y a lo que también expondremos más adelante.

Richard Posner estableció un dodecálogo para determinar el contenido del pragmatismo legal (4).

1. El pragmatismo jurídico no es un nombre elegante que justifique una adjudicación ad hoc, sino que supone la consideración sistémica de las consecuencias y no solamente las específicas de cada caso.

2. Sin embargo, solamente en circunstancias excepcionales el juez pragmatista (5) dará un carácter vinculante a las circunstancias sistémicas, de la manera que lo hace el formalismo jurídico, es decir que la visión formalista del derecho raramente coincidirá con una estrategia pragmática, ya que ocasionalmente las circunstancias específicas del caso dominarán el proceso decisorio.

3. El criterio final de la decisión pragmática es su razonabilidad.

4. Sin embargo, a pesar del énfasis en las consecuencias el pragmatismo jurídico no es una forma de consecuencialismo, en el sentido de las doctrinas que evalúan las acciones por el valor de sus consecuencias, de las cuales la más prominente es el utilitarismo. Ello es debido a que el sistema pragmático de adjudicación conserva aspectos del formalismo como es la decisión por normas antes que por estándares. Más aún, por razones prácticas y jurídicas el juez no puede tener en cuenta todas las consecuencias posibles de sus decisiones.

5. El pragmatismo jurídico es prospectivo y considera que la adhesión a las decisiones pasadas es una necesidad con calificaciones antes de un deber ético.

6. El pragmatismo jurídico considera que el procedimiento analítico general no distingue el razonamiento jurídico de otras formas de razonamiento práctico.

7. El pragmatismo jurídico es empírico.

8. Por lo tanto no es hostil a toda teoría, más aún es más hospitalario a algunas formas teóricas que el formalismo jurídico, por ejemplo las que sirvan de guía a la búsqueda empírica. El pragmatismo jurídico es contrario a la idea de utilizar teorías abstractas, éticas o políticas, para guiar a la decisión jurídica.

9. El juez pragmático tiende a favorecer fundamentos estrictos para una decisión antes que genéricos cuando la evolución de una doctrina jurídica se encuentra en sus etapas iniciales.

10. El pragmatismo jurídico no es un suplemento del formalismo y por lo tanto difiere del positivismo de H. L. A. Hart.

11. El pragmatismo jurídico es coincidente con la concepción sofisticada y aristotélica de la retórica como forma de razonamiento.

12. Difere tanto del realismo jurídico como de la escuela crítica del derecho.

De esta manera una visión pragmática les solicita a los jueces que se concentren en las consecuencias prácticas de sus decisiones y tiene su aplicación concreta en el derecho constitucional, donde la información con que cuentan los jueces es incompleta y no permite construir un precedente definitivo. En una forma modesta de resolver cuestiones constitucionales frente a las formas agresivas de hacerlo. El juez 'modesto' coincide con la autolimitación judicial particularmente en casos donde la información es incompleta o asimétrica. De esta manera hay una coincidencia entre el pragmatismo judicial y una visión de prudencia o de 'modestia' judicial. El pragmatismo basa su decisión en las consecuencias y es muy difícil determinar las consecuencias de una decisión política si se la elimina desde su inicio, con una visión formalista muy estricta. Si la Corte Suprema es inevitablemente un tribunal político cuando decide cuestiones constitucionales, toda limitación a su ejercicio proviene del reconocimiento del carácter subjetivo de muchos de los fundamentos de la jurisprudencia constitucional (6).

El incumplimiento eficiente en los contratos

La Corte planteó cual era el motivo del pleito en su párrafo 14

14) ... El problema se circunscribe, por lo tanto, al quantum que la entidad bancaria receptora de la imposición debe abonar al depositante. En lo referente a tal cuestión corresponde, en primer lugar, establecer, con arreglo a la normativa de emergencia —y según los alcances que a ella corresponde otorgar conforme el juicio de esta Corte en el contexto de la situación suscitada— sobre qué bases debe determinarse la obligación de las entidades bancarias emergente de los respectivos contratos de depósito para verificar si su resultado, en las actuales circunstancias, conduce a un menoscabo del derecho constitucional de propiedad (arts. 14 y 17, Constitución Nacional) aducido por los demandantes.

Se trata de saber si existe un incumplimiento contractual de tal extensión que pudiera producir un menoscabo del derecho de propiedad. La pregunta desde el análisis económico del derecho es saber si puede haber un incumplimiento eficiente de los contratos. La respuesta en aplicación del estricto criterio de Pareto es, que el incumplimiento es eficiente cuando las partes están mejor luego del incumplimiento que lo que estarían en una situación anterior. Es decir reconocer que a veces es más eficiente no cumplir un contrato, cuando los costos de cumplimiento exceden beneficios de todos. Cooter y Ulen señalan que el primer objetivo del derecho de contratos es el de permitir a las personas convertir juegos con soluciones ineficientes en juegos con soluciones eficientes (7). Los contratos son costosos y deben aproximarse al ideal de proveer incentivos para conducta que maximice el valor.

Frente a una sistema de derecho ineficiente la solución es la aplicación es el Teorema de Coase. Tiene múltiples versiones podemos recordar la de Cooter y Ulen "Cuando las partes negocian y resuelven sus diferencias por cooperación, su comportamiento será eficiente sin importar la norma jurídica existente" El

Teorema supone con costos de transacción reducidos las partes por medio negociación resolverán sus problemas de una manera siempre eficiente sin importancia del derecho aplicable. La pregunta es qué ocurre cuando los costos de transacción son tan elevados que no puede haber una negociación eficiente, es decir en la que las partes estén en una situación mejor que la que estaban antes. O donde los derechos no estén claramente determinados. En esos casos corresponde la aplicación de Coase por los jueces.

El juez y una solución negociada

El teorema de Coase señala la característica de los costos de transacción y su influencia en el sistema económico. El análisis del teorema plantea proposiciones normativas y positivas. Posner hace una sugerencia normativa señalando que ya que las transacciones no son nunca sin costo en el mundo real, la eficiencia es promovida al asignar el derecho legal a la parte que lo hubiera comprado en el caso que hubiera sido asignado inicialmente a la otra parte (8).

Con Coase hubiéramos imaginado una decisión del tribunal que imitara el mercado, "mimic the market", es decir imitar o acercarse a la decisión que las partes hubieran tomado en el mercado si no hubiera habido costos de transacción. Cuando los costos de transacción son positivos los derechos deberán ser asignados a quienes los poseerán en el estadio final si los costos de transacción fueran cero. La asignación de derechos deberá cumplir con la maximización de riqueza o dicho de otra manera, "imitar el mercado"(9) Cuando los costos de transacción son elevados la posibilidad de negociación es menor por lo que las personas deben utilizar los tribunales para que los recursos tengan su uso más eficiente. En este caso la posibilidad de una negociación entre depositarios y bancos era posible pero con costos elevados provenientes de la información asimétrica, de posibles comportamientos estratégicos provenientes de los bancos y particularmente de la situación de desventaja financiera en la que se encontraban algunos actores. La posibilidad de una solución eficiente a través de la negociación pudo ser propuesta por los jueces en algunos casos, pero en general se buscó una solución dentro del formalismo jurídico. Una alternativa eficiente es que el juez llegara a la solución a las que las partes hubieran llegado si hubieran podido negociar sin costos de transacción y dentro de esta visión se encuentra el fallo de la Corte Suprema. Ante la confusión normativa creada por la existencia de muchas decisiones diferentes, con precedentes de la Corte Suprema contradictorios, una alternativa es que los jueces puedan imitar una decisión a la que las partes hubieran llegado con costos de transacción bajos. Es una solución eficiente ya que pone a ambas partes en una situación mejor que la que hubieran estado antes de la conclusión del pleito y ha reducido los costos de probables litigios futuros. Dentro de esta visión de una solución conciliada es comprensible que las costas sean por el orden causado.

El largo camino desde el caso Smith

Sin duda el respeto de las libertades económicas es puesto a prueba en tiempos de crisis. La tentación por parte de los jueces de hacer una distinción entre libertades civiles y económicas tiene consecuencias nefastas ya que degrada los derechos económicos a nivel de doctrinas de política económica. La Corte Suprema de EE.UU. ha finalmente desechado esta distinción inicialmente en el caso Lynch y fundamentalmente en el caso Lucas (10). En Lynch v. Household Finance Corporation (11), el Juez Stewart escribiendo en nombre de la Corte (12) señaló que la razón principal para descartar una distinción entre libertades personales y derechos de propiedad en cuanto a la protección judicial era la gran dificultad que existía en trazar una línea consistente y objetiva entre ellos. Se trataba de la facultad que tenían entidades financieras de embargar cuentas de ahorros de los deudores morosos de forma extrajudicial.

"La dicotomía entre libertades personales y derechos de propiedad es falsa. La propiedad no tiene derechos. La gente tiene derechos. El derecho a gozar de su propiedad sin una privación ilegal es en verdad un derecho "personal" en no menor medida que la libertad de expresión o el derecho a viajar, ya sea que la "propiedad" en cuestión sea un cheque de seguridad social, una casa, o una cuenta de ahorros. En los hechos una interdependencia fundamental existe entre el derecho personal a la libertad y el derecho personal a la propiedad. Ninguno tiene sentido sin el otro."

La otra tentación del juez constitucional es la de considerar a la emergencia económica como una autorización amplia a los poderes políticos para la reglamentación de los derechos constitucionales con un límite de razonabilidad muy restringido. Este abandono histórico de la Corte Suprema a proteger los derechos económicos lleva al sometimiento de los habitantes al capricho de legisladores y funcionarios en cuanto al uso de su propiedad o a su ejercicio del comercio y la industria.

En el presente caso la Corte Suprema ha buscado una solución dentro de la visión pragmática del derecho teniendo en cuenta el fracaso de las visiones formalistas del tema para resolver finalmente el problema de los depósitos bancarios en dólares y la extraordinaria litigiosidad existente.

Creo que se puede encontrar la solución en el análisis económico del derecho, para que de esta manera los jueces descubran las cuestiones económicas implícitas en los casos y las consecuencias muchas veces ocultas de decisiones constitucionales que crean incentivos económicos o rentas muchas veces no deseadas. Corresponde el análisis de los costos de transacción que los precedentes constitucionales pueden imponer. Estos costos de transacción elevados son los que hacen dificultar la actividad humana y la llevan a la frustración de sus

expectativas. Particularmente en cuanto el control judicial es la principal garantía frente a la acción de grupos de interés en el proceso legislativo. Frente a esto el restablecimiento de un control de razonabilidad económica incluyendo el análisis de costo y beneficio de las reglamentaciones de los derechos es una tarea que se impone a los jueces. Contrariamente a lo que se pensó desde la década del '30 la emergencia económica no se resuelve con jueces prescindentes.

¿Es un holding ejemplar?

Un precedente pragmatista es un precedente limitado. Un precedente útil es aquel que permite fácilmente encontrar la norma constitucional aplicable a casos futuros de características similares. La práctica de respetar los precedentes tiene beneficios considerables:

1) Eficiencia en cuanto economiza esfuerzos judiciales, el mismo punto no tendrá que ser considerado nuevamente por el mismo tribunal, o por lo menos no a menudo.

2) Eficiencia en el interés de los particulares que al tener definidos sus derechos pueden con menor riesgo resolver sus conflictos por negociación, particularmente si consideran que sus derechos constitucionales están determinados y es poco probable que sean variados.

3) Se evitan litigios innecesarios, que sería el caso de un tribunal inferior que decide un caso en contra del precedente estable de la Corte Suprema y que es por lo tanto revocado reiteradamente (13).

Ahora una solución dentro del pragmatismo jurídico encuentra su utilidad cuando no es posible encontrar un precedente formal, o cuando se quiere establecer una forma eficiente de resolver el conflicto pero fuera de la lectura del positivismo jurídico estricto. En gran medida el pragmatismo ha colaborado para salir del galimatías del discurso jurídico existente en materia de emergencia económica. Este discurso ha sido justamente criticado en la doctrina jurídica desde la reconocida disidencia de Antonio Bermejo en el caso "Ercolano c. Lanteri de Renshaw"(14). Años más tarde Alfredo Orgaz, por ejemplo, en Fallos 243:449 señaló el concepto de "temporiedad", Todo lo que cabe afirmar razonablemente es que la emergencia dura todo el tiempo que duraron las causas que la han originado (15). Pero también es necesario señalar que la doctrina de la emergencia económica no tiene tampoco fundamentos económicos creíbles.

¿Cuál es el holding de este precedente? No es una norma formal sino primariamente una constatación práctica que no hubiera tenido trascendencia si la cuestión planteada no hubiera sido la de mayor gravedad institucional de los últimos tiempos.

19) Que, en síntesis, de lo expresado en los considerandos anteriores resulta que la entidad bancaria debe abonar a la actora su depósito —incluyendo los intereses pactados con la limitación temporal señalada— convertido a pesos, a la ya indicada relación de \$ 1,40 por cada dólar, ajustado por el CER, más los intereses calculados a la tasa del 4% anual.

20) Que con esta comprensión, y en virtud del resultado que se obtiene según lo expuesto en el considerando que antecede, cabe concluir que la aplicación de la normativa de emergencia, que ha dado motivo a la promoción de este amparo y de muchos otros litigios, no ocasiona lesión al derecho de propiedad de la actora.

Al mismo tiempo, es sin duda desafortunada la referencia al principio de la "soberanía monetaria" (Fallos: 52:413, 431 y 149:187, 195) efectuada en el párrafo 21 efectuada como un obiter dictum para señalar que la doctrina de la emergencia económica sobrevive como un espectro que puede nuevamente aterrarnos.

El discurso económico y la eutanasia del rentista

A pesar de haber elegido una solución pragmatista encontrada al caso, en un obiter dictum en el párrafo 21 la Corte reitera conceptos que califica de centenarios sobre la 'soberanía monetaria'.

...la regulación general del régimen monetario y la fijación del valor de la moneda. Sobre este aspecto ha habido precedentes constantes acerca de su constitucionalidad fundados en el principio de la "soberanía monetaria" (Fallos: 52:413, 431 y 149:187, 195). El Congreso y el Poder Ejecutivo, por delegación legislativa expresa y fundada, están facultados para fijar la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras a fin de restablecer el orden público económico (arts. 75, inc. 11, y 76 de la Constitución Nacional).

Es este un comentario desafortunado ya que si bien existe una doctrina regulatoria de larga tradición, aunque no centenaria, ella está basada en argumentos jurídicos y económicos muy endeble. Su principal fundamento económico está basado en los modelos de John Maynard Keynes quién hacia el fin de su obra Teoría General de la ocupación el interés y el dinero (16), estableció un lenguaje normativo de condena de los ahorristas que se encuentra desacreditado.

En el capítulo 24 de la Teoría General Keynes sostuvo que en el tiempo el capital aumentaría y con este aumento de la oferta el precio del capital, es decir la tasa de interés del mercado, caería. El resultado de este proceso histórico sería el fin de la clase capitalista y Keynes llamaba a la 'eutanasia del rentista' (17). Más allá del hecho que muchas más personas viven del interés de sus ahorros ahora que en la época que Keynes escribió, existen muchas razones para disentir de la visión de Keynes que la demanda de capital es limitada 'la demanda de capital está limitada estrictamente en el sentido que aumentar la existencia del mismo no sería difícil' (18):

Una de ellas que la demanda de capital es ilimitada ya que es un mecanismo de poder y es difícil de imaginar que la demanda de poder sea fácilmente satisfecha.

Una cita del párrafo mencionado es elocuente por sí misma:

...aunque este estado de cosas sería perfectamente compatible con cierto grado de individualismo, significaría sin embargo, la eutanasia del rentista y, en consecuencia, la del poder de opresión acumulativo del capitalista para explotar el valor de escasez del capital. Hoy el interés no recompensa de ningún sacrificio genuino como tampoco lo hace la renta de la tierra; pero mientras posiblemente haya razones intrínsecas para la escasez de la tierra no las hay para la de capital... Veo, por tanto, el aspecto rentista del capitalismo como una fase transitoria que desaparecerá tan pronto como haya cumplido su destino y con la desaparición del aspecto rentista sufrirán un cambio radical otras muchas cosas que hay en él.' (19).

Propone la intervención del estado para que permitiera por el ahorro colectivo que el capital creciera hasta dejar de ser escaso. En suma lo que propone es la expropiación lenta y gradual de los ahorristas, a los que llama 'rentistas' en una terminología anticuada y también peyorativa, para lo cual no habría necesidad de una revolución (20).

El desarrollo de las nociones keynesianas a través de los años '30 a '70 ha tenido graves consecuencias institucionales, muchas de las cuales no han sido abandonadas cuando se desacreditaron las doctrinas económicas que le dieron origen. Se estableció una cultura jurídica que justificó la 'eutanasia del ahorrista' a pesar de las importantes limitaciones constitucionales existentes. Se transformó en un discurso económico normativo (21) que produjo el más importante cambio en las doctrinas constitucionales desde *Marbury vs. Madison*. Se estableció un nuevo contenido para la 'soberanía monetaria' y la 'emergencia económica' totalmente contraria a las libertades constitucionales.

Los casos del oro

En el fallo se han mencionado los cuatro casos del oro fueron decididos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1935. De ellos dos *Norman v. Baltimore & Ohio Railroad* y *United States v. Bankers Trust Co.*, fueron decididos conjuntamente 294 U.S. 240 (1935) y se referían a deudas privadas. Fue con una mayoría muy estrecha, 5 a 4, la mayoría se concentró en la capacidad del Congreso en regular los contratos entre particulares. Pero conviene recordar los argumentos de la minoría,

El juez McReynolds en su disenso dijo:

Las disposiciones aquí atacadas traerán la confiscación de los derechos de propiedad y el repudio de las obligaciones públicas. La aquiescencia en las decisiones recientemente anunciadas es imposible; las circunstancias requieren de la declaración de nuestras opiniones. Permitirnos caer por la pendiente suave ofrecida por el curso de los acontecimientos y adormecer nuestras mentes frente a la extensión del daño sería precisamente fracasar en nuestra obligación de responsabilidad.

Es cierto que las cláusulas oro 'cumplían la intención de asegurar un estándar definido o una medida de valor, y por lo tanto protegernos contra la depreciación de la moneda y contrario a la liberación de la obligación por el pago de menos que lo establecido'. Más aún, permiten los medios de computar la suma a pagar en moneda corriente si el oro no fuera obtenible.

Es bueno recordar que los deudores de estos contratos eran compañías ferroviarias y bancos y los acreedores eran en muchos casos simples ahorristas que quedaron empobrecidos.

La posibilidad de una acción de clase

El alud de casos judiciales planteados por el 'corralito' financiero llevó al colapso a la administración de justicia. Ahora que una decisión de la Corte Suprema resuelve el fondo de la cuestión corresponde reflexionar sobre medios procesales útiles que permitan resolver rápidamente estos litigios masivos. Una técnica utilizada para promover la eficiencia en la solución judicial de conflictos son las acciones de clase.

Una "acción de clase" es fundamentalmente la consolidación de diferentes pleitos relacionados en uno. No todos los casos pueden transformarse en acciones de clase, sólo una minoría de casos pueden ser certificados 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 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. Al mismo tiempo para la administración de justicia la acción de clase evita que se bloqueen los juzgados con demandas similares en diferentes juzgados y con la posibilidad de resultados diferentes.

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. La principal ventaja de las acciones de clase es que efectivamente une acciones

separadas sobre una misma cuestión que por los altos costos procesales serían impracticables si se litigaran individualmente. La acción de clase permite la amplificación de acciones de un monto reducido y que requieren una prueba compleja y muy costosa en la producción. Disminuye los costos del litigio y permite 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, lo que es necesario para evitar juegos oportunistas en la negociación y también para asumir los costos de producción de la prueba. Evitan también las negociaciones para la formación de una litisconsorcio, ya que la reunión de asambleas de posibles actores y su unificación para participar 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.

Para los demandados tiene la gran ventaja que se concentran las demandas en un caso y permite asumir todas las consecuencias financieras en un pleito. Permite 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 razonamientos jurídicos. 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.

La Acción de clase generalmente concluye con una conciliación entre las partes, porque los costos del proceso son muy elevados para las partes que prefieren una solución acordada. De alguna manera en este caso Massa la Corte Suprema ha tratado la causa como una hipotética acción de clase y ha buscado la solución similar a las que las partes hubieran llegado si hubieran podido negociar sin costos de transacción.

Una breve conclusión

El fallo Massa resuelve en forma pragmática una cuestión grave que había creado desconfianza social en las instituciones y una congestión en la administración de justicia. Al utilizar un lenguaje pragmático y una visión cercana al análisis económico del derecho no continuó con el retorcido camino jurisprudencial de la emergencia, que no tiene sostén constitucional ni económico y sólo ha creado el desprestigio de la judicatura. Permite además una solución rápida de los demás conflictos que continúan ocupando los tribunales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) La principal obra de James sobre el tema es "Pragmatismo de 1907", edición castellana Aguilar, Biblioteca de iniciación filosófica. 1964. Sobre una historia de los orígenes del pragmatismo ver MENAND, Louis, "El Club de los metafísicos", Grupo editorial Planeta, Buenos Aires, 2003. p. 343.

(2) Cf. RORTY, Richard, "Philosophy and the mirror of nature", Princeton University Press, 1979. Caps. VI y VII, donde una visión pragmática moderna sobre el método, lenguaje y hermenéutica.

(3) Cf. KELSEN, "Teoría General del derecho y del estado", p. 159.

(4) POSNER, Richard A., "Law, Pragmatism, and Democracy", (Harvard 2003), ps. 59-60.

(5) El término 'pragmatista' es utilizado para distinguir la expresión técnica derivada de la utilización del pragmatismo jurídico, la una utilización del uso común del lenguaje.

(6) POSNER, Richard A., Foreword: a political court. 119 Harv. L. Rev. 31, Harvard Law Review November, 2005

(7) COOTER, Robert & ULEN, Thomas, "Law and Economics", 2ª ed., 1997, p. 170.

(8) POSNER, Richard, "Economic Analysis of law", 5ed. 1998, ps. 62-63.

(9) En inglés "mimic the market", ver también Posner, op. cit., p. 272.

(10) El caso "Lucas v. South Carolina Coastal Council", 505 U.S. 1003 (1992). Son de alguna manera el abandono de las doctrinas como las que surgen de los casos del oro.

(11) 405 U.S. 538 (1972).

(12) Existió una disidencia pero referida a otro punto del proceso y con aclaración de la coincidencia con el holding principal.

(13) BANKOWSKI, MacCORMICK, MORAWSKI & RUIZ MIGUEL, "Rationales for precedent". En

Mac Cormick ed., "Interpreting precedents". Ashgate. 1997, P. 490. Debo señalar que se refieren a precedentes continentales europeos.

(14) Los fundamentos económicos del Caso Ercolano son particularmente disparatados, ya que supone que existe un monopolio organizado por todos los locadores de la ciudad de Buenos Aires.

(15) Citado por el Ministro Fayt en su voto en el caso Provincia de San Luis c. Gobierno Nacional.

(16) La edición original es de 1936, la traducción existente de la del Fondo de Cultura Económica, Méjico 1943.

(17) KEYNES, John Maynard, "Teoría General", ps. 374-77 de la edición original inglesa, ps. 330, 332 de la ed. Mejicana.

(18) Id. p. 374 (330).

(19) Id. p. 331 (375).

(20) KEYNES, íd p. 332 (376). ROBINSON, Joan, "Economic Philosophy", ps. 19-20 (Chicago, 1962)

(21) Por oposición al discurso positivo que describe las posibles consecuencias de cada medida económica pero sin imponer su análisis como una norma.