



Introducción a los **procesos colectivos y** **las acciones de clase**

Francisco Verbic

PRÓLOGO
Eduardo Oteiza



Editores
del Sur

Introducción a los **procesos colectivos** **y las acciones de clase**

Francisco Verbic

PRÓLOGO
Eduardo D. Oteiza



Editores
del Sur



Contenido

Prólogo.....	13
Presentación de esta edición.....	19
Presentación (2017).....	29
Glosario de abreviaturas de normas.....	33
1. Los procesos colectivos.....	35
1.1. La cuestión terminológica	35
1.2. La influencia de las tradiciones jurídicas sobre la definición del campo de actuación del proceso colectivo: <i>civil law</i> (enfoque en derechos) y <i>common law</i> (enfoque en conflictos).....	38
1.3. El conflicto colectivo como justificación de la tutela diferenciada.....	51
1.4. Opciones procesales para la discusión de conflictos colectivos en sede judicial: necesario redimensionamiento del método de debate	56
2. Panorama general de la regulación en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y México	61
2.1. Argentina.....	61
2.2. Brasil	70
2.3. Chile	75
2.4. Colombia.....	80
2.5. México	85

3. Finalidades y ventajas de los procesos colectivos	97
3.1. Acceso a la justicia	97
3.2. Economía procesal	105
3.3. Modificación de conductas: cambios históricos y reforma estructural.....	107
3.4. Control judicial de constitucionalidad y convencionalidad de políticas públicas.....	114
3.5. Obtención de soluciones igualitarias	123
4. Redimensionamiento del rol del poder judicial.....	127
5. Rol del juez en el proceso colectivo	135
5.1. El juez como director del proceso. Poderes instructorios y ordenatorios. Gestión judicial. Oralidad y audiencias	135
5.2. Conversión de la acción individual en colectiva.....	146
6. Litigación de procesos colectivos y acciones de clase	151
6.1. Legitimación y representación adecuada	151
6.2. La demanda colectiva.....	164
6.3. Audiencia preliminar y certificación de la acción.....	166
6.4. Acuerdos transaccionales colectivos	171
6.5. Prueba. Cargas y presunciones. Producción de oficio. Rol de los expertos.....	176
6.6. Litigios paralelos y superpuestos. Conexidad, principio de prevención, acumulación de procesos. Alternativas regulatorias.....	181
6.7. Publicidad y notificaciones. Modalidades. Lenguaje utilizado	184
6.8. Apertura del debate y transparencia. <i>Amicus Curiae</i> . Audiencias públicas.....	193
6.9. Costas. Honorarios. Mecanismos de incentivo	199
6.10. Proceso colectivo pasivo	202

7. Cosa juzgada colectiva	207
7.1. Sistemas	207
7.2. Sistemas de <i>opt in</i> y <i>opt out</i> . Derecho de optar por excluirse del proceso.....	210
7.3. Vinculación entre sistema de cosa juzgada y modo de regular otros institutos procesales	212
8. Efectividad de la tutela colectiva.....	217
8.1. Medidas cautelares.....	217
8.2. Liquidación y ejecución de sentencias	221
9. Balance y prospectiva.....	245
Bibliografía.....	249

Prólogo

La invitación de Francisco Verbic para que redactara el prólogo de su *Introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase* me permitió disfrutar de un texto que debe ser examinado cuidadosamente, ya que brinda una amplia variedad de explicaciones claras sobre los temas centrales de los procesos representativos, pensados para la protección de derechos que trascienden el plano individual y poseen hondas repercusiones sociales.

El libro brinda explicaciones claras sobre ejes temáticos fundamentales de los procesos colectivos. Trata los principales conceptos de un modo diáfano. Recorre las nociones centrales, observadas desde diversas perspectivas y, además, plantea un gran número de dilemas a los que sugiere soluciones posibles sin ocultar las fortalezas y debilidades de cada una de ellas. Invita a indagar sobre ideas cuya simpleza es sólo aparente.

Borges en una entrevista que concedió en 1980 argumentó: “no sé si es posible que algo sea sencillo en este mundo tan complejo, tan enigmático [...]. La sencillez pura, no. Yo creo que lo que importa es que algo sea íntimamente complejo y aparentemente, ilusoriamente, simple”. No intento hacer una comparación grandilocuente. Mi propósito es destacar que el libro es ilusoriamente simple. Permite entender rasgos definitorios de las cuestiones tratadas, sin dejar de

alentar a que la indagación continúe en un rumbo que deja entrever en cada una de las encrucijadas que enuncia.

Se trata de una “introducción” dedicada a los “procesos colectivos y las acciones de clase”. Esas dos denominaciones son utilizadas para identificar las reglas que permiten la búsqueda de una solución a una situación (hechos) en que se encuentran cuestiones jurídicas que trascienden lo puramente individual y abarca una comunidad que se manifiesta en una gama de conformaciones posibles que va del grupo a la sociedad en su conjunto. A pesar de la amplia difusión de ambas denominaciones, creo que es acertado considerar que en esencia se trata de procesos representativos, como anota Verbic. Las acciones de clase, difundidas a partir de su empleo en los Estados Unidos de Norteamérica, responden a la evolución de un sistema de justicia que puede ser calificado como excepcional, debido a su singularidad y al modo en que refleja creencias y tradiciones propias de esa cultura. La denominación procesos colectivos ha sido aceptada en el derecho latinoamericano. Ella propicia la definición de los derechos y sus diferentes variantes como paso previo a la elección de la vía procesal de protección.

Vetric con razón sostiene que la tutela judicial a la que dedica su libro es la realizada en clave representativa. Aquella en la que un representante, al que se le atribuye preceptivamente la capacidad para actuar en beneficio de personas que no han conferido en forma explícita la capacidad para que actúen en su nombre, lleva adelante la defensa de una pluralidad de personas, a los fines de obtener una decisión que pase en autoridad de cosa juzgada. El “representante”, que se propone a sí mismo para abogar por los integrantes de un colectivo que no lo nominó, es la peculiaridad más relevante de todo este esquema de defensa. De la eficiencia o la fragilidad de la selección de quien se atribuye la voz de

los ausentes depende el grado de inmutabilidad de la sentencia y el cierre definitivo del conflicto para los contendientes del proceso judicial, presentes o ausentes. El sistema de representatividad supone una cesión del derecho individual de reclamar por la protección de un derecho en la inteligencia que resulta más conveniente la defensa conjunta. De allí que personas que no concurren a defender sus derechos pueden verse afectadas por la sentencia que se dicte.

Las distintas opciones que han tomado Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México y el Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal al diseñar respuestas, tanto para el problema de la representatividad como con respecto a las distintas alternativas procesales, son descriptas por Verbic en un pormenorizado estudio de derecho comparado latinoamericano. En forma aguda trata esas experiencias nacionales en los planos constitucional, legal y jurisprudencial. Toma el desarrollo de las acciones de clase de los Estados Unidos de América como elemento de contraste sin dejar de marcar que los ordenamientos de cada uno de los países mencionados provienen de una cultura jurídica que no permite asimilaciones ingenuas ni observaciones superficiales. El sistema de las acciones de clase parte de la preocupación por los hechos con repercusiones en una dimensión grupal. Anota con razón Verbic que la fórmula *remedies precede rights* es una muestra típica de la cultura anglosajona. Por el contrario, la cultura legal latinoamericana define primero la fórmula abstracta que caracteriza el derecho para luego ocuparse de los instrumentos procesales para resguardarlo. Hay sutiles diferencias con su similar latina, *ubi remedium, ibi jus*. En ésta última la idea de remedio no se independiza del derecho como en la anglosajona, que apela a la idea de *remedies* como noción autónoma. Esas visiones tienen innegable

repercusión en las instituciones adoptadas en cada una de esas experiencias.

Los desarrollos sobre el comparado latinoamericano y las estrategias de cada Estado para sortear los desafíos de los procesos representativos abren el camino para responder a las preguntas que quedan latentes en cada capítulo del libro. Leerlo con detenimiento permite ahondar sobre algunos de los siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las características de los procesos representativos? ¿Qué ventajas e inconvenientes presenta la resolución de conflictos tendientes a proteger derechos en sociedades complejas? ¿Qué opciones adoptan los Estados al regular los procesos representativos? ¿Son adecuados los caminos definidos o convendría desarrollar otras alternativas procesales? ¿Cuáles son las finalidades perseguidas? ¿En qué medida sus propósitos constituyen una interpellación al sistema de justicia pensado tomando en consideración los litigios individuales? ¿Qué cambios resultan imprescindibles para que un proceso orientado a resolver conflictos individuales funcione eficazmente para la resolución de problemas que afectan a una multiplicidad de personas? ¿Qué papel deben asumir los jueces y las partes en un proceso planteado en una dimensión colectiva? ¿Cómo asegurar una adecuada representación del ausente como presupuesto de una decisión con una correcta ambición de inmutabilidad? ¿Cuáles son los incentivos y desincentivos en materia de litigación colectiva? ¿En qué medida se logra proteger los derechos de un colectivo en los procesos representativos? Por mencionar algunas de las cuestiones desarrolladas en el libro.

Suele afirmarse que los procesos representativos son excepcionales. El tema es examinado por Verbic. Él explica que ese criterio deriva de que su utilización supone una restricción al ejercicio de la defensa individual. Creo que se trata

de una asunción que puede ser repensada si se toma en cuenta que en sociedades complejas, masificadas y globalizadas el individuo se encuentra en una clara desventaja a la hora de intentar una vía de protección en situaciones vinculadas con el medio ambiente, la vigencia de derechos constitucionales, las políticas públicas o los derechos vinculados al consumo. Ante ellas el proceso individual es impotente y carece por completo de instrumentos para recomponer lesiones que se producen en una escala irreconciliable con las finalidades para las que fue modelado. La participación plural en un proceso judicial caracterizado por la igualdad de los contradictores, desarrollado en un escenario de cooperación que aliente el diálogo, ante un juez que acompañe, ayude y guíe las distintas fases del debate jurídico y la producción de la prueba, permite acercarse a una solución que dirima y encauce la situación conflictiva.

Tomo aquí una de las notas del libro de Verbic cuanto cita la obra de Stephen Holmes y Cass R. Sunstein (1999) referida al costo de los derechos. Con razón Holmes y Sunstein entienden que un interés califica como derecho cuando el sistema legal destina “recursos” (en su más amplio sentido: humanos, estructurales y económicos) para defenderlo. Señalan que los derechos deben tener dientes. No obstante que ellos apuntan a la imprescindible financiación de los sistemas de afirmación de derechos, la expresión permite reforzar la interdependencia entre derechos y remedios. La famosa expresión hobbesiana *Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all* expresa el imprescindible complemento entre derechos y vías de protección judicial para exigir su efectivo cumplimiento. El desafío que deberíamos afrontar es volver a pensar, idear y reclamar garantías judiciales igualitarias que brinden operatividad concreta a los derechos.

Los procesos representativos son un valiosísimo mecanismo de participación social. Su matriz igualitaria, cooperativa, abierta al diálogo y supeditada al carácter imparcial de quien acompaña y adjudica, lo colocan en una inmejorable posición para evaluar la tensión entre los hechos y el derecho. Los conflictos a gran escala requieren una tutela judicial, acorde con su misión que resulta vital para acotarlos y superarlos. De allí que con justicia pueda sostenerse que ayudan a la mejor convivencia republicana.

Si lo sostenido es cierto, ¿a qué se debe que no sean ampliamente aceptados? El poder y los intereses que lo sustentan en la arena de lo público y también en el ámbito privado no quieren ser juzgados. Resta convencerlos de que debería primar la razón en lugar de la fuerza. El Estado de derecho se construye en el reconocimiento de un destino común formado a partir de reglas ampliamente aceptadas y operativas.

Hasta aquí, en la medida de lo posible, he procurado ser un lector neutral del libro de Verbic. Mi opinión sobre la obra es objetiva. Pero como la objetividad requerida al académico no puede ocultar las sensaciones personales, no puedo dejar de felicitar a mi compañero de ruta por un trabajo excelente que exhibe su valía científica y humana. Me consta que la seriedad con que ha trabajado es la muestra de sus aspiraciones por una sociedad más justa. Ese es el motor de sus empeños.

La Plata, octubre de 2020
Eduardo Oteiza

El principal objetivo de la obra es de orden didáctico. Desde esta perspectiva, pretende presentar a jueces, abogados y hacedores de políticas públicas de la región los lineamientos generales, principios e instituciones que gobiernan el campo de la tutela colectiva de derechos en clave representativa. Esto es, aquellos procesos judiciales llevados adelante en beneficio de grupos de personas por ciertos atípicos representantes de derechos ajenos (individuos, organizaciones del tercer sector y organismos públicos), cuya actuación judicial impactará con cualidad de cosa juzgada –con diversos alcances– incluso sobre quienes no han sido parte formal en el debate. Se trata de un campo del derecho en plena evolución y desarrollo en prácticamente todos los países de la región, así como a nivel global. Este fenómeno obedece a una inocultable e impostergable realidad de la cual debemos hacernos cargo con urgencia. Me refiero a las características masivas y repetitivas de los conflictos que cada vez con mayor frecuencia deben enfrentar y resolver los operadores jurídicos, sumado a la evidente insuficiencia de estructuras orgánicas e institucionales y métodos de debate (códigos, leyes procesales) pensados y diagramados con la finalidad de atender conflictos individuales.

