



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



La justicia
es de todos

Minjusticia

ANÁLISIS SOBRE LAS ACCIONES DE GRUPO EN EL DERECHO COMPARADO

ESTUDIOS

Serie: Investigaciones

Noviembre, 2019

Director General

Camilo Alberto Gómez Alzate

Secretario General

Cristian Stapper Buitrago

Director de Políticas y Estrategias para la Defensa Jurídica

Luis Jaime Salgar Vegalara

Subdirector de Acompañamiento a los Servicios Jurídicos

Jhon Jairo Camargo Motta

Investigador

Rodrigo González Quintero

<http://conocimientojuridico.gov.co/estudios/>



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



La justicia
es de todos

Minjusticia

Resumen Ejecutivo

Los rasgos normativos y jurisprudenciales de la acción de grupo en Colombia – a partir de su adopción en la Constitución de 1991 y en leyes posteriores – permiten calificar su diseño como amplio, así como su utilización frecuente para demandar la responsabilidad extracontractual del Estado. Tanto así, que de las pretensiones monetarias actuales por 400 billones de pesos en demandas contra el Estado, el 40% corresponde a acciones de grupo. La comparación de tales cifras para con el monto del presupuesto de la Nación que se encuentra cercano a los 259 billones de pesos anuales conlleva que un examen de razonabilidad y proporcionalidad sea pertinente. La coyuntura demuestra una situación de desequilibrio que afectaría la estabilidad económica y la asunción de las consecuencias por parte la ciudadanía. En este sentido, el derecho comparado es referente necesario para tal examen, de manera que ilustrará posibles características particulares – atípicas incluso – del modelo colombiano, que resultan en consecuencia insostenibles.

En este sentido, el análisis jurídico y doctrinal presentado en este documento responde a las dificultades identificadas en el derecho comparado asociadas a rasgos particulares de las acciones grupales. Entre ellas, las fuentes regulatorias, el objeto y alcance, la conformación del grupo y la legitimación de la acción. Igualmente, el papel de los abogados, la sentencia y su contenido, caducidad de la acción, principios jurídicos que informan la acción y el abuso de la misma.

Es así como este escrito, reseña y explica la doctrina especializada sobre acciones de grupo en el derecho comparado (Estados Unidos, Unión Europea, Australia, México y Chile) y los principales elementos temáticos de los procedimientos colectivos. El trabajo que se presenta a consideración, consiste en el examen y la revisión comprehensiva de la literatura especializada disponible sobre el asunto en cuestión; éste incluye libros, capítulos de libro, artículos de revistas académicas, normas, regulaciones y decisiones judiciales relevantes.

Planteamiento Metodológico

La metodología trazada para abordar la temática del documento se articula a partir de cuatro secciones, que incluyen una discusión teórico-doctrinal y otra práctica-regulatoria:

- a. Una primera sección introductoria, en que se enfatiza la relevancia del asunto y se describe de manera sucinta el fenómeno global de adopción de las acciones de grupo o su equivalente; la introducción también plantea las preguntas jurídicas resueltas en el documento, así como la justificación de una aproximación iuscomparativista a este tipo de acciones.
- b. Una segunda sección, en la que se reseña y explica la doctrina especializada sobre tales acciones en el Derecho Comparado (Estados Unidos, Unión Europea, Australia, México y Chile), en la que se discute entre otros aspectos:
 - i. Escepticismo frente al establecimiento de las acciones, ante la probabilidad de abusos y desequilibrios.
 - ii. Problemas adscritos a tales acciones, identificados por la doctrina.
 - iii. Elementos distintivos a nivel de fuente regulatoria, alcance de la acción – materias, pertenencia al grupo, abogados y honorarios, y efectos de la sentencia.
- c. Una tercera sección, en la que se reseñan y explican – a partir de la regulación normativa y las decisiones judiciales emblemáticas de jurisdicciones en el Derecho Comparado – los principales elementos temáticos de los procedimientos colectivos. Para facilitar la lectura del documento, se realizará un resumen de las principales reglas jurídicas – sean legales, jurisprudenciales o de autoridad – de cada país o región.
- d. Una cuarta sección, a manera de conclusiones, en las que se evidencia una coherencia entre las alertas identificadas por la doctrina y la implementación regulatoria – y también jurisprudencial – acerca de este tipo de instrumentos procesales.

I. Sección I: Introducción:

En las últimas décadas las acciones de grupo, o su equivalente en el Derecho Comparado, han sido establecidas en distintas jurisdicciones del mundo. La relevancia del tema a abordar en el escrito trabajado se da a partir de dos factores:

- a. Los rasgos normativos y jurisprudenciales de la figura en Colombia – a partir de su adopción en la Constitución de 1991 y en leyes posteriores – permiten calificar su diseño como amplio, así como su utilización frecuente para afirmar la responsabilidad patrimonial del Estado. Tanto así, que, de las pretensiones monetarias actuales por 400 billones de pesos en demandas contra el Estado, el 40% corresponde a acciones de grupo. La comparación de tales cifras para con el monto del presupuesto de la Nación que está cercano a los 259 billones de pesos anuales hace que un examen de razonabilidad y proporcionalidad sea pertinente, pues la coyuntura demuestra una situación de desequilibrio que afectaría la estabilidad económica y la asunción de las consecuencias por la ciudadanía. Y el Derecho Comparado es referente necesario para tal examen, de manera que ilustrará posibles características particulares – atípicas incluso – del modelo colombiano, que resultan en consecuencias insostenibles.
- b. Si bien se aprecia un fenómeno de “explosión” de tales instrumentos procesales – es decir su esparcimiento en distintos países –, también es cierto que su regulación presenta tendencias si no restrictivas o limitadoras, al menos de contexto, bien desde el plano normativo como jurisprudencial. Tendencias que encuentran justificación, precisamente, en lograr evitar usos abusivos, frívolos e injustos de la acción, así como también consecuencias económicas irrazonables.

Es más, determinadas situaciones extremas que – como los ataques terroristas de 2001 en Estados Unidos, o la crisis del derecho de daños australiana de 2002 – bajo un régimen irrestricto de acciones colectivas hubiesen arruinado sectores enteros de industria, obligaron a las autoridades a implementar regímenes que limitaron parcialmente el uso de éstas. Regímenes regulatorios establecidos *ex post*, que balancearon los distintos factores involucrados en la situación.

Resulta pertinente mencionar las frecuentes referencias doctrinales a dichas acciones, en las que se les califica como “el lobo feroz” que permite “conciliaciones extorsivas”, y que lleva a resultados “terribles” y “absurdos”.

El análisis jurídico y doctrinal de las acciones de grupo, o sus equivalentes, desde el Derecho Comparado, es relevante al menos por tres razones. Primero, porque en las últimas décadas se ha dado una expansión significativa en la adopción de tales mecanismos en el mundo; segundo, debido a que, desde las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente colombiana hasta la jurisprudencia constitucional relevante, además de los debates legislativos que han resultado en las leyes que reglamentan la materia, se ha reconocido la influencia de modelos extranjeros con respecto a su regulación. Y tercero, porque se ha evidenciado que tanto a nivel doctrinal como jurídico, en el Derecho Comparado se está dando un giro que tiende a la restricción sobre el alcance de ese tipo de mecanismos.

En cuanto a la expansión de los mecanismos procesales de “clase” o “grupo,” es claro que alrededor del globo individuos, organizaciones, asociaciones y entes públicos acuden con frecuencia a los tribunales de justicia para solicitar la solución de daños cuya afectación es colectiva; daños causados a partir de productos defectuosos, por afectación del medio ambiente, pérdidas financieras

derivadas de infracciones a la competencia, entre otros.¹ Así, la ocurrencia de estas situaciones dañinas es lo que ha propiciado el esparcimiento general del instrumento procesal que permite las reclamaciones colectivas.

En ese sentido, durante las últimas décadas las acciones de clase, es decir aquél procedimiento por el que una persona u organización litiga en representación de un grupo o de un interés colectivo, se han extendido por el mundo con diferentes denominaciones – tales como acción colectiva, remedio colectivo o acción popular – siempre recordando su parecido con la *class action* estadounidense.² La acción de clase contemporánea, fruto de la revisión de la regla 23 del Procedimiento Civil Federal realizada en el año 1966 en Estados Unidos, estableció nuevas oportunidades para demandantes así como nuevas amenazas también para demandados institucionales, pues la interpretación de la norma permite que un abogado represente a un número indeterminado de personas – que puede llegar a cientos de miles – que hayan experimentado un tratamiento similar por el potencial demandado. Los miembros de la clase o grupo no tienen que haber buscado ni contratado al abogado; siempre que sus circunstancias sean suficientemente similares y que su situación viole la norma relevante, el abogado del grupo demandante podrá litigar en su nombre.³

Así, lo que antes se entendía como una disputa llevada al juez entre dos individuos, entre un individuo y una empresa, o entre un individuo y el Estado – las cuales no siempre podían merecer remedio legal –, se reputan ahora como luchas grupales en contra de empresas o el Estado cuya pertinencia amerita resolución judicial.⁴ Es por ello que hasta hace poco ese modelo de *class action* era una invención americana única, resistida – si es que no rechazada – por la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos.⁵ Precisamente la historia del

¹ Hensler, Deborah, “The Globalization of Class Actions”, en 622 The Annals of the American Academy of Political and Social Sciences, 2009, p. 8.

² Hensler, Deborah, “The Global Landscape of collective Litigation”, en “Class Actions in Context: How Culture, Economics and Politics shape collective Litigation (Deborah Hensler y Christopher Hodges, Eds.), Elgar, Northampton, 2016.

³ Yeazell, Stephen, *Lawsuits in a Market Economy: The Evolution of Civil Litigation*, The University of Chicago Press, 2018, p. 70.

⁴ Hensler, op. cit. 1, p. 8.

⁵ Mullenix, Linda, “Ending Class Actions as we Know them”, 64 Emory Law Journal, 2014, p. 401.

remedio colectivo en Europa hasta hoy es una de pequeños pasos, debido – principalmente – a una aproximación cautelosa en los países miembros fundada en el temor a ese modelo norteamericano de *class actions*.⁶

La figura de los remedios grupales ha significado uno de los debates más controversiales en el campo del Derecho Procesal Civil Europeo, asunto que ha estado presente en la agenda de los distintos organismos de dicho espacio desde la década de 1980. Y es que para inicios del milenio varios de sus países acometieron reformas internas e introdujeron procedimientos heterogéneos sobre el particular.⁷ Parte de ese fenómeno global se refleja en América Latina donde también se han adoptado figuras procesales para litigios colectivos; acciones populares y de grupo en Colombia, acciones colectivas y difusas en México, y acciones colectivas en Chile; en particular algunos autores han afirmado que los países latinoamericanos no cuentan con normas procesales avanzadas ni experiencia en la protección judicial de derechos colectivos; si bien existe una tendencia para expedir normas al respecto, es evidente que prevalece una carencia generalizada de información respecto a como solucionar y enfrentar este problema de la sociedad contemporánea de masas.⁸

Para el caso de Colombia durante los debates de la Constituyente, que culminaron con las disposiciones constitucionales que reconocieron tales acciones, desde un principio se discutieron los derechos específicos a proteger con el mecanismo – como los de consumidores y usuarios – ante daños colectivos; así mismo, de discutió su eventual similitud con las *class actions* de Estados Unidos. Luego en los debates legislativos que resultaron en la aprobación de la Ley 472 de 1998, se discutía la similitud con mecanismos procesales que en el Derecho Comparado asisten a una colectividad para la indemnización de daños, en especial los norteamericanos. Y la Corte Constitucional, al referirse que

⁶ Van Rhee, C.H y Harsagi, Victoria, “Collective Redress in the European Union-Comparative Perspectives”, en *Multiparty Redress Mechanisms in Europe* (Victoria Harsagi y C. Van Rhee, Eds.), Intersentia, Cambridge, 2013, p. XIX.

⁷ Hess, B, “European Perspectives on Collective Litigation”, en *Multiparty Redress Mechanisms in Europe* (Victoria Harsagi y C. Van Rhee, Eds.), Perspectives, Cambridge, 2013, p. 3-4.

⁸ Ferrer, Eduardo y Gidi, Antonio, “Prólogo”, en *Procesos Colectivos: La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en una Perspectiva Comparada* Ferrer, Eduardo y Gidi, Antonio, Eds.), Porrúa, 2003, p. XI-XII.

protegen a un grupo en particular, reconoce que el modelo colombiano deriva de la *class action* a la vez que señala el sistema patrio como más amplio y menos limitado que en otras jurisdicciones.

Si bien se ha dado una explosión en la adopción de este tipo de acciones, como se observará a partir de los epígrafes que siguen, la doctrina y el Derecho comparados han dado un giro hacia un nuevo enfoque. Aduciendo diversos problemas que se han identificado – especialmente el abuso de los demandantes y las consecuencias económicas que acarrearán para el demandado –, la doctrina ha reclamado modelos más limitados y restrictivos de la figura, limitaciones que se han señalado e implementado normativa y jurisprudencialmente en los países estudiados.

Así, el análisis jurídico y doctrinal presentado en el presente documento responde a los problemas identificados en el Derecho Comparado asociados a rasgos particulares de las acciones grupales; entre ellos, las fuentes regulatorias, el objeto y alcance, la conformación del grupo y la legitimación de la acción, el papel de los abogados, la sentencia y su contenido, caducidad de la acción, principios jurídicos que informan la acción así como el abuso de la misma, situación desventajosa y consecuencias económicas sobre el demandado, y facultad de legislador para regular las acciones.

II. Sección II: Aproximación Doctrinal a los Procedimientos Colectivos:

1. Escepticismo sobre las Acciones Grupales: Posibilidad de Abuso y Desequilibrio:

El modelo de procedimiento civil estadounidense es calificado como pro-demandante entre otras razones, porque contempla juicios por jurado en donde la decisión última recae en un cuerpo no profesional guiado por un juez profesional; también porque las sentencias que pueden incluir altas sumas dinerarias, alimentadas por daños punitivos. Adicional a esto, la posibilidad de

cuota litis hace bastante rentables para los abogados las demandas por daños bastante rentables.⁹

Podría decirse que las *class actions* en Estados Unidos son unos artefactos con propiedades alquimistas, dado que permiten convertir reclamaciones insignificantes en otras que son bastante amenazantes. Y esto en virtud del lucro enorme que representan para el abogado, puesto que la regulación permite a éste cobrar una tasa de la suma recuperada en nombre de la clase; tasa que presenta una complicación ética enorme, pues en la acción de clase el abogado no responde ante un cliente que tiene capacidad de decisión sobre los términos de una conciliación eventual – como si ocurre en otros procesos civiles –; factor decisional determinado por el hecho de que la clase demandante no suele tener estructura organizacional que le permita tomar decisiones sobre conciliaciones, dejando que el abogado asuma dicho rol.¹⁰

Cualquier tipo de norma sectorial de derecho sustantivo – por ejemplo, protección del consumidor – diseñada para que una persona pueda obtener resarcimiento normal y que pueda pagar a su representación técnica, y que también busca empoderar al público para controlar a aquellos que han transgredido el ordenamiento jurídico, puede convertirse en un instrumento aterrador mediante la *class action*.¹¹

Ahora bien, las *class actions* del sistema jurídico de los Estados Unidos permiten calificarlo de único en muchos aspectos, como también – según lo ya anotado – el modelo de *cuota litis* para la remuneración de abogados, la educación jurídica como postgrado, y la existencia de jurados en disputas civiles. Las acciones grupales facilitan y regulan la consolidación de varias demandas similares en una sola, y aunque – como se ha dicho – han sido adoptadas en otros países, es en el mercado legal americano donde se usan en toda su extensión. Y el principal argumento a favor de su utilización es simple, ya que probablemente

⁹ Marcus, R.L., “The Big Bad Wolf: American Class Actions”, en *Multiparty Redress Mechanisms in Europe* (Victoria Harsagi y C. Van Rhee, Eds.), Intersentia, Cambridge, 2013, p. 36.

¹⁰ Yeazell, op. cit., p. 70-71.

¹¹ Marcus, op. cit., p. 39.

es más eficiente litigar la misma controversia general una sola vez, que hacerlo en una serie numerosa de controversias similares; un solo juicio frente a varios juicios individuales.¹²

Pese a lo atractivo de una afirmación tan simplista, las *class actions* no han logrado un consenso general sobre su conveniencia, entre otras razones por sus consecuencias económicas; de un lado, se reputa como práctica social beneficiosa que permite remedios apropiados para pequeñas reclamaciones contra demandados poderosos, pero de otro implica un costo social que promueve litigios frívolos que amenazan con erosionar la confianza y la competencia empresariales. El resultado de la controversia sobre ellas, ha desembocado en intentos normativos para regularlas.¹³

Es por ello que la historia de las *class actions* en los Estados Unidos es una de reforma continua. Desde el punto de vista legislativo, la regla de *common law* aparece ya en normatividad a nivel estatal en New York y California desde el siglo XIX, para luego incorporarse en las Federal Rules of Civil Procedure en el año 1938. Esta regulación federal será luego revisada en sendas reformas ocurridas en 1966 y en 2005, siendo ésta última conocida como la Class Actions Fairness Act – Ley de Justicia en de Class Actions –.¹⁴

Los elementos adscritos a las acciones de clase estadounidenses evidencian su problemática, de manera tal que “los sistemas jurídicos de derecho civil podrían incorporar procedimientos de reclamaciones grupales, aunque no pueden trasplantar el modelo de *class actions* estadounidense sin una adaptación sustancial.”¹⁵ Precisamente ese ‘trasplante responsable’¹⁶ pareciera ser la intención subyacente del asunto en la Unión Europea cuando se traza como

¹² Ulen, Thomas, “The Economics of Class Action Litigation”, en *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (Jurgen Backhaus y Alberto Cassone, Eds.), Elgar, Northampton, 2012, p. 75.

¹³ Ibid., p. 75-76.

¹⁴ Calabresi, Guido, “Class Actions in the US Experience: The Legal Perspective”, en *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (Jurgen Backhaus y Alberto Cassone, Eds.), Elgar, Northampton, 2012, p. 12-13.

¹⁵ Gidi, Antonio, “Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries”, 51 *American Journal of Comparative Law*, 2003, p. 314.

¹⁶ Ibidem.

objetivo en su Política de Justicia “desarrollar un área genuina de libertad, seguridad y justicia que sirva a ciudadanos y empresas;” y en consecuencia se justifica que la Comisión busque maximizar el bienestar de las personas y de las compañías, lo que en otras palabras es la expresión de una preocupación legítima por el bienestar tanto de consumidores como de productores.¹⁷

En dirección hacia balance y equilibrio la Comisión Europea ha puesto de presente su preocupación específica al decir que toda medida para el remedio judicial debe ser apropiada y efectiva y proveer soluciones balanceadas que apoyen el crecimiento europeo, que a la vez asegure el acceso a la justicia. Cualquier mecanismo no debe propiciar litigios abusivos ni tener efectos perjudiciales para los demandados, indistintamente de los resultados del juicio.¹⁸ En ese orden de ideas, como se evidenciará más adelante, los documentos expedidos por los órganos comunitarios en la segunda década del siglo XXI se han inclinado por una aproximación cautelosa que da preferencia a la aplicación pública de remedios colectivos – por ejemplo, la intervención pública preventiva como requisito previo a la acción –, a la vez que provee conceptos y principios comunes para la terminación de actividades dañinas y facilitar compensaciones. En general, el punto de partida estos documentos es dual, dado que pretende facilitar la justicia y dar seguridad procesal que impida litigios abusivos. Hasta podría interpretarse como un modelo restrictivo basado en la legitimación activa de entidades representativas, orientado hacia la salvaguarda del demandado.¹⁹

Ahora bien, a nivel interno de países miembros de la Unión Europea persiste en general la tendencia a favorecer mecanismos colectivos mediante representación, por sobre acciones incoadas por un grupo de personas que alega haber sufrido un daño; es decir, sólo entidades son las que cuentan con legitimación activa, preferiblemente si son además de carácter sin ánimo de lucro.²⁰ Es más, son procedimientos que se caracterizan – en su mayoría – por la

¹⁷ Baker, George y Freynes, Pierre, “The Economics of the European Commission’s Recommendation on Collective Redress”, en *Collective Redress in Europe – Why and How?* (Eva Lein y Duncan Fairgrieve, Eds.), British Institute of International and Comparative Law, London, 2015, p. 7.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Hess, op. cit., p. 5-7.

²⁰ Van Rhee y Harsagi, op. cit., p. XXI.

intervención de entidades públicas como el defensor del pueblo y de organizaciones o asociaciones. Es claro que se privilegia la actuación de organizaciones ‘calificadas’ dentro de los mecanismos de remedio colectivo europeo.²¹

El modelo de Finlandia es otro ejemplo de esta aproximación cautelosa a los remedios colectivos; El parlamento adoptó en el año 2007 una nueva ley en acciones de grupo; como rasgo principal, ésta limita fundamentalmente su campo de aplicación pues, aunque se denomina “Ley General de Acciones de Grupo” opera solo en casos de consumidores en donde el Defensor del Consumidor actúa como líder de la parte demandante. La discusión política se centró en la experiencia americana y en las implicaciones potenciales para las empresas finesas, y dicho argumento sirvió para restringir el campo de aplicación de la ley.²²

De acuerdo con el primer párrafo de la citada norma, la ley solo puede aplicarse en litigios civiles relativos a consumidores y empresas; además, sólo el Defensor del Consumidor cuenta con legitimación activa para litigar en nombre de los consumidores – aunque puede delegar la representación y contratar abogados externos –. Instaurada la acción, el Defensor deberá informar a todos los individuos considerados como miembros de la clase, los cuales deben aceptar por escrito su inclusión en la clase.²³

La ley finesa presenta tres limitantes importantes en su campo de aplicación: (1) la controversia debe haberse suscitado entre consumidores y empresas, sin que permita demandas por asuntos accionarios; (2) sólo el Defensor del Consumidor está habilitado para litigar – en nombre de la clase – como demandante; (3) los consumidores deben aceptar por escrito – dirigido al Defensor – su inclusión como miembros de la clase demandante. Limitaciones éstas que favorecen objetivos indemnizatorios más que preventivos, y que además hacen de la ley una herramienta poco efectiva para cambio social o de

²¹ Hess, op. cit., p. 4.

²² Valimäki, Mikko, “Introducing Class Actions in Finland: an Example of Law-Making without Economic Analysis”, en *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (Jurgen Backhaus y Alberto Cassone, Eds.), Elgar, Northampton, 2012, p. 327-328.

²³ Ibid., p. 329.

implementación de política pública. En otras palabras, en Finlandia el legislador optó por un modelo regulatorio más que de aplicación privada.²⁴

Sin embargo, es pertinente esbozar una aclaración; el modelo de *class actions* estadounidense ha florecido en sistema judicial específico con jurados, firmas de abogados grandes, abogados con honorarios tasados vía *cuota litis*, jueces con amplios poderes de control constitucional y tribunales supremos que establecen sus propias reglas procedimentales y cuentan con discreción para seleccionar los casos que resuelven. Es un modelo incrustado en una cultura del *common law* y en un contexto constitucional de economía de mercado, que no está limitado por garantías o derechos sociales ni objetivos del Estado de Bienestar. Las culturas jurídicas europeas – y por añadidura las latinoamericanas –, por otro lado, han desarrollado otro tipo de remedios colectivos, que resaltan el protagonismo del Derecho Público y las instituciones básicas del modelo de bienestar estatal, como por ejemplo la obligatoriedad de pólizas de seguros.²⁵

2. Naturaleza Problemática de la Acciones Grupales:

Al considerar el impacto problemático de las *class actions* en la democracia de los Estados Unidos contemporáneos es importante recordar un elemento capital, y es que éstas no fueron concebidas – en sus inicios – como mecanismo procesal cuyo propósito sea hacer justicia, ni para servir de instrumento policivo contra conductas empresariales o redistribución de la riqueza. Por el contrario, su objeto no es más que servir como aparato procesal que facilita la aplicación de normas sustantivas preexistentes. Tales normas sustantivas – en áreas como la competencia, consumo y finanzas – aplicadas mediante *class actions*, tienen como rasgos distintivos de un lado la prohibición o regulación de ciertos comportamientos, y del otro la previsión de remedios o compensaciones que resulten de la ejecución de tales regulaciones.²⁶ Es por ello que ciertas

²⁴ Ibidem.

²⁵ Luther, Jorg, “The Constitutional Impact of Class Actions in European Legal Systems”, en *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (Jurgen Backhaus y Alberto Cassone, Eds.), Elgar, Northampton, 2012, p. 309-310.

²⁶ Redish, Martin, *Wholesale Justice: Constitutional Democracy and the Problem of the Class Action Suit*, Stanford University Press, Stanford, 2009. p. 22-23.

tecnicidades procesales alimentan la crítica a las acciones grupales y permiten cuestionar la posibilidad real de funcionamiento en sistemas jurídicos diferentes al norteamericano.²⁷

Existen dos razones principales para establecer normas que habiliten el ejercicio de acciones grupales. La primera descansa en la realización efectiva de la justicia, en cuanto es un medio que permite compensar a quienes han sufrido daños causados por actores poderosos, en situaciones de productos o servicios defectuosos, fraude en precios, contaminación ambiental, etcétera. La segunda radica en desincentivar actuaciones ilegales, que escapan al control de las autoridades, o cuyo castigo es insuficiente.²⁸ En ese sentido, desde el punto de vista económico se propician dos bienes instrumentales que se identifican en la protección de las víctimas y las ganancias para el abogado, y se produce además un bien objetivo representado en el desistimiento de comportamientos indeseados de infractores potenciales, que conllevan a la promoción de la eficiencia.²⁹

Las acciones grupales confrontan así a dos teorías económicas; la primera es la teoría de aplicación y cumplimiento de la ley, en la que juegan un rol social positivo en cuanto incentivan a que potenciales transgresores del ordenamiento jurídico se abstengan de hacerlo. La segunda es la teoría de la captura, en la que estas acciones promueven litigios oportunistas y temerarios, jugando un papel social negativo. Este último problema aparece cuando abogados y asociaciones interponen la acción a sabiendas que el demandado no es responsable.³⁰

Es una realidad que en toda jurisdicción que contemple procedimientos de acciones colectivas, ha existido controversia vigorosa acerca de sus virtudes y vicios. Sólo a manera de ejemplo, si la agregación reduce el costo de litigar

²⁷ Cassone, Alberto y Ramello, Giovanni, "Private Club and Public Goods: the Economic Boundaries of Class Action Litigation" en *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (Jurgen Backhaus y Alberto Cassone, Eds.), Elgar, Northampton, 2012, p. 103.

²⁸ Scherer, op. cit., p. 27.

²⁹ Cassone y Ramello, op. cit., p. 102.

³⁰ Duban, Myriam y Harnay, Sophie, "The Economics of Class Actions: Fundamental Issues and New Trends", en *Collective Redress in Europe – Why and How?* (Eva Lein y Duncan Fairgrieve, Eds.), British Institute of International and Comparative Law, London, 2015, p. 39.

también puede promover reclamaciones frívolas que resultan en un gasto innecesario de recursos judiciales y que imponen cargas financieras inapropiadas en demandados que, a la postre, serán asumidas por – o traspasadas a – los consumidores.³¹ Más allá de la discusión doctrinal en Estados Unidos, en Europa existe una percepción generalizada en cuanto que las *class actions* americanas imponen costos significativos en la economía y que pueden llevar al abuso. Así produce un rezago en el sistema económico que se aumenta por los costos transaccionales desproporcionados e inherentemente grandes del sistema. Por ello es que se argumenta en favor por un modelo de economía de competencia en Europa, por sobre una cultura de la compensación adscrita al modelo estadounidense.³²

Entonces cabe resaltar que los elementos característicos de los procedimientos judiciales descritos, comprenden efectos positivos y negativos. Para algunos autores, la consolidación de demandas similares en una acción grupal aumenta la posibilidad de litigios y también la responsabilidad potencial de causantes de daños quienes de otra manera no serían demandados por víctimas; así, podría decirse que permite mejorar el desbalance existente entre demandantes y demandados en diferentes áreas del Derecho. Como instrumento jurídico, genera resultados que logran alterar el balance de poder y la distribución de riqueza entre los diferentes actores sociales – empresas, firmas, ciudadanos, consumidores –, por lo que su alcance se extiende en términos de impacto social.³³ Las alegaciones de empresa demandadas vía acciones grupales han sido constantes y consistentes en cuanto que dichos litigios son una carga enorme en la actividad su actividad propia, que resulta en derroche de recursos y consecuencias dañinas en general para con toda la economía.³⁴

Esa más que probable alteración en el balance de poder, genera desequilibrios que se evidencian de manera extrema. Por ejemplo, Hodges identifica dos excesos, siendo el primero, casos que envuelven reclamaciones sin mérito o frívolas; y el

³¹ Hensler, op. cit. 2, p. 9-10.

³² Hodges, op. cit., p. 137.

³³ Cassone y Ramello, op. cit p. 103-104.

³⁴ Mullenix, op. cit., p. 416.

segundo, los denominados “arreglos extorsivos”, cuyo efecto es que siempre será más rentable para el demandado conciliar la pretensión de la demanda, sin importar los méritos de la misma. Estos excesos recaen – sobretodo – en demandados cuyos recursos económicos se reputan como grandes – tales como empresas y el Estado, o sus aseguradoras – pero dado que los costos son traspasados a clientes, consumidores y ciudadanos, el efecto general se resiente en la economía como un todo.³⁵

El balance entre los actores se acentúa al revisar los riesgos; el demandado se enfrenta a una enorme responsabilidad potencial posibilitada por las reclamaciones sumadas, mientras que el riesgo del abogado del grupo es menor; con la sola excepción de compañías de seguros, las cuales cuentan con experiencia como demandados en este tipo de litigios, estos procedimientos serán con frecuencia más costosos para los demandados pues carecen del soporte técnico requerido para ellos.³⁶

No obstante que, la suma de reclamaciones puede reducir el costo relativo de litigar, ésta apareja también efectos negativos surgidos del manejo del grupo; entre otros, objetivos divergentes de los miembros, la entrega efectiva y en tiempo del flujo de información relevante, desacuerdos y conflictos entre los miembros. Además, un problema recurrente suele ser la “sobre-inclusión,” evento que sucede cuando muchos sujetos tienen diferentes intereses en el litigio o cuando el tamaño del grupo hace la coordinación difícil; en algún extremo la situación se torna caótica cuando personas no afectadas se unen al grupo simulando ser víctimas.³⁷

A partir de lo expuesto, llama la atención la apreciación de la profesora Hensler en cuanto que “en la mayoría de países estas controversias [acerca de las acciones grupales] se han dado sin evidencia empírica.”³⁸ Claramente, las cifras entregadas desde la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado demuestran

³⁵ Hodges, op. cit., p. 147.

³⁶ Baker y Freynes, op. cit., p. 11.

³⁷ Ibid., p. 16.

³⁸ Hensler, op. cit., p. 10.

que, para el caso de Colombia, dicha afirmación no es verdadera; visibiliza un choque entre la intención de la norma de derecho sustantivo – los artículos de la Constitución de 1991 sobre la materia y la regulación legal – y la intención real de un litigante potencial. Así cabe preguntarse si es desproporcional el objeto de la acción de grupo con respecto a las metas particulares trazadas por el constituyente – primero – y el legislador – luego – al aprobar la normatividad respectiva, puesto que, como se ha evidenciado en el análisis doctrinal previo, la existencia de un desequilibrio a favor del grupo es harto probable y en el caso de las demandas contra el Estado el impacto será asumido necesariamente por los contribuyentes.

Por lo tanto, la problemática explicada se convierte en un asunto clave de política pública; las implicaciones sociales de estas acciones juegan un papel fundamental en la decisión del legislador para establecer o no, regular o no este tipo de instrumentos procesales. Así, la controversia por adoptarlas o regularlas en los distintos ordenamientos jurídicos, se sucede en un terreno puramente político.³⁹ Y en ese debate acerca de su establecimiento, regulación o – sobre todo para el de Colombia – reformulación, habría que tener en cuenta los elementos del modelo estatal y jurídico – como el Estado Social y los derechos colectivos – que necesariamente deben limitar y contextualizar el modelo de acciones grupales. Dando por descontado que su implementación requiere de elementos y técnicas procesales que permitan su correcto funcionamiento, y por supuesto la no erosión desproporcional de recursos públicos. En resumen, equilibrio, balance y razonabilidad.

3. Elementos y Aspectos Distintivos de las Acciones Grupales:

Varias jurisdicciones establecen los procedimientos grupales en la ley; otras no los contemplan como tal, pero en cambio sí reconocen derechos colectivos en sus constituciones y leyes – protección de consumidores, el medio ambiente – que han llevado a que jueces permitan litigios grupales alrededor de tales derechos. Además de su fuente de regulación, las leyes y reglas sobre estas

³⁹ Cassone y Ramello, op. cit., p. 103.

acciones difieren en aspectos importantes; así, en algunos países – Estados Unidos, Canadá y Australia – la regla es trans-sustantiva, es decir que la acción puede ser instaurada en toda circunstancia que permita reclamos individuales. En otros – por ejemplo, Bélgica y Francia – las acciones operan exclusivamente para asuntos de protección al consumidor o al socio, y derecho de la competencia.⁴⁰ Para autores como Hess una regulación sectorial del remedio colectivo puede operar como alternativa interesante, pues la experiencia europea en temas de propiedad intelectual ha permitido establecer requisitos procesales más sencillos.⁴¹

Otra distinción radica en aquellos sujetos legitimados para iniciarla y litigarla; en jurisdicciones de *common law* cualquier miembro de la clase o grupo puede representarla, siempre que se adecúe a los intereses de los demás. En la mayoría de jurisdicciones civilistas, la legitimación privilegia – y hasta en algunos casos restringe – a una o pocas asociaciones que han sido habilitadas para representar al grupo, o a fundaciones cuyo propósito específico es iniciar la acción. Otras jurisdicciones limitan la legitimación activa a funcionarios u agencias públicas para cierto tipo de acciones grupales.⁴²

Los procesos colectivos en Europa suelen restringir la parte demandante a organizaciones que representen intereses de consumidores, con el objeto de lograr cuatro objetivos. El primero, seleccionar como representante a aquél que se espera dará servicios más competentes y leales a los miembros ausentes del grupo; el segundo, asegurar que el demandante cuenta con los recursos suficientes para sufragar los gastos del litigio. Tercero, evitar el surgimiento de las ‘empresas de emprendimiento legal’ asociadas al rol de abogados en las *class actions* estadounidenses; y cuarto, la idea asociada a que un individuo espontáneo o aleatorio es base insuficiente para que el juez conozca el interés de miembros ausentes de una clase determinada.⁴³

⁴⁰ Hensler, op. cit. 2, p. 3-7.

⁴¹ Hess, op. cit., p. 9.

⁴² Hensler, op. cit. 2, p. 7.

⁴³ Issacharoff, Samuel y Miller, Geoffrey, “Will aggregate litigation come to Europe?”, en *The Law and Economics of Class Actions in Europe* (Jurgen Backhaus y Alberto Cassone, Eds.), Elgar, Northampton, 2012, p. 55-56.

La representación de intereses por organizaciones y asociaciones, permite mitigar el riesgo de que algunas categorías de personas no lograren proteger sus derechos; esta representación aparece así cuando el demandante potencial no puede litigar en nombre propio debido a incompetencia o falta de recursos financieros. Allí la organización opera como agente que busca la satisfacción del interés público – por sobre el individual –.⁴⁴ Ante la posible objeción de entregar control ‘ideológico’ o de agenda total a una determinada organización, una solución que cabe es abrir la posibilidad a un catálogo más amplio de organizaciones que enarboleden diferentes corrientes ideológicas. Y en aquellos sistemas sin *cuota litis*, en el que el perdedor paga todo, resulta en que ningún individuo querrá ser representante del grupo, por lo que las organizaciones cuentan con el presupuesto para cubrir los litigios.⁴⁵

Respecto a la pertenencia del grupo, algunas jurisdicciones contemplan la solicitud individual – declaración de aquél que cumpla los requisitos para ser parte del mismo (*opt in*); en otras, toda persona que cumpla la definición para ser parte del grupo es considerada parte de este, salvo que declare formalmente que no quiere hacer parte de la acción (*opt out*). Ambas tipologías obligan en la sentencia a los miembros del grupo, lo que significa una prohibición para litigar individualmente los asuntos decididos o conciliados en la acción grupal. Y en los sistemas que restringen legitimación a asociaciones u organizaciones, la sentencia obliga a éstas o a sus miembros.⁴⁶ Desde el punto de vista económico algunos riesgos podrían ser mitigados por la regulación de las acciones grupales; el problema de oportunismo, que aparece cuando el modelo beneficia a miembros pasivos que no contribuyen en nada al litigio esperando que otros inicien el proceso, puede resolverse al contemplar plazos para que se instauren acciones indemnizatorias para así presionar al grupo.⁴⁷

⁴⁴ Cassone y Ramello, op. cit., p. 105.

⁴⁵ Issacharoff y Miller, op. cit., p. 57-62.

⁴⁶ Hensler, op. cit. 2, p. 8.

⁴⁷ Stadler, Astrid, “Foreword”, en *Collective Redress in Europe – Why and How?* (Eva Lein y Duncan Fairgrieve, Eds.), British Institute of International and Comparative Law, London, 2015, p. XIII.

En los Estados Unidos existen dos métodos comunes para calcular los honorarios de abogados en *class actions*. El primero, a partir del número de horas trabajadas en el caso, en donde el juez las computa con el valor razonable de ellas según el trabajo; el segundo, la base es un porcentaje de la indemnización o compensación, y el juez decide qué parte de la suma será asignada al abogado, de acuerdo al número de horas y trabajo. Los incentivos son así diferentes para el abogado, pues en el primer método buscará facturar el mayor número de horas, prolongando el litigio; por el contrario, en el segundo buscará conciliar lo más pronto posible y por la mayor cantidad dineraria, la cual será siempre menor a la reclamada inicialmente por la clase o grupo.⁴⁸

Al respecto, el modelo de *cuota litis* permite la formación de un grupo o clase de forma poco costosa, ya que permite al abogado litigar con la promesa de recibir un porcentaje de la suma a recibir en caso de ganar. Si dicha remuneración se restringe en caso de conciliación, entonces el interés del grupo puede fortalecerse. El pago de honorarios por hora también puede racionalizarse al limitar la cantidad por hora, previniendo así que el abogado dedique mayor tiempo al caso para aumentar su remuneración. Ahora bien, de acuerdo con Shaefer sin importar el modo de remuneración, los abogados siempre buscarán iniciar demandas temerarias y lograr conciliaciones desventajosas para los miembros del grupo.⁴⁹

En cuanto a la tipología de sentencias, algunas jurisdicciones contemplan solo sentencias declarativas y medidas cautelares, mientras que otras comprenden sentencias condenatorias y reconocimiento de indemnizaciones. En aquellas jurisdicciones donde los miembros de la clase o grupo no pueden obtener reparación monetaria, la sentencia declarativa que afirma que el demandado ha violado la ley los habilitará para solicitar la reparación en litigios sucesivos.⁵⁰

Adicional a la discusión de una política pública relativa a los procedimientos grupales y a sus consecuencias, y a la revisión del modelo remuneratorio de los

⁴⁸Ulen, op. cit., p. 83.

⁴⁹ Duban y Harnay, op. cit., p. 42.

⁵⁰ Hensler, op. cit. 2, p. 8.

abogados, la doctrina ha identificado posibilidades de mejora en la reformulación de tales instrumentos. Así, se destaca como importante incluir salvaguardas dentro de los mecanismos procesales colectivos, entre otros:

- a. Que el juez sea garante contra reclamaciones frívolas y sin mérito; de allí la importancia del control judicial por jueces debidamente capacitados para prevenir el abuso de estas acciones, mediante la comprobación de la existencia genuina del grupo y de un interés común suficiente y congruente. Además, constatar que la acción invocada realiza el interés de la justicia, y que es el instrumento pertinente que desplaza a otros disponibles para los demandantes y sus reclamaciones.
- b. Legitimación Activa: es crítico que exista control sobre el accionante que lidera reclamaciones colectivas o grupales; es cuestión de justicia y lógica el que el manejo de estas acciones esté en manos de aquellos que hayan sufrido el daño, y no en las de otras que sólo buscan ganancia personal.⁵¹

III. Sección III: Normas y Reglas Jurisprudenciales sobre Procedimientos Colectivos en el Derecho Comparado:

Una vez revisada y analizada la doctrina especializada relevante sobre los procedimientos colectivos, se procede entonces a señalar y explicar la regulación normativa de estos en diferentes jurisdicciones – a saber, Estados Unidos, la Unión Europea, Chile, México y Australia –, así como las principales reglas jurisprudenciales. La explicación sobre normas y jurisprudencia relevante se sintetiza a partir de áreas temáticas comunes entre las jurisdicciones comparadas, y entre éstas y la regulación de las acciones de grupo en Colombia – tal como se ha explicado en la primera parte de este documento –. Como aparte adicional, se analizan experiencias normativas específicas en que se han limitado o restringido las reclamaciones colectivas.

⁵¹ Raja, Mira y Lomas, Paul, “A Lawyer’s Perspective”, en *Collective Redress in Europe – Why and How?* (Eva Lein y Duncan Fairgrieve, Eds.), British Institute of International and Comparative Law, London, 2015, p. 75.

1. Fuentes Jurídicas Regulatorias de los Procedimientos Colectivos:

La regulación normativa federal vigente en Estados Unidos sobre *class actions* se encuentra en la Regla 23 del Procedimiento Civil Federal; además de ésta otras leyes federales como la CAFA – ya reseñada – y la ATSSSA hacen referencia a este tipo de acciones. Ahora bien, siendo el estadounidense un sistema jurídico de *common law* es indispensable revisar las decisiones judiciales relativas a estos procedimientos, expedidas tanto por tribunales federales como por la Corte Suprema.

En la Unión Europea los instrumentos institucionales que establecen principios comunes para la adopción “horizontal” de acciones colectivas, son Resoluciones del Parlamento y desde la Comisión una Comunicación y una Recomendación.

En Chile la regulación normativa de los procedimientos colectivos está consagrada en la Ley 19496 de 1997, reformada luego en las leyes 19955 de 2004 y 21081 de 2018. Cabe señalar que son leyes sectoriales enfocadas hacia el consumo, pues se denominan de “Protección de los Derechos de los Consumidores.”

La regulación normativa de los procedimientos colectivos en México tiene fundamento constitucional – reforma alcanzada en el año 2010 – en el párrafo tercero del artículo 17 de la norma fundamental, según el cual “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.” En desarrollo de la citada disposición constitucional, en agosto de 2011 se promulgó la reforma y adiciones al Código Federal de Procedimientos Civiles en el que se adicionó el libro V, denominado “De las Acciones Colectivas.”

En Colombia, la acción de grupo está consagrada en la Constitución y su regulación legal se establece en la Ley 472 de 1998 y, para algunos aspectos concretos, en la Ley 1437 de 2011. La Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones al respecto, interpretando y redefiniendo el alcance y los rasgos del citado mecanismo procesal.

2. Objeto y Alcance de los Procedimientos Colectivos:

En Estados Unidos se ha entendido que las *class actions* operan en cualquier asunto de derecho sustantivo; la Corte Suprema ha sostenido que salvo disposición expresa de una ley, se presume que ante el silencio del legislativo existe la disponibilidad de utilizarlas. Dirá que “en ausencia de palabras directas del Congreso para apartarse de [...] las reglas establecidas para ese propósito, el remedio de clase es apropiado en acciones civiles.”⁵² Sin embargo, también es claro entonces que vía legislativa puede limitarse o excluirse la disponibilidad de este tipo de acciones, como por ejemplo la ATSSSA del año 2001.

Entonces, dicho instrumento procesal es apropiado “cuando los asuntos implicados en el proceso son comunes a toda la clase como un todo. Asuntos que se convierten luego en cuestiones de Derecho que aplican de la misma forma a cada miembro de la clase, [...] [y cuya situación] hace improbable que los detalles diferenciados en cada caso afecten el resultado del problema jurídico. Y la *class action* ahorra recursos tanto a los tribunales como a las partes, al permitir que un asunto que potencialmente afecta [a muchas personas] sea litigado al amparo de la regla 23.”⁵³ De manera similar afirma que “las justificaciones que llevaron al desarrollo de las *class actions* incluyen el proteger al demandado de obligaciones inconsistentes, la protección de los intereses de partes ausentes, razones de economía y conveniencia procesales para resolver demandas similares, así como facilitar la división de los costos procesales entre los litigantes de reclamaciones similares.”⁵⁴

⁵² Califano v. Yamasaki, Corte Suprema de Estados Unidos, 1979, 442 U.S. 682, p. 700.

⁵³ Califano v. Yamasaki, Corte Suprema de Estados Unidos, 1979, 442 U.S. 682, p. 701.

⁵⁴ United States Parole Commission v. Geraghty, Corte Suprema de Estados Unidos, 1980, 445 U.S. 388, p. 402-403.

La Corte Suprema ha dicho que para algunos los procedimientos de clase son necesarios para lograr reclamaciones monetarias pequeñas que, de otra manera, se perderían en el sistema jurídico;⁵⁵ otros tribunales federales han identificado también aquellas situaciones que ameritan la utilización de *class actions*, “las cuales son deseables y convenientes de acuerdo a los hechos particulares, [...] casos en que se logrará economía de tiempo, esfuerzo y gastos, así como se promueva la decisión uniforme para personas en situación similar, sin que se sacrifiquen la justicia procesal o se llegue a otros resultados indeseables.”⁵⁶ Es decir, puede en este tipo de acciones alcanzar el equilibrio y balance dentro del proceso judicial.

Por el contrario, el objeto descrito se desnaturaliza cuando el tamaño enorme de la clase y el procedimiento se prevé complicado, situación calificada por tribunales federales como “increíblemente larga y – francamente – un desperdicio trágico de recursos judiciales, por lo que una *class action* no es ciertamente un método eficiente para resolver la disputa.”⁵⁷ Así, este tipo de acciones son pertinentes por razones de efectividad, justicia y la naturaleza ignominiosa de la conducta del demandado; son “casos ideales para *class actions*, fraudes en el mercado de valores – donde las reclamaciones son iguales en hechos y en Derecho – [...] o en derramamiento de petróleo que ha causado daños ambientales extendidos.”⁵⁸ Situaciones en que la *class action* es además “de ser el instrumento más efectivo para resolver la disputa, también el más justo.”⁵⁹

En la Unión Europea, la Resolución del Parlamento del año 2012 cita dentro de sus considerandos y puntos, diferentes razones que favorecen el establecimiento un modelo “europeo coherente del recurso colectivo”:

⁵⁵ AT&T Mobility v. Concepcion, Corte Suprema de Estados Unidos, 2011, 563 U.S. 333, p. 352.

⁵⁶ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 8.

⁵⁷ Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 586.

⁵⁸ Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 587.

⁵⁹ Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 587.

- Casi el 80% de los consumidores europeos “indican que estarían más dispuestos a defender sus derechos ante los tribunales si pudieran sumarse a otros consumidores con la misma reclamación.”⁶⁰
- Los consumidores afectados “que deseen iniciar un procedimiento judicial para obtener una compensación de forma individual se enfrentan a menudo a importantes obstáculos en términos de accesibilidad, eficacia y coste.”⁶¹
- El que cuando los afectados con varios ciudadanos “víctimas de una misma infracción, las acciones individuales pueden no constituir un medio eficaz para poner fin a las prácticas ilegales de que se trate u obtener una indemnización, especialmente cuando la pérdida individual es pequeña en comparación con los costes del litigio.”⁶²
- La acumulación de reclamaciones “en un único procedimiento de recurso colectivo, o la posibilidad de que la demanda sea presentada por un órgano o entidad representativa que actúe en nombre del interés público, podría simplificar el proceso y reducir los costes para las partes afectadas.”⁶³
- Existen beneficios posibles para “demandas judiciales colectivas en términos de menores costes y mayor seguridad jurídica para los demandantes, los demandados y el sistema judicial.”⁶⁴
- Estudios previos indican que “ninguno de los mecanismos de recurso colectivo disponibles en la UE ha tenido consecuencias económicas desproporcionadas.”⁶⁵

En su Comunicación al Parlamento y al Consejo del año 2013, la Comisión Europea traza como objetivos el contar “con unos sistemas de justicia eficientes [que puedan] contribuir de forma decisiva a alcanzar el objetivo de crecimiento competitivo que se ha fijado la Unión,” en un contexto donde “la seguridad jurídica y un entorno jurídico fiable tienen una importancia capital.”⁶⁶ En el entendido que

⁶⁰ Resolución 2011/2089 (INI), Considerando D.

⁶¹ Resolución 2011/2089 (INI), Considerando E.

⁶² Resolución 2011/2089 (INI), Considerando F.

⁶³ Resolución 2011/2089 (INI), Considerando K.

⁶⁴ Resolución 2011/2089 (INI), punto 5.

⁶⁵ Resolución 2011/2089 (INI), punto 9.

⁶⁶ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 2.

la política de justicia comunitaria pretende establecer un verdadero espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos y las empresas.”⁶⁷

Hace referencia dentro de los objetivos también a la doble naturaleza de los recursos colectivos, puesto que garantizan “un alto nivel de protección de los consumidores y mejora[n] la aplicación del Derecho de la UE, [...] propiciando al mismo tiempo el crecimiento económico y facilitando el acceso a la justicia.”⁶⁸ Esa función dual de protección al individuo que sufre el daño y al demandado – en cuanto actor de la economía – hace que se busquen las “soluciones equilibradas favorables al crecimiento europeo.” Y por ello, como parte de los objetivos se debe plantear un modelo que “no debe generar litigios abusivos ni ocasionar efectos perjudiciales a las partes demandadas,” citando como ejemplos de tales consecuencias indeseables “las *class actions* típicas de los Estados Unidos.”⁶⁹ De manera contundente afirma que “el enfoque europeo de la acción colectiva debe por lo tanto tener muy presente la necesidad de prevenir estos efectos negativos y de prever las salvaguardias adecuadas contra los mismos.”⁷⁰

La comunicación propone un sistema más amplio que el de la competencia o el consumo, pero en materias y disciplinas limitadas, y no propugna un sistema abierto; según la Comisión estas acciones pueden ser pertinentes “para las políticas desarrolladas por la UE en ámbitos distintos de la competencia o la protección de los consumidores, [...] [tales como] los servicios financieros, la protección del medio ambiente, la protección de datos o la lucha contra la discriminación.”⁷¹

El texto de la Recomendación de la Comisión, menciona como objeto de la recomendación en el considerando 10 “facilitar el acceso a la justicia en relación con las violaciones de derechos recogidos en el Derecho de la Unión [...] y la protección de los abusos,” para lo cual enuncia un “conjunto de principios relativos al recurso colectivo [...] [que] deben garantizar los derechos procesales

⁶⁷ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 2.

⁶⁸ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 2.

⁶⁹ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 2.

⁷⁰ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 2.

⁷¹ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 6.

de las partes y evitar los abusos mediante unas garantías adecuadas.”⁷² Dentro de los considerandos plantea un modelo equilibrado y balanceado entre las partes, de acuerdo con “acceso a la justicia, el derecho a obtener una indemnización, la necesidad de prevenir los litigios abusivos, el funcionamiento del mercado único, la economía de la Unión Europea y la confianza de los consumidores.”⁷³ Por tanto, los Estados “deben velar por que los procedimientos de recurso colectivo sean justos, equitativos, oportunos y no excesivamente onerosos.”⁷⁴

Además de comprender relaciones de consumo, en Chile la ley se extiende también a los ámbitos de la salud y la educación, pues el artículo 2.d somete a la norma los contratos de educación y el 2.f la contratación de los servicios de salud. Así, el artículo 1 de la norma señala como su objeto regular “las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.”

Establece en el artículo 3 como derechos del consumidor la libre elección del bien o servicio, la información veraz sobre bienes y servicios ofertados, la no discriminación para acceder a estos, la seguridad en su consumo, la reparación e indemnización, y la educación para un consumo responsable. Derechos que, de acuerdo con el artículo 4, “son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.”

El título IV de la Ley hace referencia los procedimientos que da lugar la aplicación de la misma; de manera general las acciones judiciales que derivan de la Ley “se ejercerán frente a actos, omisiones o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores.”⁷⁵ Y como fines del procedimiento judicial se consagra sancionar al proveedor, anular las cláusulas abusivas, obtener la prestación de la obligación, así como también “hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, o a obtener la debida indemnización de perjuicios.”⁷⁶

⁷² Recomendación 2013/396/UE, Considerando 13.

⁷³ Recomendación 2013/396/UE, Considerando 26.

⁷⁴ Recomendación 2013/396/UE, artículo 2.

⁷⁵ Ley PDC art. 50.

⁷⁶ Ley PDC art. 50.

Las acciones judiciales pueden ser ejercidas “tanto a título individual como en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores;” y define entonces estas últimas como las acciones “que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por vínculo contractual. Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.”⁷⁷

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado también el objeto de los procedimientos colectivos en el Derecho Chileno, al decir que los intereses colectivos o difusos están subordinados al derecho subjetivo individual; así, los intereses descritos se entienden como derechos individuales homogéneos “y su forma de protección es especial u original no por la índole supraindividual del interés, sino por consideraciones únicamente prácticas: impedir que el costo de pleitear esté por sobre el provecho esperado del pleito.”⁷⁸

En México, la competencia sobre las acciones colectivas es limitada a los tribunales federales y su alcance es sectorial, pues la ley se refiere a la “defensa y protección de los derechos e intereses colectivos” pero “solo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.”⁷⁹ El artículo 580 consagra los derechos protegidos mediante las acciones; de un lado habla de derechos e intereses difusos y colectivos – de naturaleza indivisible cuyos titulares son una colectividad de personas indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o derecho comunes –, y del otro derechos e intereses individuales de incidencia colectiva – de naturaleza divisible cuyos titulares son individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho –.

⁷⁷ Ley PDC art. 50.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia Chile, Sentencia 1904-2006, considerando 5.

⁷⁹ CFPC art. 578.

La ley diferencia tres tipos de acciones colectivas, señaladas en el artículo 581; el primer tipo es la acción difusa, de naturaleza indivisible y atribuida a una colectividad indeterminada,⁸⁰ cuyo fin es la protección de derechos e intereses difusos mediante la restitución de las cosas al estado original, son que exista vínculo jurídico entre el demandado y el grupo. El segundo tipo es la acción colectiva en sentido estricto, de naturaleza indivisible y atribuida a una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo fin es la protección de los derechos e intereses colectivos mediante la reparación del daño causado, que se sustenta en el vínculo jurídico común entre el grupo y el demandado. Y el tercer tipo es la acción individual homogénea, de naturaleza divisible y atribuida a un grupo compuesto por individuos con base a circunstancias comunes, cuyo fin es la protección de derechos e intereses individuales de incidencia colectiva mediante el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión.

La Suprema Corte de Justicia ha hecho énfasis en las razones que motivaron la creación de los procedimientos colectivos en México, entendiendo que la reforma constitucional del año 2010 tuvo como fin “fortalecer el acceso a la justicia de los ciudadanos, mediante el establecimiento de instituciones procesales que permitan la defensa, protección y representación jurídica colectivas de derechos e intereses de los miembros de una colectividad o grupo dentro de la sociedad.”⁸¹ Y en orden a alcanzar dichos fines, identificará como tres los objetivos de tales acciones, a saber proporcionar economía procesal, garantizar acceso a la justicia y seguridad jurídica, y generar un efecto social respecto a la disuasión de abusos.

La economía procesal se logra mediante un sistema eficiente en el que una acción única acumula pretensiones individuales respecto a los mismos derechos, lo que promueve “ahorro de tiempo y recursos materiales en general, no sólo para la colectividad afectada y su contraparte, sino también para las instituciones

⁸⁰ La doctrina ha clarificado que el adjetivo “indeterminada” se refiere a los miembros ‘indeterminados’ de la colectividad, pues de lo contrario se afectaría el debido proceso del demandado.

⁸¹ Suprema Corte de Justicia de México, Sentencia 28/2013, Fundamento 54.

encargadas de la impartición de justicia.”⁸² Las acciones colectivas permite el acceso al aparato judicial de pretensiones pequeñas, que son incosteables de manera individual, situando “ a ambas partes del litigio en una posición de igualdad, [...] [protegiendo] los intereses de personas que no tienen los medios necesarios para hacer valer sus derechos en juicio, sea por falta de conocimiento, iniciativa, independencia u organización.”⁸³ Y además desincentivan conductas abusivas e ilícitas de agentes económicos pues al ser éstas “combatidas colectivamente, el monto de dicha reclamación [en sentencias favorables a grupos afectados] puede ser mayor al beneficio obtenido ilícitamente.”⁸⁴

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional colombiana, el fin principal de la acción de grupo es la indemnización de una pluralidad de individuos afectados por el mismo hecho dañoso, mediante un solo proceso que resulta en una justicia eficiente y evita decisiones contradictorias. Si bien la acción no excluye la protección de ningún tipo de derechos, también es cierto que bien puede salvaguardar intereses de sectores específicos de la población – como los consumidores –; de igual manera, dentro de sus fines se enmarca el modificar el comportamiento – o el desistimiento del mismo – en ciertos actores económicos que hayan causado perjuicios.

Por ello es que las indemnizaciones individuales reconocidos mediante la acción pueden no ser relevantes en cuantía, si bien la jurisprudencia ha destacado que una de sus ventajas es permitir la unión de reclamaciones económicamente insignificantes – y que por ello no suelen ser objeto de reclamo judicial – que agregadas se convierten en sumas de mayor importancia.

3. Conformación del Grupo y Legitimación:

En Estados Unidos, la Regla 23 del Procedimiento Civil Federal establece cuatro prerequisites concomitantes para la certificación de la clase; éstos son la

⁸² Suprema Corte de Justicia de México, Sentencia 28/2013, Fundamento 56.

⁸³ Suprema Corte de Justicia de México, Sentencia 28/2013, Fundamento 56.

⁸⁴ Suprema Corte de Justicia de México, Sentencia 28/2013, Fundamento 56.

numerosidad o abundancia, es decir que el grupo sea lo suficientemente amplio que impida litisconsorcio; comunidad en las cuestiones de hecho y de Derecho; tipicidad, es decir que las reclamaciones de los representantes sean típicas de aquellas reclamaciones de los miembros de la clase; y adecuación de la representación, es decir que los intereses de la clase estén adecuadamente representados en juicio. Una vez certificada la clase, determinadas acciones incluyen obligatoriamente – sin notificación del inicio del proceso y sin necesidad de aceptación – a sus miembros, otras acciones permiten la opción de exclusión voluntaria para aquellas personas que deseen litigar de manera individual.

Sobre la conformación de la clase los tribunales federales han referido la evolución de su tratamiento jurisprudencial, así como también sobre el particular cuidado del juez al momento de certificar a una determinada clase. Es por ello que tras las indemnizaciones enormes de las décadas de 1980 y 1990, “las *class actions* empezaron a caer en desgracia para con los tribunales y ciertos sectores del público. Se dieron esfuerzos para limitar lo que los jueces llamaron el efecto potencial de bancarrota de la certificación de clase, la cual una vez dada ponía a los demandados bajo presión intensa para conciliar.”⁸⁵ Sin embargo, se califica como el desarrollo más importante al respecto, “el abandono en tribunales federales, de una aproximación favorable de la certificación de clase hacia una más escéptica y estricta,” lo que ha desembocado en un cuerpo de derecho federal riguroso que interpreta los requisitos legales como “estándares altos impuestos sobre el demandante que busca lograr la certificación.”⁸⁶

La citada certificación precisa que el juez “entienda la reclamación, las defensas, los hechos relevantes y el derecho sustantivo aplicable, para así proceder en consecuencia.” La aproximación actual menos proclive a la certificación de clase es ya doctrina firme avalada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, y requiere que “el demandante demuestre cumplir con los requisitos de la regla 23, demostrando pluralidad de demandantes, cuestiones

⁸⁵ In re Kosmos Energy Ltd. Sec. Litig., Corte Federal de Distrito, Distrito Norte de Texas, 2014, 299 F.R.D. 133, p. 137.

⁸⁶ In re Kosmos Energy Ltd. Sec. Litig., Corte Federal de Distrito, Distrito Norte de Texas, 2014, 299 F.R.D. 133, p. 138.

comunes de hecho o de Derecho, tipicidad de las reclamaciones o defensas y la adecuación de la representación.”⁸⁷ Y además se han pronunciado acerca de la razonabilidad del tamaño potencial de una clase, máxime cuando pocos solicitan la indemnización; por ejemplo, cuando “la clase es enorme – más de cien millones de tarjetahabientes – dispersos en el país, [...] y pese a una campaña publicitaria vigorosa tan sólo once reclamaciones válidas han sido diligenciadas.”⁸⁸

La jurisprudencia ha hecho referencia a la proporcionalidad, requerida del juzgador al momento de decidir sobre la constitución de la clase; así, diferentes tribunales han negado la certificación de clase cuando “la responsabilidad económica del demandado sería enorme y fuera de toda proporción, comparada con el daño sufrido por el demandante.”⁸⁹ En otras ocasiones la negativa se ha derivado además del “posible impacto financiero sobre el demandado, [...] en lo desproporcionado de una indemnización que tiene poca relación con el daño sufrido por la clase y en las preocupaciones sobre el debido proceso consecuencia de tal impacto.”⁹⁰ Se puede citar como ejemplo sobre negativa a la certificación de clase, el caso en que una indemnización individual de cien dólares en un grupo compuesto por 130,000 personas “sería horrenda para el demandado, posiblemente un castigo aniquilador sin relación a daños o beneficios de la clase demandante.”⁹¹ O también casos en que dicha certificación hubiese resultado en indemnizaciones de entre 20 millones y 8 billones de dólares.⁹²

Las reglas de proporcionalidad llevan entonces a conectar el razonamiento para con la lógica de los resultados absurdos; en ese sentido, los jueces “han acudido a la misma lógica para denegar la certificación allí donde la indemnización sería *ad absurdum*,” o incluso cuando la *class action* está en abierta contradicción

⁸⁷ In re Kosmos Energy Ltd. Sec. Litig., Corte Federal de Distrito, Distrito Norte de Texas, 2014, 299 F.R.D. 133, p. 139.

⁸⁸ In re Heartland Payment Sys., Corte Federal de Distrito, Distrito Sur de Texas, 2012, 851 F. Supp. 2d 1040, p. 1047.

⁸⁹ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 10.

⁹⁰ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 10.

⁹¹ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 10.

⁹² Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 10-11.

con la intención del legislador.⁹³ De manera similar, se ha declinado la certificación de clase cuando “la indemnización potencial no tiene relación con el daño sufrido por el demandante, [...] y cuando debido al tamaño de la clase el reconocimiento de una indemnización pequeña equivaldría a imponer supercastigos al demandado.”⁹⁴

Ahora bien, el reconocimiento de cláusulas contractuales específicas – de parte de los jueces – ha resultado también en la negativa a la certificación de la clase; en ese sentido, la Corte Suprema ha declarado que “el arbitraje es un asunto contractual, cuyos términos deben ser aplicados rigurosamente por los jueces,”⁹⁵ incluso cuando implican la renuncia a las *class actions*. Entonces, al tribunal le está vedado permitir una acción de ese tipo, en tanto que las partes “aceptaron el arbitraje de acuerdo a dicha regla general, y sería extraordinario que un tribunal borrara tal expectativa.”⁹⁶

Y el alto tribunal afirma que la renuencia a la certificación de la clase no erosiona la protección procesal de las personas, puesto que la existencia de *class actions* no elimina los instrumentos procesales individuales. Al respecto considera que “las acciones individuales han sido consideradas como mecanismos efectivos mucho antes de la adopción de *class actions*, y en virtud de éstas no se han vuelto inefectivas.”⁹⁷

La Resolución del Parlamento Europeo establece una serie de reglas en el punto 20 que informan la legitimación en procesos colectivos; declara entonces que “para que sea admitida una demanda representativa debe existir un grupo definido con claridad, y la identificación de los miembros del grupo debe tener lugar antes de que se presente la demanda.” Plantea que el enfoque europeo

⁹³ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 11.

⁹⁴ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 12.

⁹⁵ American Express Co. V. Italian Colors Rest., Corte Suprema de Estados Unidos, 2013, 570 U.S. 228, p. 233.

⁹⁶ American Express Co. V. Italian Colors Rest., Corte Suprema de Estados Unidos, 2013, 570 U.S. 228, p. 234.

⁹⁷ American Express Co. V. Italian Colors Rest., Corte Suprema de Estados Unidos, 2013, 570 U.S. 228, p. 237.

coherente del recurso colectivo “debe basarse en el principio de adhesión (opt-in), en el que las víctimas son identificadas claramente y toman parte en el procedimiento solo si indican expresamente su deseo de hacerlo, a fin de evitar posibles abusos.”

A manera de justificación del modelo de legitimación activa sugerido, la resolución afirma que “hay que descartar un sistema de demandas colectivas en el que las víctimas no estén identificadas antes del pronunciamiento de la sentencia por ser contrario al ordenamiento jurídico de muchos Estados miembros y violar los derechos de las víctimas que pudieran participar en el proceso sin saberlo y para los que, a pesar de ello, sería obligatoria la resolución judicial.”

En cuanto a los aspectos del marco horizontal el modelo propuesto por la Comisión en la Comunicación de 2013, éste es el de participación voluntaria (opt-in), aquél “donde el grupo incluye solamente a las personas físicas o jurídicas que activamente opten por pasar a formar parte del grupo representado.”⁹⁸ Considera como “imprescindible asegurar que el grupo representado esté claramente definido, de forma que el órgano jurisdiccional pueda desarrollar el proceso con absoluto respeto de los derechos de todas las partes y, en especial, del derecho de defensa.”⁹⁹ Al referirse a los recursos colectivos afirma que son “litigios civiles entre dos partes de Derecho Privado, incluso cuando una de esas partes tiene carácter colectivo.” Y aclara en una nota adicional que “una autoridad pública también puede ocupar la posición procesal de demandante o demandada en los litigios civiles cuando no esté ejerciendo su potestad pública sino actuando con arreglo al Derecho Civil.”¹⁰⁰

En esa misma línea, la Recomendación hace referencia a la legitimación dentro del recurso; el artículo 3.a establece que se “garantiza la posibilidad de reclamar una indemnización de forma colectiva por dos o más personas [...] que afirmen haber sido perjudicadas en caso de daños masivos o por una entidad

⁹⁸ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 12.

⁹⁹ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 13.

¹⁰⁰ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 4.

capacitada para entablar una acción de representación.” Respecto a las entidades legitimadas, el artículo 4 enumera una serie de condiciones mínimas que habilitan para acceder a tal calidad; así, los Estados miembros designarán entidades sin naturaleza lucrativa, que entre sus fines y derechos transgredidos exista relación directa, con recursos suficientes para representar al grupo y sus intereses. Se prescribe que la designación pueda ser general o especial, en tanto que son “entidades previamente designadas oficialmente [...] o [...] entidades que hayan sido acreditadas ad hoc por las autoridades nacionales de un Estado miembro.”¹⁰¹ Así mismo, la legitimación cubre a entidades públicas de acuerdo con el artículo 7 pues “los Estados miembros deberían facultar a las autoridades públicas para interponer acciones de representación.”¹⁰²

En lo que respecta a la conformación del grupo la Recomendación sostiene el principio de participación voluntaria, donde la parte demandante se integra a partir de los individuos que expresamente den su consentimiento, adhiriéndose o retirándose previo a la resolución de la controversia. Así el artículo 21 afirma que “la parte demandante debería constituirse por consentimiento expreso de las personas físicas o jurídicas que afirmen haber sufrido daños,” mientras que el 22 permite que “todo miembro de la parte demandante debería poder retirarse de esta [...] en cualquier momento antes de que se dicte la resolución definitiva o de que el asunto se resuelva válidamente de otra manera.”

La Ley chilena, a partir del artículo 51, dispone el procedimiento especial para las acciones sobre protección del interés colectivo o difuso de los consumidores; en cuanto a la legitimación activa, el numeral 1 afirma que la acción se inicia con la demanda interpuesta por el SERNAC – Servicio Nacional del Consumidor –, una Asociación de Consumidores constituida con seis meses de antelación a la acción, o un grupo de consumidores afectados en un mismo interés de al menos 50 personas. Una vez iniciado el proceso, y de acuerdo con el numeral 3, toda persona afectada puede sumarse al grupo; en palabras de la norma,

¹⁰¹ Recomendación 2013/396/UE, artículo 6.

¹⁰² Recomendación 2013/396/UE, artículo 7.

“iniciado el juicio señalado, cualquier legitimado activo podrá hacerse parte en el mismo.”

Una vez interpuesta la demanda, la Ley ordena – en el artículo 52 – al órgano judicial que la examine y la declare admisible, siempre que la parte demandante cuente con legitimación y que cumpla con los requisitos del Código de Procedimiento Civil; entre otros el nombre de cada uno de los demandantes, es decir prescribe individualizar a cada uno de los miembros del grupo. La admisión de la demanda equivaldría entonces en el Derecho Comparado a la certificación del grupo o la clase.

La Corte Suprema chilena ha interpretado de manera restrictiva la legitimación activa, con apego total al texto de la norma; al respecto se ha planteado si una asociación cuya función está determinada por usuarios o consumidores de los sistemas de salud, cuenta con legitimación activa por el sólo hecho de ser una asociación de consumidores, para iniciar un procedimiento colectivo contra una empresa de telecomunicaciones, por el cobro que se alega indebido de un soporte técnico. La respuesta es clara, pues dicha entidad “está actuando absolutamente fuera de su objeto, sin que pueda entenderse porqué una asociación de consumidores o de entes que tengan que ver con prestaciones de salud, puedan verse afectados por el cobro, ilegal o no, de un supuesto soporte de asistencia técnica de televisión por cable.”¹⁰³

Respecto a la asociación legitimada en los procedimientos colectivos, la interpretación de la norma realizada por la Corte declara que esta sea “una asociación cuyo objeto sea la defensa de los consumidores efectivamente con la conducta desplegada por la empresa a la cual se demanda o, por lo menos, que se trate de una asociación de defensa general de intereses de los consumidores.” En ese orden de ideas, cuando la asociación “tiene como objeto específicamente la defensa de los derechos de los consumidores de servicios de salud o de productos relacionados con la salud, no tiene legitimación activa para demandar

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia Chile, Sentencia 1904-2006, considerando 2.

a una empresa de televisión por cable por supuestos cobros indebidos a sus clientes.”¹⁰⁴

Por tanto, la Corte Suprema chilena concibe la legitimación como un límite al abuso de los procedimientos colectivos, en cuanto que “no parece tener asidero una interpretación de los preceptos que propugne la existencia de juicios en los que quienes deducen la acción carezcan de todo vínculo con el grupo de quienes son lesionados.” En definitiva, “puede afirmarse [...] [que] las asociaciones de consumidores, para ser legitimados activos, requieren una vinculación sustantiva entre, al menos, algunos de sus miembros y la pretensión que reclaman.”¹⁰⁵

En el código mexicano, la legitimación activa en las acciones la tienen según el artículo 585, cuatro organismos públicos – Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, y Comisión Nacional de Competencia –, una colectividad de al menos 30 miembros a través de su representante común, las asociaciones civiles sin fines de lucro creadas al menos con un año de antelación a la acción, y el Procurador General de la República. Una vez admitida la demanda por el juez, y notificada por medios idóneos a los miembros de la colectividad, éstos podrán adherirse a la parte demandante a través de una comunicación expresa al representante de aquella. El plazo para la adhesión al grupo es amplio, pues la ley dispone en el artículo 594 que podrán hacerlos “durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses después posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.”

Interpuesta la demanda, el juez examinará y certificará los requisitos de procedencia – entre otros, que los hechos dañosos correspondan a materias de remedio colectivo, que sean comunes a los miembros del grupo, que existan al menos 30 miembros en el grupo y que los demás sean determinables, que la vía colectiva sea más conveniente que la acción individual –, y que escrito contenga

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia Chile, Sentencia 1904-2006, considerando 2.

¹⁰⁵ Corte Suprema de Justicia Chile, Sentencia 1904-2006, considerando 5.

los nombres de los miembros del grupo promotor de la acción. Certificados los requisitos, el juez procederá a admitir la demanda,¹⁰⁶ lo que equivaldría entonces en el Derecho Comparado a la certificación del grupo o la clase.

La jurisprudencia mexicana ha señalado que el diseño de la legitimación procesal busca mantener el carácter equilibrado y proporcional del modelo, pues el fin es “evitar conductas indeseables que pudieran distorsionar la finalidad del procedimiento colectivo, o fraudes procesales que lesionen los intereses de la colectividad.”¹⁰⁷

Según la jurisprudencia constitucional colombiana, la preexistencia o pre-constitución del grupo no es exigible para la admisión de la acción; sobre el número de 20 miembros, se reconoce como requisito de admisión y es necesario su mera identificación o los criterios que permitirán al juzgador individualizarlos. También se ha señalado que la exigencia de un número para conformar el grupo – y por ende la negativa a tramitar acciones que no cuenten con tal membresía – , no implica discriminación o desprotección procesal, pues las personas siempre podrán acudir a las acciones individuales que correspondan.

4. Intervención de Abogados:

En el sistema estadounidense tras la certificación de la clase, de acuerdo con la Regla 23, el tribunal designará al abogado representante de la clase con base en consideraciones de experticia, conocimientos y preparación, recursos, y el hecho que el representante haya presentado la *class action* específica. Los honorarios son asignados por el tribunal, de manera razonable. Sobre el particular, los tribunales han sostenido que los honorarios se sustraen del fondo creado para la compensación de los miembros de la clase, y los jueces los calculan a partir de dos métodos, a saber el porcentaje y el de estrella guía. En el primero, “el tribunal autoriza una suma equivalente al porcentaje razonable del fondo, [...] [mientras que en el segundo] realiza un cómputo que incluye el número de horas empleadas

¹⁰⁶ CFPC arts. 587-592.

¹⁰⁷ Suprema Corte de Justicia de México, Sentencia 28/2013, Fundamento 88.

razonablemente en el litigio, a una tasa razonable por hora.”¹⁰⁸ Los factores que tiene en cuenta el tribunal son: “(1) el tiempo y trabajo requeridos; (2) la novedad y dificultad de los temas; (3) la habilidad necesaria para realizar el trabajo legal adecuadamente; (4) la imposibilidad del abogado para asumir otros trabajos en razón del caso; (5) el pago acostumbrado por trabajos similares; (6) el carácter fijo o porcentual de los honorarios; (7) limitaciones de tiempo impuestas por el cliente o las circunstancias; (8) la cantidad dineraria que envuelve el caso y los resultados obtenidos; (9) la experiencia, reputación y habilidad del abogado; (10) el carácter indeseable del caso; (11) la naturaleza y duración de la relación profesional con el cliente; (12) los honorarios en casos similares.”¹⁰⁹

No obstante, los tribunales también han reconocido que en ese tipo de procedimientos existe siempre el peligro del abuso – de parte de los abogados – pues las normas respectivas “de textura abierta llaman al ejercicio de una discreción considerable de carácter pragmático. [Así es que] los tribunales tienen una responsabilidad significativa de asegurar que ese enorme poder de los demandantes – y más precisamente el de sus abogados – que cargan el mazo de la *class action*, sea utilizado solamente en casos apropiados.”¹¹⁰

La Resolución del Parlamento Europeo se ocupa también en el punto 20 de las indemnizaciones y los honorarios de abogados; así, “el marco horizontal solo debe incluir las indemnizaciones por daños reales y deben prohibirse las indemnizaciones punitivas; [...] por lo general, en Europa no contemplan los honorarios condicionados al resultado del litigio (contingency fees) y no deben formar parte del marco vinculante.” Con relación a los honorarios de abogados y a su cálculo correcto, la Recomendación de la Comisión se opone a la *cuota litis* por conectarla con abuso del litigio; en ese sentido el artículo 29 reza que “los Estados miembros deberían garantizar que los honorarios de los abogados y su método de cálculo no creen ningún incentivo para emprender acciones judiciales

¹⁰⁸ In re Heartland Payment Sys., Corte Federal de Distrito, Distrito Sur de Texas, 2012, 851 F. Supp. 2d 1040, p. 1071.

¹⁰⁹ In re Heartland Payment Sys., Corte Federal de Distrito, Distrito Sur de Texas, 2012, 851 F. Supp. 2d 1040, p. 1071.

¹¹⁰ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 8.

que sean innecesarias desde el punto de vista de los intereses de cualquiera de las partes.” Y el 30 afirma que en el territorio de la Unión “no deberían permitir los honorarios condicionales que puedan generar un incentivo de este tipo.”

La ley chilena se refiere a la representación profesional en el artículo 50C, cuando prescribe que en las citadas acciones las partes deben comparecer con intervención de letrado o con patrocinio de abogado habilitado. Cabe anotar que la Ley faculta al juez para intervenir directamente en el desempeño del abogado dentro del procedimiento colectivo; así, “en el caso que el juez estime que las actuaciones de los abogados entorpecen la marcha regular del juicio, solicitará a los legitimados [...] que nombren procurador común [...] [y] en subsidio, éste será nombrado por el juez de entre los mismos abogados.” Y en tal caso su remuneración será fijada por el juez, el cual “regulará prudencialmente los honorarios del procurador común, [...] considerando las facultades económicas de los demandantes y la cuantía del juicio.”¹¹¹

En el sistema mexicano, la representación profesional mediante abogado es requerida cuando los accionantes son una colectividad o una asociación civil; el artículo 586 del código ordena que dicha representación “deberá ser adecuada,” y tiene dicho carácter siempre que el representante:

- Obre con diligencia, buena fe y pericia.
- No esté inmerso en situaciones de conflicto de interés.
- No haya promovido ni esté promoviendo de manera reiterada acciones colectivas frívolas o temerarias.
- No promueva acciones colectivas con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos.
- No haber actuado con impericia, negligencia o mala fe en acciones colectivas.

En el evento que el abogado faltare a los requisitos precedentes, el juez podrá removerlo y remitirá el expediente al Consejo de la Judicatura Federal para que se apliquen las sanciones correspondientes. De acuerdo con el artículo 617

¹¹¹ Ley PDC art. 51-7.

los honorarios del abogado podrán ser hasta del 20% de la cantidad cuantificada, y serán liquidados en ejecución de sentencia para lo cual – según el artículo 618 – “el juez tomará en consideración el trabajo realizado y la complejidad del mismo, el número de miembros, el beneficio para la colectividad respectiva y demás circunstancias que estime pertinente.”

De acuerdo con la ley colombiana, la acción de grupo debe ejercerse por conducto de abogado y la liquidación de sus honorarios corresponden al 10% de la indemnización obtenida; las decisiones judiciales tanto civiles como de lo contencioso-administrativo han sido coherentes con las disposiciones legales, respecto a los honorarios.

5. Sentencia:

En los Estados Unidos la Corte Suprema ha declarado que las *class actions* pueden interponerse por daños sufridos de actividad de la administración, como por ejemplo órdenes del Secretario de Salud que recuperan sumas pagadas en exceso para beneficiarios del sistema de *social security*. Ahora bien, ha destacado que su carácter indemnizatorio tiene límites pues en las demandas colectivas “el remedio no puede ser más dañoso de lo necesario para el demandado, más allá de entregar remedio completo a los demandantes.”¹¹²

Los tribunales federales han permitido que gran parte de la suma reconocida por daños “se pague a terceros que sean organizaciones sin ánimo de lucro, siempre que su trabajo se relacione con los intereses de la clase.”¹¹³ Se entiende que la medida es apropiada cuando los receptores “se aproximan razonablemente a los intereses buscados por la clase, [...] [por lo que] deben tenerse en cuenta la naturaleza de la demanda, los objetivos de las leyes sustantivas y los intereses de los miembros silentes de la clase, incluida su diversidad geográfica.”¹¹⁴ Se considera entonces que estos pagos a terceros en

¹¹² *Califano v. Yamasaki*, Corte Suprema de Estados Unidos, 1979, 442 U.S. 682, p. 702.

¹¹³ *In re Heartland Payment Sys.*, Corte Federal de Distrito, Distrito Sur de Texas, 2012, 851 F. Supp. 2d 1040, p. 1047.

¹¹⁴ *In re Heartland Payment Sys.*, Corte Federal de Distrito, Distrito Sur de Texas, 2012, 851 F. Supp. 2d 1040, p. 1076.

class actions son válidos siempre que se den dos circunstancias: primera, “la imposibilidad de entregar directamente la indemnización a los miembros de la clase.” Y segunda, “las cantidades no reclamadas han de distribuirse para un objetivo lo más cercano a aquellos que subyacen la demanda, a los intereses de los miembros de la clase, y los intereses de aquellos en situación similar.”¹¹⁵

En Chile la Ley prescribe - en el artículo 53C - que la sentencia, al conceder las pretensiones del grupo, aborde determinados asuntos; así, habrá de declarar cómo los hechos afectaron intereses colectivos o difusos de los consumidores, la responsabilidad de los demandados y las multas que sean menester, la procedencia y monto de las indemnizaciones correspondientes, y la devolución de pagos excesivos. El mismo artículo contempla que “contra la sentencia definitiva procederá el recurso de apelación,” y el 54 establece que “la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes.”

La ley mexicana dispone que la sentencia se dicte dentro de los 30 días siguientes a la audiencia final,¹¹⁶ y esta “deberá resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho.”¹¹⁷ Respecto a las acciones colectivas en sentido estricto y a las individuales homogéneas, “el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño [...] así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo.”¹¹⁸

La jurisprudencia constitucional colombiana ha confirmado la naturaleza indemnizatoria de la acción de grupo, aunque ha ampliado dicho concepto al de resarcimiento y reparación; por tanto además de cantidades dinerarias, se han dado condenas en abstracto, simbólicas y de prevención. Es más, ante daños derivados de un acto administrativo la medida reparativa podría consistir en la declaratoria de nulidad de este.

¹¹⁵ In re Heartland Payment Sys., Corte Federal de Distrito, Distrito Sur de Texas, 2012, 851 F. Supp. 2d 1040, p. 1076.

¹¹⁶ CFPC arts. 596.

¹¹⁷ CFPC art. 603.

¹¹⁸ CFPC art. 605.

6. Caducidad de la acción:

Respecto a la caducidad, la Corte Suprema de Estados Unidos – en la reciente decisión *China Agritech v. Resch* – concluyó que el término de caducidad de la *class action* es el de la prescripción de la conducta que causa el daño; y además, que dicho plazo prescriptivo no puede ser extendido por el juez.

De acuerdo con el artículo 26 de la Ley chilena, “las acciones que persigan la responsabilidad contravencional que se sanciona por la presente ley prescribirán en el plazo de dos años, contado desde que haya cesado en la infracción respectiva.” La Ley mexicana en el artículo 584 establece como plazo de prescripción de las acciones colectivas el de 42 meses contados a partir de la causación del daño.

La Corte Constitucional colombiana ha explicado que la caducidad contemplada en la ley 472 de 1998 permite enfrentar dos escenarios distintos; de un lado, ante daños que se agotan en una actividad la caducidad es de dos años. De otro, daños de tracto sucesivo permiten que la caducidad no opere sino hasta que finalicen las consecuencias dañosas.

7. Principios Jurídicos que Enmarcan la Acción, Abuso, Situación Desventajosa y Consecuencias Económicas para el Demandado:

En los Estados Unidos tanto el legislador como los tribunales han reconocido la particular situación desventajosa en la que se encuentra el sujeto demandado en acciones colectivas – procesalmente hablando –, así como las consecuencias económicas que sobre éste pueden acarrear una eventual condena. Situación que ha motivado reformas legislativas y decisiones judiciales que apelan a principios como la proporcionalidad, la razonabilidad y la justicia. Como ejemplo puede citarse la Class Actions Fairness Act – Ley de Justicia en de Class Actions –, que en su motivación busca “reformular los procedimientos que aplican a *class actions*, para asegurar resultados más justos tanto para los miembros de la clase como para los demandados”.

La sección segunda de la CAFA – bajo la nomenclatura de hechos probados y propósitos – afirma que para el Congreso Federal dichas acciones “son parte valiosa e importante del sistema jurídico en cuanto permiten la resolución eficiente y justa de reclamaciones de numerosos demandantes, al permitir su agregación en una sola acción contra el demandado que presuntamente ha causado un daño”. De inmediato hace énfasis en que “durante la última década ha habido abusos del instrumento” que han tenido determinadas consecuencias indeseadas como “perjudicar a miembros de clase con reclamaciones legítimas o a demandados que han actuado de manera responsable;” la “afectación negativa del comercio interestatal;” se ha “erosionado la confianza pública en el sistema judicial.”

La norma reconoce también que “miembros de la clase reciben poco o ningún beneficio e incluso son perjudicados,” los abogados “cobran grandes sumas, mientras que los miembros de la clase acceden a cupones o a sumas ridículas,” compensaciones no justificadas “son entregadas a algunos miembros de la clase a expensas de otros miembros,” y la publicidad sobre las acciones “es confusa, previniendo a las personas un conocimiento efectivo para el ejercicio de sus derechos.” Además, dice que el Congreso ha encontrado “sesgo en contra de los demandados.” Entonces, establece como propósitos de la CAFA “asegurar la compensación pronta y justa para miembros de clases que tengan reclamaciones legítimas,” así como también “beneficiar a la sociedad al promover la innovación y reducir los precios para el consumidor.”

La Corte Suprema ha hecho referencia a la debilidad de la posición de los demandados en *class actions* al decir que “aumenta grandemente los riesgos para [éstos]; [...] haciéndolos proclives a aceptar los costos en el arbitraje, pues se ahorran el desgaste del sistema judicial y su impacto se da en disputas individuales. Pero cuando las indemnizaciones pretendidas se adeudan a decenas de miles de personas, y se deciden en un solo juicio, el riesgo [...] a menudo se convierte en inaceptable.”¹¹⁹ Al enfrentarse con un chance “así sea mínimo de una

¹¹⁹ AT&T Mobility v. Concepcion, Corte Suprema de Estados Unidos, 2011, 563 U.S. 333, p. 350.

pérdida devastadora, los demandados serán presionados a conciliar reclamaciones cuestionables, [...] llamadas por otros tribunales como las conciliaciones *in terrorem* que implican las *class actions*.”¹²⁰

Otros tribunales federales han destacado que existe una presión sobre el demandado para que este concilie, sobre todo en procesos que implican a varios miles de personas; entonces, suponer “la existencia de cinco mil miembros potenciales de una clase [...] [resulta en que el demandado] podría fácilmente estar enfrentando 25 billones de dólares y hasta más en indemnizaciones potenciales, y la bancarrota. Hay que decirlo claro, el demandado no querrá lanzar esos dados y estará bajo una intensa presión para conciliar.”¹²¹

Aunque el tribunal aclara que no está implicando el que “las *class actions* son malas porque suponen presión en los demandados para que concilien, [es evidente que] dicha presión es una realidad.”¹²² Y se expresa preocupación sobre la posibilidad de “forzar al demandado a arriesgar su empresa ante el juicio de un solo jurado, o forzarlo a conciliar por miedo al riesgo de la bancarrota incluso sin haber incurrido en responsabilidad legal.”¹²³ Así, “un jurado, compuesto por seis personas, tendrá en sus manos el destino de toda una industria [...] arrojándola a la bancarrota. Ese tipo de situación puede ocurrir en nuestro sistema de justicia civil, aunque es probable que la empresa concilie sin importar si es realmente responsable, sin que se estén desconociendo los derechos de las partes.”¹²⁴

La relación entre la posición del demandado y las consecuencias económicas resultado de una *class action* ha sido discutida en los distintos niveles judiciales federales; en ese sentido, “la proporcionalidad entre el daño real causado y la responsabilidad económica del demandado ha sido tomada en

¹²⁰ AT&T Mobility v. Concepcion, Corte Suprema de Estados Unidos, 2011, 563 U.S. 333, p. 350.

¹²¹ In re Rhone-Poulenc Rorer Inc., Corte Federal de Apelaciones, Séptimo Circuito, 1995, 51 F.3d 1293, p. 1298.

¹²² In re Rhone-Poulenc Rorer Inc., Corte Federal de Apelaciones, Séptimo Circuito, 1995, 51 F.3d 1293, p. 1299.

¹²³ In re Rhone-Poulenc Rorer Inc., Corte Federal de Apelaciones, Séptimo Circuito, 1995, 51 F.3d 1293, p. 1299.

¹²⁴ In re Rhone-Poulenc Rorer Inc., Corte Federal de Apelaciones, Séptimo Circuito, 1995, 51 F.3d 1293, p. 1300.

consideración por varios tribunales.”¹²⁵ Como ejemplo, aquellos casos en los que “permitir miles de pequeñas reclamaciones de demandantes llevarían a un extremo frustrante y absurdo, incoherente para con el remedio prescrito por el Congreso.”¹²⁶ En esa línea de argumentación se ha combinado la regla de proporcionalidad y la intención del legislador al aprobar la norma de derecho sustantivo, ya que no sólo es que “la responsabilidad económica potencial sería desproporcional frente al daño incurrido, sino que dicha responsabilidad sería inconsistente con la intención del Congreso al aprobar los términos de la indemnización en la ley.”¹²⁷

En cuanto al impacto económico de las *class actions* sobre el demandado y al reconocimiento judicial de dicha realidad, se ha sostenido como “ampliamente aceptado que la certificación de clase puede forzar al demandado a conciliar, en lugar de incurrir en los costos de ese litigio y correr el riesgo de una indemnización potencial ruinosa.”¹²⁸ De esa manera “decisiones ordinarias sobre certificar una *class action*, pueden por su naturaleza reformar radicalmente una demanda y alterar significativamente el cálculo riesgo-beneficio de las partes litigantes.”¹²⁹ El tema afecta diversas áreas del Derecho pues “bien desde préstamos en bienes raíces hasta normas de mercados de valores, los tribunales han reconocido indemnizaciones que resultan en bancarrotas sin tener en cuenta que la ley habilitadora de la demanda no pudo haber sido aprobada para dañar a alguien en tal grado.”¹³⁰

Y en ese orden de ideas es posible para el tribunal considerar las reglas de proporcionalidad, al afirmar que si bien “este no es un caso donde el demandante haya demostrado que la responsabilidad económica potencial resultaría en

¹²⁵ Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 714.

¹²⁶ Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 715.

¹²⁷ Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 715.

¹²⁸ Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 721.

¹²⁹ Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 721.

¹³⁰ Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 721-722.

bancarrota. [...] Nos reservamos el decidir si el demostrar que la indemnización llevaría a la ruina, garantiza entonces la negativa de certificación de clase.”¹³¹

En casos específicos los tribunales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre efecto económico potencial que una *class action* tendría sobre una ciudad y sus empresas; al respecto dirá que “de certificarse la clase y ésta ganase el litigio, incluso una indemnización pequeña sería enorme y fuera de proporción, debido a la falta de daño real,”¹³² pues la clase incluiría 125,000 transacciones de tarjetas en parqueaderos del demandado con indemnizaciones que oscilan entre los 100 y 1000 dólares por persona, y que podrían acumular un total de entre 12,5 y 125 millones de dólares. Una indemnización por esa suma “paralizaría la habilidad de la ciudad de Pasadena para proveer servicios públicos, y dejaría a la empresa Public Parking – cuyos ingresos son de 255,000 anuales – fuera del negocio.”¹³³

En esa misma línea de argumentación confirma que “dadas las consecuencias desastrosas para la empresa y para las miles de personas residentes en la ciudad de Pasadena, de certificarse la clase para este caso, y la ausencia de un daño real, se declara que la certificación pretendida es inadecuada.”¹³⁴ Se entiende que una *class action* no se materializa como instrumento justo y efectivo, cuando “permite el abuso de los abogados, [pues] en muchas situaciones la verdad es que [esta] ha sido utilizada como mecanismo de oferta de servicios legales, lo que es un resultado indeseable que no puede ser tolerado.”¹³⁵ Así este tipo de acciones “pueden ser medio de cura para la enfermedad pero matando al paciente, pues llegan a promover litigios

¹³¹ Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 723.

¹³² Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 13.

¹³³ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 13-14.

¹³⁴ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 15.

¹³⁵ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 18.

innecesarios principalmente solo para beneficio de unos pocos abogados, listos y deseosos de promover tales casos.”¹³⁶

La proporcionalidad y las consecuencias económicas sobre una ciudad, han permitido a los tribunales federales calificar a la *class action* como instrumento injusto e inefectivo en el caso particular, donde el líder de la clase “busca obtener 15 millones de dólares de una ciudad pequeña, [...] sin que de esta última haya existido malicia o mala fe. [...] Sin embargo pretenden que la ciudad se defienda en una *class action* demorada y costosa, lo que limitaría la capacidad de Laguna Beach para proteger la salud, seguridad y bienestar de sus residentes.”¹³⁷

Tal situación comporta consecuencias catastróficas de la *class action* para la ciudad, pues ésta “no tiene recursos ilimitados para participar en un juicio prolongado, ni los recursos financieros para satisfacer y sobrevivir una condena de 15 millones de dólares.”¹³⁸ De hecho, dicha suma “duplica el fondo de reserva municipal y supera el presupuesto anual destinado a su departamento de policía.”¹³⁹ El pago de la suma buscada “comprometerá la capacidad de la ciudad para enfrentar emergencias y proveer servicios públicos, [...] entre otros el pago de empleados municipales, pago de servicios médicos, enfrentar desastres naturales, y el funcionamiento de servicios municipales vitales.”¹⁴⁰ Por ello es que en esa sentencia el juzgador se declara “perdido al tratar de entender como se puede sugerir que es justo someter a Laguna Beach a un litigio de clase tan oneroso, exponiéndola a una responsabilidad económica ruinosa.”¹⁴¹

Al tratar la proporcionalidad y la responsabilidad financiera derivada de tales procesos judiciales, se distingue entre los efectos económicos

¹³⁶ Medrano v. Modern Parking, Inc., Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2007, p. 18.

¹³⁷ Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 587.

¹³⁸ Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 587.

¹³⁹ Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 587.

¹⁴⁰ Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 587.

¹⁴¹ Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 587.

potencialmente desastrosos de una *class action* cuando la parte demandada es el Estado – o una de sus criaturas como lo es la ciudad – o una empresa particular; reconoce entonces que ésta última suele ser “una *class action* contra una empresa billonaria[...], mientras que en el presente caso – en claro contraste – se busca obtener 15 millones de dólares de una ciudad pequeña, [...] cuando además nadie sufrió daños.”¹⁴²

La Resolución del Parlamento Europeo contiene múltiples referencias que buscan limitar el alcance de los procesos colectivos ante posibles abusos, así:

- Referencia a los “esfuerzos del Tribunal Supremo de Estados Unidos por poner coto al recurso excesivo a los tribunales y al abuso del sistema de demandas colectivas (*class actions*) y destaca que Europa no debe establecer un sistema de demandas colectivas del estilo del estadounidense u otro sistema que no respete las tradiciones jurídicas europeas.”¹⁴³
- El Parlamento “celebra los esfuerzos de los Estados miembros por reforzar los derechos de las víctimas de comportamientos ilícitos mediante la adopción de normas destinadas a facilitar la reparación del perjuicio pero evitando una cultura de recurso abusivo a los tribunales.”¹⁴⁴
- Menciona “la necesidad de tomar debidamente en cuenta las tradiciones jurídicas y los ordenamientos jurídicos de cada Estado miembro.”¹⁴⁵
- A manera de reiteración afirma que “se deben establecer salvaguardias en el instrumento horizontal para evitar reclamaciones sin fundamento y el abuso de los recursos colectivos, de modo que se garantice un proceso justo,”¹⁴⁶ destacando que tales salvaguardias deben cubrir aspectos como la legitimación, indemnizaciones y los honorarios de abogados.

¹⁴² Rowden v. Pacific Parking Systems, Corte Federal de Distrito, Distrito Central de California, 2012, 282 F.R.D. 581, 587.

¹⁴³ Resolución 2011/2089 (INI), punto 2.

¹⁴⁴ Resolución 2011/2089 (INI), punto 3.

¹⁴⁵ Resolución 2011/2089 (INI), punto 16.

¹⁴⁶ Resolución 2011/2089 (INI), punto 20.

La Comisión reconoce – en la Comunicación de 2013 – como inconveniente de ese tipo de acciones el riesgo de litigios abusivos; en ese sentido, “las principales objeciones expresadas en contra de la introducción de mecanismos de recurso colectivo aludían a su capacidad de generar litigios abusivos o de producir otro tipo de repercusiones negativas para las actividades económicas de las empresas,” demandas temerarias estas que se entablan “intencionalmente contra empresas honradas con el propósito de dañar su reputación o de infligirles una carga financiera indebida.”¹⁴⁷ Riesgo potencial que se materializa cuando empresas demandadas que no hayan incurrido en infracciones “pueden verse abocadas a llegar a un acuerdo extrajudicial a fin de prevenir o minimizar esos posibles daños, [...] [sumado a que] los costes de la representación legal en un caso complejo pueden ser considerables, especialmente para las empresas más pequeñas.”¹⁴⁸ Y aunque plantea apartarse del modelo americano, destaca que en años recientes la Corte Suprema de los Estados Unidos ha limitado “progresivamente la posibilidad de interponer estas demandas colectivas habida cuenta de los perniciosos efectos económicos y jurídicos de un sistema abierto a litigios infundados.”¹⁴⁹

En Chile la regulación normativa evidencia referencias a la proporcionalidad y a la sanción del abuso en el mecanismo colectivo. Si bien el demandado cuenta con 30 días de plazo para efectuar las reparaciones y entregar las indemnizaciones, la Ley permite el pago de éstas en plazos cuando afecten la viabilidad económica de éste. De acuerdo con el artículo 54F, “cuando el monto global de la indemnización pueda producir, a juicio del tribunal, un detrimento patrimonial significativo en el demandado, de manera tal que pudiera estimarse próximo a la insolvencia, el juez podrá establecer un programa mensual de pago de indemnizaciones completas para cada demandante.” La Ley establece sanciones para los casos en que se abuse de los procedimientos colectivos; así, la interposición de una acción que carezca de fundamento plausible conllevará a la sanción de los responsables, de manera tal que “la multa podrá ascender hasta

¹⁴⁷ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 8.

¹⁴⁸ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, puntos 8 y 9.

¹⁴⁹ Comunicación 2013, COM (2013) 401 Final, punto 9.

200 unidades tributarias mensuales, pudiendo el juez, además, sancionar al abogado.”¹⁵⁰

El código mexicano contempla criterios de razonabilidad, prudencia y las consecuencias económicas de una eventual condena, pues el demandado, según el artículo 607, cuenta con un plazo prudente para cumplir con la sentencia fijado en ésta. Y de manera algo curiosa, pues lo prescribe para las medidas cautelares y no para el resultado final del litigio, el artículo 611 señala que “el juez deberá valorar además que, con el otorgamiento de la medida, no se cause una afectación ruinoso al demandado.”

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional en Colombia, los principios que inspiran e informan la acción de grupo son la economía procesal, el acceso a la administración de justicia, la solidaridad, la dignidad humana, la efectividad de los derechos y la razonabilidad.

8. Facultad del Legislador para regular los Procedimientos Colectivos:

En Estados Unidos los tribunales federales – tal como se ha dicho en apartados precedentes – han referenciado la situación desproporcionada causada por las *class actions*, aunque expresan deferencia a la competencia del legislador para remediarla. Se ha entendido que si bien la certificación de clase “supone presión sobre el demandado incluso para conciliar reclamaciones sin mérito, [...] por aumentar la indemnización potencial y los costos del litigio, lo que por razones de prudencia [...] [aconsejan] abandonar su defensa,” también es cierto que “la injusticia de la presión [sobre el demandado], así como los méritos sociológicos de reclamaciones pequeñas en *class actions*, no son asuntos para decidir en sede judicial.”¹⁵¹ Por tanto, si “la enorme responsabilidad económica potencial puede justificar la negativa a certificar una clase, depende solamente en la intención del

¹⁵⁰ Ley PDC art. 50-E.

¹⁵¹ Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 722.

Congreso.”¹⁵² Entonces es claro que es el poder legislativo y no el poder judicial al que le corresponde corregir los desequilibrios adjuntos a las *class actions*.

Para el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia también ha demostrado deferencia a la competencia del legislador para regular los procedimientos colectivos. Al referirse a los requisitos exigidos por la ley para los accionantes, ha dicho que establecer restricciones adicionales jurisprudenciales “bloqueando la vía jurisdiccional a partir de establecer candados a quienes el legislador otorgó legitimación activa,”¹⁵³ no está permitido.

La jurisprudencia constitucional en Colombia ha declarado que la facultad del legislador para regular la acción de grupo está sujeta a ciertos límites; entre ellos está la prohibición de obstaculizar o impedir el ejercicio colectivo de la acción, de establecer categorías de derechos, de excluir derechos, y de desconocer principios como la solidaridad o el acceso a la justicia.

9. Disposiciones Normativas Restrictivas de Procedimientos Colectivos:

En principio, los objetivos trazados por determinados grupos pueden ser alcanzados bien mediante instrumentos legislativos o bien a través de sentencias judiciales; y aunque la justificación de la escogencia de una u otra vía no ha sido estudiada,¹⁵⁴ también es cierto que ante la ocurrencia de ciertos hechos extremos que bajo un régimen irrestricto de acciones colectivas hubiesen arruinado sectores enteros de la industria, las autoridades implementaron regímenes que limitaron parcialmente el uso de instrumentos de reclamación grupal. Como ejemplo de tales regímenes se procederá a explicar la Ley de Estabilización y Seguridad del Transporte Aéreo (Air Transportation Safety and System Stabilization Act) en Estados Unidos, y el Reporte Final de la Revisión del Derecho de la Negligencia en Australia.

¹⁵² Bateman v. American Multi-Cinema, Inc., Corte Federal de Apelaciones, Noveno Circuito, 2010, 623 F.3d 708, p. 722.

¹⁵³ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 28/2013, Fundamento 87.

¹⁵⁴ Harnay, Sophie y Marciano, Allay, “Collective Litigation versus Legislation: a Rent-seeking Approach to Class Actions”, en The Law and Economics of Class Actions in Europe (Jurgen Backhaus y Alberto Cassone, Eds.), Elgar, Northampton, 2012, p. 219.

9.1. Estados Unidos: Ley de Estabilización y Seguridad del Transporte Aéreo:

En los Estados Unidos, el acuerdo del Gobierno y el Congreso ha permitido que los remedios colectivos se hayan alcanzado con instrumentos diferentes a las *class actions*; como alternativa a éstas, recientemente se han explorado métodos situados fuera del contexto litigioso tradicional con el objeto de compensar a personas que han sufrido daños en escenarios grupales. Son modelos alternativos que podrían servir como ejemplos útiles para otros países; cabe entonces destacar el Fondo de Compensación para Víctimas del 11 de septiembre y el Centro de Reclamaciones para la Costa del Golfo. Si bien son instrumentos propiciados por circunstancias únicas con improbabilidad de repetición, estos demuestran sistemas que permiten compensar de manera justa, eficiente e igualitaria. Instrumentos jurídicos aprobados de manera expost y cuya eficacia es de carácter retroactivo.

Así, mediante la Ley de Estabilización y Seguridad del Transporte Aéreo (Air Transportation Safety and System Stabilization Act) aprobada tan sólo once días después de los ataques terroristas, el Congreso Federal creó el Fondo de Compensación para Víctimas del 11 de Septiembre para indemnizar a aquellos que sufrieron daños por los ataques terroristas y a sus familias, como freno a los procesos masivos que de otra manera hubieran amenazado con desbordar el aparato judicial y potencialmente quebrar a la industria aeronáutica. La experiencia fue exitosa, en la medida que ha sido alternativa a litigios y ha indemnizado al 97% de los reclamantes.

El título IV de la ATSSSA establece las normas relativas a la compensación de víctimas, las cuales cubren a individuos que estaban presentes en los lugares objeto de los ataques y sufrieron heridas o muerte, eran pasajeros o tripulación en los aviones siniestrados, o descendiente de estos o aquellos.¹⁵⁵ El mismo título restringe la posibilidad de acudir a cualquier reclamación judicial – bien individual o bien grupal –, bajo el epígrafe de ‘limitación de acción civil,’ puesto que al

¹⁵⁵ ATSSSA, Sec. 405-c.

someter una reclamación al Fondo la persona “renuncia al derecho para instaurar o ser parte de una acción civil, bien en tribunales estatales o federales, por daños sufridos como resultado de los accidentes aéreos por terrorismo del 11 de septiembre de 2001.” Y para el evento de procedimientos judiciales en curso, la persona “no podrá ejercer una reclamación bajo el presente título, salvo que se retire de dicha acción.”¹⁵⁶

Pese a que la sección 408 de la ATSSSA deja abierta la posibilidad de litigios, y entre ellos las *class actions*, la misma disposición los restringe de tal manera que busca desincentivar dichos procedimientos judiciales; en primer lugar, la ley establece un límite al monto de daños a reclamar, pues “la indemnización de todas las reclamaciones [...] surgidas de los accidentes aéreos por terrorismo del 11 de septiembre de 2001, contra cualquier aerolínea, no podrá exceder los límites de la responsabilidad civil cubierta por cada aerolínea.”¹⁵⁷ Cantidad que está alrededor de los 6 billones de dólares. En segundo lugar, la ley limita el Derecho sustantivo aplicable a las acciones iniciadas por dicha causa a aquél de “el Estado donde el accidente ocurrió, salvo en lo que sea inconsistente con el Derecho Federal.”¹⁵⁸ Y en tercer lugar, la ley limita la jurisdicción competente para conocer de las acciones pues la deposita total y exclusivamente en la Corte Federal del Distrito Sur en Nueva York, la cual “tendrá jurisdicción original y exclusiva sobre todas las demandas por cualquier asunto – pérdidas materiales, daños personales o muerte – que sea resultado o esté relacionado con los accidentes aéreos por terrorismo del 11 de septiembre de 2001.”¹⁵⁹

9.2. Australia: Reporte Final de la Revisión del Derecho de la Negligencia:

A principios del siglo XXI en Australia ocurrió una crisis jurídica y económica alrededor del derecho de daños, relacionada con diversos factores como la ampliación del concepto de culpa y de la responsabilidad correlativa, la asunción respecto a que el modelo de seguros por responsabilidad de terceros estaría

¹⁵⁶ ATSSSA, Sec. 405-c-B.

¹⁵⁷ ATSSSA, Sec. 408-a.

¹⁵⁸ ATSSSA, Sec. 408-b-2.

¹⁵⁹ ATSSSA, Sec. 408-b-3.

siempre disponible, y la explosión de acciones colectivas con *cuota litis*. Como resultado, los costos crecientes de los seguros llevaron al colapso de una compañía importante del sector así como de organizaciones médicas, y a la crisis del ejercicio de la medicina debido a la falta de seguros. La resolución de la problemática descrita requirió la adopción de medidas legislativas y arreglos indemnizatorios de parte del gobierno, para así estabilizar la situación del sector médico y de seguros. Las reformas incluyeron una nueva reorientación del concepto de culpa restringido en la ley y el establecimiento de topes a las reclamaciones por daños.

Las reformas acometidas fueron propiciadas a partir de un informe entregado por el Ministerio del Tesoro, denominado Reporte Final de la Revisión del Derecho de la Negligencia; reporte elaborado por un panel compuesto de un Magistrado, un profesor de Derecho, un profesor de Medicina y un alcalde municipal. El Reporte empieza por confirmar que “la indemnización por daños personales se ha vuelto insostenible económicamente [...] y es deseable examinar [...] la reforma del *common law* con el fin de limitar la responsabilidad y el monto por daños.”¹⁶⁰ Y en los términos de referencia dirá que se ha solicitado al panel “desarrollar y evaluar opciones que restrinjan la responsabilidad y el monto de reclamación posible por daños,” abordar principios que “limiten la responsabilidad de autoridades públicas,” proponga opciones de reforma legal que eviten que “los individuos inicien acciones” por negligencia.¹⁶¹

El Reporte menciona que en la reunión del Consejo de Ministros de mayo de 2002, éste comunicó oficialmente que “la interpretación impredecible de la negligencia es un factor que está elevando las pólizas de seguro,” debido entre otras razones a que “el Derecho aplicado por los tribunales en casos de negligencia es confuso e impredecible;” a que en “tiempos recientes se ha vuelto demasiado fácil para los demandantes establecer la responsabilidad de demandados en casos de negligencia;” las indemnizaciones de tales casos “son muy altas con frecuencia;” tanto así que la percepción de crisis al respecto “es

¹⁶⁰ Commonwealth of Australia Treasury, Review of the Law of Negligence: Final Report, p. IX.

¹⁶¹ Ibidem, p. IX-X.

tan seria en el país que [...] puede resultar en una erosión del apego de la gente al Derecho y al Estado de Derecho mismo.”¹⁶²

Al referirse al ámbito del Reporte, éste toca también la regulación de los honorarios por asesoría jurídica; establece que en el sistema de daños los costos de abogados representan un 40% del total y que “cambios en la regulación respecto al pago de honorarios en dichas acciones reducirían la cultura litigiosa.”¹⁶³ Por se recomienda que los honorarios oscilen entre el 5% y el 8% de la suma reclamada. En el Reporte se reconoce el impacto potencial de la reforma legal propuesta, a efectos de reducir o eliminar a futuro determinadas indemnizaciones; pero traslada la responsabilidad, precisamente, a los órganos políticos del Estado, cuando afirma que “la forma de resolver estos problemas es un asunto de política pública a determinar por los gobiernos.”¹⁶⁴ Y conecta dicho argumento – el Reporte – con el principio democrático, pues los cambios en las regulaciones de negligencia son de competencia del poder legislativo; en ese sentido, el “Parlamento puede cambiar la ley en cualquier momento, y la reforma del Derecho – incluido el *common law* – es por supuesto un fenómeno común en Australia.”¹⁶⁵

El Reporte declara haber tenido en cuenta el interés de los demandados potenciales, en cuanto “no ser sujetos a responsabilidad legal indebida e insoportable.” Y además, el hecho que “los intereses individuales deben sopesarse contra los intereses de la comunidad como un todo, [...] [conlleve al panel] a tratar de entregar un balance razonable entre ambos.”¹⁶⁶ El Reporte confirma que la crisis del sector seguros ha causado en todo el país “la ausencia de pólizas o su existencia a precios inalcanzables,” afectando negativamente muchos aspectos de la vida comunitaria australiana. Dichas afectaciones incluyen la cancelación de “festivales, presentaciones de arte y agricultura, conciertos, eventos deportivos, desfiles, obras de teatro, o cualquier evento al aire libre,” el “cierre de colegios y jardines infantiles,” dificultades para hospitales y la práctica de la Medicina. De

¹⁶² Ibidem, p. 25-26.

¹⁶³ Ibidem, p. 28.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 28.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 29.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 29.

acuerdo con el Reporte, “son estos ejemplos de la manera en que la fibra de la vida diaria ha sido dañada.”¹⁶⁷

10. Recapitulación del Régimen Jurídico en cada País:

10.1. Recapitulación sobre Normas y Jurisprudencia Estadounidense:

El análisis de la regulación normativa y de la jurisprudencia relevante a nivel federal sobre las *class actions* en Estados Unidos, permite afirmar que estas proceden de acuerdo con las reglas establecidas por el legislador en la Rule 23, teniendo además en cuenta razones de economía procesal, división de costos, y protección de las partes en el litigio, que en su suma ahorra recursos para el sistema judicial. De manera general la jurisprudencia entiende que están disponibles en cualquier controversia, en cualquier materia siempre que la conducta de derecho sustantivo no haya prescrito y que el legislador no las haya prohibido. Y el Congreso ha reformado constantemente el régimen de estas acciones, identificando conductas indeseables e injustas por ellas propiciadas, como es el caso de la CAFA – Class Actions Fairness Act –. También lo ha hecho para garantizar indemnizaciones prontas y proteger un sector industrial como el aéreo, mediante la Air Transportation Safety and System Stabilization Act – ATSSSA –.

Las decisiones judiciales han sido consistentes en limitar o restringir ese tipo de acciones en los últimos años; si bien la ley se refiere a la pertenencia al grupo incluso de aquellos que no han expresado tal deseo, y en pocos eventos permite la autoexclusión del mismo, los tribunales han ejercitado escepticismo y cautela al certificar una clase. En ese sentido incluso han cuestionado la razonabilidad en certificar una clase de millones de personas, cuando sólo unos pocos han procedido a reclamar. La jurisprudencia permite la entrega de indemnizaciones no reclamadas a organizaciones sin ánimo de lucro, y la discrecionalidad del juez – dentro de ciertos parámetros de experticia, tiempo, dificultad del asunto y efectividad – al momento de fijar los honorarios de los

¹⁶⁷ Ibidem, p. 31.

abogados. Igualmente ha enfatizado en que las acciones pierden su efectividad y equilibrio cuando permiten el abuso de los abogados.

La aproximación cautelosa a las *class actions* evidenciada en leyes como la CAFA y la ATSSSA, se observa también en la jurisprudencia; en ese sentido, se entiende que la inadmisibilidad de una de estas acciones no implica la afectación ni erosión del debido proceso individual, y además que las cláusulas arbitrales de un contrato pueden válidamente prohibir el acceso a *class actions* y que tales cláusulas arbitrales deben entonces ser respetadas y acatadas. Y en particular, los jueces han sido constantes en señalar la situación extrema que las *class actions* pueden significar para el demandado; como principio aparece que el remedio a alcanzar no puede ser más oneroso de lo necesario para el demandado. Han reconocido que el modelo es ‘extorsivo,’ pues el riesgo de una indemnización enorme presiona al demandado a conciliar, por temor a un jurado y sin importar si es responsable. Es preferible la conciliación, pues los resultados del litigio colectivo pueden ser ‘terroríficas’ para el demandado. Es un mecanismo procesal que tiene la contundencia de un mazo, por lo que el juez sólo debe autorizar su procedencia en casos apropiados.

Sin embargo, los tribunales han sido cautelosos de manera singular en casos recientes cuya parte demandada es una entidad estatal, como una ciudad. Allí refuerza las reglas de proporcionalidad, pues cuando la responsabilidad económica potencial del demandado es enorme en comparación con el daño alegado, el juez – por razones de debido proceso – no debe certificar la clase. Estas acciones no pueden configurarse en un castigo aniquilador sin relación con los daños causados, pues de lo contrario se llega a resultados absurdos. Entonces, la bancarrota potencial del demandado puede ser un factor a tener en cuenta por el juez para certificar o no la clase. Y es claro que el efecto de la indemnización en una *class action* no puede ser paralizar o incapacitar el funcionamiento de una entidad estatal, por lo que no pueden avalarse estos mecanismos cuando representan consecuencias catastróficas para una ciudad. En suma, un litigio que exponga a una ciudad a la ruina, no puede configurarse como justo.

10.2. Recapitulación sobre Regulaciones de la Unión Europea:

El análisis de los instrumentos regulatorios sobre los procedimientos colectivos arroja una primera observación contundente: en Europa debe evitarse la instauración de un sistema de reclamación colectiva al estilo de Estados Unidos – o cualquier otro sistema que no respete las tradiciones jurídicas de los países miembros – pues los abusos de las *class actions* han demostrado los gravísimos efectos económicos y jurídicos de un sistema abierto a los litigios infundados.

Aunque se busca establecer un mecanismo horizontal que englobe a todas las controversias de ese tipo, se favorece una restricción sectorial – cuyo ejemplo exitoso deriva de acciones de consumo y la competencia – a materias como los servicios financieros, el medio ambiente o la discriminación. Se entiende que el objeto de estos procedimientos descansa en la economía procesal, la disuasión de comportamientos ilícitos, el remedio de reclamos pequeños, y la protección de los derechos de las partes en litigio – especialmente los del demandado –. En ese sentido, los procedimientos prohíben los honorarios profesionales vía *cuota litis* y se favorece la legitimación activa de asociaciones y entidades públicas. Así mismo, las personas pertenecientes al grupo deben estar claramente identificadas – habiendo expresado este deseo – previo al inicio de la acción.

Los instrumentos regulatorios destacan que los procedimientos colectivos se deben enmarcar en un modelo de justicia eficiente, orientado al crecimiento económico de la Unión y alcanzando soluciones equilibradas que promuevan este crecimiento. Por ello, los procedimientos colectivos no deben favorecer demandas temerarias que afecten indebidamente la reputación y la carga financiera de las empresas, ni promover arreglos extrajudiciales por temor a reparaciones superfluas. Y con respecto al Estado, los instrumentos regulatorios restringen su carácter de demandado a litigios respecto de su actuación como sujeto de Derecho Civil.

10.3. Recapitulación sobre Normas y Jurisprudencia Chilenas:

La regulación de las acciones colectivas en Chile es de carácter legal, y su alcance se restringe a la protección de los consumidores, extendiéndolo a servicios de educación y salud; además de las materias específicas, la ley limita su ejercicio ante la infracción de derechos específicos allí enunciados. La ley enuncia como finalidad de estas acciones el sancionar al proveedor, anular las cláusulas abusivas, obtener la prestación de la obligación, así como también la cesación del acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores o la obtención de una indemnización de perjuicios.

El procedimiento requiere de abogado, cuyos honorarios son fijados por el juez atendiendo a criterios como el trabajo realizado, el monto reclamado y la capacidad económica de los demandantes. Los legitimados para incoar el procedimiento son el SERNAC, asociaciones civiles y un grupo compuesto de al menos 50 personas. La pertenencia a éste es voluntaria y debe señalar sus miembros, aunque la ley también establece que los efectos de la sentencia son erga omnes. La acción prescribe a los dos años. La ley establece criterios de razonabilidad para que el demandado pueda cumplir con la indemnización acordada, y sanciona el abuso o temeridad en este tipo de procedimientos.

La sentencia de la Corte Suprema evidencia un apego total a la ley – es decir, no se aprecia una variación jurisprudencial de las disposiciones normativas –, y en ella realiza un escrutinio estricto de la legitimación activa en la acción colectiva. De alguna manera, evita el abuso del mecanismo al prohibir que una asociación de consumidores de servicios de salud pueda iniciar una acción relacionada con servicios de televisión por cable. Por ello se demuestra una deferencia de la Corte al legislador.

10.4. Recapitulación sobre Normas y Jurisprudencia Mexicanas:

La regulación de las acciones colectivas en México es de carácter constitucional y legal, y su alcance se restringe a la protección de los consumidores y medio ambiente. Además de las materias específicas, la ley limita su ejercicio a la infracción de los derechos e intereses difusos y colectivos – de

naturaleza indivisible cuyos titulares son una colectividad de personas indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o derecho comunes –, y a los derechos e intereses individuales de incidencia colectiva – de naturaleza divisible cuyos titulares son individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho –.

La finalidad de estas acciones ha sido identificada por la jurisprudencia en razones de economía procesal, de garantías de acceso a la justicia y seguridad jurídica, y de generación de un efecto social respecto a la disuasión de abusos. El procedimiento requiere de abogado, cuyos honorarios de hasta un 20% sobre el monto son fijados por el juez atendiendo a criterios como el trabajo realizado el número de miembros y el beneficio para la colectividad respectiva. La legitimación activa la deposita la ley en cuatro entidades públicas, en asociaciones civiles y en un grupo compuesto de al menos 30 personas. La pertenencia a éste es voluntaria y puede realizarse hasta 18 meses después de ejecutoriada la sentencia. La acción prescribe a los tres años y seis meses.

En la sentencia juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, así como a cubrir el los daños en forma individual a los miembros del grupo. La ley establece criterios de razonabilidad para que el demandado pueda cumplir con la indemnización acordada, y lo protege – al menos en lo referente a medidas cautelares – para que no le se cause una afectación ruinosa. En la jurisprudencia analizada, en la cual no se encontraron decisiones sobre demandas contra el Estado, se evidencia un apego total a la ley – es decir, no se aprecia una variación jurisprudencial de las disposiciones normativas –; allí la Suprema Corte de Justicia reconoce los objetivos buscados por el constituyente y el legislador al establecer los procedimientos colectivos, y repasa los requisitos normativos exigidos para la legitimación activa en éstos. Destaca además que el diseño de la legitimación procesal busca mantener el carácter equilibrado y proporcional del modelo, pues su meta es evitar conductas indeseables que distorsionen la finalidad del procedimiento colectivo, o fraudes procesales que lesionen los intereses de la colectividad. Es decir, la legitimación activa opera como límite a abusos potenciales.

IV. Sección IV: Conclusiones:

En los primeros párrafos de este documento se planteó la explicación de los ejes temáticos – que responden a las cuestiones problemáticas de los procedimientos colectivos – identificados tanto en la doctrina como en los instrumentos normativos y jurisprudenciales en jurisdicciones diversas. Además, se ha realizado una recapitulación por país/región en la que se exponen las principales características del modelo. Ahora bien, adicional a dichas recapitulaciones, la revisión, exposición y análisis de las fuentes normativas, jurisprudenciales y doctrinales reseñadas en el presente documento, como ejercicio de Derecho Comparado, permiten realizar las siguientes observaciones:

1. El Derecho Comparado – en su nivel normativo, regulatorio y jurisprudencial – ha identificado desequilibrios y desbalances en los resultados de procedimientos colectivos, en menoscabo de los intereses de la parte demandada. En ese orden de ideas, es posible apreciar una relación directa entre las decisiones judiciales y actuación del legislador, así:
 - a. Estados Unidos: la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los tribunales federales ha reconocido la evolución judicial de las *class actions*, así como las sucesivas reformas legales sobre la figura, que han resultado en una restricción de su alcance y protección adicional al demandado. Además, la CAFA hace referencia específica a intentar corregir desequilibrios y la ATSSSA busca desincentivar la utilización de tales acciones. Y los tribunales han declarado abiertamente su deferencia a las disposiciones normativas aprobadas por el legislador.
 - b. México y Chile: la jurisprudencia sobre acciones colectivas en ambos países, demuestra una consistencia entre su interpretación y el texto de la norma respectiva.
 - c. Unión Europea: los instrumentos expedidos por el Parlamento y la Comisión prescriben la adopción de normas internas que eviten trasplantar el modelo de *class actions* estadounidenses.

- d. Australia: el Reporte Final entregado por el Gobierno, dio como resultado la modificación de las normas sobre responsabilidad civil.
2. Tales desequilibrios – que ponen en peligro la continuidad de industrias enteras o el funcionamiento de municipios – han sido abordados por la misma jurisprudencia o mediante la adopción de medidas legislativas – como la CAFA, la ATSSSA, la limitación de la responsabilidad civil australiana –, en búsqueda de restablecer el balance perdido y de proteger los recursos públicos. En ese sentido, dichos instrumentos normativos implican la reformulación de una política pública posterior a la ocurrencia de daños colectivos, previendo el posible descalabro financiero asociado a la utilización irrestricta de procedimientos colectivos.
 3. La existencia de esos desbalances ha resultado en que las instituciones comunitarias europeas rechacen categóricamente el modelo de acciones colectivas de los Estados Unidos, por reputarse como ‘pernicioso,’ ‘ruinoso’ y contrario al crecimiento económico del espacio europeo. Expresamente descartan implantar el modelo abierto de las *class actions* norteamericano, pues temen los resultados desastrosos.
 4. En ese orden de ideas, es posible afirmar que en el Derecho Comparado existe una tendencia para limitar, restringir o contextualizar el alcance de los mecanismos de reclamación colectiva. Es decir, el documento arroja evidencias acerca de la limitación legal y jurisprudencial de este tipo de acciones, en el mundo occidental.
 5. También es posible concluir que la doctrina especializada alerta sobre el desbalance y desequilibrio en las reclamaciones colectivas. Por tanto, se encuentra consistencia entre la doctrina y el cuerpo jurídico relevante en el Derecho Comparado.
 6. Las restricciones sobre las acciones se enmarcan en un espectro amplio: afecta la legitimación activa – prefiriendo la actuación de organizaciones y

entes públicos, el escrutinio estricto de requisitos para certificar la clase – , los honorarios de representación, la pertenencia a la clase, las materias objeto de la acción, la penalización del abuso, la potencial bancarrota de la parte demandada. Entonces se aprecian mecanismos institucionales que limitan las acciones colectivas, a partir de una legitimación restrictiva que favorece sujetos calificados – Unión Europea, Finlandia, México, Chile –, identificación previa de los miembros del grupo – Unión Europea y Chile –, materias específicas sobre las que opera – Unión Europea, Finlandia, México, Chile –, regulación exhaustiva de la intervención de abogados – Estados Unidos, México y Chile –, y principios jurídicos que informan la operación de la acción – Estados Unidos, México y Chile –.

Es decir, la revisión iuscomparativista realizada permite concluir la existencia de un planteamiento procesal en el que los requisitos para acreditar el grupo son estrictos – Estados Unidos, Unión Europea, Chile y México –, la renuencia a certificar el grupo cuando se evidencia ilegitimidad en la pretensión – jurisprudencia estadounidense y chilena – y la supervisión y sanción de abogados oportunistas y demandas temerarias – CAFA, jurisprudencia estadounidense, normatividad en Chile y México –.

7. Las restricciones jurisprudenciales sobre la utilización de las acciones apelan a principios de razonabilidad y proporcionalidad, y a la relación balanceada que debe mediar entre el daño efectivamente sufrido por los miembros de la clase y la responsabilidad económica del demandado.
8. En cuanto a la responsabilidad del Estado o de entes públicos, como parte demandada en procedimientos colectivos, aparecen matices especiales:
 - a) En Estados Unidos los tribunales han declarado como injustas reclamaciones que traerían como consecuencia la ruina de una ciudad; entre otras razones porque la eventual bancarrota del demandado – aún más si es el Estado – es factor a tener en cuenta por el juez al momento de certificar la clase y además porque no puede avalarse un resultado catastrófico para el municipio.

- b) En la Unión Europea, el Parlamento y la Comisión recomiendan que el Estado sólo pueda ser parte demandada en capacidad civil; y en cualquier caso, las materias litigiosas son restringidas.
 - c) En México y Chile no se descarta dicha responsabilidad, pero se limita a materias específicas relacionadas con el consumo y el medio ambiente. Y aunque en México se habla de ‘derechos e intereses colectivos,’ éstos han de circunscribirse a las materias descritas.
9. En cuanto al alcance de las acciones de grupo en Colombia, respecto del análisis jurídico presentado, se puede afirmar lo siguiente:
- a. La acción puede incluir miembros indeterminados, similar al modelo de Estados Unidos.
 - b. Contrario al modelo de Estados Unidos, México y Chile, los requisitos procesales de la acción en Colombia son menos exigentes en comparación a las acciones individuales.
 - c. La acción de grupo no favorece la legitimación de parte de un demandante calificado o institucional, como si sucede en la Unión Europea, México y Chile.
 - d. La acción colombiana permite la figura de *cuota litis* similar al modelo de Estados Unidos, Chile y México, aunque en estos países el juez cuenta con amplia discrecionalidad para fijar los honorarios del abogado. Honorarios que en Colombia están fijados por ley, contrario los países reseñados en que se tasan de acuerdo al trabajo realizado.
 - e. En cuanto al objeto, las acciones de grupo en Colombia abarcan cualquier temática similar al modelo estadounidense. Por el contrario, en la Unión Europea, Chile y México se restringen a asuntos de consumo, competencia y medio ambiente.
 - f. Al igual que en Colombia, los procedimientos colectivos en los países analizados operan en materia de responsabilidad estatal. No obstante, ésta suele estar limitada, bien por el impacto económico de la pretensión como en Estados Unidos, o bien por la materia del asunto como en Chile y México.

- g. Las acciones en Colombia no dependen de matiz o contemplación alguna respecto del impacto sobre el demandado. Por el contrario, tal consecuencia ha sido considerada en Estados Unidos, la Unión Europea, Australia, México y Chile.