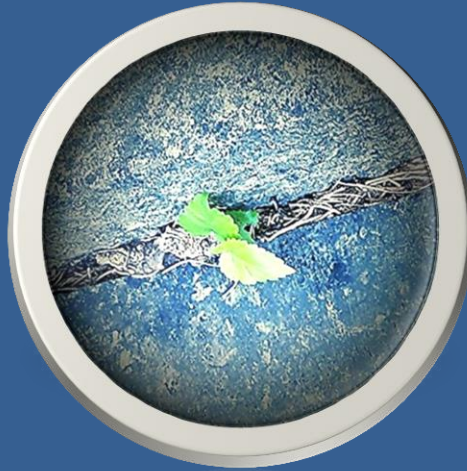


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 7, N° 1
Enero-julio 2017
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



Apuntes sobre el proyecto de nueva regulación de la acción de clase en el derecho italiano

[*Notes on the draft new regulation of class action in Italian law*]

Vincenzo Vigoriti

Profesor ordinario de la *Università degli Studi di Firenze* (Italia)
Contacto: vvigoriti@vigoriti.it

Resumen

El trabajo analiza la proyectada nueva regulación de la acción de clase en Italia, poniendo en evidencia los aspectos positivos y negativos de la disciplina proyectada, formulando sugerencias tendientes a contemperar los intereses de las personas dañadas por hechos pluriofensivos con aquellos de las empresas responsables.

Palabras clave: acciones de clase; tutela jurisdiccional superindividual; derechos individuales homogéneos.

Abstract

This essay analyses the projected new regulation of class actions in Italy, putting in evidence its positive and negative issues, proposing suggestions tending to temper harmed people's interests by multi-offensive facts with responsible companies' interests.

Key words: class actions; due process of law; class actions for damages.

Recibido: 20 de julio de 2017 / Aprobado: 1 de agosto de 2017



Apuntes sobre el proyecto de nueva regulación de la acción de clase en el derecho italiano* **

Vincenzo Vigoriti

1. Premisa

Se trata de la nueva disciplina de la *class action* que el Código de Procedimiento Civil (CPC) se prepara a acoger a propuesta del Ministro de Justicia en concierto con el Ministro de Economía y Finanzas. La propuesta consta de dieciséis artículos (art. 840 *bis*-840 *sexiesdecies*)¹ y ha sido aprobada por la Cámara de Diputados el 16 marzo 2016. Está ahora en examen conjunto de la Comisión de Justicia y de la Comisión de Industria, Comercio y Turismo del Senado en sede referente. Las dos Comisiones pidieron una audición informal. Las observaciones que siguen son algunas de las expuestas el 11 de julio de 2017.

2. La acción de clase: un instituto necesario

Hay que expresar el favor por el instituto del que nos ocupamos. En el plano de la tutela jurisdiccional, es la respuesta necesaria a una exigencia de tutela “de masa” a la característica, justa-

* El 13 de julio de 2017, en Sao Paulo, Brasil, falleció la profesora Ada Pellegrini, insigne jurista brasilera, también italiana. Entre sus intereses fue constante aquel por las acciones de clase y estos apuntes constituyen un primer recuerdo del común empeño.

** Traducción de Eugenia Ariano Deho.

¹ Proyecto de Ley N° 1950, pendiente en el Senado (consultable en: <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00921125.pdf>). La nueva disciplina sustituye la del 140-*bis* del Código de Consumo, de la cual toma algunas soluciones técnicas y, en su conjunto, la mejora.

mente, masiva de la producción industrial, del comercio y del turismo. Se trata de no limitar la tutela resarcitoria y restitutoria a la reparación del perjuicio de los pocos individuos que han tenido la fuerza y la posibilidad de reaccionar al ilícito, sino también de contemperar las razones de las empresas y de los gestores de servicios, evitándoles el peligro de acciones repetitivas y quizá chantajistas.

El instituto está en el patrimonio normativo de todos los Países industrializados (de los Estados Unidos al Canadá, al Reino Unido, al Brasil, al Perú, a Alemania, etc.) con formas y contenidos quizá diferentes, pero, con todo, asimilables al modelo americano de la *class action*, ya conocidísimo. También a nivel europeo, la Unión se ha expresado a favor de la tutela llamada colectiva en los sistemas procesales de los Estados miembros: en los modos más acordes con los rasgos típicos de los diversos sistemas, pero con el preciso intento de garantizar una tutela de carácter superindividual. Debe también decirse que todos, en Europa y en otros lugares, temen efectos distorsivos para las empresas y citan para ello viejas experiencias estadounidenses. Son observaciones en parte compartibles, pero que no tienen en cuenta las numerosas intervenciones de racionalización (normativas y jurisprudenciales) acaecidas a lo largo de los años y que justamente en los Estados Unidos han inducido a afirmar que la *class action*, hoy, es eficaz escudo (*shield*) de las empresas en contra de iniciativas no justificadas.

3. La complejidad del procedimiento

En cambio, hay que formular reservas sobre el conjunto del articulado, centradas en el relieve de que la disciplina propuesta es excesivamente compleja, casi como si se tuviera temor hacia la nueva tutela y se quisiera cautelar diseminando el iter procesal de tantas observancias como para hacernos pensar en una carrera de obstáculos. Si los artículos no serán aligerados y simplificados no será fácil obtener tutela a nivel superindividual.

La estructura fundamental del proceso, que en esta sede se considera conocida, es bifásica: la primera, atañe a la admisibilidad de la iniciativa como acción de clase, que termina con el auto [*ordinanza*] del Tribunal y la segunda es la cognición verdadera y propia, destinada a cerrarse con la sentencia. Puede seguir una tercera fase que prevé el ingreso de los llamados adherentes, la determinación de sus derechos y la propuesta de liquidación del representante común al juez delegado, que resuelve con decreto. Las reglas del procedimiento y la sentencia se encuentran en los arts. 840 *quinquies* y *sexies*.

Todo es impugnabile: desde el auto sobre la admisibilidad, en apelación y en Casación (art. 840 *ter*), a la sentencia que acoge la pretensión de clase, al decreto del juez delegado respecto de los adherentes (art. 840 *undecies*).

Los plazos son de los más variados tamaños: 5, 15, 30 (varias veces), 40, 60, 90, 180 días, tres meses. Algunos son perentorios por naturaleza (aquellos de las impugnaciones), otros lo son porque vienen así definidos por la propuesta, de otros, aún no se sabe.

En su conjunto, es evidente que para los componentes de la clase llevar a término un tal proceso será difícilísimo y que, en cambio, será muy cómodo para el demandado bloquearlo a cada paso. Aquí se precisa una tarea de racionalización que parta de la consciencia de que no se trata de aportar unas cuantas desviaciones del modelo consolidado respecto de las controversias individuales (sobre cuya eficiencia...), sino de la creación de algo conceptualmente nuevo.

4. Las posiciones tuteladas: derechos individuales homogéneos

El art. 840 *bis* individualiza las posiciones de ventaja objeto de protección en los *derechos individuales caracterizados por su homogeneidad*. Se trata de una noción distinta de la identidad de derechos, propuesta en el pasado, y es compartible. La homogeneidad debe reconducirse a la *causa petendi* por lo que deben considerarse homogéneos los derechos que nacen del mismo hecho pluriofensivo. El *petitum* será más o menos distinto, según los casos, pero la acción está dirigida a tutelar a la *clase* y, por tanto, al conjunto de los derechos lesionados. Se puede considerar que si algunos pidieran el resarcimiento y otros, en cambio, la restitución, de todas maneras la acción podría ser promovida y continuada como acción de clase, siendo para todos igual la razón de pedir.

5. Los legitimados

La iniciativa puede ser asumida por singulares, componentes de la clase, por asociaciones o por comités que tengan como finalidad la tutela de los derechos homogéneos (art. 840 *bis*).

La iniciativa individual en el interés de todos es una previsión prácticamente abstracta. La experiencia comparada conoce acciones promovidas por individuos, sin embargo, siempre ayudados (protegidos) por otros sujetos y de sus finanzas. Hay que apreciar que el art. 840 *bis* prevea que la iniciativa provenga de asociaciones o comités que tengan por finalidad la tutela de los derechos lesionados. Se rechaza el sistema de las llamadas *representative parties* o el de la llamada *group representation*, o el de la legitimación restringida a las asociaciones más o menos acreditadas ante la Administración Pública (en el pasado algunos querían la garantía de la personalidad jurídica), pero es razonable pedir al Tribunal un control concreto de la adecuación de los actores.

El juzgador tendrá en cuenta el número y el compromiso de los asociados, luego de los recursos financieros (en el presente y en el futuro), la experiencia en la defensa de los mismos, o análogos, derechos. Sin formalismos, pero teniendo en cuenta la realidad de las cosas: por ejemplo, si no hay asociaciones respecto de los efectos nocivos de un cierto, específico, medicamento, habrán, no obstante, asociaciones que tengan experiencias en el sector farmacéutico en general, que bien podrían considerarse legitimadas.

Existe, con todo, una cautela, por así decirlo, estructural: las determinaciones vinculan solo a los demandantes (y a los eventuales adherentes), lo que atenúa la exigencia de reservar la legitimación a los sujetos más o menos oficialmente acreditados, lo que sería, en cambio, apremiante cuando la obra de los legitimados podría incidir sobre los derechos de muchos (quizá ni siquiera conscientes de la existencia del proceso).

6. Los demandados

Serán demandados los gestores de servicios públicos o de pública utilidad, así como, en general, las empresas responsables de las conductas pluriofensivas, en sustancia todas las actividades de servicio o productivas. En la experiencia no solo europea, la acción ha sido promovida prácticamente... por todo. De la reparación de los daños provocados por medicamentos, debidos a sustancias alimentarias, bancos, vehículos, transportes, y otras actividades dirigidas a incidir sobre muchos individuos globalmente considerados. No hay límites y no debería haberlos.

7. Los “adherentes”

A los protagonistas naturales del proceso se pueden unir los llamados adherentes. Son los titulares de un derecho homogéneo a los tutelados con la acción de clase, que tienen la facultad de unirse a la iniciativa ajena en varios momentos. Pueden hacerlo *después* del auto que cierra la fase de admisión de la acción como

acción de clase y, por tanto, antes de la cognición (art. 840 *quinquies*). O bien después de que la sentencia que estima la demanda (art. 840 *sexies* e *septies*).

El procedimiento de adhesión es todo *on line* (la oralidad del proceso es anticuariado) y prescinde la asistencia de abogado.

Las pretensiones de los adherentes son examinadas por un representante común, nombrado por el Tribunal (art. 840 *septies*, lett. h). El representante tiene el encargo de presentar al juzgador las demandas que considera estimables, demandas que serán filtradas por un “juez delegado para los adherentes”. Hay que notar la amplitud de los poderes otorgados (por el Tribunal): el representante está autorizado para cumplir todos los actos, de naturaleza sustancial y procesal, a su parecer, útiles al adherente. La elección refleja una suerte de “quiebralización” del procedimiento, pudiéndose bien asimilar al representante común a un Curador y al juez delegado a la análoga figura en sede concursal.

De esta manera se acoge el sistema llamado *opt in*, ampliamente preferido en Italia, en cuya fuerza la sentencia sobre la *class action* vincula solo a quien ha elegido participar en el proceso, salvo quizá la expropiación de la gestión del derecho por parte de un tercer sujeto. El sistema *opt out* (vínculo solo para quien declara de no querer participar), conocido en otros sistemas, habría asegurado al demandado que, cerrado el contencioso con algunos componentes de la *class*, no habría debido afrontar otras iniciativas. El art. 840 *quater* apunta a evitar la pluralidad de acciones de clase: las preclusiones allí establecidas en protección del demandado son bastante rígidas.

8. La notificación al ministerio público

El art. 840 *ter* prevé que la demanda sea notificada al oficio del ministerio público, que puede (no debe) intervenir limitadamente al juicio de admisibilidad. El art. 840 *quater* prevé la notificación también la queja [reclamo] que cierra la fase.

Se trata de una disposición de dudosa utilidad que debería ser removida sin perjuicio. La controversia tiene carácter privado y el ministerio público podrá intervenir a su propia iniciativa si encuentra la presencia de un interés público (art. 70, III c. CPC), por lo que no parece que haya necesidad de nada más.

9. La disciplina de los gastos procesales

El art. 840 *novies* se ocupa de los gastos del procedimiento, tema todo lo contrario que secundario y más bien de preminente importancia.

En línea de máxima, debería valer el principio de que la carga de los gastos recae sobre el perdedor y, por tanto, también sobre los demandantes en caso de desestimación de la iniciativa, hipótesis, sin embargo, ni siquiera contemplada y de improbable realización. En realidad, valdrá la regla de la experiencia según la cual lo que viene anticipado no se recupera. El proyecto pone a cargo de los demandantes poquísimas cargas (sustancialmente, la asistencia legal y la contribución unificada) y quiere de los adherentes aún menos, solo un fondo gastos (sustancialmente, adelantos) (art. 840 *septies* lit. I). Los adherentes tienen derecho al resarcimiento o a la restitución, pero nada les es debido por los gastos legales asumidos, para entender presupuestos y/o consecuencias de la adhesión.

El demandado, en sustancia, tiene la carga de anticipar todos los gastos, cosa inevitable en atención a la desigualdad económica entre las partes, pero bastante gravosa.

La cuestión central es la de la Pericia Técnica de Oficio [*consulenza tecnica d'ufficio*-CTU], incumbencia fundamental en muchas *class action*, y, en verdad, en todas las más importantes. En la experiencia comparada, la pericia técnica de oficio es casi siempre difícil, larga y costosa. Se piense en la complejidad de las investigaciones en materia de medicamentos, a aquellas en materia bancaria, a las consecuencias de eventos como el de Seveso en Italia o

Bhopal en India. Por lo común son los estudios legales que asisten a los demandantes los que asumen la carga (incluso, de millones de dólares, en los Estados Unidos), transformándose en verdaderas y propias empresas hasta poner en riesgo su propia supervivencia. Lo que no es posible en Italia.

El art. 840 *quinquies*, IV c., dispone que cuando es nombrado un perito técnico de oficio [CTU], le corresponde al demandado anticipar lo necesario para los gastos, lo necesario para el adelanto y hacerse cargo de la retribución final. Obviamente solo en el caso de vencimiento, cosa que la norma, sin embargo, no precisa. Incluso, en el caso de incumplimiento del demandado, el Perito no tiene siquiera derecho de renunciar al encargo, ni puede rechazar de aceptar, por lo que, el proceso simplemente se bloqueará.

Esta disposición se presenta bastante peculiar y el problema es serio. Los demandantes no están en la posibilidad de pagar (se piense en la hipótesis de un número bastante considerable, a las dificultades de recolección, etc.) y los Estudios legales italianos no tienen ciertamente los recursos para las anticipaciones, motivo que explica la oferta y la promoción de grandes Estudios extranjeros en Italia. El demandado puede ser puesto en serias dificultades por la carga de la entera Pericia Técnica de Oficio y de la Pericia Técnica de Parte [CTP], a la que se agregan los problemas del perito “prisionero” de un encargo quizá no deseado y devenido irrenunciable. El temor de que el proceso se bloquee y no progrese es pues fundado. Quizá se podrá pensar en un sistema de inmediatos descuentos fiscales, en lugar de compensaciones y ajustes al cierre del procedimiento, teniendo en cuenta la diversidad de las fuerzas, pero operando con equilibrio y justicia.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**