

De la “*class action for damages*” a la acción de clase brasileña^(*)

Requisitos de admisibilidad

Ada Pellegrini Grinover

Abogada. Profesora de Derecho Procesal. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo

1. Es sabido que la gran novedad del Código de Defensa del Consumidor, en lo que se refiere a la tutela jurisdiccional, fue la creación de una categoría de intereses o derechos individuales homogéneos, los cuales son, en realidad, derechos subjetivos tradicionales que todavía están sujetos a un tratamiento procesal individual, pero, que además, ahora, están sujetos a un tratamiento colectivo, en razón de su homogeneidad y origen común.

Entre las acciones civiles públicas en defensa de los derechos individuales homogéneos, la acción prevista en los artículos 91 a 100 del Código de Defensa del Consumidor, destinado a indemnizar los daños individualmente sufridos, fue denominada “acción de clase brasileña”, por encontrar su precedente en las “*class actions for damages*” del sistema norteamericano⁽¹⁾. Sin embargo, mientras que los Estados Unidos de América cuenta ya con 34 años de experiencia con respecto a estas acciones, en el Brasil la acción de indemnización del artículo 91 y siguientes artículos del Código de Defensa del Consumidor no pasa todavía de ser una sentencia condenatoria genérica, constituyendo una incógnita para la aplicación práctica de normas atinentes a los procesos de la liquidación de daños adeudados a

víctimas o sus sucesores, sobre todo en el campo de los perjuicios derivados del vicio de un producto.

Por eso, fue con mucho placer que acepté la invitación que me extendió el doctor Michael Socarras, del bufete Shook, Hardy & Bacon, de Kansas City, para reunirme en los Estados Unidos con la profesora Linda Mullenix de la Universidad de Texas, una de las más importantes y más reconocidas especialistas en “*class actions*” de aquel país. El poder conocer de cerca la experiencia norteamericana, contando con los esclarecimientos directos de “*experts*” con respecto a normas legales y, sobre todo, la jurisprudencia, constituye una oportunidad única para el extranjero estudioso.

Por eso le agradezco a la profesora Mullenix su valiosa colaboración para el mejor entendimiento del artículo 23 de las Federal Rules, específicamente el apartado b(3), el cual trata las “*damage class actions*” y para una comprensión de las dificultades encontradas por los tribunales norteamericanos al determinar la admisibilidad de los “*mass tort cases*”, con miras a asegurar la eficacia y la justicia de las decisiones de mérito. Y agradezco la inteligente intermediación del Dr. Socarras, un astuto observador de las similitudes y diferencias existentes entre los sistemas de los Estados

(*) IUS ET VERITAS agradece a la doctora Ana María Arrarte por la cesión del presente artículo.

(1) Como he tenido la oportunidad de señalar anteriormente, una acción civil colectiva de responsabilidad por daños individualmente sufridos, regulada por los artículos 91-100 del Código de Defensa del Consumidor, no agota todo el repertorio de procesos colectivos en defensa de los derechos individuales y homogéneos, siendo perfectamente posible que la acción tendiente a la tutela de esos intereses esté destinada a condenar a la obligación de hacer o no hacer, o que sea de índole meramente declaratoria o constituya, todo en consonancia con lo dispuesto en el artículo 83 del Código de Defensa del Consumidor (véase PELLIGRINI GRINOVER, Ada. *Código Brasileño de Defensa del Consumidor*. Comentado por los autores del Anteproyecto. Sexta Edición. Río de Janeiro: Forense Universitaria, 1999. p.769).

Unidos y el Brasil y paciente proveedor de las decisiones judiciales más representativas en la materia. A ambos, y a sus asistentes, también quedo agradecida por el interés demostrado con relación al tratamiento legislativo y doctrinario de las acciones brasileñas en defensa de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Los diversos días de trabajo conjunto, en Nueva York o en Miami, dieron origen a la inspiración de este estudio de Derecho Comparado.

2. El concepto de “*class action*” del sistema norteamericano, basado en *equity* y con antecedentes en el *Bill of Peace* del siglo XVII, ha sido ampliado de modo que ha llegado a adquirir gradualmente un papel central en el ordenamiento legal. Las *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, en el artículo 23, establecen las siguientes reglas fundamentales: (i) una “*class action*” será admisible cuando es imposible reunir a todos los *integrants* de la *class*; (ii) le corresponde al juez llevar control de la **representatividad adecuada**; (iii) le compete también al juez verificar la existencia de una **comunalidad de intereses** entre los miembros de la *class*. Asimismo, de las reglas procesales de 1938 proviene la sistematización del grado de comunalidad de intereses de la cual resulta una clasificación de “*class action*” como *true, hybrid y spurious*, conforme a la naturaleza de los derechos que son el objeto de la controversia (*joint, common o secondary*, o incluso *several*), con diversas consecuencias procesales⁽²⁾.

Las dificultades prácticas en cuanto a la configuración exacta de una u otra categoría de “*class action*”, con su propio tratamiento procesal, llevaron a los especialistas norteamericanos (*Advisory Committee on Civil Rules*) a modificar la disciplina de la materia en las *Federal Rules* de 1966, dando nuevos contornos a la antigua *spurious class action*, justamente aquella destinada a los *cass* en que los miembros de la *class* son titulares de derechos diversos y distintos, más dependientes de una cuestión común de hecho o de derecho, pero se posibilita para todos una disposición jurisdiccional de contenido único. Aquí se encuentra el origen de la categoría brasileña de intereses individuales homogéneos.

La regla 23 de las *Federal Rules* de 1996, la cual tiene un carácter pragmático y funcional, contiene cuatro consideraciones previas (pre-requisitos) y establece tres categorías de “*class actions*”, siendo dos obligatorias (*mandatory*) y una no obligatoria (*not mandatory*), cada una con sus propios requisitos.

Las consideraciones previas establecen los pre-requisitos para cualquier acción de clase, de la siguiente manera:

a) Pre-requisitos para una acción de clase.- Uno o más miembros de una clase puede(n) procesar o ser procesado(s) como parte(s), representando a todos, siempre y cuando: 1) la clase sea tan numerosa que la reunión de todos los miembros es impracticable, 2) haya cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase, 3) las demandas o excepciones de las partes representativas sean típicas de las demandas o excepciones de la clase y 4) las partes representativas protejan justa y adecuadamente los intereses de la clase.

Se trata de dos requisitos mínimos (*threshold requirements*).

Siguen, en el apartado (b), los requisitos para seguir adelante con la acción de clase, los cuales, en realidad, crean tres categorías de acciones:

b) La prosecución de la acción de clase.- Una acción puede proceder como una acción de clase cuando fueron satisfechos los requisitos de subdivisión (a) y además: 1) la prosecución de acciones separadas por o contra miembros individuales de la clase podría crear el riesgo de: (i) adjudicaciones contradictorias en relación con miembros individuales de la clase que establecerían patrones de conducta incompatibles para la parte que se opone a la clase; o (ii) adjudicaciones en relación con los miembros individuales de la clase que serían dispositivas, desde el punto de vista práctico, de los intereses de otros miembros que no son parte de la adjudicación o que impedirían o perjudicarían sustancialmente su capacidad para defender sus intereses; o 2) la parte que se opone a la clase actúa o se niega a actuar dentro de parámetros aplicables a la clase en general, haciendo adecuada, de esta forma, la condena de obligar a hacer o no hacer (*injunction*) o la correspondiente sentencia declaratoria en relación con

(2) Para un análisis detallado de las normas de 1938 y de la evolución de la jurisprudencia sobre la materia, véase TARUFFO, Michele. *I limiti soggettivi del giudicato e le class actions*. En: *Revista de Derecho Procesal*. 1969. pp. 619-628.

la clase como un todo; o 3) el juez decide que los aspectos de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase prevalecen sobre cualquier cuestión que afecta apenas a miembros individuales y que la acción de clase es superior a otros métodos disponibles para la justa y eficaz adjudicación de la controversia. Los asuntos pertinentes a los fundamentos de derecho (*findings*) de la sentencia incluyen: (i) el interés de los miembros de la clase en controlar individualmente la demanda o la excepción en acciones separadas; (ii) la amplitud y la naturaleza de cualquier litigio relativo a la controversia ya iniciado por o contra miembros de la clase; (iii) la ventaja o desventaja de concentrar las causas de un determinado tribunal; (iv) las dificultades que probablemente se encontrarían en la gestión de una “acción de clase”.

3. Aquí es conveniente hacer una advertencia: los incisos b-1- (i) y (ii) así como el inciso b-2, tratan una clase de acción obligatoria (*mandatory*) que, en la nomenclatura brasileña, corresponde a las acciones en defensa de intereses difusos y colectivos. El presente estudio no va a ocuparse de eso, pero vale la pena señalar que el inciso b-1-(i) significa que si no se entabla la acción de clase, la clase de los demandados se vería perjudicada, mientras que el inciso b-1-(ii) indica que la ausencia de la acción de clase perjudicaría a los reclamantes. En cuanto al número 2, el mismo contempla, también en carácter de acción de clase obligatoria, los casos de obligaciones de hacer o no hacer (*injunction*) o de sentencias declaratorias, todavía en la categoría que corresponde, en el Brasil, a acciones en defensa de intereses difusos y colectivos.

Pero es en el inciso b-3 que vamos a encontrar el régimen jurídico de la “*class action for damages*”, que no es obligatorio (*not mandatory*), ya que admite el *opt out*⁽³⁾, correspondiendo a una acción brasileña en defensa de intereses individuales homogéneos, precisamente de la especie que indemniza los daños individuales sufridos.

El antedicho inciso b-3, aplicable específicamente a “*damage class action*”, no existía en las reglas

federales de 1938, pudiendo ser considerado la gran novedad de las *Federal Rules* de 1966.

De acuerdo con esa regla, las “*class action for damages*” (observados los requisitos del apartado a) deben cumplir con dos requisitos adicionales: (i) el predominio de cuestiones de derecho o de hecho comunes sobre las cuestiones de derecho o de hecho individuales, (ii) la superioridad de la tutela colectiva sobre la individual, en términos de justicia y eficacia de la sentencia.

De estos requisitos, establecidos en el inciso b-3, se derivan las especificaciones siguientes (b-3, de (i) a (iv)), las cuales representan indicadores a ser tomados en cuenta al determinar el **predominio** y la **superioridad**.

El espíritu general de la regla se deriva del principio de acceso a la justicia, el cual, en el sistema norteamericano, se divide en dos partes: (i) la de facilitar el tratamiento procesal de causas fragmentadas, que serían individualmente muy pequeñas, y (ii) la de obtener la mayor eficacia posible de las decisiones judiciales. Asimismo, los objetivos de resguardar la economía del tiempo, los esfuerzos y los gastos y asegurar la uniformidad de las decisiones.

El requisito de predominio de los aspectos comunes sobre los individuales indica que, sin eso, habría una desintegración de los elementos individuales; y el de superioridad toma en cuenta la necesidad de evitar el tratamiento de acción de clase en casos en que se podrían acarrear dificultades insuperables, con respecto a la ventaja, en el caso concreto, de que no se fragmentan las decisiones.

(...)no se le podrá dar preferencia a los procesos colectivos, si dichos procesos no tienen una eficacia por lo menos igual a la que se puede alcanzar en los procesos individuales

(3) Sobre la técnica del *opt out*, en las acciones de clase norteamericana, véase PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op.cit.; pp. 765-766.

4. En las diversas fases procesales de la "damage class action", los tribunales norteamericanos, incorporando las *notes* del *Advisory Committee*, observan rigurosamente la exigencia de los requisitos de **predominio** y **superioridad**, ligándola a la necesidad de un respeto escrupuloso hacia los parámetros de justicia y eficacia de las decisiones. Se describe en esas fases: previo un juicio de admisibilidad (*certification*), seguido por los posibles acuerdos (sobre los cuales puede haber una apelación), el caso va al jurado, en donde se producen las pruebas en el proceso genérico. En seguida, el Juez de Primera Instancia confirma o rechaza la decisión del jurado. En la hipótesis de que se confirme, el proceso sigue para la sentencia final de mérito, genérica. Y, en una etapa posterior, pasa a la liquidación de los daños, culminando en la sentencia final de liquidación.

Un análisis de las decisiones legales más representativas tomadas en el área de "actions for damages" demuestra que la existencia de los requisitos de **predominio** y **superioridad** ha sido reconocida, de hecho, fácilmente, en campos que no han sido los de daños provocados por el vicio de productos: en desastres ambientales, accidentes aéreos, el desmoronamiento de obras, prejuicios a los trabajadores, muchas han sido las acciones de clase reparadoras de daños individuales en que no sólo ha habido la *certification*, sino también el juicio posterior, llegándose a la sentencia final.

Vale nombrar, entre todas, la reciente decisión del caso *Mullen et al v. Treasure Chest Casino*, juzgado el 19 de agosto de 1999, por el Tribunal de Apelaciones del 5to. Circuito⁽⁴⁾, en que se pretendía la indemnización por los daños a la salud de los empleados ocasionados por el sistema de ventilación defectuoso⁽⁵⁾. El predominio de las cuestiones comunes fue reconocido con relación a la causalidad, los daños y la negligencia del demandado, sin que hubiese el predominio de las cuestiones personales, como ocurrió en los casos de *Amchem* y *Castano*⁽⁶⁾. Y la superioridad de la decisión colectiva fue afirmada con base en el

hecho de que la controversia en el caso no presentaría las dificultades de tratamiento encontradas en el caso *Castano*, posibilitando, al contrario, la economía procesal y evitando la multiplicación de acciones, con posibles decisiones contrastantes.

Antes de este caso, habían sido admitidas acciones de indemnización por daños provocados por el polvo del carbón (*Biechele v. Norfolk and Western Railway Co.*) y por la descarga de material químico en la Bahía de Chesapeake (*Pruitt v. Allied Chemical Corporation*)⁽⁷⁾, así como por el "agente Orange" (un desfoliador que contenía dioxina utilizado por las Fuerzas Armadas Americanas en Vietnam) en beneficio de combatientes y de sus viudas y descendientes. En este último caso, juzgado por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, el predominio fue reconocido porque, a pesar de la existencia de cuestiones individuales relevantes (como el estado de salud o el estilo de vida y la naturaleza de la exposición al "agente Orange" de cada demandante) que impedirían la admisibilidad de una acción de clase, se entendió que predominó sobre ellas una cuestión jurídica común, denominada *military contractor defense*⁽⁸⁾.

Pero han surgido mayores dificultades en el reconocimiento del predominio y la superioridad en relación con las "class actions for damages", en el campo de indemnización por daños a los consumidores ocurridos por vicio del producto.

Como consecuencia, en 34 años de aplicación de las reglas federales de 1966, son pocas las obtenciones de *certification* para las "damage class actions" en este ámbito. Pueden señalarse, entre ellas el caso de daños ocasionados por el consumo de un producto farmacéutico (*Bendectin*) en que el "mass tort case" superó el juicio de admisibilidad y llegó a la sentencia final, la cual, sin embargo, fue una improcedencia⁽⁹⁾. Y, no obstante, los casos anteriores en que una cuestión versaba sobre la garantía del producto adquirido, como en *Magnuson Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act*, de 1975 (*Feinstein v.*

(4) Cuya competencia se ejerce en los importantes Estados de Texas y Louisiana.

(5) 1999 WL 631758 (quinto circuito (la.)), in Westlaw, West 1999, p.1 y ss.

(6) Véase, *infra*, numeral 4, notas 9, 17 y 18.

(7) Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. "Class Action" y la orden de seguridad colectiva. Sao Paulo: Saraiva, 1990. p.29 y 30.

(8) *In Re Agent Orange Product*. 818 F.2d 145 y 187. No. 1140 (21 de abril de 1987).

(9) Información de la profesora Mullenix.

Firestone Tire and Rubber Co.), sobre la producción de neumáticos imperfectos e inseguros; *Mullins v. Ford Motor Co.*, por el sistema de lubricación de automóviles inadecuado; *Skelton v. General Motors Corp.*, por la instalación de cambios defectuosos⁽¹⁰⁾.

Cabe señalar, sin embargo, que, a pesar de que, en el campo de los daños provocados por vicios del producto, han sido pocos los procesos que han pasado a fases posteriores a la *certification*, eso no quiere decir que el concepto ha fracasado, ya que el 90% de los casos han sido resueltos mediante transacción, por medios alternativos de resolución de disputas (*alternative dispute resolution, ADR*), en las circunscripciones de distritos múltiples. Por otra parte, en contrapartida, es preciso observar que la Corte Suprema y diversos tribunales de apelaciones no admiten la aplicación de la regla número 23 para acuerdos judiciales, cuando entienden que es inaplicable al proceso colectivo. Cabe señalar que se invalida una transacción si el caso no es de “*class action*”.

Veamos ahora las decisiones más significativas en el campo de los daños por el consumo de productos defectuosos o nocivos, que no admiten una “*damage class action*” por falta de los requisitos de **predominio** y **superioridad**:

a) Caso Castano⁽¹¹⁾, versando sobre la indemnización por daños provocados por la dependencia de la nicotina, con base en una alegada supresión fraudulenta de información con respecto a la dependencia y la manipulación para aumentar el nivel de ésta.

La acción fue descalificada a nivel de apelación como una acción de clase porque las variaciones afectaban el predominio y la superioridad, teniéndose en cuenta la conducción del juicio de mérito.

Específicamente con relación al predominio, el tribunal afirmó que, después del proceso colectivo, la causalidad todavía tendría que ser demostrada en procesos individuales. La cuestión común era apenas parte menor de la decisión.

En cuanto a la superioridad, el tribunal observa que la certificación de acción de clase llevaría a presiones insuperables, calificadas como “chantaje judicial”, siendo cierto que el tratamiento colectivo podría incidir sobre el destino de todo un sector productivo. La decisión se refiere al precedente del Juez Posner⁽¹²⁾ sobre un análisis de la superioridad. Por otro lado, el Tribunal señaló que cada reclamante podría recibir una indemnización millonaria, no siendo un desperdicio llevar a la justicia esas pretensiones individualmente. Se observa, además, que los litigios se demorarían años, porque la causalidad predominaba sobre las cuestiones comunes.

b) Caso Allison⁽¹³⁾, versando sobre la discriminación racial en una empresa, relativa a la contratación general, los ascensos, la remuneración, daños morales y físicos. Con la acción se procuraba el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer y la indemnización por los daños. Examinaremos aquí sólo los aspectos de la *damage class action*, en la cual el tribunal se refiere a los precedentes de los casos Castano⁽¹⁴⁾ y Amchem⁽¹⁵⁾.

El predominio no fue reconocido a nivel de apelación porque la responsabilidad por la indemnización de los daños sólo podía ser examinada a través de un análisis de las circunstancias personales de cada reclamante. Se entendió que las cuestiones individuales predominaban sobre las cuestiones comunes, señalándose las siguientes individualidades: qué especie de discriminación había, cómo la misma había afectado emocional y físicamente a cada demandante, tanto en el trabajo como en casa, a qué tipo de tratamiento médico cada demandante se había sometido y el costo del tratamiento.

Se determinó que no existía superioridad, por entenderse que los problemas de tratamiento colectivos serían exacerbados, por haber más de 1,000 reclamantes individuales y porque el valor elevado de las reclamaciones individuales eliminaba las barreras de las acciones individuales.

(10) Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Loc. cit.

(11) Dionne Castano *et alli* v. The American Tobacco Company *et alli*. 84 F. 3d 734-1996, quinto circuito. No. 95-30725 (23 de mayo de 1996).

(12) Véase *infra*, numeral 4, nota 15.

(13) James B. Allison *et alli*. v. Citgo Petroleum Corp. 151 F.3d 402, quinto circuito. No. 96-30489 (18 de agosto de 1998).

(14) Véase *supra*, numeral 4, nota 9.

(15) Véase *infra*, numeral 4, notas 17 y 18.

c) Caso American Medical System⁽¹⁶⁾ versando sobre la responsabilidad por el producto (pene artificial) que había requerido sustituciones de prótesis, lesiones, dolor e incomodidad.

El predominio no fue reconocido porque las cuestiones de hecho y las cuestiones legales diferían "dramáticamente" de individuo a individuo, y no existía una causa común de daños.

El Tribunal observó que, con relación al vicio del producto en general, las cuestiones individuales pueden exceder numéricamente las cuestiones comunes. En el caso específico, faltaba una causa próxima que se aplicará a cada miembro potencial de la clase. La defensa (como la falta en observar las instrucciones, la aceptación del riesgo, la culpa concurrente y el nivel de limitación) podía depender de hechos peculiares a cada reclamante. Los productos eran diferentes, cada reclamante tenía una queja diferente y cada uno recibió información distinta de su médico, en cuanto a asegurar, o no, el resultado.

Con respecto a la superioridad, el Tribunal afirmó que el problema específico de cada reclamante llevaría a problemas insuperables en la acción de clase, teniendo en cuenta que la controversia individual difería conforme a los modelos de prótesis, fabricados durante veintidós años. En cambio, las acciones individuales serían relativamente simples, porque se basaban en la reclamación en torno a un modelo específico, o las declaraciones de un urólogo determinado.

d) Caso Rhone Poulenc⁽¹⁷⁾ versando sobre la indemnización por los daños provocados a hemofílicos por infección del virus VIH provocada por sangre contaminada, por negligencia de los demandados.

El principal argumento contra la superioridad fue el riesgo de quiebra con respecto a empresas que podían no ser legalmente responsables. Se sopesaban consideraciones sobre el hecho de que una acción de clase podría determinar el destino de todo un sector productivo, resaltándose que había, individualmente, diversos grados de responsabilidad, en parte porque, en los Estados Unidos de América, la negligencia no

tiene un tratamiento legal único y que no representa un *standard*.

e) Caso Cimino⁽¹⁸⁾, procurando la indemnización por daños provocados por el asbesto. La causa ya se encontraba en la tercera fase, y, en la primera fase, muchos demandados habían convenido en un arreglo y algunos se habían declarado en quiebra, de modo que sólo quedaban cinco. En la primera fase, el tribunal había determinado que los demandados sabían o deberían haber sabido que su aislamiento de asbesto provocaba el riesgo de enfermedades en relación con los moradores. En la fase siguiente (muestreo), el Tribunal decidió que, si hubiese una exposición al producto entre los años 1942 y 1982, si la exposición durara lo suficiente y fuera lo suficientemente intensa para causar daños pulmonares o si el asbesto estuviese presente en el producto, en algunos casos, ésta sería la causa de la enfermedad. Una indemnización fue calculada para cada reclamante, de acuerdo con el tipo de enfermedad (mesotelioma, cáncer de pulmón, otro tipo de cáncer, asbestosis, enfermedades pleurales).

La sentencia fue revocada a nivel de apelación, invalidándose el proceso a partir de la última fase (muestreo), incluidas las propuestas de un acuerdo (*settling parties plan*) y los procesos individuales para su aplicación (*extrapolation cases*).

El fundamento fue la ausencia del predominio, puesto que no se podía determinar que el producto había sido la causa de las enfermedades, tratándose de una sentencia por daños en la que las cuestiones individuales predominaban sobre las comunes.

f) Caso Anchem, todavía sobre los daños causados por el asbesto.

A nivel de apelación⁽¹⁹⁾ el predominio no fue reconocido porque, aunque había una cuestión común (la capacidad del asbesto para provocar daños físicos), los miembros de la clase estuvieron expuestos a diferentes productos que contenían asbesto, por períodos diferentes, de manera distinta. Algunos miembros no tenían enfermedades, o sólo tenían enfermedades asintomáticas, mientras que otros sufrían de cáncer de pulmón, de asbestosis o mesotelioma.

(16) Paulo Voralá *et alli* v. American Systems *et alli*. 75 F. 3d 1069, Sexto Circuito, No. 95-3303, 95-3327 (15 de febrero de 1996).

(17) Rhone-Poulenc a Rober Inc. *et alli*. 51 F.3d 1293, tercer circuito, No. 94-3912 (16 de marzo de 1995).

(18) Claude Cimino *et alli* v. Raymark Industries Inc. *et alli*. 151 F.3d 297, quinto circuito, No. 93-4452, 93-4611 (9 de diciembre de 1998).

(19) Robert A. Georgine *et alli*. Véase Anchem Products, Inc. *et alli*. 83 F.3d 610, tercer circuito, No. 94-1925 (10 de mayo de 1995).

Cada reclamante tenía un historial diferente en relación con el tabaquismo, siendo también diferentes los gastos o el tratamiento. Se reconoció que tenían poca cosa en común, y que, por lo tanto, no había predominio.

El tribunal de apelaciones también había afirmado que la barrera de “comunalidad de cuestiones” era más fuerte en las *damages class actions*, las cuales no pueden resolver todas las cuestiones y dijo que la falta del predominio de cuestiones comunes era un problema típico en los casos de asbesto, en los cuales existe un gran número de cuestiones individuales importantes.

La superioridad no fue reconocida por el tribunal de apelación, ya que la misma planteaba problemas en cuanto a la eficiencia y la justicia de la decisión, por haber demasiadas cuestiones no comunes y un número tan elevado de miembros de clase, constituyendo un obstáculo a la acción de clase. Por otro lado, se consideró que cada reclamante tenía un interés significativo en mantener o controlar sus pretensiones individuales, siendo, además, los daños relevantes, pero que no era conveniente que cada reclamante quedara vinculado a la cosa juzgada del proceso colectivo.

El caso *Anchem* llegó a la Corte Suprema de los Estados Unidos⁽²⁰⁾, la cual determinó que el acuerdo firmado en primera instancia no podía prevalecer, por ser las cuestiones personales previas a cualquier acuerdo. Y, refiriéndose a los argumentos del tribunal de apelaciones, transcritos en la decisión, decidió que no bastaba con que los reclamantes hubieran compartido la experiencia de la exposición al asbesto, dado el gran número de cuestiones peculiares a cada categoría y la relevancia de cuestiones no comunes.

5. Son bien conocidos los requisitos de la ley brasileña para la tutela jurisdiccional de intereses individuales homogéneos. El inciso 3 del párrafo único del artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor (aplicable a acciones civiles públicas en virtud del artículo 21 de la Ley número 7347 del 24 de julio de 1985, introducido por el artículo 117 del Código de Defensa del Consumidor) concibe que los intereses o derechos “individuales homogéneos (...)se derivan de

un origen común”, permitiendo su tutela a título colectivo.

La **homogeneidad** y el **origen común** son, por lo tanto, los requisitos para el tratamiento colectivo de los derechos individuales.

a) Comencemos con el origen común.- El origen común puede ser de hecho o de derecho y, como observó Kazuo Watanabe, la expresión “no significa necesariamente una unidad factual y temporal. Las víctimas de una publicidad engañosa diseminada por varios órganos de la prensa y en repetidos días acerca de un producto nocivo a la salud adquirido por varios consumidores a lo largo de mucho tiempo y en varias regiones tiene, como causa de sus daños, hechos de una homogeneidad tal que se convierte en ‘origen común’ de todos ellos⁽²¹⁾”.

No obstante, es preciso señalar que el origen común (causa) puede ser **próximo** o **remoto**: (i) próximo, o inmediato, como en el caso de la calidad de un avión, en el que diversas personas son las víctimas; o (ii) remoto, mediato, como en el caso de un daño a la salud, atribuido a un producto potencialmente nocivo cuya causa próxima pudo haber sido las condiciones personales o el uso inadecuado del producto. Cuanto más remota la causa, menos homogéneos serán los derechos.

b) En cuanto a la homogeneidad.- Poco se ha dicho. Tal vez, la propia redacción del dispositivo legal induzca a pensar que la “homogeneidad a través del origen común” sea un requisito único. Los derechos serían homogéneos siempre que tuvieran un origen común.

No obstante, parece evidente que el origen común -sobre todo si es remoto- puede no ser suficiente para caracterizar la homogeneidad. El consumo de un producto potencialmente nocivo, no conllevará la homogeneidad de derechos entre un titular que fue víctima exclusivamente por ese consumo u otro, cuyas condiciones personales de salud le causaron un daño físico, independientemente de la utilización del producto o el uso inadecuado del mismo. No hay homogeneidad entre situaciones de hecho o de derecho en las cuales las características personales de cada persona actúan de modo completamente diferente.

(20) *Anchem Products, Inc. et alii v. George Windsor et alii*. 521 U.S., 117 S. Ct. 2231, No. 96-270 (25 de junio de 1997).

(21) WATANABE, Kazuo. *Código Brasileño de Defensa del Consumidor*. Comentado por los autores del anteproyecto. Sexta Edición. Río de Janeiro: Forense Universitaria. 1999. p.724.

6. Ahora bien, se le debe dar consideración al criterio de predominio de dimensión colectiva sobre la individual, de la Regla 23 de las *Federal Rules*, para que se pueda determinar desde el punto de vista práctico, si efectivamente los derechos individuales son o no homogéneos, por su origen común.

No existiendo el predominio de los aspectos colectivos, a juicio mío, los derechos serían heterogéneos, aunque tengan un origen común. En teoría, se puede afirmar, entonces, que ese origen común (o causa) será remoto y no próximo.

En ese caso, no tratándose de derechos homogéneos, la tutela colectiva no deberá ser admitida, por falta de posibilidad jurídica de la petición.

Como es sabido, la posibilidad jurídica se caracteriza por la previsión, en el ordenamiento legal, de la tutela jurídica para la petición que se formula. Si la tutela jurisdiccional de los derechos individuales, a título colectivo, está circunscrita, en el sistema brasileño, a los derechos homogéneos, la falta de esa característica, debe llevar a la inadmisibilidad de una acción civil pública en defensa de derechos individuales homogéneos. Siendo los derechos heterogéneos, habrá una imposibilidad jurídica de la petición de tutela colectiva.

Se llega, por ese camino, a la conclusión de que el predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales, que, es condición de admisibilidad en el sistema de las “*class actions for damages*” norteamericanas, lo es también en el ordenamiento brasileño, que posibilita la tutela colectiva de los derechos individuales sólo cuando son homogéneos. Prevalciendo las cuestiones individuales sobre las comunes, los derechos individuales serán heterogéneos, y la petición de tutela colectiva se tomará jurídicamente imposible.

7. El requisito de **superioridad** de la tutela colectiva, en relación con la individual, en términos de justicia y eficacia de decisión, puede ser abordado en el derecho brasileño, sobre dos aspectos: el del **interés de actuar** y el de la **efectividad** del proceso.

Sin embargo, antes de eso, es preciso señalar que, en vez de exigir la superioridad (propia de un ordenamiento que, según algunos⁽²²⁾, prefiere la tutela procesal individual a la colectiva), en el sistema brasileño, uno se referiría, más apropiadamente, a la **necesidad de eficacia de la tutela colectiva**.

Adviértase que el **interés de actuar** en los ordenamientos de “*Civil Law*” es la condición de acción que exige, para su ejercicio, la **necesidad** y **utilidad** de la disposición jurisdiccional invocada, además de su **aptitud** para la protección del derecho reclamado. Esto quiere decir que la vía judicial sólo puede ser buscada cuando sea necesaria, o sea, cuando las fuerzas del derecho sustantivo se muestren insuficientes para solucionar la controversia. Y la utilidad corresponde a verificar en el plano concreto, que la disposición jurisdiccional invocada será útil para asegurar el bienestar pretendido por el demandante. Los requisitos de necesidad y utilidad se colocan en un plano de economía procesal, ya que la función jurisdiccional, la cual exige el gasto de energías, sólo puede ser activada cuando sea efectivamente necesaria y útil. En cuanto al requisito de aptitud, significa que la disposición jurisdiccional invocada debe ser adecuada para la protección del derecho sustantivo, correspondiéndole al demandante escoger, entre las vías procesales previstas en el ordenamiento jurídico, la que sea apta para la tutela de un determinado interés.

No es difícil, pues, establecer una correlación entre la exigencia de superioridad de las “acción de clase”, en relación con otros medios de solución de litigios (propios de “*Common Law*”); y el interés-utilidad y el interés-aptitud de “*Civil Law*”. Si la disposición jurisdiccional resultante de la acción civil pública en defensa de derechos individuales homogéneos no es tan eficaz como la que se derivaría de las acciones individuales, la acción colectiva no se demuestra como útil para la tutela de los referidos intereses. Asimismo, no se caracteriza como una vía adecuada para su protección.

La explicación: la acción civil pública de responsabilidad por daños incurridos individualmente,

(22) Por ejemplo, es la posición de la profesora Linda Mullenix, de la Universidad de Texas, que extrae esta interpretación de la propia Regla No. 23 y de las consideraciones del *Advisory Committee*, afirmando que el predominio de las cuestiones comunes no es suficiente en sí para justificar la acción de una subclase (b-3), por cuanto otro método de tratamiento de los litigios puede resultar ser más ventajoso: véase *Rule 23, Advisory Committee Notes, 1966 Amendment, Subdivision (b)(3)*. En: *Federal Civil Judicial Procedure and Rules. West Group 1999*, p.123.

como es conocido, lleva a una sentencia condenatoria genérica, que reconoce la responsabilidad del demandado por los daños causados y condena a indemnizar a las víctimas o sus sucesores, aunque no estén identificados (artículo 95 del Código de Defensa del Consumidor). Lo que sigue es una ejecución de sentencia, a título individual, en que corresponderá probar, a los que reúnan los requisitos, el daño personal y nexo de causalidad entre éste y el daño general reconocido por la sentencia, además de cuantificar los perjuicios⁽²³⁾.

Ahora bien, la prueba del nexo causal puede ser tan compleja, en el caso concreto, que tornará prácticamente ineficaz la sentencia condenatoria genérica del artículo 95, la cual sólo reconoce la existencia del daño general. En ese caso, una víctima o sus sucesores deberán enfrentar un proceso de ejecución tan complicado como una acción condenatoria individual, porque, en ese caso, al demandado se le deben asegurar las garantías del debido proceso legal, notablemente el contrainterrogatorio y una amplia defensa. Y la vía de acción colectiva habrá sido inadecuada para la obtención de la tutela pretendida.

En todas las acciones civiles públicas en defensa de derechos individuales homogéneos, se encuentra la misma dificultad. Considérese una petición de restitución de un gravamen inconstitucional a una categoría de contribuyentes o de la devolución de mensualidades escolares pagadas en exceso, o incluso del pago de una diferencia adeudada por el Fondo de Bienestar Social o por bancos en la aplicación de índices de corrección monetaria. En esos casos, y en muchos otros, el reconocimiento del daño general será extremadamente útil y adecuado para las ejecuciones que exigirán suficientes pruebas simples.

El problema se sitúa específicamente en el campo de los daños provocados por vicios de productos y está restringido a una acción de indemnización por los perjuicios individualmente sufridos (la llamada "acción de clase brasileña"); o sea, exactamente la acción



prevista en el artículo 91 y siguientes del Código de Defensa del Consumidor, la cual corresponde una "class action for damages" del sistema norteamericano.

Incluso en relación con estas acciones de clase, la prueba del nexo causal puede ser simple: en la caída de un avión, en un accidente provocado por el desmoronamiento de un edificio, en la explosión de una fábrica, en una lesión a los consumidores por una diferencia de peso de un producto vendido, la utilidad de la sentencia colectiva será incuestionable. Sin embargo, en otros casos, todo deberá ser probado en el proceso de ejecución haciendo que la sentencia condenatoria genérica sea una falacia.

Algunos ejemplos le darán medida a esta afirmación: en primer lugar, consideremos los propios casos de la experiencia norteamericana, relativos a la indemnización por los daños provocados por el tabaco,

(23) Señalé anteriormente que el veto presidencial conforme al párrafo único del artículo 97 del Código de Defensa del Consumidor ("Una ejecución de la sentencia, que será por artículos, podrá ser promovida en el domicilio de la parte que ejecuta, siendo necesario probar tan sólo el nexo de causalidad, el daño y el monto del mismo") fue inocuo. Dejando al lado la cuestión de competencia -la cual motivó el veto y que debe ser resuelta con base en el artículo 101, I del Código de Defensa del Consumidor- es la propia naturaleza de la sentencia condenatoria del artículo 95, que la ejecución se lleve a cabo por artículos, exigiéndose la prueba del daño individual y el nexo causal, además de la cuantificación de los perjuicios; véase PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op.cit.; p.788. Sobre este método determinado de ejecución, Cândido Rangel Dinamarco describió las tres figuras de ejecución de la sentencia. Ver: RANGEL DINAMARCO, Cândido. *Estudos de Direito Processual em memória de Machado Guimarães*. Coord. José Carlos Barbosa Moreira. Río: Forenso, 1997. pp.85 y112.

por la discriminación racial, por prótesis del pene, por la contaminación de la sangre o por el asbesto⁽²⁴⁾.

Las consideraciones de los tribunales de los Estados Unidos de América, incluida la Corte Suprema, ponen de manifiesto los problemas que las acciones de clase de ese tipo presentan, constituyendo una barrera insuperable a la eficacia y justicia de la decisión colectiva.

Un ejemplo recogido de las acciones de clase brasileñas puede ser el de la petición de indemnización consistente en el resarcimiento de fumadores, por los daños provocados por el trabajo. En ese caso, uno puede imaginarse que la sentencia colectiva, aunque fuera favorable, afirme simplemente que fumar puede ocasionar daños a la salud, condenando a resarcir a aquellos que efectivamente sufrieron perjuicios, después de haberse comprobado el nexo causal entre sus enfermedades y el uso del tabaco. Se deberá hacer toda la prueba en el proceso de ejecución, y será exactamente la misma que sería producida en cada acción individual de exhibición. Una sentencia colectiva no tendrá utilidad práctica. Incluso si se admite que la acción colectiva afirma que, por haber una relación estadística indudable entre el fumar y la incidencia de varias enfermedades, el tabaco ocasiona daños a la salud, el demandado tendrá derecho, en cada caso concreto de ejecución, a contrainterrogar sobre las condiciones personales de la persona que tenga derecho a la indemnización, alegando o comprobando el conocimiento personal del riesgo del producto, y la existencia previa de enfermedades, el curso que la enfermedad habría seguido sin el uso del tabaco, las causas de una posible muerte, etcétera. Toda la defensa del demandado, en fin se concentra en situaciones individuales. Y así, la necesidad de comprobar el nexo causal, extremadamente compleja y diversa para cada individuo, le restaría eficacia a la sentencia genérica acaso proferida.

Parece ser posible establecer una correlación entre el requisito de predominio de los aspectos comunes y el de superioridad (o eficacia) de la tutela por acciones de clase. Cuanto más los aspectos individuales prevalecen sobre los comunes, más será la tutela colectiva inferior a la individual, en términos de eficacia de la decisión. Según el texto del Código de Defensa del Consumidor, cuanto más heterogéneos los

derechos individuales, menos útil es la sentencia genérica del artículo 95 e inadecuada la vía de acción civil pública de indemnización de daños individuales. Así, en nuestro sistema jurídico, la imposibilidad jurídica de la petición (*supra*, número 6) aumenta a menudo la falta de interés en actuar (interés-utilidad e interés-aptitud).

8. En los numerales 6 y 7, examinamos los requisitos del predominio de cuestiones comunes y de la superioridad (o eficacia) de la decisión colectiva a la luz de la categoría de las condiciones de la acción. Pero la técnica procesal está al servicio del proceso para que, éste pueda lograr no sólo sus objetos legales (resolución de controversias de derecho sustantivo), sino también sus objetos sociales (apaciguar con justicia) y políticos (de participación, inclusive la del contrario). Y es a través de esta técnica procesal que se aseguran los objetos finales de la jurisdicción. Por eso, la técnica procesal debe ser constantemente re-examinada, con miras a garantizar la eficacia de la prestación jurisdiccional.

Eso significa que el requisito de la superioridad de la tutela colectiva, en términos de "justicia y eficacia de la decisión" (Regla No. 23, b-3, de las *Federal Rules* de 1996), colocado arriba⁽²⁵⁾ como interés-utilidad e interés-aptitud, debe también ser examinado en cuanto a la exigencia de la función social del proceso, entendido como el instrumento que efectivamente lleve al apaciguamiento con justicia.

Entramos ahora en uno de los temas más queridos de los procesalistas brasileños modernos, la efectividad del proceso y de su instrumentalidad material, para transformarlo en un instrumento que esté acorde con la realidad social subyacente y sea apto para una solución efectiva de las controversias de derecho sustantivo.

Una sentencia genérica que no sea idónea para apaciguar con justicia y un proceso colectivo incapaz de solucionar la controversia de derechos sustantivo no pueden encontrar cabida en el ordenamiento procesal moderno, como lo es el brasileño. La técnica procesal debe ser utilizada, por lo tanto, para evitar y corregir posibles desvíos del camino de un proceso que se debe adherir a la realidad social.

(24) Véase, *supra*, numeral 4.

(25) *Supra*, numeral 7

Se refuerza así la necesidad de aprovechar instituciones como las condiciones de la acción, a fin de evitar que el proceso lleve a un resultado ineficaz (en términos de la utilidad de la decisión), inadecuado (en términos de correspondencia entre la pretensión del derecho sustantivo y la tutela pretendida) o injusto (en términos de limitación del conainterrogatorio). O para corregir su rumbo, en cualquier momento, puesto que se sabe que no hay impedimento a las condiciones de la acción o a las garantías del debido proceso legal, las cuales deben ser ampliamente aseguradas al demandado en el proceso de ejecución.

En los casos en que la sentencia genérica del artículo 95 del Código de Defensa del Consumidor es poco útil, al punto de ser inadecuada para solucionar la controversia con justicia, la verificación del interés-utilidad o del interés-aptitud trascenderá el ámbito de la técnica procesal, para inscribirse como exigencia de la efectividad del proceso.

No se debe olvidar que una disposición jurisdiccional sin utilidad práctica desacredita el proceso y constituye una cortina de humo ante una visión amplia de acceso a la justicia. El acceso a la justicia no puede ser una promesa vacía. El facilitar, por intermedio de acciones colectivas, es un gran avance, asimilado por el Derecho Procesal brasileño. Pero el admitir acciones civiles públicas, que no sean idóneas para generar disposiciones jurisdiccionales efectivamente útiles, sólo puede llevar a desacreditar el instrumento, a la frustración de los consumidores de justicia, y al desprestigio del Poder Judicial.

El derecho comparativo tiene utilidad innegable en todas las disciplinas jurídicas. De la comparación entre las instituciones extranjeras y nacionales, señalándose sus diferencias y similitudes, surge un mejor entendimiento del derecho nacional y la inspiración para su constante perfeccionamiento.

Es evidente que las soluciones extranjeras no pueden ser importadas mecánicamente, ya que cada sistema tiene peculiaridades propias y la realidad social, política y económica puede variar mucho de un país a otro. Pero no se puede despreciar la

experiencia extranjera en hacerle frente y encaminar soluciones para problemas comunes.

Los Estados Unidos de América tiene una larga tradición de acciones colectivas. Los Tribunales norteamericanos han estado trabajando desde hace 34 años sobre una “*class action for damages*”, en la nueva reglamentación de las *Federal Rules* de 1996. El Brasil no puede simplemente desconocer esta experiencia.

No se trata aquí de aceptar incondicionalmente las particularidades de instituciones extranjeras. Cuando el Código de Defensa del Consumidor, en 1990, introdujo al ordenamiento brasileño la acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos⁽²⁶⁾, sin duda, se inspiró en las “*class actions for damages*” norteamericanas; sin embargo, en el mismo, se adoptó una disciplina original, como se puede ver, por ejemplo, con la inexistencia del *opt out*, con el tratamiento diferente de *fluid recovery*, con la adopción de una cosa juzgada *erga omnes*, pero sólo para beneficiar a los titulares de derechos individuales, los cuales todavía pueden entablar sus acciones personales, después de que se declare improcedente la demanda colectiva⁽²⁷⁾.

Pero si la realidad fáctica es la misma, si las cuestiones prácticas son semejantes, si hay principios generales comunes (acceso a la justicia, efectividad del proceso, justicia de las decisiones, debido proceso legal), ciertamente, la experiencia extranjera puede ofrecer parámetros de utilidad innegable.

De ahí que la acción civil pública reparadora de daños individualmente sufridos corresponda a los requisitos de predominio de los aspectos comunes sobre los individuales, y de la superioridad de la tutela colectiva en términos de justicia y eficacia de la decisión, en lo que se refiere a “*damage class action*”.

La única diferencia, con respecto a la “superioridad” es que ésta es necesaria en un ordenamiento -aunque no en el brasileño- en el que se les da preferencia a los aspectos individuales sobre los sociales. Es por eso que, en los Estados Unidos, entre un proceso colectivo, de igual eficacia a los procesos individuales, se le da preferencia a éstos. En Brasil es

(26) Antes de la Ley No. 7913 del 7 de septiembre de 1989, se había instituido una forma de *class action* para la tutela de los intereses de los inversionistas en el mercado de valores mobiliarios, mas limitaba al Ministerio Público la legitimación para actuar, con tratamiento muy diferente al adoptado por el Código.

(27) Ver, sobre las peculiaridades de la acción de clase brasileño, en comparación con la norteamericana, PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op.cit.; pp. 766-769, 793-794, 803-809 y ss.

diferente: la tendencia es la de pasar cada vez más de un proceso individualista a un proceso social, acompañándose en ese punto las tendencias de derecho sustantivo.

Pero incluso en el Brasil, no se le podrá dar preferencia a los procesos colectivos, si dichos procesos no tienen una eficacia por lo menos igual a la que se puede alcanzar en los procesos individuales. Si una sentencia colectiva no sirve para facilitar el acceso a la justicia, si los individuos quedan obligados a ejercer, en un proceso de ejecución, las mismas actividades procesales que tendrían que ejercer en una

acción condenatoria de carácter individual, la disposición jurisdiccional sería inútil e ineficaz, no representando ninguna ventaja para el pueblo.

Con estas observaciones, me parece que los requisitos de predominio de los aspectos comunes sobre los individuales y de la superioridad (*rectius*, eficacia) de la tutela colectiva sobre la individual encuentran plena aplicación a la acción civil pública reparadora de los daños individualmente sufridos, debiendo ser exigidos en el proceso de admisibilidad correspondiente, a fin de preservar la efectividad del proceso. *AE*