

# ¡Pero si es más caro reclamar!

La *class action*: una alternativa para solucionar conflictos de intereses con pretensiones de reducida cuantía

Grupo de Investigación de Ius et Veritas<sup>(\*)</sup>

Gabriel González Delgado

Johanna Holz Rincón

Augusto Ruiloba Morante

Luis Miguel Silva Núñez

Katherine Torres Sobenes

## 1. Introducción.

Supongamos que un sujeto, al que nos referiremos como A, decide aprovechar una de las múltiples ofertas de teléfonos celulares disponibles en el mercado. Para ello, acude a uno de los locales de una conocida empresa que brinda dicho servicio, a la que denominaremos Celulares S.A. Luego de estudiar los precios de los equipos y de las modalidades de pago (prepago, post pago y pago exacto), concluye que si desea adquirir un equipo moderno deberá suscribir un contrato bajo la modalidad de pago exacto, es decir, un contrato que le permite realizar todas las llamadas que desee durante un mes, obligándose a pagar éstas en la quincena del mes siguiente. A acepta las condiciones del contrato de pago exacto y adquiere un equipo de telefonía celular.

Luego de transcurrido el primer mes, A recibe una cuenta que considera bastante elevada para lo que había estimado pagar ese mes (la cuenta asciende a S/.90.00, cuando A había calculado que no pagaría más de S/.40.00), dado que si bien realizó un considerable número de llamadas, el tiempo de duración de cada una fue corto. Ante esta situación, A decide reducir el tiempo de duración de las llamadas que realizará el mes siguiente. De esta manera, se comunica simplemente para pedir que lo llamen a su teléfono celular, esto es, para que le devuelvan la

llamada. Sin embargo, el monto facturado en la boleta de pago del segundo mes no presenta una disminución significativa. Por este motivo, A decide iniciar las investigaciones respectivas a fin de determinar por qué paga un monto tan elevado mensualmente, si el tiempo de duración de sus llamadas fue breve.

Del mismo modo, imaginemos que una empresa que brinda servicio de taxi, a la que nos referiremos como Empresa de Taxis B, decide expandir su negocio hacia nuevos distritos de Lima; para ello invierte ampliando su flota de vehículos y en un nuevo sistema de comunicaciones entre la central telefónica de la empresa y los choferes.

Así, el gerente general de la Empresa de Taxis B se contacta con diversas empresas que brindan el servicio de telefonía celular a fin de determinar cuál ofrece los mejores precios, tanto en lo que respecta al costo de los equipos como en la modalidad de pago del servicio. Como consecuencia de un minucioso análisis determina que Celulares S.A., quien ofreció entregarle los equipos a préstamo bajo la condición de que la empresa suscribiera un contrato de servicio pago exacto por cada uno de los teléfonos celulares prestados, satisface sus expectativas y necesidades.

Luego del primer mes, la Empresa de Taxis B recibe una factura por un monto exorbitante. El gerente general de la empresa procede a llamar

(\*) Nuestro sincero agradecimiento a los doctores Aníbal Quiroga, Freddy Escobar y Gabriela Pérez-Costa. Asimismo, agradecemos a Ernesto Salazar Campos y Mario Zúñiga Palomino. Sin embargo, las opiniones expuestas son de exclusiva responsabilidad del Grupo de Investigación.

fuertemente la atención a todos los empleados y les exige la reducción del tiempo de duración de las llamadas realizadas. Sin embargo, la factura por concepto de servicios de telefonía celular se incrementa en el segundo mes. Indagando entre sus empleados, el gerente general descubre que en la mayoría de los casos los empleados redujeron el tiempo utilizado en cada llamada, pero aumentaron el número de llamadas realizadas. Ante esta situación, la Empresa de Taxis B inicia las investigaciones respectivas.

Finalizadas las investigaciones, tanto A como la Empresa de Taxis B concluyeron que Celulares S.A. estaba redondeando el tiempo de duración de cada llamada al minuto, sin utilizar ningún criterio discriminador. Así, por ejemplo, si una llamada duraba un minuto y cincuenta y nueve segundos, la empresa registraba la llamada como si hubiere durado dos minutos y si la llamada duraba un minuto y cinco segundos, la empresa también la registraba como si hubiere durado dos minutos. Esta forma de redondeo<sup>(1)</sup> había ocasionado que A pagara S/. 70.00 adicionales y que la Empresa de Taxis B debiera abonar S/. 40,000.00 en exceso.

Al igual que A y la Empresa de Taxis B, cientos o quizá miles de sujetos contrataron el servicio pago exacto de Celulares S.A. y es probable que muchos de ellos, sino todos, consideren que pagaron en exceso.

La situación expuesta no es un mero ejemplo teórico<sup>(2)</sup>, sino una circunstancia que podría presentarse en nuestra realidad. Postulamos que los conflictos de intereses que pueden presentarse en el ejemplo propuesto no tienen una adecuada solución en nuestro sistema, puesto que: (i) nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un mecanismo procesal idóneo<sup>(3)</sup> para la solución de este tipo de conflictos, para la tutela de este tipo de intereses<sup>(4)</sup>; y, (ii) si bien existen casos donde el daño ocasionado

-considerado individualmente- puede resultar insignificante en términos sociales, si el número de sujetos que lo sufre es considerablemente alto, el daño total ocasionado conlleva una pérdida social significativa.

Así, el objetivo del presente trabajo es analizar la conveniencia de implementar un mecanismo procesal que consideramos adecuado para la solución de este tipo de controversias: nos referimos a la *class action for damages* o acción de clase por daños, instituto procesal propio de los sistemas del *common law*. A fin de demostrar ello, en la segunda sección de este trabajo analizaremos las insuficiencias de nuestro ordenamiento jurídico para solucionar los conflictos de intereses entre A y la Empresa de Taxis B, y Celulares S.A.; y echaremos un breve vistazo a la *class action* y su regulación en los Estados Unidos de Norteamérica. En la tercera parte de este trabajo desarrollaremos las diferencias conceptuales por las cuales consideramos que la *class action* ha tenido mayor desarrollo en el sistema procesal del mencionado país. Luego, en la cuarta sección de este trabajo realizaremos un análisis acerca de los aspectos positivos y negativos de implementar un instituto procesal similar a la *class action* en nuestro ordenamiento jurídico. Finalmente, concluiremos con una reflexión final acerca de la necesidad de un mecanismo procesal para tutelar situaciones como la expuesta en el ejemplo introductorio.

## 2. Mecanismos procesales contemplados en el sistema peruano y en el sistema norteamericano.

### 2.1. El sistema peruano.

#### 2.1.1. La resolución del conflicto de intereses ante el Poder Judicial<sup>(5)</sup>.

- (1) Estamos asumiendo que tanto A como la Empresa de Taxis B consideraban que podía redondearse de una manera distinta. Así, entendían que en tanto su contrato los obligaba a pagar por el consumo mensual, debía sumarse el tiempo total consumido en un mes, y solo si luego de ello "sobraran" segundos, estos debían redondearse. Por ejemplo, si en un mes se realizaban diez llamadas con una duración de diez segundos cada una, esto es, se consumía cien segundos en un mes, debía emitirse una boleta de pago por un consumo de dos minutos y no una por 10 minutos. Es debido a ello que el esfuerzo de A y de la Empresa de Taxis B por reducir el monto facturado fue inútil, pues aun cuando la llamada durara un segundo siempre se les cobraba como si la misma fuera de un minuto.
- (2) Cfr.: Resolución 015-96-GG/ OSIPTEL y con Resolución de Consejo Directivo 001-97-CD/OSIPTEL.
- (3) Que consideramos que no existe un mecanismo procesal idóneo en nuestro ordenamiento no significa que estemos afirmando la inexistencia de una vía procesal por medio de la cual se pueda canalizar el conflicto de intereses suscitado.
- (4) En la sección 3.2. de este trabajo analizaremos qué clases de intereses existen en función a la forma en que éstos son tutelados.
- (5) Cabe precisar que iniciamos nuestro análisis de las vías procedimentales para solucionar el conflicto de intereses en el sistema peruano por el Poder Judicial, y no por la vía legalmente establecida en nuestro ordenamiento jurídico (la vía administrativa).

A fin que solucionen su conflicto de intereses, es posible que A y la Empresa de Taxis B recurran al Poder Judicial; no obstante, esa opción implica, en primer lugar, una importante inversión de tiempo y dinero, tomando en cuenta los gastos por concepto de abogados, tasas judiciales, presentación de escritos y pruebas que tendrán que actuar, así como el tiempo destinado a participar en las audiencias y a realizar un adecuado seguimiento del proceso en general, entre otros<sup>(6)</sup>. En segundo término, deberán considerar la situación que actualmente afronta el Poder Judicial, el cual adolece de una escasez de recursos que conlleva a que los magistrados trabajen en condiciones lamentables y que hace que su labor cuente con innumerables limitaciones, entre las que podemos destacar: (i) la falta de personal calificado, tanto en el número como en la preparación de éstos; (ii) la escasez de recursos tecnológicos; (iii) escasas posibilidades de actuar pruebas, etcétera<sup>(7)</sup>.

Enfrentar estos costos puede justificarse para la Empresa de Taxis B, pero no para A<sup>(8)</sup>. En efecto, los beneficios que A puede obtener del proceso son insignificantes en comparación con los costos en que debe incurrir para afrontarlo, siendo lo más probable que se desista de iniciar un proceso judicial demandando individualmente.

Ante la imposibilidad de actuar individualmente, es factible que A intente unir

esfuerzos con otros perjudicados para interponer una demanda que les permita a todos satisfacer sus intereses, caso en el cual tendrá que recurrir al instituto procesal de la acumulación, el cual “(e)xplica la naturaleza de aquellos procesos en los que se advierte la presencia de más de una pretensión o más de dos personas en un proceso”<sup>(9)</sup>, atendiendo a su conexidad. La acumulación procesal se puede clasificar en objetiva (cuando en un proceso se demanda más de una pretensión) y subjetiva o litisconsorcio (cuando en un proceso hay más de una persona en posición de parte con la misma pretensión), y puede ser activa, pasiva o mixta - dependiendo de si la presencia de más de una persona se dé en calidad de parte demandante, demandada o en ambas, respectivamente.

Para los fines de esta investigación, es preciso centrar nuestra atención en la acumulación subjetiva de pretensiones, la misma que implica reunir en un mismo proceso a distintas personas con diferentes pretensiones que actúan de manera conjunta porque comparten una misma causa o razón de pedir<sup>(10)</sup>. Así, será éste el instituto procesal que podría utilizar A si busca reducir los costos propios de un proceso. En efecto, hemos señalado que los costos que deberá soportar A superan los beneficios esperados por éste si logra una sentencia favorable. Sin embargo, resulta claro que si A pudiera compartir los costos del proceso con otros sujetos sería viable

Ello, pues nuestra intención es mostrar el análisis costo-beneficio que realiza todo sujeto al momento de decidir entre litigar o no en nuestro país, ya sea ante el Poder Judicial o ante los órganos de la Administración Pública. Esto a fin de demostrar que en base a este análisis, ciertos sujetos concluirán que resulta menos oneroso internalizar el daño sufrido que intentar trasladarlo por medio de un proceso.

- (6) Si es que A o la Empresa de Taxis B contratan un abogado, lo que puede significar que incurran en menores gastos de tiempo para el seguimiento del proceso y la participación en audiencias, tendrán que incurrir en los denominados costos de agencia, es decir, aquellos destinados a monitorear la labor de éstos. Este tipo de costos serán materia de análisis en la sección 4.2.1.1.
- (7) BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003. p. 509.
- (8) A partir de un análisis costo-beneficio podemos concluir que la Empresa de Taxis B podría obtener beneficios en caso iniciara individualmente un proceso, toda vez que en caso de obtener una sentencia favorable podría recuperar los S/.40,000.00 pagados en exceso, más los daños y perjuicios, las costas y costos del proceso. Sin embargo, el mismo análisis arroja un resultado negativo para A, pues en el mejor de los casos obtendrá la devolución de los S/.70.00 pagados en exceso a Celulares S.A., más una indemnización por los daños y perjuicios, las costas y costos del proceso, monto que de ningún modo justifica iniciar un proceso judicial de manera individual. Estando a ello, continuaremos el análisis de las posibilidades de A si solo pudiera recurrir al Poder Judicial para solucionar su conflicto de intereses con Celulares S.A.
- (9) MONROY GALVEZ, Juan. *La Formación del Proceso Civil Peruano. Escritos Reunidos*. Comunidad, 2003. p. 300.
- (10) Para determinar si procede la acumulación subjetiva de pretensiones hay que analizar los requisitos de procedibilidad previstos normativamente. Dentro de estos requisitos es necesario analizar que las pretensiones: (i) sean competencia del mismo juez; (ii) no sean contrarias entre sí; (iii) sean tramitables en la misma vía procedimental (teniendo en cuenta que en el proceso de *class action* existe una única pretensión, éste no reviste un problema); y, (iv) que exista conexidad entre las pretensiones (que se determina en atención a la vinculación que tienen unas pretensiones, con otras por presentar elementos objetivos comunes, de modo que se busca juzgarlas en conjunto para evitar sentencias contradictorias).

la interposición de una demanda ante el Poder Judicial<sup>(11)</sup>.

A efectos de reducir costos y esfuerzos, consideramos que A deberá optar por reunirse con otros afectados. Para ello, podrá utilizar la acumulación subjetiva de pretensiones (o de procesos, en el supuesto que la acumulación sea sucesiva), pues la presencia de otros sujetos en el proceso no es fundamental para el establecimiento de una relación jurídica procesal válida, en tanto es posible que A interponga su demanda individualmente. Del mismo modo, y aún cuando la Empresa de Taxis B podría acudir de manera individual al Poder Judicial para resolver su conflicto de intereses con Celulares S.A., es posible que ésta también se una a otros a fin de reducir sus costos y así obtener un mayor beneficio<sup>(12)</sup>.

Sin perjuicio de lo ya expuesto cabe señalar que, con miras a obtener resultados eficientes, la acumulación subjetiva de pretensiones requiere de bajos costos de transacción, concepto que incluye tanto los costos de búsqueda, de negociación, así como de ejecución de acuerdos. Utilicemos el caso de A para graficar los costos que tendrá que tener en cuenta al momento de decidir si la acumulación subjetiva de pretensiones es viable. En primer lugar, A deberá definir cuál es el número mínimo de sujetos que deberá convocar. Si éste considera que debería agruparse con sujetos en una situación similar a la suya, esto es, que hayan sufrido daños por

S/.70.00 o menos, consideramos que A deberá reunir, cuando menos, 100<sup>(13)</sup> sujetos para iniciar una acción judicial. Así, un primer costo en el que incurrirá será, necesariamente, el representado por buscar y reunir a los sujetos para acumular sus pretensiones.

En segundo término, A deberá considerar que una vez que logre ubicar y reunir a las 100 personas, éstas tendrán que ponerse de acuerdo. Como resulta lógico, en un grupo tan numeroso como el señalado llegar a un acuerdo tendrá un costo bastante elevado, pues entre más sujetos acumulen sus pretensiones mayor será el número de opiniones y preferencias diversas que se puedan presentar. Así, y si fuera el caso, es claro que la acumulación subjetiva de pretensiones devendría en un mecanismo procesal muy costoso, y en tal sentido ineficiente, dado que los costos de transacción propios de un acuerdo entre 100 individuos sobre cuestiones elementales - como quién debe ser el abogado que defenderá los intereses del grupo- podrían llegar a ser prohibitivos.

Finalmente, debemos considerar los costos de ejecutar los acuerdos adoptados. Así, por ejemplo, imaginemos que algunos de los sujetos que han acumulado sus pretensiones no estén de acuerdo con la decisión adoptada. Podemos suponer que éstos alegarán la violación de su derecho de defensa o al debido proceso, solicitando se tramite su proceso por separado. Ello disminuirá el número de sujetos que lo conforman a un punto tal que no

- (11) Utilizamos el condicional "sería" porque presuponemos que solo se iniciará un proceso cuando, los beneficios esperados individualmente por cada uno de los sujetos que acumulen sus pretensiones, sea mayor a los costos en que cada uno de ellos tengan que incurrir. De este modo, no necesariamente se iniciará un proceso cuando los beneficios del conjunto superan a los costos del conjunto, pues puede suceder que los montos de las pretensiones de cada uno de los sujetos sean distintos. Así, por ejemplo, si el grupo está conformado por A, cuya pretensión es de S/.70.00, B, cuya pretensión es de S/.80.00, y C, cuya pretensión es de S/.1.000.00, resulta claro que cada uno de estos sujetos estará dispuesto a incurrir en gastos hasta un determinado monto. De este modo, A no gastará más de S/.69.00, B no desembolsará más de S/.79.00 y C estará dispuesto a incurrir en gastos por un monto de S/.999.00, pues solo de este modo podrán obtener algún beneficio en caso de una sentencia favorable.
- (12) Sin embargo, podemos considerar que en atención a lo señalado en la nota anterior, a la Empresa de Taxis B le conviene realizar una acumulación de pretensiones con sujetos que hayan sufrido un daño similar al suyo. De este modo, la Empresa de Taxis B y esos otros sujetos deberán evaluar si resulta conveniente actuar individualmente o como un grupo, en atención al resultado del proceso. Nos explicamos: si la Empresa de Taxis B forma parte de un proceso donde se han acumulado subjetivamente las pretensiones y la sentencia es desfavorable, todos sus integrantes quedarán atados a sus efectos. Empero, si tenemos en consideración el actuar inconsistente de nuestro Poder Judicial, podemos considerar que actuar de manera individual podría ser una mejor opción dado que al no ser vinculantes las sentencias expedidas por los diferentes juzgados y salas puede obtenerse una sentencia favorable y otra desfavorable en casos similares. Así, si la Empresa de Taxis B y los sujetos con quienes podría iniciar un proceso con acumulación subjetiva de pretensiones actúan de manera separada, éstos pueden asegurarse que, si uno de ellos obtiene una sentencia desfavorable, el otro no necesariamente tendrá la misma suerte como sucedería en el supuesto de que éstos actúen de manera conjunta. El problema es que, si estos sujetos decidieran actuar individualmente, el Poder Judicial incurrirá en mayores costos administrativos lo cual merma sus ya escasos recursos y puede suponer que aumente el desprestigio de esta entidad.
- (13) Para efectos del presente trabajo asumiremos como hipótesis de trabajo que los sujetos no iniciarán un proceso si la cuantía de la pretensión es menor a S/.7.000.00. Esta suma, si bien arbitraria, puede resultar incluso insuficiente para quien ha litigado en nuestro país.

justifique utilizar este instituto procesal, en tanto los costos superan a los beneficios de continuar con ese proceso.

En consecuencia, si A recurriera a una acumulación subjetiva de pretensiones a fin de iniciar un proceso, no solo deberá considerar todos los costos que implica el litigar individualmente, sino también los costos de transacción propios de un actuar colectivo. A nuestro juicio, los costos de transacción de un proceso donde se han acumulado las pretensiones de 100 personas<sup>(14)</sup> podrían ser tan elevados que harían inviable utilizar esta herramienta procesal<sup>(15)</sup>.

De lo expuesto se infiere que la Empresa de Taxis B puede acudir al Poder Judicial a solucionar su conflicto de intereses con Celulares S.A., pero no así A, en tanto no cuenta con un mecanismo procesal idóneo para ello, pues ya sea actuando individual o colectivamente, los costos en que incurriría superan a los beneficios esperados en caso de una sentencia favorable.

#### 2.1.2. La resolución del conflicto de intereses en sede administrativa.

Señalamos que omitíamos, intencionalmente, analizar la vía legalmente establecida para la solución de la controversia suscitada en los casos propuestos al inicio de este trabajo, a fin de graficar aquellos costos de llevar a cabo un litigio en nuestro país. Continuando con nuestro análisis, y reconociendo que para la tutela de los intereses de A y de la Empresa de Taxis B dicha vía es la administrativa, analizaremos los costos y beneficios que genera el procedimiento administrativo.

El referido procedimiento se inicia con la presentación de un reclamo ante la empresa

operadora que emitió la sobrefacturación. Dicha empresa cuenta con 30 días hábiles para resolver (contados a partir de la fecha de presentación del reclamo) y 10 días para notificar al sujeto afectado de su decisión. Si la empresa operadora emite una resolución desfavorable, el afectado puede recurrir a la segunda y última instancia en sede administrativa, mediante un recurso de apelación presentado ante la misma compañía operadora. El recurso es elevado por ésta a OSIPTEL en un plazo que no debe exceder de 10 días hábiles. Es el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de OSIPTEL (TRASU) el ente que debe resolver la apelación en un plazo no mayor de 30 días hábiles. La resolución de esta entidad pone fin a la vía administrativa.

En todo este procedimiento, los costos de A y de la Empresa de Taxis B se circunscriben a aquellos destinados a la presentación del reclamo, es decir, a la contratación de un abogado (si es que éstas lo consideran necesario), y a los gastos operativos (preparar el escrito de reclamo, sacar el número suficiente de copias para notificar a las partes, conseguir las pruebas, etcétera), pues de acuerdo al artículo 8 de la Resolución de Consejo Directivo No. 015-99-CD-OSIPTEL<sup>(16)</sup>, ninguna etapa del proceso se sujeta al pago de derecho alguno. Respecto a los posibles beneficios que obtendrían A y la Empresa de Taxis B de lograr una resolución favorable, éstos se limitan a la restitución del dinero cobrado en exceso por la compañía de teléfonos, puesto que la Administración Pública solo cuenta con potestades para imponer sanciones a la empresa denunciada y/u ordenar el cumplimiento de ciertas medidas correctivas, mas no para establecer una indemnización<sup>(17)</sup>.

(14) Nos referimos a un grupo de 100 personas, pues ese es el número que hemos utilizado para el caso de A. No obstante, y en atención a la relación inversamente proporcional entre el número de sujetos que conforman la acumulación subjetiva de pretensiones y la eficiencia del mismo como instituto procesal para la defensa de los intereses de un colectivo, entendemos que el número de individuos que acumulen sus pretensiones debe ser el menor posible, porque de otro modo éste se torna en un mecanismo procesal ineficiente para la consecución del objetivo señalado.

(15) Debemos mencionar que el acumular pretensiones tiene también un aspecto negativo, el mismo que está representado, por ejemplo, por la instancia a la que se debe acudir. Así, A decidiera resolver su conflicto de intereses con Celulares S.A. en el Poder Judicial, debería acudir al Juez de Paz Letrado, pero si se reúne con otros sujetos, lo que supone que la cuantía de su pretensión sea mayor, el competente será un Juzgado.

(16) El texto literal del artículo 8 de la Resolución de Consejo Directivo No. 015-99-CD-OSIPTEL es el siguiente: "Artículo 8. Derechos y gastos del procedimiento. Los reclamos interpuestos y demás recursos que se interpongan dentro del ámbito de aplicación de la presente norma, **no estarán sujetos al pago de derechos de ningún tipo**" (el resaltado es nuestro).

(17) Así lo establece el inciso 1 del artículo 232 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, cuyo texto literal es el siguiente:

"Artículo 232. Determinación de la responsabilidad.

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, **los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente**" (el resaltado es nuestro).

En ese sentido, podemos concluir que en sede administrativa la entidad competente puede, en primer lugar, imponer sanciones, que consisten en una amonestación o una multa. La finalidad de éstas es desincentivar la conducta generadora del daño, puesto que el monto de las mismas, en caso de multas, no será destinado en favor de los sujetos perjudicados. En segundo y último término, la Administración puede ordenar una medida correctiva, la cual consiste en un mandato cuya finalidad es evitar que una conducta infractora produzca sus efectos negativos. Así, éstas pueden avalar un mandato destinado a reestablecer a los perjudicados la contraprestación pagada en exceso (los S/.70.00 de A o los S/.40,000.00 de la Empresa de Taxis B).

Como puede apreciarse, las soluciones que brinda un proceso administrativo a la resolución del conflicto de intereses entre los perjudicados y Celulares S.A. son tan solo parciales, pues si bien A y la Empresa de Taxis B lograrán recuperar el dinero pagado en exceso, no serán indemnizados por los daños sufridos (esto es, no podrán recuperar el costo financiero del dinero<sup>(18)</sup>, ni los pocos costos y gastos que debieron incurrir en sede administrativa). En efecto, como ya hemos señalado<sup>(19)</sup>, el otorgamiento de indemnizaciones es competencia exclusiva del Poder Judicial y no de la Administración Pública. Esta situación se presenta porque las medidas administrativas, en general, están orientadas a corregir una conducta infractora de la ley que tiende a frenar o distorsionar el correcto y eficiente funcionamiento del mercado, al impedir o hacer más costoso que los agentes económicos puedan satisfacer cabalmente sus necesidades a través de transacciones de mercado. Por el contrario, las indemnizaciones tienen por finalidad colocar a la persona que hubiera sufrido el daño en

una situación equivalente a aquella en la que se hubiere encontrado de no haberse producido tal perjuicio.

De otro lado, debemos advertir que la Administración no está interesada directamente en la solución del conflicto de intereses de A y la Empresa de Taxis B con Celulares S.A., sino que investiga la existencia de una conducta infractora a fin de reprimirla, de modo tal que el interés público no se vea afectado. En efecto, mientras los afectados acuden en busca de tutela individual, la Administración solo ofrece una investigación general donde privilegiará el interés público.

Así, consideramos que resulta razonable afirmar que tanto A como la empresa de Taxis B son “mejores” representantes de sus derechos que la Administración Pública, en la medida que están directamente interesados en obtener un resultado favorable.

En conclusión, si bien en sede administrativa tanto A como la Empresa de Taxis B incurrirán en menores costos para iniciar un procedimiento destinado a solucionar sus conflictos de intereses con Celulares S.A., lo cual conlleva a que ambos se encuentren en posibilidad de iniciar un procedimiento administrativo de manera individual o colectiva, queda claro que de obtener un resultado positivo en el mismo solo se solucionará en parte el conflicto, en tanto la Administración Pública no tiene la potestad de ordenar una indemnización que resarza el daño sufrido por ambas<sup>(20)</sup>.

### 2.1.3. ¿Qué sucede en los casos en que no cabe solucionar el conflicto de intereses en sede administrativa?

El caso expuesto en la introducción de este trabajo, así como las alternativas de solución propuestas en las secciones 2.1.1. y 2.1.2., han sido

(18) Cuando, por ejemplo, ante una infracción a las normas de protección al consumidor, Indecopi ordena, en calidad de medida correctiva, que se devuelva la suma de dinero depositada en el banco por el denunciante, más los intereses legales que correspondan, no podemos afirmar que estos intereses resulten una suerte de indemnización. Ello toda vez que Indecopi tiene la seguridad de que éstos hubieran sido entregados si es que no se hubiera producido la infracción. De esta manera, dichos intereses se ordenan en cumplimiento de la finalidad de toda medida correctiva, es decir, buscan corregir los efectos que la conducta infractora hubiese causado al consumidor (colocar al consumidor en la situación en la que se hubiere encontrado de no haberse producido la infracción). No se trata de entregar intereses en virtud del lucro cesante, y es por ello que Indecopi no ordena la entrega de intereses cuando no se tenga la plena seguridad de que éstos efectivamente se habrían producido.

(19) Supra nota 17.

(20) Un tema interesante surge en aquellos casos en que la Administración falla en contra de los sujetos que han acumulado sus pretensiones o cuando se equivoca, situaciones que suponen solicitar la tutela del Poder Judicial, a través de una Acción Contenciosa Administrativa (ACA). Ello, pues hoy en día las ACA constituyen recursos de plena jurisdicción, es decir, que permiten no solo lograr el control de la legalidad de los actos de la Administración, sino también obtener tutela directa a los intereses en conflicto. Así, en esta instancia, A o la Empresa de Taxis B podrían obtener el dinero cobrado en exceso por Celulares S.A., y adicionalmente una indemnización por lo daños y perjuicios que en sede administrativa está vedada.

desarrolladas con la finalidad de graficar nuestras primeras dos premisas: i) existen ciertos conflictos de intereses que si bien involucran a un gran número de sujetos, no cuentan con un mecanismo procesal de solución adecuado; y, ii) si bien el daño ocasionado considerado de manera individual puede parecer insignificante, el monto equivalente a la suma de las pensiones de todos ellos será socialmente relevante.

En efecto, como puede inferirse, el caso propuesto no se limita simplemente a la Empresa de Taxis B y al individuo A sino que, potencialmente, puede involucrar a cientos o miles de otros sujetos que han contratado con Celulares S.A. y que se vean afectados por una circunstancia similar. Es claro que si consideramos el daño sufrido por A podemos advertir que no es significativo; sin embargo, si suponemos que fueron 1000 los sujetos que contrataron el servicio de pago exacto de la mencionada compañía y que éstos, en promedio, han pagado en exceso S/.350.00, sufriendo un daño promedio de S/.100.00, podemos concluir que el daño total ocasionado por Celulares S.A. es de S/.450,000.00, monto que representa una cuantiosa pérdida social.

Asimismo, hemos demostrado que A, quien puede considerarse un individuo dentro del promedio de afectados, no puede recurrir al Poder Judicial, ni individual ni colectivamente, para cautelar sus intereses y, si intentara acudir a la vía administrativa, en el mejor de los casos recuperaría el dinero pagado en exceso, pero no los daños que ha sufrido. Así, el daño social producido por Celulares S.A. será internalizado por los mismos sujetos perjudicados en lugar de ser trasladado al responsable. De este modo, podemos concluir que si bien A y de igual modo el sujeto afectado promedio no cuenta con una herramienta procesal idónea para solucionar su

conflicto de intereses, al menos podrá recurrir al procedimiento administrativo para recuperar parte del dinero perdido.

Sin embargo, existen casos en los que no se presenta esta alternativa y por ello los sujetos que se vean afectados tan solo podrán “optar” por la vía judicial. A fin de graficar esta situación, analicemos el siguiente ejemplo: un grupo de 70 alumnos de quinto de secundaria sale de paseo a un club campestre y para movilizarse a dicho lugar decide contactarse con Buses S.A., contratando un bus que los transporte. Camino al club, el bus que llevaba a los alumnos choca contra un camión, que cambió de carril imprudentemente. Luego de que los alumnos fueran atendidos en el hospital y de que se llevaran a cabo los exámenes correspondientes, se llega a la conclusión de que cada una de ellos había sufrido daños, en promedio, por una suma ascendente a S/.150.00. Ante esta circunstancia, aproximadamente 50 padres de familia del grupo de alumnos accidentados desean iniciar un proceso vía el cual puedan reclamar los derechos de sus hijos.

Como ya hemos señalado, si se pudiera solucionar el conflicto de intereses en sede administrativa podría, cuando menos, recuperarse el dinero perdido sin incurrir en mayores costos. Asimismo, cabe indicar que éstos serían menores aún, si es que uno de los sujetos inicia un procedimiento administrativo y obtiene una resolución favorable en la que se ordene una medida correctiva, la que vinculará a todos los afectados<sup>(21)(22)</sup>. No obstante que la vía administrativa es una mejor alternativa frente a la vía judicial, en el ejemplo propuesto los padres de familia no podrán acudir a ella, puesto que el conflicto de intereses versa sobre la responsabilidad civil del agente que ocasionó el daño. Dicho conflicto es de competencia

(21) Decimos que la medida correctiva resulta vinculante para la Administración Pública en este tipo de casos puesto que, si una persona, en calidad de denunciante, demuestra que estuvo ante la misma situación que se acreditó en un procedimiento anterior, en el cual se ordenó una determinada medida correctiva, tiene el derecho a que la Administración ordene el cumplimiento de esa misma medida. Así por ejemplo, en caso del cobro en exceso en las cuentas telefónicas, OSIPTEL ordenó a la compañía prestadora del servicio de telefonía, la devolución de dicho exceso a los consumidores que se hubieran visto perjudicados.

(22) Como puede apreciarse, la actuación de un sujeto favorece a un conjunto, lo cual produce una externalidad positiva y, en tal sentido, un problema de *free riding*. Un *free rider* es aquel que, sin incurrir en costo alguno, obtiene los mismos beneficios que aquel que incurrió en gastos para obtenerlos. Así, por ejemplo, A no iniciará un proceso administrativo contra Celulares S.A. pues preferirá esperar a que la Empresa de Taxis B lo haga (pues ésta tiene mayor interés en tanto el monto perdido es mayor), y una vez que se dicte la medida correctiva se apersonará señalando que se encuentra en la misma situación que ésta y que por tal motivo la medida correctiva también es aplicable a su caso. Como se puede apreciar, A es un *free rider*, puesto que sin incurrir en costo alguno obtuvo el mismo beneficio que la Empresa de Taxis B, quien asumió los costos del proceso administrativo.

exclusiva del Poder Judicial. De este modo, si los 50 padres de familia de los alumnos accidentados quieren demandar al responsable del accidente, deberán hacerlo a través de una acción civil tramitada ante el Poder Judicial.

De acuerdo a lo señalado en la sección 2.1.1., debemos descartar la demanda individual pues en ésta los costos superan a los beneficios. Asimismo, y tal como hemos analizado en la referida sección, también debemos rechazar la actuación conjunta de los sujetos a través de una acumulación subjetiva de sus pretensiones, pues: (i) la suma de los montos de las pretensiones individuales no es igual al mínimo (S/.7,000.00) que hemos establecido para que los beneficios superen a los costos en el caso de obtener un resultado positivo; y, (ii) los costos de transacción en un grupo de cincuenta personas son considerablemente altos.

En conclusión, en este tipo de situaciones las víctimas tendrán que internalizar el daño sufrido, en tanto resulta excesivamente costoso trasladarlo a través de la única vía procesal disponible: el Poder Judicial.

## 2.2. El sistema norteamericano.

Hemos expuesto en la sección precedente los problemas de A, en particular, y de todos aquellos sujetos que no pueden iniciar un proceso judicial individualmente puesto que sus costos superan a los beneficios de una sentencia favorable, en términos generales, al momento de intentar iniciar un proceso para solucionar su conflicto de intereses con Celulares S.A. Asimismo, hemos advertido la insuficiencia del procedimiento administrativo para otorgar una solución cabal a los conflictos de intereses surgidos entre los afectados y Celulares S.A. Estando a ello, concluimos que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un instituto procesal que permita tutelar de forma idónea los intereses de los sujetos afectados por la conducta de Celulares S.A.

A nuestro juicio, la *class action*, mecanismo propio del *common law*, ofrece una alternativa para solucionar los conflictos de intereses en los cuales se encuentren involucrados un gran número de sujetos, en tanto permite la tutela de un conjunto de intereses individuales que, por su homogeneidad, son tratados de manera colectiva. Es por ello que en esta sección realizaremos una breve descripción de la misma.

### 2.2.1. La acción idónea en los países del *common law*: iniciar una *class action*.

Como hemos expuesto, ni A, ni cualquier otro sujeto en situación similar a la suya, afectado por el “redondeo” de los segundos efectuado por Celulares S.A., cuentan con un instrumento procesal que permita una cabal solución de su conflicto de intereses. Ello debido a la escasa cuantía económica del daño causado en relación a los costos involucrados para resarcirlo, así como a la posibilidad de que la empresa emplazada observe conductas incompatibles entre sí a raíz de los numerosos y variados procesos judiciales que se inicien contra ella -en función a la escasa uniformidad de las resoluciones judiciales en controversias idénticas-; cuestiones que constituyen trabas que imposibilitan una tutela adecuada de los intereses afectados.

Sin lugar a dudas, el perjuicio económico es el motivo determinante a tomar en cuenta a fin de analizar la conveniencia de proseguir una acción ante la autoridad competente. Los costos en los que se incurre por la tramitación de un proceso indemnizatorio, en la situación de A y en la de sujetos en circunstancias similares, son comparativamente mucho más onerosos que el daño real sufrido.

Empero, hemos determinado que en este tipo de circunstancias, si bien el daño considerado individualmente puede ser poco significativo, la suma total de los daños sufridos por el conjunto de sujetos afectados resulta ser una pérdida social muy relevante. En tal sentido, consideramos que el objetivo del mecanismo procesal que permita la solución del conflicto de intereses, considerado como un todo, debe ser trasladar los costos sociales al responsable del mismo, evitando que éstos sean internalizados por las víctimas, al menor costo posible.

En ese sentido, y teniendo en consideración los inconvenientes de una demanda colectiva (a través de una acumulación subjetiva de pretensiones), la institución procesal que tutele los intereses individuales homogéneos debe ser una que reduzca considerablemente los costos de transacción propios de una acumulación, esto es, disminuya los costos de búsqueda y reunión de miembros de la clase, de negociación, y de ejecución de acuerdos. Adicionalmente, este mecanismo debe coadyuvar a que la administración de justicia logre dicho objetivo al menor costo posible. Desde nuestro punto de

vista, el instituto procesal que permite ese objetivo es la *class action*.

### 2.2.2. Antecedentes históricos.

La *class action* encuentra su origen más certero en un procedimiento inglés de siglo XVII denominado *Bill of Peace*<sup>(23)</sup>, por el cual un colectivo de sujetos que, por su indeterminación o por el extenso número de individuos que conformaban dicho grupo, complicaba el apersonamiento formal de cada sujeto particular a las cortes. Éstas eran capaces de resolver cuestiones de hecho como de derecho comunes a las partes, mediante una representatividad efectiva de todos los integrantes debido a que los efectos de la resolución de esa controversia se extendían a todos los miembros de ese conjunto, debido a que los efectos de la resolución de esa controversia se extendían a todos sus miembros, incluso a los que no comparecieron ante la corte.

La complejización de las relaciones interpersonales y la falta de rigurosidad en cuanto a los presupuestos que fundamentaban dicho procedimiento (los cuales avalaban, incluso, situaciones de abuso de derecho), motivaron la elaboración de codificaciones cada vez más técnicas y rigurosas sobre la materia.

Es así que en 1966 se promulgó la Rule 23 de las Federal Rules of Civil Procedure, cuyo texto ha sido parcialmente modificado en diciembre del 2003 (en adelante, FRCP 23), que constituye el marco normativo dentro del cual se encuadra el tratamiento de esta institución en la actualidad, el mismo que detallaremos posteriormente. Este dispositivo adaptó la *class action* a una tendencia más moderna, la cual permitía utilizar este instituto procesal en procesos tanto de derecho como de equidad.

### 2.2.3. Concepto de *class action*.

Resulta bastante complicado esbozar una definición de *class action* en atención a la complejidad de esta institución, a sus alcances y efectos. Sin perjuicio de ello, Antonio Gidi concluye

que se trata de “(...) una acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada)”<sup>(24)</sup>.

A partir de lo reseñado líneas arriba, podemos definir la *class action* como una herramienta procesal mediante la cual se busca obtener tutela jurisdiccional, basada en la potestad procesal reconocida a un individuo, para actuar en nombre propio o de otros cuyos intereses sean homogéneos entre sí.

Fuera del ámbito de la definición en sí, los rasgos en ella establecidos no habilitan la interposición de esta pretensión colectiva de modo automático; resulta necesario, pues, la observancia de determinados supuestos para la procedencia válida de una demanda de esa naturaleza, los cuales se encuentran taxativamente reseñados en la FRCP 23, norma a la que nos referiremos más adelante.

### 2.2.4. Naturaleza jurídica.

Dado el carácter eminentemente colectivo de este instituto procesal, debe destacarse la naturaleza representativa de la *class action*, la cual se fundamenta en tres premisas básicas: (i) la representación adecuada desde la perspectiva del respeto por las garantías constitucionales procesales; (ii) la tutela de los intereses individuales homogéneos entre sí como núcleo del proceso; y (iii) la protección de los ausentes en la medida que podrían verse potencialmente vinculados por la sentencia que resuelva el fondo de la controversia en la que esa clase es parte<sup>(25)</sup>.

### 2.2.5. Sujetos en la *class action*: la clase como demandante y como demandado.

A partir de lo expuesto podría concluirse que actuar como clase es prerrogativa casi exclusiva de la parte demandante, en atención a la afectación de sus intereses por la parte demandada. Mas ello no es exacto, puesto que existe jurisprudencia<sup>(26)</sup> que avala la agrupación de un colectivo de sujetos

(23) HENSLER, Deborah y otros. *Class Action Dilemmas*. Pursuing public goals for private gain. Santa Mónica: Rand Institute for Civil Justice, 2000. p. 10.

(24) GIDI, Antonio. *El concepto de acción colectiva*. En: GIDI, Antonio (coordinador). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*. México: Porrúa, 2003. p. 15.

(25) SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*. Madrid: Dyckinson, 1995. pp. 279-280.

(26) Ver: Caso *Greater New Orleans Car Dealers Ass'n v. Louisiana Tax Comm'n*, 663 So. 2d p.797-798 (La. Ct. App. 5th Cir. 1995). En: [http://zdnet.com.com/2038-1104\\_2-0-topic.html?id=1711&name=Class+Actions](http://zdnet.com.com/2038-1104_2-0-topic.html?id=1711&name=Class+Actions)

emplazados como clase. Dicha facultad de ambas partes de una controversia para formar una clase se fundamenta en los principios de unidad procesal y de seguridad jurídica, dado que se previene la emisión de fallos judiciales contradictorios.

Sin perjuicio de lo expuesto, un factor clave que avala la composición de una clase tanto como parte demandante como demandada, es la facultad atribuida a la parte emplazada para reconvenir en el proceso; todo ello con la finalidad de otorgar celeridad jurídica y economía procesal al mismo.

En ese sentido, la clase demandada deberá tener en cuenta, para su válida formación y posterior certificación, los mismos requisitos exigidos a su contraparte para la conformación de dicha clase: (i) la impracticabilidad de la acumulación subjetiva de pretensiones; (ii) una comunidad de cuestiones de hecho y derecho de los integrantes de la clase; (iii) las demandas o defensas de las partes representativas tienen que ser típicas de las correspondientes a la clase; y, (iv) que los representantes de estas partes protejan equitativa y adecuadamente el interés de la clase<sup>(27)</sup>.

#### 2.2.6. La *Federal Rule of Civil Procedure* 23<sup>(28)</sup>.

Como hemos señalado, la FRCP 23 constituye el marco normativo dentro del cual se regula la *class action* en el sistema legal norteamericano. Dicho texto contiene las pautas que debe observar necesariamente todo miembro de una clase demandante que pretenda actuar como representante de ésta: desde las condiciones fundamentales para su válida conformación, hasta su posterior certificación por la autoridad competente, así como el alcance de los efectos del pronunciamiento final sobre la controversia ventilada.

Dicha norma contiene cuatro pre-requisitos *sine qua non* para la válida conformación de la clase. Asimismo, establece hasta tres tipos de *class actions* -las dos primeras con carácter obligatorio y la tercera de naturaleza no obligatoria, siendo ésta materia del presente trabajo: la *class action for damages*<sup>(29)</sup>.

#### 2.2.6.1. Requisitos básicos.

La norma materia de análisis dispone que para que uno o más miembros de la clase puedan demandar o ser demandados como partes representativas de la clase, deben cumplirse con los siguientes requisitos:

a) La clase debe ser tan numerosa que la acumulación sea impracticable<sup>(30)</sup>.

Ello se explica puesto que en muchas situaciones va a resultar excesivamente oneroso identificar con exactitud a los afectados por la conducta dolosa u omisiva del demandado. Siendo la finalidad última de la tramitación de la *class action* resarcir de modo adecuado el daño sufrido por cada integrante del grupo, su indeterminación constituye un obstáculo casi infranqueable en el transcurso del proceso regulado en nuestro ordenamiento -las garantías procesales de las partes implicadas, las actuaciones de medios probatorios, alegatos varios, entre otros-; por ello, la conformación y certificación de una clase aparece como una solución viable en aras de salvar tal inconveniente, brindando una adecuada tutela jurisdiccional a los intereses de los sujetos lesionados.

b) Deben existir cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase<sup>(31)</sup>.

Cabe advertir que para cumplir con este requisito no es indispensable que todas las cuestiones ventiladas en el proceso sean comunes a los miembros de la clase, dada la evidente improbabilidad de una exacta homogeneidad entre los intereses individuales dañados. Así, lo usual es que la lesión particular alegada por cada afectado no guarde exacta correspondencia con las del resto, debido a múltiples motivos como podrían ser: el grado de severidad de la lesión sufrida, detrimento de patrimonio, etcétera.

Estando a ello, Newberg, citado por Silguero, señala que “se requiere únicamente una cuestión común a la clase. El hecho de que los miembros de la clase deban acreditar su derecho de recobrar, o hayan sufrido perjuicios diversos o se reclame contra los demandantes, no puede impedir

(27) SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. Op. cit.; p. 273.

(28) El texto vigente de la FRCP 23 puede consultarse a través de Internet en: [http://www.notice.com/class\\_action\\_news/FRCP23Amend.pdf](http://www.notice.com/class_action_news/FRCP23Amend.pdf)

(29) La diferencia entre una *class action* obligatoria y una no obligatoria está en la posibilidad de los miembros de la clase de no ser considerados como tales. En el Derecho norteamericano esto se conoce como *opt out*.

(30) Numeral (1) del inciso a) de la FRCP 23.

(31) Numeral (2) del inciso a) de la FRCP 23.

el ejercicio de una *class action*. En ese sentido, debe existir por lo menos un elemento causal que sea compartido por todas las pretensiones particulares, para poder avalar con consistencia la formación de la clase a fin de obtener los beneficios que ella otorga en términos procesales<sup>(32)</sup>.

c) Las demandas o defensas de las partes representativas deben ser típicas respecto de las demandas o defensas que podrían presentar los miembros de la clase<sup>(33)</sup>.

La tipicidad a la que se alude está referida a la similitud que debe existir entre el objeto o en la causa de pedir, o en ambos, de los miembros de la clase y los de su representante. Sin embargo, ello no supone que sean idénticas. Al respecto, Silguero señala que el criterio jurisprudencial mayoritario en Estados Unidos es el de no entrar a determinar la total coincidencia de las pretensiones individuales, por cuanto la norma no lo exige<sup>(34)</sup>.

En ese sentido, este requisito resulta ser un medio para asegurar la tutela adecuada de los intereses de los miembros de la clase en su totalidad, en tanto el representante debe demostrar ser un verdadero intermediario de cada uno de ellos con la autoridad competente, a pesar de las diferencias que en ocasiones pueda surgir entre cada pretensión particular.

d) Las partes representativas protegerán equitativa y adecuadamente el interés de la clase<sup>(35)</sup>.

Ello se deriva del presupuesto anterior, en tanto el representante del colectivo debe velar por el aseguramiento de las pretensiones del íntegro de los miembros de la clase de modo individual, sin perjuicio que se tramiten las pretensiones resarcitorias de los afectados en forma grupal, puesto que ese modo de valorarlos genera, como ya se ha mencionado, beneficios concretos en el ámbito procesal.

#### 2.2.6.2. Requisitos específicos.

Hemos señalado que existen tres tipos de *class action*, dos obligatorias y una no obligatoria. Asimismo, hemos descrito en el numeral precedente cuáles son los requisitos generales necesarios para

iniciar cualquiera de éstas. En esta sección enunciaremos las condiciones que deben cumplirse para que se configuren los supuestos de cada tipo de clase, deteniéndonos en aquellos necesarios para iniciar una *class action for damages*.

Será obligatorio iniciar una acción de clase en dos supuestos:

a) Cuando el ejercicio de acciones separadas por o contra miembros individuales de la clase crearía un riesgo de: (i) sentencias inconsistentes o diversas con respecto a individuos miembros de la clase que establezcan modelos incompatibles de conducta para la parte opuesta a la clase; o, (ii) sentencias con respecto a individuos miembros de la clase que dispongan en, la práctica, de los intereses de otros miembros no partes o que dañen o impidan la aptitud de estos para proteger sus propios intereses<sup>(36)</sup>; y,

b) Cuando la parte que se oponga a la clase ha actuado o rehusado actuar por motivos aplicables a la clase en general, resultando apropiado una resolución final inhibitoria o declarativa respecto de la clase entendida como unidad<sup>(37)</sup>.

La obligatoriedad de iniciar un proceso de *class action* en los supuestos expuestos implica la conformación impostergable de la clase, en tanto su no aplicación atentaría contra la seguridad jurídica de los miembros de la misma (sentencias contradictorias o que perjudiquen la tutela de los intereses invocados, o la tramitación anómala del proceso debido a la inacción de la contraparte dentro de parámetros preestablecidos a ambos grupos).

De otro lado, no será obligatorio iniciar una *class action* cuando el tribunal considere que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier otra cuestión que afecte solamente a los miembros individuales, y que una acción de clase es preferible a otros métodos disponibles para resolver justa y eficazmente la controversia. A fin de determinar ello, el juez deberá tener en cuenta: (i) el interés de los miembros de la clase en controlar individualmente el ejercicio o defensa de acciones separadas; (ii) la amplitud y naturaleza de cualquier litigio acerca de

(32) NEWBERG, Herbert y Alba CONTE. *Newberg on Class Actions*. 3era. edición. Colorado Springs: Mc Raw Hill, 1992. Volumen I. p. 69. Citado por: SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. Op. cit.; p. 275.

(33) Numeral (3) del inciso a) de la FRCP 23.

(34) SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. Op. cit.; p. 275.

(35) Numeral (4) del inciso a) de la FRCP 23.

(36) Numeral (1) del inciso b) de la FRCP 23.

(37) Numeral (2) del inciso b) de la FRCP 23.

la controversia ya empezada por parte de los miembros de la clase; (iii) la conveniencia o no de reunir las causas ante el mismo juez; y, (iv) las posibles dificultades en caso de ejercitar la acción como *class action*<sup>(38)</sup>.

Este supuesto regula el tercer tipo de acción de clase denominada *class action for damages*, la cual es susceptible de ser aplicada solo cuando se cumplen dos requisitos adicionales: (i) el predominio de cuestiones de hecho o de derecho comunes sobre las cuestiones de derecho o de hecho individuales; y (ii) la tutela colectiva es superior a la individual en términos de justicia y eficacia de la sentencia. Refiriéndose a las condiciones necesarias para iniciar el tipo no obligatorio de acciones de clase, Ada Pellegrini señala que “(e)l 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 decisiones”<sup>(39)</sup>.

De otro lado, debemos señalar que la no obligatoriedad de este tipo de *class action* radica en la posibilidad de los miembros de la clase de salirse voluntariamente de ésta en caso lo crean conveniente, y buscar la tutela de su derecho en un proceso individual aparte. Este derecho, conocido en el ordenamiento norteamericano como *opt out*, es reconocido a todos los potenciales miembros de la clase y permite que quienes deseen excluirse del proceso lo hagan. Así, si un potencial miembro decide no excluirse de la clase, estará vinculado por la decisión de la corte como veremos en la siguiente sección<sup>(40)</sup>.

Cabe mencionar que los sujetos que opten por no ser considerados como miembros de la clase, pueden contratar a sus propios abogados y proseguir una acción individual, o buscar intervenir como terceros de forma individual en la acción de clase<sup>(41)(42)</sup>.

#### 2.2.7. Efectos de la sentencia.

Sin lugar a dudas, los alcances de la sentencia constituyen un tema recurrente al analizar la tutela de los intereses individuales homogéneos; esto es, analizar cómo se manifiesta el efecto vinculante que ésta ejerce sobre los individuos miembros de la clase, ya sea que se obtenga un resultado favorable o adverso al interés común de la colectividad, o incluso si la misma se extiende a los que no forman parte de ella.

Extender los efectos del mandato resolutorio sobre todos los integrantes de la clase, aún sobre aquellos que no formaron parte activa del proceso, sea éste favorable o no<sup>(43)</sup>, puede generar ciertos inconvenientes en el plano teórico.

En efecto, si consideramos que el proceso es un instrumento utilizado para satisfacer pretensiones mediante la tutela jurisdiccional y en tal sentido, se encuentra regulado por una serie de principios que determinan su nacimiento y eventual desarrollo, debemos concluir que existen ciertos criterios que no pueden ser soslayados bajo ninguna circunstancia debido a que son los pilares sobre los que se funda el sistema de administración de justicia en pleno. En ese sentido, la solución del sistema norteamericano parece vulnerar abiertamente el principio de audiencia, el cual postula, en palabras de Juan Monroy Gálvez, que todo acto procesal debe ocurrir con la información previa y oportuna a la parte contraria<sup>(44)</sup>. De este modo, no es posible

(38) Numeral (3) del inciso b) de la FRCP 23.

(39) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *De la class action for damage a la acción de clase brasileña*. En: *Ius et Veritas*. Año XI. Número 23. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2001. p. 62.

(40) De acuerdo con el portal [Freeadvice.com](http://www.freeadvice.com) solo tiene sentido optar por no ser considerado como miembro de la clase en los siguientes casos: (i) si se tiene mucho que perder (es decir, los daños individuales son altos) y se está preparado para proceder por cuenta propia; (ii) si se tienen motivos para creer que la situación o intereses individuales son significativamente distintos a los del resto de la clase como un todo; y, (iii) si se tienen motivos para creer que los representantes de la clase no están considerando los intereses de los miembros de la misma.

(41) *Joining a class action lawsuit*. Disponible en: <http://www.thelaw.com>

(42) HENSLER, Deborah y otros. Op. cit.; p. 14.

(43) En el Código de Defensa del Consumidor Brasileño, la cosa juzgada solo vincula a los miembros de la clase en caso de procedencia de la acción colectiva. GIDI, Antonio. *Legitimación para demandar en las acciones colectivas*. En: GIDI, Antonio (coordinador). Op. cit.; p. 115.

(44) MONROY GALVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996. pp. 82-83. Dicho autor señala que “(c)omo resultado directo de este principio, podemos decir que en una sociedad civilizada una sentencia -la decisión que regularmente se expide al final de un proceso judicial- solo produce efecto respecto de las personas que han participado en él ejerciendo sus derechos o pudiendo haberlos ejercido”.

extender los efectos de un mandato resolutorio a particulares que no tuvieron participación activa dentro de un proceso, justamente porque desconocían qué trámites se produjeron al interior del mismo. Como se puede apreciar, si ello fuera así, la finalidad de la *class action* se desvirtuaría en tanto se tendría que incurrir, al menos, en los costos adicionales que representa el notificar los actos procesales a todos los miembros de la clase.

En el *common law*, como señala Gidi<sup>(45)</sup>, existe un factor esencial que fundamenta la concepción de la cosa juzgada y su aplicación a terceros: todos los integrantes de la clase que fueron adecuada y debidamente representados en el proceso son alcanzados por la autoridad de la cosa juzgada, siendo indiferente el hecho que ésta atribuya beneficios o no a la clase. Como se puede apreciar, este mandato parte de una premisa: existe una adecuada representación de los intereses de los miembros de la clase, es decir, el representante de la clase ha sido calificado por el juez como representante adecuado<sup>(46)</sup>. En efecto, la legislación norteamericana dispone que una vez que el representante sea clasificado por el juez como adecuado, los miembros de la clase estarán vinculados por los actos de éste, y en consecuencia por el resultado del proceso donde se patrocinan los intereses de la clase<sup>(47)</sup>.

No obstante, y como señalamos al referirnos a la *class action for damages*, es posible que un miembro de la clase ejerza el denominado derecho de *opt out*, caso en el cual la sentencia que se emita no lo vinculará. Este es el denominado *binding effect*<sup>(48)</sup>, el mismo que supone que los alcances de la sentencia recaen únicamente sobre quienes permanecieron dentro de la clase.

En atención a ello, el texto de la FRCP 23 precisa que para que la sentencia vincule a todos los miembros de la clase se requiere, además de la debida representación a que se refiere Gidi, la válida notificación a los miembros de la clase del inicio de

un proceso de acción de clase, porque solo de este modo los sujetos podrán ejercer el derecho de *opt out*.

### 3. Diferencias conceptuales entre el sistema norteamericano y el peruano.

Las insuficiencias del sistema procesal nacional para solucionar conflictos de intereses como el propuesto en este trabajo datan de años atrás. Sin embargo, y aun cuando la *class action* es un mecanismo procesal aplicado en el Derecho norteamericano desde hace tanto tiempo atrás, en nuestro ordenamiento jurídico no se ha buscado implementar ningún instituto procesal que permita superar ello ¿Por qué? En la presente sección analizaremos ciertas diferencias conceptuales que permitirán intuir una respuesta a esta interrogante.

#### 3.1. La división entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

Para Joaquín Silguero<sup>(49)</sup>, uno de los factores que explica el desarrollo alcanzado por las acciones de clase en los Estados Unidos es **la inexistencia de una contraposición tajante entre los conceptos de Derecho Público y Derecho Privado en el ordenamiento anglosajón**. Así, el mencionado autor afirma que “una adecuada tutela de intereses difusos o colectivos requiere en muchas ocasiones conjugar factores jurídicos de los dos ámbitos”<sup>(50)</sup>.

A nuestro juicio, dicha aseveración se sustenta en el hecho de tratar unitariamente un conjunto de intereses individuales. En efecto, si bien la acción de clase es iniciada y proseguida por uno de los potenciales miembros de ésta, que busca se tutele su interés individual, en la defensa del mismo deberá a su vez velar por los intereses de la clase como un todo. En ese sentido, el Derecho anglosajón ha dispuesto que los jueces cuenten con amplia discrecionalidad al momento de decidir si los

(45) GIDI, Antonio. *Cosa juzgada en acciones colectivas*. En: GIDI, Antonio (coordinador). Op. cit.; p. 264.

(46) El concepto de representante adecuado se desarrolla en las secciones 3.3. y 4.4.

(47) Cfr.: MATHEUS LOPEZ, Carlos. *Bases para una tutela procesal del medio ambiente*. Dicho autor señala que “(r)esulta inapropiado hablar de una representación procesal en puridad dado que el apoderado no actúa únicamente en beneficio de sus representados, sino también en el suyo propio, siendo lo correcto encuadrar su actuación en lo referente a representación por sustitución, donde el sustituto actúa a título de gestor”. Disponible en: [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=refjud&n=3](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=refjud&n=3)

(48) SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín. Op cit.; p. 299.

(49) Ibid.

(50) Ibid.; p. 281.

intereses de los integrantes de la clase están siendo correctamente cautelados por el representante de la misma.

Si bien los jueces en el Derecho norteamericano asumen un papel activo dentro del proceso, como desarrollaremos en el acápite 3.4., consideramos que dicha labor se acentúa en los procesos de *class action*, pues al tratarse colectivamente intereses de naturaleza individual, los mismos no solo interesan a las partes, sino a la sociedad en general<sup>(51)</sup>.

Ello se puede apreciar, por ejemplo, en dos momentos del proceso: (i) cuando el juez califica al representante de la clase, lo cual resulta impensable en un proceso ordinario donde solo basta alegar el interés y la legitimidad para obrar; y, (ii) cuando el juez califica el acuerdo de transacción que pone fin al proceso. En el primero de los ejemplos propuestos, se entiende que el potencial miembro de la clase que busca ser calificado como representante deberá ser calificado por el juez, quien deberá certificarlo como representante adecuado. Así, y aun cuando dicho sujeto reúna los requisitos para iniciar una acción individualmente, el juez puede determinar que no califica como representante adecuado, supuesto en el cual el juez, en defensa de los intereses de los miembros de la clase, debe ordenar que se designe un representante que patrocine adecuadamente los intereses de aquella<sup>(52)</sup>. En el segundo caso, las normas norteamericanas permiten que un proceso de *class action* pueda finalizar mediante una transacción extrajudicial; sin embargo, dicho acuerdo debe ser aprobado por el juez antes de surtir plenos efectos. En dicha calificación, el magistrado deberá analizar si el acuerdo resulta favorable a los intereses de los demás

miembros de la clase, y, de considerar que ello no es así, está facultado para denegar la propuesta de transacción<sup>(53)(54)</sup>.

De este modo se observa que, si bien la demanda se interpone a fin de buscar la tutela de un interés individual, una vez que es calificada como acción de clase, la actuación del representante debe estar destinada a salvaguardar los intereses de ésta. Así, si bien la demanda tiene características propias de Derecho Privado, dado que la misma tiene como objetivo el salvaguardar los intereses de un colectivo, la actuación del juez se torna mucho más activa, como si las cuestiones tratadas en el proceso fueran de interés público.

### 3.2. Tipos de intereses tutelados en los procesos.

La tutela de los intereses jurídicos escapa, hoy en día, a la “antigua fórmula individual”<sup>(55)</sup>, aquella que contempla un demandante y un demandado. En ese sentido, cabe afirmar que los derechos han experimentado un desarrollo progresivo que, partiendo de una concepción individualista han llegado, en la actualidad, a una concepción colectiva a partir de la masificación de las relaciones las cuales han dejado de ser meramente interpersonales para dar paso a las relaciones en masa. Esto ha generado “(n)uevas formas de amenaza a valores que el ordenamiento jurídico considera dignos de tutela”<sup>(56)</sup>, un peligro de lesiones de intereses y derechos supraindividuales.

Por esta razón es preciso analizar en primer lugar los intereses y derechos individuales para luego pasar a examinar los intereses y derechos colectivos *lato sensu*<sup>(57)</sup>.

(51) En efecto, si partimos de una definición lata de interés público, esto es, de considerar al mismo como suma de los intereses individuales, podremos apreciar que en tanto todo proceso de *class action* involucra un significativo número de sujetos, la tutela de intereses individuales deviene en una suerte de tutela del interés público.

(52) Así, Silguero señala que suele considerarse la **calificación** y **experiencia** del abogado. (SILGUERO, Joaquín. Op cit.; p. 276).

(53) Inciso e) de la FRCP 23.

(54) Recordemos que la doctrina procesal enseña que solo cabe finalizar un proceso mediante una transacción cuando los derechos involucrados en el mismo son disponibles, en otros términos, no cabe transar sobre aquellos derechos que no son de libre disposición. Entendemos que dicha limitación responde a cuestiones de interés público.

En la *class action for damages* norteamericana no existe una prohibición *per se* a que este tipo de proceso termine mediante una transacción, dado que la materia del proceso es meramente pecuniaria. Empero, consideramos que la intervención del juez en todos los casos, se justifica en tanto en las acciones de clase existe una suerte de interés público (el formado por el conjunto de intereses individuales que conforman la clase) que hay que tutelar.

(55) ZANETI JUNIOR, Hermes. *Derechos colectivos lato sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogéneos*. En: GIDI, Antonio (coordinador). Op. cit.; p. 45.

(56) PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela Jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*. En: Apuntes de Derecho Procesal, 1997. p. 27.

(57) De acuerdo a lo indicado por Hermes Zaneti Junior, se denominan así a los derechos colectivos entendidos como género de los cuales son especies: los derechos difusos, los derechos colectivos *stricto sensu* y los derechos individuales homogéneos.

### 3.2.1. Intereses y derechos individuales.

Este concepto es el más tradicional, pues parte de la concepción individualista de las relaciones de los hombres en la sociedad, la misma que se origina en el reconocimiento de las necesidades individuales de éstos. De esta forma, toda facultad concedida por ley al sujeto individualmente considerado para la satisfacción de su necesidad es un derecho individual<sup>(58)</sup>. Así por ejemplo, en un proceso por incumplimiento de obligación de dar suma de dinero derivado de un contrato de préstamo, el acreedor busca la tutela de un interés crediticio, el cual califica claramente como un interés individual, que al ser reconocido por el órgano jurisdiccional se constituirá en un derecho individual.

### 3.2.2. Intereses y derechos colectivos *strictu sensu*.

Son intereses colectivos *strictu sensu*, aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible, cuya titularidad corresponde a un grupo de personas determinadas o determinables como grupo o clase “vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”<sup>(59)</sup>. Por lo tanto, el vínculo jurídico no necesariamente debe darse entre los integrantes del grupo afectado, sino que puede existir entre cada uno de ellos y la parte contraria. El primer caso es el de los miembros de una persona jurídica, mientras que en el segundo supuesto podemos ubicar a los contribuyentes de un impuesto determinado.

### 3.2.3. Intereses y derechos difusos.

Son aquellos intereses de naturaleza indivisible que recaen sobre bienes que solo pueden ser considerados como un todo, y cuya titularidad recae sobre un grupo de personas absolutamente indeterminado, las cuales se encuentran unidas por circunstancias de hecho genéricas, accidentales, como por ejemplo actos en contra del medio ambiente.

Tal como se puede apreciar, los intereses difusos se definen tanto de perspectiva subjetiva,

por la indeterminación de los sujetos, como de una perspectiva objetiva, a partir del bien sobre el que recae éste<sup>(60)</sup>.

### 3.2.4. Intereses y derechos individuales homogéneos<sup>(61)</sup>.

El Código Brasileño de Defensa del Consumidor define a éstos como aquellos intereses y derechos individuales resultantes de un origen común, lo cual “no significa, necesariamente una unidad factual y temporal”<sup>(62)</sup>, sino la existencia de una conducta comisiva u omisiva de la parte contraria. Por ejemplo, todos los sujetos que contrataron el servicio de telefonía celular bajo la modalidad de pago exacto con Celulares S.A., que fueron dañados por la manera en que esta empresa redondeaba los segundos al final de cada mes, ostentan derechos individuales homogéneos, aún cuando el daño haya sido sufrido en momentos y montos distintos.

Cabe señalar que los intereses individuales homogéneos son verdaderos intereses individuales, y en ese sentido pueden ser tutelados mediante un proceso individual; no obstante, en razón a su homogeneidad son susceptibles de ser tutelados mediante una acción colectiva. De este modo, se faculta a los sujetos afectados para que sean éstos quienes decidan entre una u otra alternativa, en atención a “la ventaja del tratamiento unificado de la pretensión en conjunto para la obtención de una pretensión genérica”<sup>(63)</sup>.

### 3.2.5. Los intereses tutelados en una *class action*.

Es preciso señalar que la doctrina mayoritaria equipara los intereses tutelados en una *class action* con los intereses difusos. Así, al analizar estos últimos, Morales Godo afirma que “deberíamos evaluar un remedio procesal similar o parecido a lo que es la *class action*”<sup>(64)</sup>. Asimismo, podemos incluir dentro de este sector de la doctrina a Priori, quien califica a la *class action* como una forma de legitimación para la tutela jurisdiccional de los

(58) PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit.; p. 29.

(59) ZANETI JUNIOR, Hermes. Op. cit.; p. 47.

(60) Ibid.; p. 32.

(61) También denominados intereses o derechos plurales por Giovanni Priori, quien denomina así al conjunto de intereses y derechos individuales, diferenciando a esta categoría de los intereses y derechos difusos y colectivos, los cuales no son de ninguna forma suma de intereses individuales. En: PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit.; p. 44.

(62) WATANABE. Op. cit.; En: GIDI, Antonio (coordinador). Op. cit.; p. 629.

(63) ZANETI JUNIOR, Hermes. Op. cit.; p. 49.

(64) MORALES GODO, Juan. *La tutela de los intereses difusos y el medio ambiente*. En: FOY VALENCIA, Pierre (editor). *Derecho y ambiente, aproximaciones y estimativas*. Lima, 1997. p. 399.

intereses difusos<sup>(65)</sup> y a Arrarte, quien considera que la *class action*, en su trabajo *La defensa procesal de los intereses difusos*<sup>(66)</sup>, alude al mismo mecanismo como la vía procedimental utilizada en los Estados Unidos para la solución de conflictos de intereses difusos.

En general, en la mayor parte de trabajos orientados a encontrar soluciones a la tutela de los intereses difusos se puede apreciar la mención a la *class action* ya sea como una propuesta de solución, o como una alusión a lo que sucede en los Estados Unidos en casos similares.

Por otro lado, Mauricio Raffo La Rosa desvincula la *class action* de los intereses difusos afirmando que “en las acciones de clase no estamos ante un interés difuso, sino ante suma de intereses individuales, intereses y pretensiones típicas, conexas y estrechamente vinculadas, pero individuales, por lo que no resultan aplicables para la defensa de intereses difusos”<sup>(67)</sup>.

En posición similar se ubica Hermes Zaneti Junior quien considera que la protección de los intereses individuales homogéneos “tiene origen en las *class action for damages* norteamericanas”<sup>(68)</sup>.

A nuestro entender, los intereses tutelados en las *class action* se identifican más con el modelo de los intereses individuales homogéneos, porque como lo sentencia Mauricio Raffo, se tratan de intereses individuales en esencia, que tienen un tratamiento colectivo por razones ya expuestas, a diferencia de lo que ocurre con los intereses difusos, los cuales no son “una suma de intereses individuales sino intereses colectivos específicos”<sup>(69)</sup>.

No obstante la semejanza planteada, debemos tomar en cuenta que las definiciones abstractas de intereses y derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos “no son utilizados ni en Francia ni en Alemania, ni en los países *common law* que poseen las *Class Actions*”<sup>(70)</sup>, por lo cual se

hace imposible definir a los intereses tutelados en una *class action* partiendo de la encasillada clasificación de intereses con que contamos en nuestro ordenamiento, la misma que no concede la necesaria flexibilidad para tratar con los derechos de grupo.

### 3.3. Legitimación.

Una diferencia adicional entre el sistema procesal civil peruano y aquel que regula la acción de clase en el sistema norteamericano es la relativa a los sujetos legitimados para iniciar un proceso, es decir, “quién debe ser parte del proceso concreto para que éste se realice eficazmente”<sup>(71)</sup>. En ese sentido, el propósito de esta sección es analizar qué características debe reunir el sujeto que representa a la clase en un proceso de *class action* para constituirse como tal válidamente.

En primer lugar, cabe señalar que dicho sujeto deberá cumplir con los requisitos para ser parte procesal, como son tener interés y legitimidad para obrar en el proceso. Ello no resulta extraño si consideramos que, quien inicia una *class action* debe ser uno de los potenciales miembros de la clase afectada y, en tal sentido, debe haber sufrido un perjuicio común a los demás integrantes de ésta<sup>(72)</sup>, que lo motive a solicitar la tutela del ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, en los casos planteados en la introducción de este trabajo, tanto A como la Empresa de Taxis B cumplen con este primer requisito puesto que ambos han sido afectados por los cobros excesivos por parte de Celulares S.A. Así, ambos cuentan con interés y legitimidad para obrar en este caso, y en tal sentido se encuentran legitimados para demandar individualmente a la empresa de telefonía celular por los cobros excesivos.

Sin embargo, cumplir con los requisitos necesarios para iniciar una acción individual no es

(65) PRIORI POSADA, Giovanni. Op. cit.; p. 43.

(66) ARRARTE, Ana María. *La defensa procesal de los intereses difusos*. En: *Ius et Praxis*. Número 24. 1994. pp. 127 y ss.

(67) RAFFO LA ROSA, Mauricio. *La problemática procesal de los intereses difusos, a propósito de la protección del medio ambiente*. En: *II Congreso internacional de derecho procesal*. Universidad de Lima. Lima, 2002. pp. 159-168.

(68) ZANETI JUNIOR, Hermes. Op. cit.; p. 48.

(69) MORALES GODÓ, Juan. Op. cit.

(70) GIDI, Antonio. Op. cit. En: GIDI, Antonio (coordinador). Op. cit.; p.27

(71) MONTERO AROCA, Juan. *La legitimación en el Código Procesal Civil del Perú*. En: *Ius et Praxis*. Número 24. Lima: 1994. p. 79.

(72) Como señala Silguero, perjuicio no debe entenderse como sinónimo de daño, ya que en muchos casos no existirá un perjuicio que califique como tal, como sería en el caso de que la demanda contenga una pretensión declarativa o inhibitoria (SILGUERO, Joaquín. Op. cit.; p. 291).

suficiente, pues adicionalmente a ello se requiere demostrar capacidad para patrocinar los intereses comunes a los miembros de la clase. En ese sentido, deberá formular una demanda cuyo petitorio pueda ser calificado como típico a los miembros de la clase<sup>(73)</sup> y deberá demostrar que puede representar adecuadamente los intereses de éstos<sup>(74)</sup>. El cumplimiento de estos requisitos será evaluado por el juez al momento de determinar si se certifica o no la acción de clase.

De este modo, y si bien A y la Empresa de Taxis B tienen interés y legitimidad para obrar individualmente, solo podrán estar legitimados para actuar en nombre de la clase luego de que el juez haya certificado su capacidad como representante adecuado<sup>(75)</sup>.

### 3.3.1. Certificación de una *class action*.

Tal como señala el numeral 1 del inciso c) de la FRCP 23, el tribunal deberá determinar, tan pronto como sea posible, si la acción de clase presentada reúne los requisitos necesarios para ser declarada

procedente. Este acto es denominado en la doctrina procesal norteamericana como certificación de la clase. Mediante dicho acto, el juez determina si el potencial representante cumple los requisitos del inciso a) y si el potencial miembro de la clase que pretende ser considerado como parte representativa de la misma reúne los requisitos necesarios para ser calificado como tal. En este acto el juez debe velar por el respeto a las garantías constitucionales, en especial la del debido proceso. Así, el magistrado debe evaluar si los derechos al debido proceso de los miembros de la clase no están siendo lesionados, caso en el cual denegará la certificación de la clase u ordenará que se nombre un representante adecuado, según sea el caso. En este sentido, Silguero señala como una de las características más relevantes del acto de certificación, el reconocimiento de una amplia discrecionalidad al juez para determinar si es que el representante podrá patrocinar de forma adecuada los intereses de los miembros de la clase, cuestión que será analizada en el acápite 3.3.4.

(73) Numeral (3) del inciso a) de la FRCP 23.

(74) Numeral (4) del inciso a) de la FRCP 23.

(75) Resulta pertinente referirnos a las Asociaciones de Consumidores por su calidad de entidades legitimadas para iniciar un proceso, en defensa de intereses individuales o difusos de los consumidores, por lo que podría dar la sensación de que a través de éstas se podrían tutelar aquellos intereses propios de las acciones de clase.

La doctrina define a las asociaciones de consumidores y usuarios como "aquellas formaciones sociales dirigidas a la tutela de los derechos y de los intereses de los consumidores y de los usuarios. Resulta de vital importancia que tal propósito sea exclusivo para que pueda otorgársele esta denominación". (ALPA, Guido. *Derecho del Consumidor*. Traducido por Juan Espinoza Espinoza. Lima: Gaceta Jurídica, 2004. p. 87).

De acuerdo a la Resolución No. 049-2001-INDECOPI/DIR, las asociaciones de consumidores y usuarios están facultadas para promover procedimientos administrativos en defensa de intereses individuales o difusos de los consumidores. Con relación a los intereses particulares, se establece que éstos podrán referirse a los de terceros que otorguen poderes de representación suficientes a la Asociación o a los de sus propios asociados. Respecto a la defensa de intereses difusos, la Ley N° 27846 precisó los alcances del artículo 40 de la Ley de Protección al Consumidor y estableció que las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por el Indecopi, podrán representar a los consumidores que reclamen colectiva o difusamente sus derechos ante proveedores de bienes y servicios.

De esta manera, ante la aparente indefensión individual del consumidor frente al poder ostentado por los proveedores de bienes y servicios, aparece lo que Bullard denomina la "protección colectiva autónoma de los consumidores" (BULLARD GONZALES, Alfredo. *¡Firme primero, lea después! La contratación masiva y la defensa del consumidor*. En: *Derecho y Economía, el análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003. pp. 354 y 355). Esto quiere decir que un primer mecanismo de protección es la organización colectiva de los consumidores a fin de tutelar sus derechos en asociaciones u organizaciones, lo que implica la organización pluriindividual de aquellos agentes que toman decisiones en el mercado.

Sin embargo, la representación que ejercen estas asociaciones no se asemeja a la representación de una acción de clase debido a que las primeras, al actuar en la vía administrativa, generalmente ante Indecopi, no pueden obtener indemnizaciones a favor de los consumidores afectados puesto que la Administración Pública no está facultada para entregarlas.

Por el contrario, la gran importancia de las asociaciones de consumidores está en su rol educativo. Dichas entidades constituyen el mecanismo adecuado para formar consumidores más preparados e informados que tomarán decisiones de consumo cada vez más eficientes, lo que a su vez obligará a los proveedores a brindar bienes y servicios de mayor calidad y a menor precio, todo lo cual se verá reflejado en un mercado mucho más competitivo, transparente y eficiente. Es en virtud de ello, que surgen los convenios de cooperación con asociaciones de consumidores (Resolución No. 048-2001-INDECOPI/DIR), a través de los cuales, se puede destinar hasta el 50 por ciento del importe de la multa administrativa impuesta en un proceso por infracción a la Ley de Protección al Consumidor, a favor de la asociación de consumidores que lo hubiere promovido, siempre que el objeto de dicho proceso haya sido la defensa de intereses difusos de los consumidores. Dicho monto será destinado a financiar labores relacionadas a la realización de publicaciones, investigaciones y/o programas de difusión en defensa de los derechos de los consumidores.

De otro lado, cabe resaltar la fundamental importancia del acto de certificación, porque, en atención a lo señalado en la sección 2.7., los efectos de la sentencia de este tipo de procesos vinculan a todos los miembros que integran la clase, es decir, a todos aquellos que no hayan ejercido su derecho de *opt out*.

Estando a ello, se concluye que en esta etapa el juez debe velar por el respeto del derecho al debido proceso de los miembros de la clase, siendo éste el momento adecuado para que ordene la notificación a los miembros de la clase con la potencial aprobación judicial de configuración, con el fin de que todos aquellos sujetos que se consideren parte de la misma, y no quieran ser alcanzados por los efectos de la sentencia, puedan ejercer su derecho de *opt out*<sup>(76)</sup>.

### 3.3.2. Las notificaciones.

Sin duda el régimen de notificaciones en nuestro Código Procesal Civil es uno de los pilares del debido proceso, y en especial del derecho de defensa. En efecto, constituye una premisa del mencionado cuerpo de leyes el que no pueda condenarse a un sujeto si no se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, que solo podría llevar a cabo de conocer de la existencia del proceso. Bajo este mismo principio, el ordenamiento jurídico norteamericano entiende que la sentencia de un proceso de *class action* no puede vincular a los miembros de la clase que no lo quieran, y por ello debe notificarse a éstos que se encuentra en trámite la certificación de una *class action* de la cual potencialmente forman parte. Ahora bien, ¿no es acaso un requisito de la *class action* que la acumulación sea impracticable?, si ello es así, ¿en la mayoría de los supuestos en que una acumulación es impracticable no se debe, precisamente, a que el número de sujetos que integra la clase es muy difícil de determinar o prácticamente indeterminable? ¿Cómo deberá notificarse a los miembros de toda la clase para tener la absoluta certeza de que no se está vulnerado el derecho al debido proceso de ninguno de éstos?

Estas son, sin duda, las principales dificultades con las que nos enfrentamos al momento de examinar el numeral 2) del inciso c) de la FRCP

23 en donde se establece que “(e)l tribunal dirigirá a los miembros de la clase la mejor notificación realizable en esas circunstancias, incluyendo la notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados a través de un esfuerzo razonable”. Como se puede apreciar, este dispositivo afectaría directamente uno de los fundamentos de las acciones de clase, como es la economía procesal, dado que un gran porcentaje de los recursos estaría destinado a: (i) realizar la razonable búsqueda a fin de identificar a los miembros de la clase; y, (ii) redactar y enviar las comunicaciones a cada uno de los miembros.

La experiencia norteamericana nos indica que ésta es la mejor solución, aún cuando los costos del proceso se elevan, debido a que éste es el único medio para asegurar el derecho de defensa de los miembros de la clase. Empero, queda claro que las notificaciones no solo pueden hacerse mediante correo personalizado, pues si bien éste es el mecanismo más seguro para saber si los miembros de la clase han sido notificados, es también el más oneroso. De este modo, es posible que en un futuro, y como viene sucediendo para las notificaciones de los acuerdos de transacción -especialmente en los Estados Unidos-, se utilicen medios masivos de comunicación o correos electrónicos con acuse de recibo para asegurarse que los miembros de una clase sean adecuadamente notificados.

### 3.4. Discrecionalidad de los jueces en el sistema norteamericano.

Otra de las diferencias entre los sistemas que adoptan las acciones de clase dentro del ordenamiento jurídico procesal norteamericano y el sistema peruano es la discrecionalidad con la que actúan los jueces. Es más, según señala Silguero<sup>(77)</sup>, uno de los factores que explica el desarrollo alcanzado por esta institución en los países del *common law* es el papel más activo que desempeñan los jueces en este sistema, lo que se observa fundamentalmente en el caso de la *class action* al momento que éstos determinan si efectivamente procede certificar la acción como tal.

En efecto, es en el momento en el que los jueces valorarán utilizando su criterio<sup>(78)</sup> si la demanda presentada como una *class action* cumple con los

(76) Numeral (2) del inciso c) de la FRCP 23.

(77) SILGUERO, Joaquín. Op. cit.; p. 280.

(78) Es claro que esta decisión no es arbitraria, sino que tomará en cuenta, por ejemplo, la jurisprudencia al respecto.

requisitos del inciso a) de la FRCP 23, o si ésta puede prosperar como tal por encontrarse dentro de alguno de los supuestos del inciso b) de la citada norma. Así, se somete estrictamente a criterio del juez determinar si la acumulación es impracticable<sup>(79)</sup>, si la pretensión es típica<sup>(80)</sup>, si es posible que existan sentencias inconsistentes con respecto a individuos miembros de una clase<sup>(81)</sup>, si existen cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros de la misma que justifiquen iniciar una *class action*<sup>(82)</sup>, y, en general, si es que iniciar una *class action* no vulnera el derecho al debido proceso de sus potenciales miembros.

Sin embargo, y si bien reconocemos que en los países del *common law*, y en especial en los Estados Unidos, los jueces tienen un papel central dentro del sistema jurídico, principalmente por el valor de los precedentes que sientan las decisiones de las cortes, no consideramos que, legislativamente, el juez nacional se encuentre imposibilitado de asumir una labor activa en el proceso que le permita calificar la procedencia de una *class action* en los mismos términos que lo hace un juez del *common law*.

En este sentido, Urquiza Pérez señala que “(e)l juez del nuevo proceso no es el espectador del proceso anterior; sino, es el director responsable del nacimiento válido de la relación jurídico procesal, su desenvolvimiento con las garantías del debido proceso y su conclusión basada en la verdad procesal, que garantice una justicia con equidad y paz social”. De este modo, en nuestro ordenamiento es el juez quien determina el nacimiento de una relación jurídico procesal válida atendiendo a ciertas normas, como son los artículos 426 y 427 del Código Procesal Civil, pero cuya aplicación depende de su interpretación, que, claro está, debe ajustarse a derecho<sup>(83)</sup>.

Sin embargo, lo estipulado legalmente dista de su aplicación en la realidad. Muchos de los jueces nacionales no han asumido la responsabilidad de verdaderos conductores del proceso, ya sea por su falta de preparación, o su falta de predisposición a asumir dicho rol, pues suelen preferir aplicar el texto literal de las normas antes que interpretar con un criterio que vaya más allá del plano estrictamente jurídico, lo que en repetidas ocasiones supone que los fallos carezcan de la más elemental lógica.

En conclusión, la discrecionalidad con la que cuentan los jueces del *common law* para aplicar el derecho ha fundamentado el desarrollo de la *class action* en estos países antes que en aquellos donde la tradición continental atribuía al juez el papel de mero espectador del proceso. Empero, con la tendencia moderna de un juez más activo, en el que éste se convierte en el verdadero director del proceso, entendemos que el rol del juez deja de ser un gran obstáculo, aunque todavía pueda significarlo en algunas realidades como la nuestra, para que la *class action* sea aplicable en los países del *civil law*.

### 3.5. Funciones que cumplen las indemnizaciones por responsabilidad civil<sup>(84)</sup>.

Finalmente, consideramos pertinente diferenciar las funciones que cumplen las indemnizaciones por responsabilidad civil en el *common law* y en el sistema jurídico nacional, pues éste es un instrumento de juicio adicional que permite advertir por qué se desarrollan las acciones de clase en el *common law*<sup>(85)</sup>.

Consideramos que las funciones que cumplen las indemnizaciones están íntimamente ligadas a las funciones de la responsabilidad civil. Así, a fin de determinar los criterios que toman en cuenta los jueces al momento de determinar un monto indemnizatorio, conviene mencionar las tres

(79) Numeral (1) del inciso a) de la FRCP 23.

(80) Numeral (3) del inciso a) de la FRCP 23.

(81) Literal (A) del numeral (1) del inciso b) de la FRCP 23.

(82) Literal (B) del numeral (3) del inciso b) de la FRCP 23.

(83) Así, por ejemplo, el juez determinará si considera que el petitorio es incompleto (inciso 3 del artículo 426 del Código procesal Civil) o si el demandante carece de legitimidad o interés para obrar (incisos 1 y 2 del artículo 427 del Código Procesal Civil).

(84) Consideramos que las funciones que cumplen las indemnizaciones están íntimamente ligadas a las funciones de la responsabilidad civil, por ello hemos utilizado este sub título, toda vez que el análisis se centra en los criterios que utilizan los jueces para otorgar el monto indemnizatorio.

(85) Queremos precisar que en este inciso no se pretende realizar un análisis exhaustivo de las funciones de la responsabilidad civil en los sistemas del *common law* y en el *civil law*, sino tan solo evidenciar qué criterios se toman en cuenta en uno y otro sistema para fijar el monto indemnizatorio.

funciones<sup>(86)</sup> que cumple la responsabilidad civil: (i) resarcitoria o compensatoria; (ii) preventiva; y, (iii) punitiva.

**a) La función compensatoria o resarcitoria:**

En primer lugar, la responsabilidad civil cumple una función compensatoria mediante la cual se pretende garantizar un adecuado resarcimiento a la víctima del daño. Así, se busca retornar a ésta al estado inmediato anterior al que se encontraba antes de sufrir el daño.

**b) La función preventiva:** Una segunda función de la responsabilidad civil consiste en prevenir (*deterrence*) conductas futuras que puedan causar daño. Así, se aspira a disuadir a los sujetos de incurrir nuevamente en conductas que ocasionen daños<sup>(87)</sup>.

**c) La función punitiva:** Finalmente, la responsabilidad civil cumple una función punitiva (*punishment*), la misma que tiene un rol subsidiario al servicio de la función preventiva, puesto que penaliza al causante del daño con sanciones de tipo civil cuando la conducta del agente haya infringido, de manera flagrante, las reglas de convivencia social<sup>(88)</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, el monto indemnizatorio será determinado por los tribunales observando las funciones descritas<sup>(89)</sup>. De este

modo, el monto indemnizatorio se compone de: (i) una suma destinada a resarcir el daño; (ii) otra suma reservada a desincentivar las actividades que producen el daño; y, (iii) una suma que represente el monto por “daños punitivos” (solo aplicable en los sistemas del *common law*), la misma que está destinada a castigar al causante o responsable del daño y a desincentivar las conductas dañosas.

Sin embargo, consideramos propio señalar que, de las funciones expuestas, los tribunales, según la familia jurídica a la que pertenecen, privilegian ciertas funciones por encima de otras. De este modo, como señala Fernández Cruz<sup>(90)</sup>, “(m)ientras en el derecho continental pretende afirmarse la prevalencia de la función compensatoria de la responsabilidad, bajo el principio de la ‘reparación integral’, en los países del *common law* pareciera privilegiarse la función preventiva de la responsabilidad civil”. En efecto, esta afirmación doctrinaria puede corroborarse comprobando los montos indemnizatorios que otorgan los jueces en los distintos sistemas. Así, por ejemplo, el monto por concepto de indemnización que recibe un sujeto que se quema con café en un Mc Donald’s ubicado en Estados Unidos es mucho mayor al que recibiría ese mismo sujeto si se quemara en ese mismo restaurante pero ubicado en el Perú<sup>(91)</sup>.

(86) Para Alpa, la responsabilidad civil cumple cuatro funciones: (i) reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado; (ii) retornar el *status quo* en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio; (iii) reafirmar el poder sancionatorio del Estado; y, (iv) disuadir a cualquiera que pudiese cometer actos perjudiciales para terceros (ALPA, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001. p. 69). Sin embargo, consideramos, siguiendo a Espinoza (ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 2da. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2003. p. 40) que tanto la primera como la segunda de las funciones enunciadas por Alpa son dos maneras de ver una sola función, cual es, resarcir el daño, y, en tal sentido, consideramos una clasificación tripartita de las funciones de la responsabilidad civil

(87) Mediante esta función de la responsabilidad civil se pretende inducir a los sujetos que ocasionaron un daño, y a aquellos que potencialmente pueden ocasionarlo, a adoptar medidas de seguridad destinadas a evitar la posible renovación de conductas dañosas.

(88) Cabe precisar que, esta función no es propia del *civil law*, pues como señala Fernández Cruz “(m)ás allá de algunas opiniones (...) de las cuales se puede extraer la idea del resarcimiento como equivalente de ‘sanción civil’, toda vez que aquél es, en última instancia la sanción que el orden jurídico prevé para las violaciones de las normas jurídicas, lo cierto es que hoy, la opinión dominante en el ‘civil law’ es de negar la admisibilidad y pertinencia de una función punitiva o penal de la responsabilidad civil, que es más bien propia del Derecho penal y del Derecho Administrativo sancionador”. (FERNANDEZ CRUZ, Gastón. *Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica (análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law)* En: *¿Por qué cambiar el Código Civil?* Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2001. pp. 283-340).

(89) Como señalamos, la función punitiva no es propia del derecho continental, por ello consideramos pertinente aclarar que cuando señalamos que los tribunales tendrán en cuenta las funciones expuestas nos referimos a: (i) que los jueces del *common law* se valdrán de las tres funciones para determinar la indemnización pertinente; y, (ii) que los tribunales nacionales solo tendrán en cuenta las dos primeras, esto es, la función compensatoria y la desincentivadora.

(90) FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Op. cit.; pp. 316-317.

(91) El caso de la quemadura con café caliente de Mc Donald’s es un caso real (Ver: BULLARD GONZALES, Alfredo. *Responsabilidad Civil: Café, un tema caliente después del caso McDonald’s*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año I. Número 1. Lima: Gaceta Jurídica, 1995. pp. 253 y ss.). En el mismo, la corte norteamericana condenó al conocido restaurante de hamburguesas al pago de US\$ 2’860,000, de los cuales solo US\$ 160,000 correspondía a daños compensatorios, mientras los US\$ 2’700,000 restantes estaban relacionados con daños punitivos. Como puede constatarse de la experiencia

En esa línea de ideas, cabe preguntarse si en un sistema jurídico como el nuestro, donde se privilegia la función compensatoria sobre la preventiva, y en donde incluso a esta última no se le otorga la importancia que la propia doctrina le reconoce, sería conveniente regular las *class action*. En efecto, teniendo en consideración que la *class action* es propia de un sistema donde la función principal es la preventiva, la eficacia de este mecanismo procesal puede disminuir si la función que se privilegia es la resarcitoria.

La respuesta no es sencilla, sobre todo teniendo en cuenta que más que un problema estrictamente dogmático, hemos propuesto uno en el que esta perspectiva y la práctica se encuentran contrapuestas. En efecto, la doctrina del *civil law* reconoce, de forma unánime, que una de las funciones de la responsabilidad civil es la preventiva; no obstante, los jueces nacionales, que forman parte de esta corriente jurídica, al momento de determinar el monto indemnizatorio en una demanda de responsabilidad civil no pueden sino resarcir a la víctima en atención a los artículos 1321 y 1985 del Código Civil<sup>(92)</sup>. Por ello, no están facultados a agregar un monto que desincentive al responsable a no infringir a otros daños similares en el futuro.

A pesar de lo expuesto, consideramos que sí resultaría conveniente implementar la *class action* en nuestro sistema, aún cuando solo se atienda a la función resarcitoria. En efecto, y como hemos

señalado, mediante este mecanismo procesal se permite el acceso a la justicia a individuos cuyas pretensiones consideradas individualmente no justificaría, en términos económicos, iniciar un proceso; pero que considerados como conjunto, como **clase**, derivarían en un proceso cuya cuantía sería más que significativa. Así, y aún cuando las indemnizaciones solo cumplan con una función compensatoria, implementar este mecanismo procesal permitirá, en muchos casos, que las víctimas que hoy internalizan los daños que sufren, pues su cuantía les impide iniciar un proceso para trasladarlos al responsable, lo hagan, reduciéndose así el costo social que no hacerlo ocasiona<sup>(93)</sup>.

#### 4. Posibilidad de implementar la *class action* en el Perú.

##### 4.1. Consideraciones a favor de la acción de clase.

###### 4.1.1. Reducción de costos.

A lo largo del presente trabajo hemos definido la *class action* como aquella herramienta utilizada a fin de tutelar un conjunto de intereses individuales que, por su homogeneidad, son integrados en un solo proceso. Asimismo, hemos señalado que este mecanismo procesal tiene como principal objetivo la reducción de los costos de transacción derivados de iniciar, mantener y culminar exitosamente un proceso colectivo. De este modo, el fundamento

nacional .Ver también: FALLA JARA, Alejandro. *La responsabilidad civil extracontractual en el Perú: análisis de un fracaso*. Tesis para optar el grado de Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993. El monto por concepto de indemnización otorgado en el caso en mención no es siquiera concebible para nuestros magistrados, lo que consideramos deviene de que en nuestro sistema se atiende exclusivamente a la función resarcitoria.

(92) El artículo 1321 señala, en su segundo párrafo que: “(e)l **resarcimiento** por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean **consecuencia inmediata y directa** de tal inexecución.

De otro lado, el artículo 1985 prescribe que: “(l)a indemnización comprende **las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño**, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido (...)”.

(93) Supongamos que salen a la venta 1'000,000 de chupetes que le reportan a su productor una ganancia de S/. 0.20 por unidad (esto es una ganancia total de S/20,000 si se logran vender todos los chupetes) y que causan daños a la salud de los sujetos que los ingieren por S/.150 (lo que supondría un daño total de S/150'000,000 si es que se venden todos los chupetes a personas distintas). En este caso se producirá una pérdida social equivalente a S/149.80 (Ciento cuarenta y nueve y 80/100 Nuevos Soles) por cada chupete que se consuma (esto supone una pérdida social de S/149'800,000 si es que es que se venden todos los chupetes a personas distintas). En circunstancias “normales”, esto es, sin un mecanismo como la *class action*, las víctimas de estos chupetes internalizarán la pérdida pues iniciar un proceso, o ponerse de acuerdo para que un grupo significativo lo haga, es inviable en términos económicos. Sin embargo, de implementarse la *class action*, un sujeto podría representar los intereses del grupo, o de la clase, e iniciar un proceso mediante el cual podría trasladar el costo del daño al responsable (la empresa que produce los chupetes). Ello supondrá que ésta tenga que internalizar los daños que ha producido resarciendo a las víctimas, lo que, a su vez, puede suponer desincentivar que en un futuro dicha empresa coloque los chupetes en el mercado sin tomar las precauciones debidas.

de dicha institución es cumplir a cabalidad con el principio de economía procesal<sup>(94)</sup>, el mismo que insta a las partes a obtener el mejor resultado posible en el proceso, empleando la menor cantidad de actividades, recursos y tiempo<sup>(95)</sup>.

De otro lado, advertimos que en nuestra legislación existe una figura jurídica destinada a materializar el principio de economía procesal en los conflictos de intereses que involucren a más de dos sujetos con la misma causa o razón de pedir: la acumulación subjetiva de pretensiones. Asimismo, mencionamos que la finalidad última de la acumulación es aminorar la carga procesal mediante la agrupación de todos los sujetos partícipes de una relación jurídico-procesal en un único centro de interés, antes que cada uno interpusiera de modo autónomo pretensiones independientes entre sí.

Sin embargo, y como concluimos en la sección 2.1.1., la *class action* genera mayores beneficios en los casos en los que una acumulación conlleva elevados costos de transacción, en tanto permite reducirlos notablemente.

En primer lugar, la *class action* permite reducir los costos propios de litigar individualmente, porque éstos son compartidos por todos los miembros de la clase<sup>(96)</sup>. Ello adquiere una mayor relevancia en los casos en que el daño sufrido sea relativamente pequeño, pues los costos de iniciar y seguir un proceso individualmente son tan elevados que, en la mayoría de los casos, es excesivamente oneroso para los afectados proteger sus derechos. En estos casos, es decir, cuando los costos superen a los beneficios, los sujetos desistirán de iniciar un proceso, internalizando los daños sufridos.

Al analizar el caso expuesto al inicio de este trabajo, señalamos que si A analizara los costos y los beneficios de litigar individualmente contra

Celulares S.A. concluiría que, de hacerlo, perdería dinero, dado que la suma que podría recibir en caso de una sentencia favorable no alcanzaría para cubrir los gastos en que éste incurriría. Empero, si A fuera miembro de una clase reduce directamente los costos de litigar individuales dado que: (i) no tendría que incurrir en ningún costo al inicio del proceso; y, (ii) compartirá los gastos del proceso con los demás miembros de la clase<sup>(97)</sup>. De este modo, resulta menos oneroso para A tutelar sus derechos a través de un proceso de *class action*, que hacerlo mediante una acción individual

En segundo término, la acción de clase permite reducir los costos de transacción de una acumulación subjetiva de pretensiones. En efecto, cuando existen intereses individuales homogéneos que permitan una actuación conjunta será más conveniente iniciar una *class action* en lugar de un proceso donde se acumulen subjetivamente las pretensiones, pues a través de ésta se reducirán los costos de búsqueda y reunión de los potenciales sujetos que acumularían sus pretensiones, así como los de negociación y ejecución de los acuerdos adoptados entre éstos.

En efecto, en la *class action* los miembros de la clase no tienen que estar presentes durante el desarrollo del proceso, por lo que, si bien es necesario notificar a éstos<sup>(98)</sup>, no es necesario que se reúnan, ni que negocien y cumplan acuerdos relativos al normal desenvolvimiento del mismo. Sin embargo, la ausencia presencial presupone el cumplimiento dos axiomas básicos de esta institución: la representación adecuada y la protección de los miembros ausentes; ambos destinados a velar por el respeto a la tutela jurisdiccional efectiva de los integrantes de la clase. Así, una vez que el representante demuestre su

(94) "Artículo V, Título Preliminar, Código Procesal Civil. (...) El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales. El Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran".

(95) OVALLE FAVELA, José. *Teoría General del Proceso*. México: Rodhas, 1996. p. 200.

(96) Es preciso advertir que la acción de clase es iniciada por uno o varios sujetos y son éstos quienes asumen todos los gastos del proceso en nombre de la clase, pero a su propio riesgo. Así, si el proceso finaliza satisfactoriamente el sujeto recupera el dinero invertido, pero si obtiene una sentencia desfavorable lo perderá. Es por esta razón que en Estados Unidos los procesos de *class action* suelen ser encargados a estudios de abogados que asumen este riesgo a cambio de un porcentaje significativo en caso se logre una victoria.

(97) Si tenemos en cuenta que la relación entre el gasto individual y el número de sujetos que forman la clase es inversamente proporcional (a más miembros de la clase, menos gasto individual), notamos la singular importancia de este instituto procesal que permite conglomerar una gran cantidad de afectados.

(98) Ver la sección 3.3.2.

capacidad para cumplir con los mismos, los miembros de la clase se encontrarán vinculados por la sentencia dictada al final del proceso.

De este modo, no es necesario que las partes se reúnan para ponerse de acuerdo acerca de cada acto procesal, a diferencia de lo que puede ocurrir en una acumulación subjetiva de pretensiones donde, si bien los sujetos actúan como demandantes o como demandados de forma conjunta (pues sus acciones nacen de un mismo título o se funda en una misma causa de pedir), no existe una persona que se encuentre facultada para representar a todos ni para vincularlos con sus actos. De este modo, la actuación conjunta está constreñida a la adopción previa de acuerdos entre los sujetos que decidieron acumular sus pretensiones<sup>(99)</sup>. Esto no ocurre en la *class action*, pues un sujeto miembro de la clase se adjudica la representación de la misma al inicio del proceso sin que los demás integrantes de ésta se hayan puesto de acuerdo previamente. Dicho sujeto será legítimo representante de la clase luego de que el juez admita la demanda, acto procesal en el que, como hemos señalado en el acápite 3.3.1, verificará si dicho sujeto reúne los requisitos necesarios para iniciar una acción individualmente y si el mismo está en capacidad de patrocinar los intereses de los miembros de la clase. Así, una vez que el juez certifique la legitimidad del sujeto que promueve la acción de clase, la presencia de todos los miembros de la misma no será necesaria en las actuaciones procesales propias de un proceso, ni tampoco tendrán que ponerse de acuerdo para llevarlas a cabo.

En tercer lugar, la acción de clase está destinada a reducir los costos administrativos del sistema, o como los llama Calabresi, los “costos terciarios”, que son todos aquellos costos en que

incurre el Estado para poner en funcionamiento el sistema de administración de justicia. Ello con la finalidad de cumplir la premisa del sistema de responsabilidad civil, según el cual se deben trasladar los costes del daño de la víctima al causante solo en aquellos supuestos en los que pueda hacerse a un costo razonable<sup>(100)</sup>, es decir cuando poner en funcionamiento el sistema suponga mayores beneficios que costos para la sociedad en su conjunto<sup>(101)</sup>. En efecto, partiendo de la premisa que todo proceso implica que el Estado incurra en determinados costos consideramos conveniente que: (i) solo incurra en ellos cuando sea socialmente relevante; y, (ii) cuando tenga que incurrir en los mismos, lo haga al menor costos posible.

Así, desde la perspectiva del Estado, solucionar un conflicto de intereses en el que se encuentran inmersos un conjunto de sujetos a través de un solo proceso es menos costoso que hacerlo a través de diversos procesos individuales, o incluso varios procesos en donde exista una acumulación subjetiva de pretensiones<sup>(102)</sup>. En efecto, pues si bien el primero de ellos también implica incurrir en costos administrativos, el Estado solo incurrirá en ellos una vez, y no en cada uno de los procesos<sup>(103)</sup>.

De otro lado, debemos advertir que el concepto de costos administrativos no solo comprende aquellos propios del manejo operativo del sistema, sino, también, los costos que un sistema de administración de justicia ineficiente impone a las partes. Así, por ejemplo, un sistema que tiende al error impone un costo por cada error que cometa por sus propias deficiencias<sup>(104)</sup>.

Estando a ello, se puede apreciar que en tanto el mecanismo procesal de la acción de clase permite disminuir costos administrativos, ésta permite cumplir con el principio de economía procesal ya

(99) Es posible que los sujetos que acumulen sus pretensiones acuerden designar a uno de ellos como representante del grupo mediante sustitución o delegación de facultades. Empero, ello significará incurrir en costos adicionales, como por ejemplo: (i) las partes tendrán que ponerse de acuerdo sobre las potestades con que cuenta el representante (solo facultades generales, facultades generales y especiales, todas las facultades generales pero solo ciertas especial, etcétera.); (ii) sobre cómo debe ejercerlas (si es que debe haber un acuerdo previo en ciertos casos); (iii) cómo debe decidirse la revocación del representante (mayoría simple o absoluta); etcétera.

(100) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía...*; p. 506.

(101) Consideramos que si el costo administrativo de solucionar los conflictos de intereses en la sociedad fuera igual a cero, lo deseable sería solucionar todos ellos. La premisa de la *class action* es satisfacer la mayor cantidad de intereses individuales merecedores de tutela al menor costo posible, y logra ello reuniendo todos éstos en un solo proceso. De este modo, consideramos que este mecanismo procesal supone que el Estado incurra en menores costos administrativos, pues se inicia un proceso siempre relevante socialmente, en lugar de varios que individualmente no lo son.

(102) Debe tenerse presente que en los procesos de *class action* suelen estar implicados miles, hasta millones, de sujetos. Así, es posible que si los afectados se encontraran, por ejemplo, en diferentes provincias, o incluso diversos distritos judiciales de nuestro país; podrían encontrarse procesos en los que determinados sujetos hayan acumulado sus pretensiones, con afectados en Lima, otro en Trujillo, otro en Arequipa, etcétera.

(103) Así, por ejemplo, en cada uno de los procesos individuales se incurrirán en costos para actuar determinadas pruebas que pueden ser comunes a todos los potenciales miembros de una clase.

(104) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía...*; p. 527.

esbozado, en tanto busca solucionar un conflicto de intereses utilizando menos recursos que en varios procesos individual o en uno o varios procesos donde exista una acumulación subjetiva de pretensiones.

En ese sentido, cabe advertir que solo debe iniciarse un proceso de *class action* cuando ello sea efectivamente necesario y útil<sup>(105)</sup>, esto es, solo cuando los mecanismos procesales “ordinarios” no sean apropiados. Así, el juez que califica la procedencia de una acción de clase no deberá aprobar el inicio de un proceso colectivo, si es que el mismo no tiene una eficacia al menos igual a la que se puede alcanzar a través de procesos individuales<sup>(106)</sup>.

En conclusión, la *class action* permite reducir tres tipos de costos propios de un proceso en el que se busca tutelar intereses individuales homogéneos: (i) los costos individuales de litigar; (ii) los costos de un actuar colectivo; y (iii) los costos administrativos en las que el Estado debería incurrir para solucionar conflictos de intereses.

#### 4.1.2. Seguridad jurídica.

Un segundo motivo por el que consideramos conveniente introducir una institución jurídica similar a la *class action* en nuestro sistema es que la misma está destinada a lograr seguridad jurídica en el sistema de administración de justicia. En efecto, a través de este mecanismo procesal, diversos intereses individuales comunes a un grupo de sujetos y homogéneos entre sí son tutelados de forma conjunta, evitando sentencias contradictorias que puedan perjudicar o dificultar la protección de los derechos invocados<sup>(107)</sup>. De este modo, se juzgan varias causas en un solo proceso evitando que distintos jueces ofrezcan sentencias opuestas entre sí, aún cuando las mismas versan sobre los mismos hechos.

En ese sentido, debe tenerse presente que cuando se inicia una *class action* se busca evitar que, a partir de pretensiones interpuestas de manera particular, se pueda crear el riesgo de mandatos contradictorios que establezcan patrones de

conducta incompatibles tanto entre los que inician una *class action*, -quienes ostentan derechos individuales pero homogéneos,- como entre quienes se oponen a la misma<sup>(108)</sup>. Ya hemos señalado que debido a que en nuestro ordenamiento los precedentes no son de observancia obligatoria, si se siguieran diversos procesos por sujetos titulares de derechos individuales homogéneos es posible que un tribunal falle a favor de algunos, y que otro lo haga en contra.

De otro lado, podemos mencionar como otro efecto relativo a la seguridad jurídica el efecto *ex post* que la implementación de la *class action* tendría en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto consideramos que luego de algunos procesos de *class action* en los cuales la sentencia favorezca a los miembros de ésta, se producirán incentivos adecuados para evitar conductas que, a la postre, perjudican a la sociedad, pero que tradicionalmente habían sido internalizadas por las víctimas ante la imposibilidad de acudir a la administración de justicia para la tutela de sus derechos. En el ejemplo propuesto en la nota 93 (el caso de los chupetes que costaban S/.1.00 y que producía daños por S/.150.00), el proveedor no tiene los incentivos necesarios para tomar las medidas de seguridad necesarias y evitar vender un producto defectuoso, pues sabe que nadie lo demandará por S/.150.00, y si es que a alguno o algunos de los afectados lo hace, está seguro que dicho número no le supondrá mayores pérdidas. Sin embargo, si tuviera la certeza jurídica de que los afectados pueden formar una clase e iniciar un proceso de *class action*, logrando trasladarle el costo de los daños que generó, el productor se verá obligado a tomar las medidas de seguridad que le permitan librarse de responsabilidad.

#### 4.1.3. Facilitar el acceso a la tutela jurisdiccional.

Una de las premisas de este trabajo es que existen situaciones en las que el daño ocasionado considerado de manera individual es insignificante, aún cuando el monto equivalente a la suma de las pretensiones de todos ellos es socialmente relevante.

(105) “(...) la vía judicial solo 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 energía, solo puede ser activada cuando sea efectivamente necesaria y útil”. En: PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*; p. 67.

(106) En este sentido se encuentra el numeral 1) del inciso a) de la FRCP 23, que señala que la acción de clase solo procederá en caso la acumulación sea impracticable. Ver: Acápiteme 2.6.1.

(107) Numeral 1) del inciso b) FRCP 23.

(108) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*; p. 61.

A fin de graficar esta situación analizamos el conflicto de intereses entre A y Celulares S.A. Señalamos que, al igual que A, probablemente muchos otros sujetos se encuentren en una situación similar. Ello nos permitía concluir que, en el caso concreto, la pérdida social era claramente elevada. Asimismo, propusimos en la nota 93 el caso de una empresa que vendía chupetes malogrados, generando daños individuales por S/.150.00, pero colectivos por S/.150´000,000.00 aproximadamente, concluyendo finalmente que el daño que cada sujeto sufre no justifica iniciar un proceso, más el monto total del daño sufrido por todos los afectados sí.

Consideramos, junto con Silguero, que la *class action* es un mecanismo procesal destinado a facilitar el acceso a la tutela jurisdiccional a asuntos de pequeña cuantía o *small claims*, como los llama la doctrina norteamericana.

A partir de los ejemplos propuestos, se puede apreciar que no es poco común que se presenten casos en los cuales un mismo hecho genere daños por un monto pequeño, o muy pequeño, a un gran número de sujetos<sup>(109)</sup>. Así, el conflicto de intereses resulta individualmente irrelevante; sin embargo, una vez que se suman las pretensiones individuales de todos los sujetos afectados, la pérdida social puede justificar el inicio de un proceso. La ausencia de un mecanismo procesal idóneo para la solución de este tipo de conflictos conlleva a que la gran mayoría de sujetos, sino son todos, decidan no iniciar un proceso para obtener la legítima tutela de sus derechos, en tanto consideran que los costos que éste representa son mayores a los beneficios que pueden obtener. Ello supone que los afectados internalicen los daños, lo que siempre, o casi siempre, producirá una pérdida social<sup>(110)</sup>. De este modo, se concluye que lo deseable sería poder trasladar esa pérdida al responsable siempre que sea eficiente hacerlo, pero que ello no es posible en tanto no existe una herramienta viable que lo permita. En ese sentido, la *class action* es una alternativa para ello, dado que

permite la existencia de un escenario donde resulta eficiente trasladar los costos del daño. De este modo, mediante este mecanismo los afectados distribuyen los costos del litigio, con lo cual los beneficios de un proceso pueden ser mayores a los costos del mismo.

En conclusión, la acción de clase cumple un rol fundamental en la tutela de controversias de pequeña cuantía o *small claims*, pues permite el acceso a la justicia de aquellas causas cuya tutela individual es demasiado onerosa en comparación con los beneficios que reporta, pero que al ser tratadas de manera conjunta se obtienen resultados eficientes, pues los costos del proceso son distribuidos entre los miembros de la clase.

#### 4.2. Consideraciones en contra de la *class action*.

##### 4.2.1. Incentivos perversos para iniciar una *class action*.

Así como existen aspectos positivos para implementar la *class action* en nuestro ordenamiento jurídico procesal, es también cierto que, tal y como existe en el *common law* norteamericano, ésta suscita una gran polémica. La opinión popular tiende a considerar que una *class action* es, básicamente, una mina de oro que beneficia solamente a los abogados que la interponen puesto que consideran que a ellos solo les interesa el monto que recibirán al final del proceso, y no las cuestiones de fondo implicadas en el caso, ni tampoco consideran si los individuos miembros de la clase van a obtener un real beneficio por haber iniciado un proceso utilizando dicha institución.

Ello se puede observar claramente al momento de analizar la forma en que se inicia un proceso individual y uno de *class action*. Una acción legal típica (proceso individual) se inicia cuando quien pretende acudir a la administración de justicia en búsqueda de tutela busca a un abogado para que éste le proponga una solución a su problema legal.

(109) Hemos mostrado dos casos en los cuales los daños eran equivalentes a setenta y ciento cincuenta soles, respectivamente; sin embargo, pueden existir supuestos en los cuales el monto que representa los perjuicios sufridos es igual a apenas unos centavos de sol. Incluso éste es un supuesto en el cual puede haber estado aquel lector que acude al supermercado y recibe como cambio un monto inferior al que le corresponde. Así, por ejemplo, si usted debe recibir ocho soles con cuarenta y tres céntimos, lo más probable es que reciba ocho soles y cuarenta céntimos porque las monedas de un céntimo no son utilizadas en nuestro país.

(110) Hacemos la salvedad de que esta situación se presentará casi siempre, pues pueden presentarse supuestos en los cuales las pérdidas del conjunto de afectados sean menores a los beneficios obtenidos por el agente productor del daño. En estos casos, resulta menos oneroso que las víctimas internalicen el daño que trasladar el mismo al responsable.

En cambio, en la *class action*, son generalmente los abogados quienes, en la mayoría de los casos, están en una constante búsqueda de sujetos que potencialmente podrían formar una clase; para ello ofrecen, por ejemplo, un examen médico a fin de determinar si luego de consumir un producto en especial éste ha producido algún daño.

De otro lado, se señala que los procesos de *class action* imponen costos innecesarios a los fabricantes y proveedores de servicios, que luego son trasladados a los consumidores en la forma de precios más altos, y, en ese sentido, impide las innovaciones, deteriora el mercado financiero y amenaza la competitividad de los Estados Unidos<sup>(111)</sup>.

Esta percepción negativa de las acciones de clase motivó la elaboración del libro *Class Action Dilemmas*. En este libro se lleva a cabo un estudio comparativo y analítico de diez casos representativos de *class actions*, a fin de responder una pregunta: ¿la *class action* beneficia o no a la sociedad? Para responder a la misma, se formula “pequeñas” interrogantes: ¿se debe considerar que estos procesos son solo la creación como consecuencia del comportamiento “empresarial” de los abogados? ¿Quién obtiene los beneficios de la *class action*, los miembros de la clase o los abogados? ¿Son los costos de transacción de una *class action* mayores a los beneficios que éstas generan? Y, ¿Son las normas existentes sobre la materia las adecuadas para conseguir el objetivo social por el que nacieron?

Como se puede inferir de lo expuesto, la *class action* no es un mecanismo procesal exento de problemas, siendo el principal la posibilidad de que se presente una conducta oportunista por parte de los abogados. Teniendo en consideración la experiencia norteamericana, éste también podría ser un problema para su implementación en el Perú<sup>(112)</sup>.

#### 4.2.1.1. Las relaciones de agencia.

Podemos analizar este problema de incentivos perversos para iniciar una *class action* bajo la óptica de las relaciones de agencia postuladas por Coase. Según el referido economista norteamericano, las relaciones de agencia consisten en que un sujeto -denominado “principal”- encarga

a otro, -el “agente”- la realización de una conducta que favorecerá al primero de éstos a cambio de una retribución. En ese sentido, las relaciones jurídicas que se establecen entre abogado y cliente son consideradas relaciones de agencia<sup>(113)</sup>.

El problema implícito en las relaciones de agencia es la contraposición de los intereses de una parte y de otra. Así, resulta claro que cuando un cliente contrata un abogado para que lo defienda en un juicio desea que éste realice su mejor esfuerzo y tenga el debido cuidado durante todo el proceso; sin embargo, esto no necesariamente se condice con el interés del abogado, quien buscará, antes que todo, su propia satisfacción y estará más interesado en su ganancia que en la defensa y asesoría legal de su cliente. En consecuencia, el problema de las relaciones de agencia se reduce a que el principal desea que el agente realice sus mayores esfuerzos para satisfacer su interés, mientras el agente busca hacerlo al menor costo posible.

Siendo esto así, la interrogante que se plantea es: ¿cómo lograr que el agente realice sus mejores esfuerzos cuando éste preferiría intentar satisfacer el interés del principal al menor costo posible? La teoría económica postula que esto es posible si el principal pudiera monitorear el nivel de esfuerzo que realiza el agente al momento llevar a cabo la actividad encomendada. Así, si el cliente pudiera conocer cada uno de los actos que realiza su abogado para la defensa de su causa, éste podría reclamar y exigir un debido cumplimiento en cada ocasión que el abogado no haga su mejor esfuerzo. Sin embargo, ésta es muy costosa toda vez que, para tener la absoluta certeza de que el agente está realizando su mejor esfuerzo, el principal tendrá que vigilarlo directamente (debido a que si contrata a alguien para que lleve a cabo el monitoreo de la actividad del agente se genera una nueva relación de agencia).

De este modo, se puede observar que el problema implícito en una relación de agencia es la falta de información acerca de la actividad del agente con la que cuenta el principal, porque si éste pudiera tener la absoluta certeza de que el primero realiza la actividad con el debido cuidado y haciendo sus mejores esfuerzos, el problema simplemente no

(111) GILLESPIE, Ed y Bob SCHELLHAS. Citados por HENSLER, Deborah y otros. Op. cit.; p. 402.

(112) Ver: HENSLER, Deborah y otros. Op. cit.; pp. 401-470.

(113) POSNER, Eric. *Modelos de agencia en el análisis económico del derecho*. En: *Law & Economics. Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2002. pp. 309-320.

existiría. En ese sentido, el principal no puede discriminar pagándole más al agente que trabaja bien, y menos al agente que no lo hace. Así, el problema se reduce a cómo incentivar al agente a comportarse a satisfacción del principal o, en otros términos, cómo compensar al agente para que éste alinee sus propios intereses con los del principal.

Lo que la teoría económica propone es que el principal realice un control indirecto del comportamiento del agente, el mismo que se logra a través del sistema contractual. Así, mediante éste es posible crear determinados incentivos en el agente para que realice la actividad encomendada haciendo sus mejores esfuerzos. Por ejemplo, es posible que en el contrato de prestación de servicios entre el cliente y el abogado, las partes acuerden cláusulas de pago de honorarios que se basen en la propia conducta del agente<sup>(114)</sup>.

De acuerdo a lo expuesto, debemos analizar ahora como inciden las relaciones de agencia en la *class action*. Como señala John Coffee, este tipo de procesos se caracterizan por sus elevados costos de agencia, puesto que en éstos se permite una conducta oportunista de los abogados, más que en aquellos procesos iniciados individualmente. El citado autor considera que, en los procesos de *class action*, el abogado es más un empresario que un agente actuando en interés del principal porque éste se interesa más por el lucro que le puede generar la defensa de este tipo de casos, que por encontrar un remedio legal al problema que afronta la clase.

En efecto, a diferencia de los procesos individuales, en uno de *class action* es mucho más complicado para los miembros de la clase monitorear adecuadamente al abogado o incluir cláusulas

contractuales que incentiven su conducta<sup>(115)</sup> debido, por ejemplo, a la alta especialización requerida para comprender las cuestiones legales, la poca publicidad de las decisiones que se toman en un litigio, el escaso -o nulo- contacto que tienen éstos con quien patrocina sus intereses; y, en general, la particular posición en que se encuentran los miembros de la clase, también contribuye a facilitar la conducta oportunista de los abogados<sup>(116)</sup>.

¿Qué problemas supone la existencia de altos costos de agencia? Fundamentalmente tres:

a) Que, en aquellos casos en los que se presente un escenario idóneo para un *settlement* o transacción con la contraparte, el abogado de la clase, para satisfacer sus propios intereses, pueda tratar a todos sus patrocinados como si sus pretensiones tuvieran el mismo valor.

b) Que, se inicie una multiplicidad de procesos individuales. En efecto, en tanto mayor sea la incertidumbre acerca de la calidad del representante de la clase mayor será el incentivo para optar por no ser considerado como miembro de la clase, es decir, por ejercer el derecho de *opt out*. Ello supone la disminución en la eficiencia del sistema judicial y se afecte negativamente el principio de economía procesal, argumentos que hemos señalado como fundamentos de este instrumento procesal.

c) Que, se incentiven conductas oportunistas por parte de los abogados de aquellos sujetos con posibilidad de iniciar un proceso individual, debido a que se incrementa la posibilidad de que éstos hagan creer a sus clientes que van a tener mejores resultados mediante este tipo de procesos en comparación a si siguen como

(114) Por ejemplo, si es que el abogado logra tener un informe listo para su cliente en un lapso de diez días, cobrará un monto total de \$1,000. Pero si el abogado logra tener el informe listo en cinco días, cobrará un monto de \$2,500. Esta cláusula, apropiada para incentivar la rapidez en la conducta del agente, deja de lado el tema de la calidad del trabajo proporcionado -la misma que no puede ser descuidada- pues de lo contrario el cliente no volverá a acudir al abogado. El principal le paga al agente un monto determinado: en nuestro ejemplo, \$2,500 por realizar una determinada conducta, el agente buscará tener el informe listo en el lapso de cinco días a fin de cobrar el precio pero no tomará mayores cuidados sobre la calidad jurídica del informe). En cambio, el principal podría optar por otras cláusulas contractuales, como hacer que el pago dependa del propio beneficio que obtendrá el principal: en nuestro ejemplo, si pensamos que un informe legal tiene un propósito, como consolidar algún negocio jurídico, el principal podría condicionar el pago de los \$2,500 a que, además de tener el informe listo en cinco días, se logra consolidar este negocio. De este modo, alinea los intereses del principal y del agente, logrando generar los incentivos adecuados en el agente para que actúe ya no solo en su propio interés, sino en el del principal.

(115) John Coffee, *The regulation of entrepreneurial litigation: balancing fairness and efficiency in the large class action*. La versión completa de este documento puede obtenerse en [http://www.law.columbia.edu/center\\_program/law\\_economics/wp\\_listing\\_1/wp\\_listing/21-30](http://www.law.columbia.edu/center_program/law_economics/wp_listing_1/wp_listing/21-30)

(116) HENSLER, Deborah y otros. Op. cit. Ello es así, aún cuando cabe afirmar que los abogados tienen un interés natural por mantener una buena reputación; su pretensión principal es impresionar a la corte, no a sus clientes, y los intereses de la corte pueden no ser los mismos que los intereses de sus clientes.

miembros de una clase. En estos casos, resulta sumamente difícil dilucidar los motivos legítimos que puede tener un abogado para optar salirse, en resguardo de los intereses de su cliente, y sus motivos oportunistas.

¿Cuál sería la solución idónea para remediar los problemas de agencia? Para Coffee, la solución sería regular legalmente los incentivos y, entre ellos, lo más importante sería normar los sistemas de pago de manera uniforme. El objetivo es cohesionar el ordenamiento y la realidad, de tal modo que se identifique: (i) primero, cuál es la relación deseable entre el cliente y el abogado en una acción de clase; y (ii) segundo, crear normas que incentiven tal relación, logrando disminuir también los costos de transacción de plasmar los incentivos adecuados en un contrato.

Consideramos que, en tanto los problemas de agencia en una *class action* suponen la existencia de altos costos de transacción entre el principal y el agente (imposibilidad de monitoreo, dificultad de un acuerdo contractual con el que todos los miembros estén de acuerdo), la alternativa que propone Coffee (buscar una solución legal al problema) es la mejor, toda vez que, como sugiere la teoría económica, ahí donde los costos de transacción sean excesivamente altos se justifica la intervención estatal. Así, creemos que, como complemento a la autonomía de la voluntad de las partes, una norma que actúe supletoriamente en el contrato entre abogado y cliente logrará un mejor resguardo de los intereses de los últimos, puesto que no se tienen que preocupar por detallar las cláusulas adecuadas en los contratos: la regulación lo habrá hecho *ex ante*, y en caso decidan apartarse del ordenamiento, podrán hacerlo.

#### 4.2.1.2. Sistemas de pago.

Como hemos señalado, la sociedad norteamericana percibe a los abogados de *class action* como empresarios, como “cazafortunas”, que solo buscan obtener el mayor provecho posible sin estar realmente preocupados por lograr la mejor solución al conflicto de intereses de los miembros de la clase. Es por ello que en los Estados Unidos, se tiene la sensación de que la solución al problema descrito sería fijar los honorarios de los abogados

sobre la base de las horas invertidas en el proceso, y no a través de un sistema de porcentajes sobre el monto que otorgue el juez en caso de una sentencia favorable.

Sin embargo, Coffee señala que -además de la dación de una norma en los términos descritos en la sección precedente-, a fin de solucionar los problemas de agencia de la *class action*, los honorarios de los abogados deberían ser fijados mediante un sistema de porcentajes, pues el mismo permite desincentivar las conductas oportunistas de éstos. En efecto, tal como hemos indicado, una de las alternativas para solucionar los problemas de agencia es realizar un control indirecto del comportamiento del agente, el mismo que se logra a través del sistema contractual. En ese sentido, resulta lógico considerar que el agente hará sus mayores esfuerzos al momento de realizar la actividad encargada por el principal, si la remuneración que va a recibir depende directamente del resultado que obtenga. Así, por ejemplo, si un sujeto contrata a un abogado para que lo defienda en juicio y acuerda éste que le pagará por concepto de honorarios \$/10,000.00, sin importar el resultado del proceso, este abogado se esforzará menos que si hubiere subordinado sus honorarios al resultado del mismo (30 por ciento del monto que se obtenga luego del proceso).

Empero, ¿por qué en los Estados Unidos, donde se viene utilizando el sistema contractual de la manera expuesta, se percibe que los intereses del agente y del principal son cada vez más discordantes? Entendemos que el malestar que se percibe en la sociedad norteamericana frente a la *class action* se debe a que, en la mayoría de los casos, los abogados obtienen honorarios muy altos, mientras los miembros de la clase reciben compensaciones muy pequeñas, o incluso no reciben compensación efectiva<sup>(117)</sup>. Ello se debe a que la mayoría de los abogados en una *class action* intentan finalizar el proceso lo antes posible mediante una transacción o un desistimiento, de tal manera que se incurra en menores costos y obtener el dinero antes que si se litigara hasta el final del proceso. Esto conllevó a que en muchas circunstancias los abogados no se preocuparan por buscar la verdad, sino solo por obtener sus mayores beneficios.

(117) En efecto, es posible que como indemnización por el daño sufrido los afectados reciban un bono de descuento para una próxima compra, o incluso un mes gratis de determinado servicio.

Sin embargo, entendemos que este problema se resolverá con las modificaciones introducidas en la FRCP 23 en diciembre de 2003. En efecto, el modificado inciso e) del citado dispositivo legal establece que, en la *class action for damages*, la corte solo aprobará la transacción o el desistimiento de la clase cuando se haya dado la posibilidad a los miembros para excluirse de la misma, es decir, que puedan ejercer su derecho de *opt out*, por considerar que dicho acuerdo no conviene a sus intereses. De este modo, se “fuerza” a los abogados a buscar una transacción que satisfaga a la mayor cantidad de miembros de la clase, pues de no hacerlo muchos de los mismos decidirían no ser considerados como tales, lo que probablemente conlleve a que la contraparte de la clase se desista del acuerdo de transacción propuesto<sup>(118)</sup>.

De acuerdo a lo indicado, consideramos que es el sistema de porcentajes el más adecuado para desincentivar los posibles casos de oportunismo que se puedan presentar entre los abogados, siempre y cuando exista una norma en los términos que Coffe propone -como la modificación introducida en la FRCP 23-, puesto que de lo contrario, tal como venía sucediendo en los Estados Unidos, los abogados se comportarán solo buscando su beneficio, y no también el de la clase.

#### 4.2.1.3. Casos específicos.

La noción de que los abogados son los beneficiarios principales de la *class action* es amplia. Sin embargo, en un estudio de diez procesos de esta naturaleza, esta visión parece no ser del todo correcta, aún cuando sí se pueda afirmar que los abogados, en ocasiones, solo están interesados en encontrar un monto de transacción al que los demandados van a acceder, en lugar de buscar el mayor beneficio para los miembros de la clase<sup>(119)</sup>. Esto hace que se cuestione la validez de las declaraciones sobre la utilidad social de la *class*

*action*, esto es, cuán efectivamente se han visto: (i) compensados los afectados; y, (ii) desincentivado futuras prácticas que pueden ocasionar daños.

De los diez casos estudiados, las ganancias de los abogados demandantes estuvieron en un rango que oscilaba entre medio millón de dólares y \$75 millones. Los honorarios de los abogados que representaban la parte demandada no pudieron ser obtenidos porque no son públicos y la mayoría de ellos no quería compartir esta información. Las ganancias mencionadas se critican generalmente sobre la base de una comparación entre lo que reciben los abogados con lo que recibe, en promedio, cada miembro de la clase. Esta comparación es enorme: por ejemplo, en el caso *Inman v. Heilig-Meyers*, mientras que el promedio pagado a cada miembro de la clase fue de \$5.75, los abogados recibieron \$11.288 millones. Sin embargo, se debe tener en cuenta que a los abogados se les paga por el beneficio que obtienen para la clase como conjunto, no desagregado individualmente, así que realmente la comparación debería ser entre lo que reciben los abogados y el beneficio común que han producido los esfuerzos de los abogados, es decir, lo que recibe la clase como grupo<sup>(120)</sup>.

La FRCP 23 establece que el beneficio común se mide en función del valor monetario total que se ha logrado tranzar para la clase; es decir, el monto que los demandados deciden pagar para llegar a un acuerdo. En los litigios individuales, la práctica judicial indica que los jueces usan una proporción de un tercio para evaluar el monto de los honorarios para los abogados. Ocho de los diez casos estudiados demuestran que típicamente se les consignó un monto equivalente a un tercio o menor del total consignado para la clase. El problema surge cuando los demandantes no pagan el monto total de lo que deberían puesto que no todos los individuos de la clase se acercan a pedir su parte, y ésta revierte a los demandantes. Con esta consideración de los

(118) Debe tenerse presente que la *class action* es una herramienta destinada a evitar la fragmentación de la causa, que devendría en posibles sentencias contradictorias. Así, si el demandado por la clase realiza una oferta de transacción es probable que condicione la misma a que sea “aceptada” por un determinado porcentaje de miembros (por ejemplo, que no ejerzan su derecho de *opt out* el 15 por ciento).

(119) Así, si tomamos como ejemplo el conflicto de intereses entre A y Celulares S.A., es probable que A acepte una transacción por un monto al menos igual \$1.70, dado que éste le permitirá, al menos, recuperar el monto que pagó en exceso. Sin embargo, A sentiría que el proceso realmente le sería útil si además obtiene los intereses legales por el tiempo transcurrido. De este modo, y aún cuando el abogado de la clase no conoce el precio de reserva de A (\$1.70), ni los demás integrantes de la clase, intentará siempre realizar la transacción por un monto que se acerque lo más posible a éste, haciendo encuestas entre los miembros de la clase o proponiendo diferentes acuerdos de transacción a éstos.

(120) HENSLER, Deborah y otros. Op cit.; pp. 424-437.

montos reales y efectivamente pagados, solo en seis de los diez casos estudiados se recibió la proporción de un tercio o menos del total recibido por la clase. En los otros cuatro casos, el promedio percibido por los abogados es por la mitad de lo que se le pagó a la clase. Así, podemos ver que los montos percibidos por los abogados incluyen muchos matices, y realmente dependen del punto de vista del cual sean enfocados.

A fin de determinar si un acuerdo entre las partes ha sido injusto o perjudicial para la clase, pero beneficioso para los abogados, debe analizarse: (i) si el acuerdo es producto de colusión o fraude; (ii) la complejidad, los costos y la duración probable del litigio si el caso hubiera llegado a la corte; (iii) el estado de los procedimientos y la cantidad de investigaciones realizadas antes del acuerdo; (iv) los obstáculos legales y de hecho para evaluar el mérito del caso; (v) todo el rango posible de la recuperación y certeza en los daños; (vi) la habilidad de los demandantes para pagar si los miembros de la clase litigaran individualmente; (vii) si es que otros litigios con los mismos petitorios han sido planteados en contra de la parte demandada; y (viii) las opiniones de los participantes en el proceso, incluyendo los abogados, los representantes de la clase y los miembros ausentes.

#### 4.2.2. Comunicaciones / notificaciones.

El sistema de notificaciones tiene su fundamento en la protección del derecho al debido proceso de quienes, a pesar de no ser parte del litigio, sí forman parte de la clase. De esta manera, tienen derechos o intereses involucrados en el resultado del desarrollo de la acción, principalmente, o la sentencia, o el acuerdo al que arriben las partes. Es en ese sentido que surgen ciertos inconvenientes.

Así, si la *class action* busca principalmente una compensación por daños, los miembros ausentes de la clase tienen el derecho de ser informados sobre todos los procedimientos, y sobre su derecho de excluirse de los mismos. Cuando uno se excluye de la *class action*, la sentencia o acuerdo no va a surtir efectos en su contra. Pero, por otro lado, cuando una *class action* busca una mera declaración, generalmente no se debe notificar a todos los miembros de la clase, la sentencia-acuerdo

no los vincula a todos, y la corte puede decidir no permitir el *opt out*.

En la búsqueda de alternativas de solución, la FRCP 23, de forma general, dispone que se les informe a los miembros de la clase sobre asuntos como los trámites procesales, la extensión de la cosa juzgada, la representación adecuada del demandante líder, entre otros. Sin embargo, para salvaguardar la economía procesal que podría verse afectada por notificaciones continuas a grandes grupos de personas, la FRCP 23 le confiere amplia discrecionalidad al juez para decidir cuándo es apropiado exigir la comunicación grupal. Este régimen de notificaciones se aplica a los casos contemplados en los apartados (b) (1) y (b) (2) de la mencionada regla. En cambio, para el caso contenido en el apartado (b) (3), esto es, el de la *class action for damages*, la notificación personal de toda la clase sí es obligatoria.

Existen múltiples formas de notificación, pero por lo general, si no se requiere la notificación individual, lo usual es utilizar la publicidad por medios de comunicación. Su contenido lo determina el objeto que se busca alcanzar. Por ejemplo, en el caso (b)(3), es necesario que la notificación contenga, por lo menos, los siguientes puntos: (i) la naturaleza de la acción; (ii) la definición de la clase certificada; (iii) las pretensiones, cuestiones de hecho y de derecho; (iv) que todo miembro de la clase puede comparecer a través del consejo si éste así lo decide; (v) que la corte excluirá a los miembros que lo deseen, señalando el procedimiento de exclusión; y (vi) el efecto vinculatorio de la sentencia.

Los gastos de notificación corren, en primera instancia, por cuenta del demandante. Al final, éstos se cuantifican entre las costas del proceso, y quien realmente paga es quien pierde el proceso<sup>(121)</sup>.

#### 4.2.3. Cuantificación de los daños.

Un problema adicional al momento de determinar la conveniencia de introducir la *class action* dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal es el relativo a la cuantificación del daño. Consideramos que es posible determinar la existencia de cuatro inconvenientes: (i) qué daños pueden ser resarcidos por las acciones de clase; (ii)

cómo deben calcularse esos daños; (iii) cómo debe acreditarse que se ha sufrido un daño; y (iv) cómo deben repartirse los mismos.

Con relación a la primera cuestión formulada cabe remitirnos a lo señalado en la sección 3.5. con respecto a los montos que conceden los jueces como indemnización por daños. A nuestro juicio, y tal como hemos señalado en la referida sección, la doctrina reconoce que la responsabilidad civil debe cumplir dos funciones en los sistemas del *civil law*: la preventiva y la resarcitoria, y en ese sentido se deben comprender todos los daños causados tanto a los afectados (perspectiva diádica) como a la sociedad en su conjunto (perspectiva sistémica). En esa línea de ideas, consideramos, debe interpretarse el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el cual propone como opción que la condena sea fijada de modo genérico por los daños efectivamente causados y el deber de indemnizar<sup>(122)</sup>.

En segundo término, se nos presenta un segundo inconveniente relacionado con el cálculo del daño. Por la propia naturaleza de la *class action*, determinar el perjuicio por ésta supone calcular los daños sufridos por cada uno de los individuos que la conforman, o que potencialmente pueden hacerlo. Así, y si partimos de las acciones individuales que siguen el principio general de que los daños deben ser probados por quien los sufre, la gran cantidad de individuos que pueden estar comprendidos en una clase determina la existencia de un problema. Para sobrellevar este obstáculo, surgieron varias leyes permitiendo que se regulara la acumulación de daños y, en opinión de Silguero<sup>(123)</sup>, este criterio debería extenderse para procurar que la existencia de daños individuales no impida que la clase sea certificada, y la determinación de los daños individuales pueda observarse en un momento posterior al del proceso.

En tercer lugar, debemos señalar que no solo genera dificultades la prueba de los daños, sino también la prueba de la reclamación, en vista de la gran cantidad de personas que pueden llegar a formar parte de una clase. ¿Cómo probar posteriormente que uno fue parte del proceso desde el inicio, y cuál

era su reclamo específico? En el sistema procesal norteamericano la solución a este inconveniente es que, para considerarse como miembros de la clase, los potenciales miembros de la misma deben llenar una prueba de reclamación o *proof of claim*, sin la cual no podrán participar en la acción. Estos formularios contienen los datos de los perjuicios sufridos por los miembros y se adjuntan con la notificación de la misma acción de clase<sup>(124)</sup>.

Finalmente, debemos tener presente que, a fin de repartir el monto indemnizatorio otorgado a favor de la clase, pueden utilizarse dos criterios:

a) Que el mismo se reparta a prorrata, esto es, que todos los miembros de la clase reciben partes iguales.

b) Que éste se reparta proporcionalmente, es decir, que cada miembro de la clase reciba una proporción correspondiente a los daños sufridos.

Como se infiere, lo ideal es que cada uno de los afectados sea indemnizado en proporción al daño sufrido. Sin embargo, consideramos que el segundo mecanismo establecido no siempre supondrá buenos resultados dado que esta operación es considerablemente complicada, puesto que: (i) la clase suele estar formada por un gran número de sujetos; y, (ii) a partir de la experiencia jurisprudencial los jueces, a la hora de cuantificar los daños y perjuicios, determinan montos risibles (a un nivel tal que se puede decir que las mismas protegen a los dañantes más que a los dañados). En ese sentido, se genera un problema sin solución, puesto que la primera alternativa no es justa en términos distributivos, mientras la segunda puede ser excesivamente ineficiente.

#### 4.2.4. Legitimidad.

Otro de los posibles inconvenientes que puede presentarse se encuentra al momento de determinar la legitimidad del representante de la clase. En efecto, resulta evidente que una primera pregunta al momento de determinar si es posible iniciar una *class action* es: ¿quién se encuentra legitimado para representar y cautelar los intereses de una clase? Teniendo en consideración que dicho instituto procesal no está regulado en nuestro ordenamiento

(122) FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*. En: GIDI, Antonio (coordinador). Op. cit.; p. 68.

(123) SILGUERO, Joaquín. Op. cit.; pp. 293-294.

(124) Ibid.

jurídico, debemos recurrir a los ordenamientos donde podemos hallar una figura similar. La *class action* se encuentra regulada, como ya se ha expuesto, en los Estados Unidos; empero, existe un instituto procesal muy similar en Brasil (donde se puede iniciar este tipo de procesos para la defensa de los consumidores, denominada por Ada Pellegrini como “acción de clase brasileña”<sup>(125)</sup>). En el ordenamiento norteamericano, la respuesta a la cuestión formulada es, como hemos expuesto en las secciones precedentes, de exclusiva competencia del juez que certifica la *class action*. Así, y si bien es posible que cualquiera de los potenciales miembros de una clase pueda iniciar el proceso, será el magistrado quien determine si este sujeto califica como un representante adecuado a los intereses de la clase, es decir, si este sujeto se encuentra legitimado para ello. De otra parte, en la legislación brasileña, la respuesta a la pregunta planteada es de corte estrictamente legal: podrá proponer acciones en interés del grupo aquel ente legitimado por el artículo 82 del Código de Defensa del Consumidor para representar libremente los intereses de éste en un juicio<sup>(126)</sup>. En dicho dispositivo se establece que, además de los sujetos afectados, pueden iniciar una *class action* ciertas entidades públicas<sup>(127)</sup>. De igual modo, nosotros también nos inclinamos por una solución similar, por lo que consideramos que si se regulara la *class action* en nuestro sistema se debería regular explícitamente qué sujetos se encuentran legitimados para iniciarla, esto es, si solo lo están los potenciales miembros de la clase o también algunas entidades públicas.

De otro lado, un segundo problema relacionado con la legitimidad procesal es el de determinar cuándo existe una adecuada representación de los intereses de la clase. Ello resulta de singular importancia, toda vez que, como hemos mencionado, las sentencias en este tipo de procesos vinculan a todos aquellos potenciales miembros de la clase que no hayan optado por renunciar a ser considerados como tales, aún sin haber sido citados, oídos o sin que se les haya permitido ejercer una defensa individual.

En principio, cabe señalar que califica como representante adecuado aquel sujeto que sea reconocido por el ordenamiento jurídico como apto para iniciar una *class action*. Sin embargo, ¿qué sucede cuando ese sujeto reconocido por la ley para actuar en nombre de la clase resulta inepto, incompetente, o, simplemente, negligente al momento de patrocinar los intereses de ésta? Es por esta razón que no consideramos que la sola consagración legislativa deba determinar que un sujeto sea considerado como representante adecuado de los intereses de la clase, sino que resulta necesario, además, contar con la aprobación judicial -tal y como se realiza el proceso de legitimación del representante de la clase en la *class action* anglosajona. Como señala Gidi<sup>(128)</sup>, en el Derecho norteamericano “(e)l juez debe estar convencido, entre otras cosas, de que el representante puede representar adecuadamente los intereses de la clase en el juicio”, lo que resulta exigible a partir del reconocimiento constitucional del derecho al debido proceso.

(125) PELLEGRINI GRINOVER, Ada. Op. cit.

(126) GIDI, Antonio. *La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo*. En: GIDI, Antonio. *La tutela de los intereses...*; p.143.

(127) Si bien los ordenamientos jurídicos expuestos son los únicos que hemos podido revisar, también hemos tenido acceso al Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, en donde se adopta una solución similar a la del Código de Defensa del Consumidor brasileño puesto que se establece taxativamente qué sujetos pueden iniciar un proceso colectivo. Así, el artículo 3 de la citada norma señala literalmente lo siguiente:

“Artículo 3. Legitimación activa. Son legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

- a) el ciudadano, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho;
- b) el miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos;
- c) el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo;
- d) las personas jurídicas de derecho público interno;
- e) las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código;
- f) las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría;
- g) las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este Código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea”.

(128) *Ibid.*; p. 147.

Sin embargo, el mismo Gidi señala que si el debido proceso es llevado hasta sus últimas consecuencias impediría cualquier acción colectiva. Así, y en atención a la tesis de Capelleti, señala que en lugar del debido proceso tradicional (aquel que tiene una perspectiva individualista), debe considerarse al debido proceso social o colectivo, “(e)n donde los derechos a ser citado, oído y de presentar defensa en juicio son sustituidos por un derecho a ser citado, oído y defendido a través de un representante. Pero no a través de un representante cualquiera: la clase debe estar representada en juicio por un representante adecuado”<sup>(129)</sup>.

En consecuencia, para salvar el problema del representante adecuado, se deberá consignar en nuestra legislación: (i) un listado de los sujetos que pueden iniciar una acción de clase; y, (ii) la necesidad de que el representante sea calificado judicialmente como adecuado para representar los intereses de la clase (para esto deberá incluirse un listado de criterios no taxativos que guíen a los jueces al momento de realizar esta clasificación, como lo hace el Código Modelo<sup>(130)</sup>).

De otro lado, pero también relacionado con la legitimidad del representante de la clase, cabe preguntarse si cabe que el representante realice actos que impliquen la disposición del o de los derechos materiales comunes a los miembros de la clase, especialmente en cuanto a la posibilidad de concluir el proceso mediante una transacción. Consideramos que éste es un asunto más ligado a la representación judicial que a la legitimidad del representante mismo. En este sentido, consideramos que, de adoptarse el instrumento procesal denominado *class action*, deberá concederse al representante de la clase las facultades generales y especiales contenidas en los

artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil. Sin embargo, y al igual que en el sistema norteamericano, entendemos que el ejercicio de ciertas facultades especiales deberá estar limitado a la previa aprobación del juez y/o a la comunicación a las partes para que éstas puedan ejercer su derecho de no ser considerados como miembros de la clase a fin de no ser alcanzados por estos acuerdos. Así, por ejemplo, cuando el representante decida finalizar el proceso mediante una transacción, los términos de la misma deberán ser aprobados judicialmente y comunicados a las partes para que éstas puedan ejercer su derecho de *opt out* si así lo creen pertinente.

#### 4.2.5. ¿Dónde tramitar una *class action*?

Finalmente, un quinto y último problema es determinar en qué vía tramitar una *class action*. Lo natural sería que este tipo de procesos se tramitara, dependiendo del derecho que se busca tutelar, ante el Poder Judicial o ante la Administración Pública. Sin embargo, ya hemos expuesto, los inconvenientes de seguir un proceso ante estas instituciones -los mismos que, consideramos, resultan plenamente aplicables al momento de determinar dónde sería conveniente que se inicie una *class action*- por lo que consideramos propio realizar un sucinto análisis acerca de la posibilidad de iniciar este tipo de procedimientos en sede arbitral.

La doctrina más autorizada no es pacífica en cuanto a la definición del arbitraje; sin embargo, ello no es impedimento para puntualizar las tres características más saltantes que este dispositivo contiene: (i) la controversia; (ii) los derechos disponibles; y, (iii) un convenio arbitral a través del cual las partes involucradas en el conflicto se sometan a la resolución potestativa del órgano arbitral.

(129) Ibid.; pp. 151-152.

(130) Así, por ejemplo, el artículo 2 del Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica establece ciertas pautas para que el juez determine cuándo un representante es adecuado:

“Artículo 2. Requisitos de la acción colectiva. Son requisitos de la demanda colectiva:

a) la adecuada representatividad del legitimado;

(...)

En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;

b) sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;

c) su conducta en otros procesos colectivos;

d) su capacidad financiera para la conducción del proceso colectivo;

e) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;

f) el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física ante el grupo, categoría o clase”.

Como podemos observar, en lo que respecta a la *class action*, encontramos que hay una controversia entre los miembros de la clase y la demandada en razón del daño que esta última les ocasionó con la omisión o comisión de determinada conducta.

Asimismo, consideramos que los intereses ahí debatidos tienen un carácter evidentemente disponible puesto que, en tanto individuales, en caso sean afectados, son pasibles de ser reclamados o no de acuerdo a la autonomía de la voluntad de cada sujeto dañado. Es más, su naturaleza disponible se torna evidente en la medida que en la mayoría de los casos que se presentan en los Estados Unidos el proceso concluye anticipadamente mediante una transacción.

Respecto del tercer factor, entendemos que puede ser perfectamente suplido por las partes en la *class action*, mediante un acuerdo de voluntades que autorice ventilar las pretensiones incoadas en sede jurisdiccional. Dicho pacto previo es fundamental para la posterior habilitación de la sede arbitral dado que éste nace del ejercicio del poder negocial de las partes.

Sin embargo, si bien la vía arbitral nos muestra celeridad y eficacia, también deben evaluarse los altos costos que implica el iniciar un proceso arbitral, tales como los honorarios del tribunal, la asesoría jurídica, el pago al secretario arbitral -en caso se trate de un arbitraje institucional, los gastos en probática, etcétera. Por ello, la difusión que siga teniendo el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos resulta fundamental para la ulterior disminución de esos costos, permitiendo, a la vez, el reflote de nuestro extremadamente recargado sistema judicial.

Así, podemos concluir que frente a los inconvenientes de la vía judicial y administrativa, consideramos que el arbitraje constituye una opción viable para interponer una *class action* en nuestro ordenamiento jurídico.

## 5. Reflexión final.

Con el presente trabajo hemos pretendido poner en evidencia las falencias de nuestro ordenamiento jurídico procesal para solucionar conflictos de intereses en los cuales se encuentran inmersos un gran número de sujetos con pretensiones individualmente insignificantes, pero que tomadas en conjunto se tornan trascendentes socialmente. Así, hemos desarrollado la insuficiencia de la

acumulación subjetiva de pretensiones en el Poder Judicial, y del procedimiento administrativo en la medida que el mismo no otorga una solución cabal al conflicto, puesto que la Administración carece de la facultad para conceder indemnizaciones.

Por ello, hemos expuesto brevemente el instituto procesal propio del *common law* denominado *class action*, el mismo que tiene por finalidad la solución de controversias en las cuales se encuentran inmersos un gran número de sujetos a costos considerablemente menores.

Sin embargo, hemos advertido las diferencias conceptuales entre nuestro ordenamiento jurídico y el de Estados Unidos (país en el que la *class actions* tenido un mayor desarrollo a diferencia de otros países del *common law*) podrían suponer determinadas complicaciones al momento de “importar” este mecanismo procesal.

Teniendo todo ello en consideración, realizamos un balance acerca de los aspectos positivos y negativos de implementar un instituto procesal similar a la *class action* en nuestro país.

Nuestra conclusión es que, toda vez que las relaciones en masa se han vuelto un denominar común en nuestra sociedad es necesario regular una herramienta procesal que permita la solución de controversias que se puede presentar. Así, consideramos que, a pesar de los problemas que podría conllevar su aplicación, la *class action* es un mecanismo procesal adecuado para solucionar conflicto de intereses donde la cuantía es ínfima en términos individuales, pero relevante socialmente si es tomada como un todo.

No obstante, somos conscientes que la *class action* no puede implementarse en nuestro sistema legal sino que, por el contrario, debe sufrir diversos cambios para adecuarla a nuestra realidad. Asimismo, debemos observar con atención los problemas que se han presentado, y que se presentan, al momento de su aplicación para tratar de paliarlos.

Consideramos que un primer paso ya ha sido dado con la aprobación del Anteproyecto del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, que busca dotar a los países de nuestra región de un mecanismo procesal que ofrezca soluciones a conflictos de intereses como los de A y la Empresa de Taxis B, o a los afectados por los “chupetes malogrados” o a los padres de familia cuyos hijos se accidentaron, que hoy en día muchas veces quedan sin una solución

adecuada y cabal debido a que los costos muchas veces superan a los beneficios que podrían obtenerse. Asimismo, en nuestro país, la CONASEV, en su programa por implementar prácticas de buen gobierno corporativo al mercado de valores nacional, ha elaborado un proyecto de ley “(p)ara facilitar la defensa de los derechos del Inversionista carente de control”<sup>(131)</sup>,

el mismo que propone incluir entre los mecanismos para la defensa de pequeños inversionistas a la acción de clase.

En conclusión, existe la sensación de que es necesario un instrumento procesal para solucionar conflictos de intereses con pretensiones de reducida cuantía, puesto que, hoy en día, resulta más caro reclamar en esos casos. ~~AB~~

(131) Este documento puede encontrarse en: [http://www.conasev.gob.pe/Acercade/Acer\\_GobiernoCorp.asp](http://www.conasev.gob.pe/Acercade/Acer_GobiernoCorp.asp)