

CAPÍTULO TERCERO
EL CONCEPTO DE ACCIÓN COLECTIVA

I. Definición de acción colectiva	31
II. ¿Acción de clase o acción colectiva?	33
III. Consentimiento de los ausentes: opción de entrar vs. opción de salir	35
IV. Innovaciones creadas con las acciones colectivas brasileñas	38
V. Vicios de la acción colectiva brasileña	40

CAPÍTULO TERCERO

EL CONCEPTO DE ACCIÓN COLECTIVA

I. DEFINICIÓN DE ACCIÓN COLECTIVA

Para entender los fundamentos teóricos de la legislación brasileña sobre la acción colectiva uno debe definir primero los elementos básicos de una acción colectiva. Esta investigación preliminar no es un ejercicio de conceptualismo trivial. Es necesario sentar algunas reglas básicas para el debate, porque la literatura de derecho comparado revela una insistente falta de comprensión con relación a la naturaleza de las “acciones colectivas”.

Yo ofrezco la siguiente definición: “una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”.⁵¹ En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de un derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada.

Algunos juristas distinguen entre “acciones de clase” (*class actions*), “acciones civiles públicas” (*parens patriae civil actions*) y acciones de organizaciones o asociaciones (*organizacional actions* o *associational actions*). De acuerdo con esta distinción, las acciones de clase son promovidas por los miembros del grupo, las acciones civiles públicas son promovidas por agentes del gobierno y las acciones de organizaciones son promovidas por asociaciones.⁵² Sin embargo, el tipo de demandante que representa al grupo

51 Véase Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, 1995, p. 16; véase Leal, Márcio, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, 1998, pp. 39-45.

52 Véase Cappelletti, Mauro, “Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation: A Comparative Study”, *Access to Justice. Promising Institutions* (Cappelletti y Weisner eds., 1979), t. II, pp. 773-75 (donde habla de “procurador general público” (*public attorney general*), “procurador general privado de organizaciones” (*organizational private attorney general*) y “procurador general privado individual” (*individual private attorney general*); Garth, Bryant, “Group Actions in Civil Procedure: Class Actions, Public Actions, Parens Patriae and Organization Actions”, *XIIIth International Congress. Montreal*, 1992, p. 205. Existen algunas otras clasificaciones

en una acción colectiva es un aspecto solamente incidental, porque lo que distingue una acción colectiva de una acción individual es su aptitud de proteger el derecho de un grupo (el objeto del procedimiento).

Algunos juristas sostienen que las acciones colectivas no existen en Europa, porque únicamente las asociaciones y no los miembros del grupo tienen legitimación para representar los intereses del grupo en el juzgado, como si la esencia de una acción colectiva fuera que la reclamación sea realizada por un miembro del grupo. La llamada “acción asociativa” adoptada por los sistemas europeos es una acción colectiva como la “acción de clase” norteamericana. La única diferencia radica en la limitación sobre el tipo de la parte que representa al grupo.⁵³ Otro error común es afirmar que las acciones colectivas no existen en Europa porque los únicos remedios existentes para proteger los derechos de grupo ante los tribunales son órdenes judiciales (*injunctions*) y sentencias declarativas.⁵⁴ Esto deriva de la errónea concepción de que la acción colectiva sólo puede otorgar daños y no otras formas de protección. El pago de daños, sin embargo, no es un elemento de la definición de la acción colectiva. De hecho, aunque con mucho menos visibilidad en los medios de comunicación y menos controvertidas, las acciones colectivas con mandamiento judicial (*injunctive class actions*) históricamente han sido más comunes en los Estados Unidos que las acciones colectivas de daños (*class actions for damages*).

El estudio comparativo de este tema requiere una visión amplia del fenómeno del litigio de grupo, comparándolo con las acciones individua-

en este mismo sentido, especialmente en Francia, donde algunos juristas las clasifican como *action associative* y *action de groupe*, de acuerdo con el recurso que sea requerido. La primera categoría es una orden judicial (*injunction*) para beneficio del grupo como un todo; el segundo es por daños individuales a los miembros del grupo. Estas clasificaciones son ajenas al derecho brasileño, el cual las considera a todas como acciones colectivas, sin importar el tipo de representante o la naturaleza de la pretensión. *Vid. infra*, capítulos quinto, “Tipos de derechos de grupo” y sexto, “Legitimación colectiva”.

53 Numerosas acciones colectivas son presentadas por asociaciones en los Estados Unidos; el solo hecho de que una asociación sea la representante del grupo no cambia el hecho de que sea una acción colectiva. *Vid. infra*, capítulo sexto, sección VI, “La legitimación del Ministerio Público y la legitimación de las asociaciones en las acciones colectivas norteamericanas”.

54 Desde principios del siglo XX, el sistema jurídico alemán cuenta con una genuina acción colectiva con orden judicial de hacer y no hacer (*injunctive class action*) para proteger los intereses de los comerciantes. La Ley de Competencia Desleal autoriza a las asociaciones en protección de los intereses de comercio y a cada negociante que produce o comercia con bienes y servicios de la misma clase que su competidor, a demandar a través de una orden judicial (*injunction*) contra prácticas desleales de comercio. Véase Koch, Harald, “Class and Public Interest Actions in German Law”, *C. J. Q.*, núm. 5, 1998, pp. 66 y 68.

les, y no la creación de subcategorías artificiales de acciones colectivas. Esta amplia visión incluye todos los tipos de acciones que protegen los derechos de grupo, sin importar el remedio buscado (*injunctive*, declarativo, pago de daños) ni el representante del grupo (acciones civiles públicas, acciones de organizaciones, acciones populares, acciones de miembros del grupo) o la naturaleza del derecho a proteger en el tribunal (conflictos privados, litigio de interés público). Sin embargo, esto no significa que todas ellas deben ser necesariamente reguladas en forma idéntica, porque cada una puede abarcar diferentes incentivos estructurales y consideraciones políticas.⁵⁵

II. ¿ACCIÓN DE CLASE O ACCIÓN COLECTIVA?

El derecho brasileño adopta acertadamente la expresión “acción colectiva” (*ação coletiva, processo coletivo, demanda coletiva*). Sin embargo, algunos juristas insisten en usar la expresión equivocada de “acción civil pública” (*ação civil pública*).⁵⁶

Otros autores brasileños insisten en traducir las acciones colectivas norteamericanas como “acción de clase” como si fueran algo sustancialmente distinto de las acciones colectivas brasileñas. Esta traducción literal es equivocada: la traducción más correcta para la expresión en inglés *class action* es “acción colectiva”.

Asimismo, en el mismo idioma inglés la expresión más precisa debería ser *collective action* (“acción colectiva”) en lugar de *class action*. Sin embargo, cuando se escribe en inglés, lo ideal es mantener la expresión “*class action*” en vez de la expresión más adecuada de “*collective action*”. Primeramente, porque la expresión “*class action*” ya está consagrada en la lengua inglesa. Además, la expresión “*collective action*” es utilizada en el análisis económico de comportamiento de los grupos.⁵⁷

55 Debe ser notado que no todas las acciones civiles públicas (*parens patriae civil actions*), o los litigios de interés público (*public interest litigation*) son acciones colectivas, sino solamente algunas. Lo contrario también es cierto; no todas las acciones colectivas son acciones civiles públicas o litigios de interés público, sino sólo algunas. *Vid. infra*, capítulo sexto, sección VI, “La legitimación del Ministerio Público y la legitimación de las asociaciones en las acciones colectivas norteamericanas”.

56 La primera ley brasileña que reguló las acciones colectivas de forma sistemática usaba la expresión equivocada de “acción civil pública” (*ação civil pública*) equivalente en inglés a *parens patriae civil action*. Véase Ley de la Acción Civil Pública, N 7.347/85. Véase la crítica correcta de Mafra Leal, Márcio Flávio, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, pp. 187 y 188. Véase Menezes Vigliar, José Marcelo, *Tutela jurisdiccional coletiva*, pp. 94-101.

57 Véase Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action*, 1995.

Los países de tradición de derecho civil (*civil law tradition*), sin embargo, deberían de adoptar la expresión “acción colectiva”, como es frecuentemente usada en Italia (*azione collettiva*), España y América Latina (acción colectiva, demanda colectiva, amparo colectivo), Brasil y Portugal (*ação coletiva*), y Francia y Canadá (*action collective* o *recours collectif*).⁵⁸

Algunos autores prefieren el término “acción de grupo” (*group action*).⁵⁹ Esta expresión no difiere mucho de “*class action*”, pues demues-

58 El término usado en derecho inglés y australiano (“acción representativa”, *representative action*) no es adecuado. Aunque toda acción colectiva sea una acción representativa (el grupo es representado en juicio por su representante) es una expresión demasiado amplia e incluye varias situaciones diferentes de derecho procesal individual donde existe la representación. Para un análisis de las acciones representativas inglesas y las *relator actions* y una comparación con las acciones colectivas norteamericanas, véase Jolowicz, J. A., “Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interests in Civil Litigation: English Law”, *Cambridge L. J.*, núm. 42, 1983, p. 222; *idem*, “Some Twentieth Century Developments in Anglo-American Civil Procedure”, *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, 1979, t. 1, pp. 218 y 271-293; Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure*, 2000, pp. 97-147; Uff, Keith, “Class, Representative and Shareholders’ Derivative Actions in English Law”, *C. J. Q.*, núm. 5, 1986, p. 50; Andrews, Neil, *Principles of Civil Procedure*, 1994, pp. 134-158; Maley, Christopher J., “Toxic Torts: Class Actions in United States and England”, *Suffolk Transnat’l L. Rev.*, núm. 19, 1996, p. 523; Sir Jack Jacob, *The Fabric of the English Civil Justice*, 1987, pp. 81 y 82; *idem*, *La giustizia civile in Inghilterra*, 1995, pp. 87 y 88.

“Acción multi-partes” (*multi-party action*) es un término usado por algunos autores como sinónimo de acción colectiva. Esta terminología es inadecuada. En una acción colectiva puede haber solamente una parte formal como representante del grupo, aunque todos los miembros del grupo puedan ser considerados partes ficticias en una acción colectiva. Además, cualquier acción individual en un litisconsorcio también puede ser considerada como una acción multi-partes. Este término debería de ser usado en referencia a normas relacionadas con la administración de acciones individuales semejantes. Véase McBryde, William, y Barker, Christine, “Solicitors’ Groups in Mass Disaster Claims”, *New L. J.*, núm. 141, 1991, p. 484 (donde discuten la formación de grupos de abogados —*solicitors*— en acciones colectivas de desastre); Uff, Keith, “Recent Developments in Multy-Party Actions”, *C. J. Q.*, núm. 11, 1992, p. 345.

La expresión común en alemán es *Verbandsklage* (acción de asociaciones) subrayando la entidad con legitimación para demandar.

59 Véase Koch, Harald, “(Non-Class) Group Litigation Under EU and German Law”, *Duke J. Comp. Int’l L.*, núm. 11, 2001 (donde describe varias acciones colectivas con mandamiento judicial de hacer y no hacer europeas (*injunctive class actions*), pero rehusándose a llamarlas “*class actions*”); Kessedjian, Catherine, “L’action en justice des associations de consommateurs et d’autres organisations représentatives d’intérêts collectifs en Europe”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 33, 1997, pp. 281 y 283. Las expresiones utilizadas en Suecia, por ejemplo, son *grupptalan* y *grupprättegång* [acciones de grupo, litigios de grupo]. Véase Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan. Det Anglo-Amerikanska Class Actioninstitutet ur Svenskt Perspektiv* [Group actions. The Anglo-American Class Action Suit From a Swedish Perspective], 1989) y Per Henrik, Lindblom, “Group Actions. A Study of the Anglo-American Class Action Suit from a Swedish Perspective”, *Group Actions and Consumer Protection* (Thierry Bourgoignie ed., 1992), p. 3. En el estado de Victoria, en Australia, las acciones colectivas son conocidas como “group proceedings”. Véase S. Stuart Clark y Harris, Christina, “Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective”, *Duke J. Comp. Int’l L.*, 2001, p. 11. La expresión *group action* tiene un significado diferente en el derecho

tra la existencia de un grupo, pero no demuestra el carácter inherentemente colectivo de la acción.⁶⁰ Otros autores usan el término “acción de grupo” de forma más amplia, incluyendo una serie de instrumentos del proceso civil individual que procuran solucionar, en la esfera individual, varios de los problemas de los conflictos colectivos, como la consolidación de acciones semejantes (*consolidation*), las acciones individuales experimentales (*test cases*), la preclusión de cuestiones incidentales (*issue preclusion* o *collateral estoppel*), el liticonsorcio (*joinder*), etcétera.⁶¹

III. CONSENTIMIENTO DE LOS AUSENTES: OPCIÓN DE ENTRAR VS. OPCIÓN DE SALIR

Es común decir que la acción colectiva, por definición, se lleva a cabo sin el consentimiento de todas las personas representadas.⁶² Por una parte, este aspecto puede ir a la esencia de la acción colectiva. Es por esta razón que la vieja acción norteamericana *spurious class actions* y la nueva *action en représentation conjointe* de Francia, por ejemplo, no son propiamente consideradas como acciones colectivas: estas acciones limi-

inglés. English Civil Procedure Rules, Part 19. Véase Gidi, Antonio, “Acciones de grupo y ‘amparo colectivo’ en Brasil. La protección de derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, *Derecho procesal constitucional* (Eduardo Mac-Gregor ed., 2001), pp. 973, 990 y 991.

60 En otro sentido, Morin, Anne, “L’action d’intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la Loi du 5 Janvier 1988”, *Group Actions and Consumer Protection* (Thierry Bourgoignie ed., 1992), p. 59 (donde prefiere el término “*action d’intérêt collectif*” [acción para tutelar los intereses colectivos] porque considera que “no es la acción la que es colectiva, ni su ejercicio, sino los intereses en los que está fundada”).

61 Véase Kay Kane, Mary, “Group Actions in Civil Procedure: The United States Experience”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 38, 1990, p. 163 (Supplement).

62 Véase Fisch, William, “European Analogues to Class Actions: Group Action in France and Germany”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 27, 1979, pp. 51 y 78 (define la acción colectiva como “el derecho de un miembro de un grupo de personas para demandar por todos sin el previo consentimiento de cada uno”); Boré, Louis, “L’action en représentation conjointe: class action française ou action mort-née?”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, p. 267; Lindblom, Per Henrik, *Group Actions and the Role of the Courts A European Perspective*, p. 12 (“por una verdadera acción de grupo entiendo una demanda propuesta por un representante sin el permiso expreso de los miembros del grupo, que resulta en una sentencia obligatoria a favor y en contra de todos los miembros del grupo”). Esta es, de hecho, la definición legal de “acción colectiva” que establece el Código de Procedimientos Civiles de Quebec, artículo 999(d) (acción colectiva significa el procedimiento que capacita a un miembro del grupo para demandar a nombre de todos los miembros sin permiso expreso”); véase Mazen, Noël, “Le recours collectif: réalité québécoise et projet français”, *R. I. D. C.*, núm. 39, 1987, pp. 373, y 383-386. Pero esta definición es específica al sistema de Quebec, y no fija necesariamente el concepto de acciones colectivas en otras jurisdicciones ni los juristas están obligados por esta definición legal restrictiva.

tan los efectos de la cosa juzgada a los miembros que han aceptado expresamente ser incluidos en el grupo (optaron entrar, *opt in*) o que expresamente han autorizado a la asociación para representar sus intereses ante el tribunal por medio de un documento firmado.

Por otra parte, por lo menos en teoría, si la ley establece que el litigio tenga una publicidad general para dar una información adecuada a los miembros y a ellos se les facilita manifestar su consentimiento para entrar o no al litigio, el número de miembros representados puede aproximarse al número de personas interesadas en estar representadas ante el tribunal. Si la ley permite un trato colectivo a la controversia por medio de la representación de los intereses de los miembros ausentes, sin necesidad de evaluar cada reclamación individual, la acción será una “acción colectiva”, ya sea que la ley requiera o no el consentimiento previo de los miembros del grupo.⁶³

63 En la *action en représentation conjointe* francesa, la ley expresamente prohíbe solicitar el consentimiento de los miembros ausentes por medio de cartas personales, tarjetas postales, distribución de anuncios escritos o por televisión o radio. El representante sólo puede usar la prensa escrita como medio de notificación. Véase Boré, Louis, “L’action en représentation conjointe: class action française ou action mort-née?”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, p. 267; Martin, Raymond, “L’action en représentation conjointe des consommateurs”, *J. C. P.*, 1994, I, p. 3756; Loïc Cadiet, “Chronique de droit judiciaire privé”, *J. C. P.*, núm. 6, 1992, I, p. 3587.

El artículo 30 del Código de Procedimientos Civiles japonés creó una limitada acción representativa (nombramiento de parte, *appointed party*), en la que personas que tengan un interés común pueden designar a un miembro del grupo como el representante de todos. Este nombramiento puede hacerse antes o después de promover la demanda. Véase Código de Proceso Civil japonés, artículo 30. Antes de promulgar la ley, la legislatura japonesa rechazó la propuesta bajo la cual el tribunal publicaría una notificación del grupo en los periódicos. La propuesta fue rechazada porque se pensó que el tribunal no debería aparecer como un ente apoyando la legitimidad de la acción. Sin embargo, al contrario de lo que sucede con la *action de représentation conjointe* francesa, los actores están libres de “dar a conocer al público, para reclutar otros demandantes”. Véase Yasuhei Taniguchi, “The 1996 Code of Civil Procedure of Japan A Procedure for the Coming Century?”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 45, 1997, pp. 767, 782 y 783.

La propuesta de la Comisión Escocesa (Scottish Law Commission) también adopta el derecho a “optar entrar”, claramente reduciendo la efectividad del procedimiento de la acción colectiva. La propuesta, sin embargo, establece una notificación judicial. Véase *Multi-Party Actions*, 1996, pp. 21-26. También Note, “Class Action Litigation in China”, *Harv. Law. Rev.*, núm. 111, 1998, pp. 1523, 1526, 1527 y 1535 (discute el enfoque ambiguo del derecho chino); Cairns, Bernard, *Australian Civil Procedure*, 1992, p. 267; Clark, S. Stuart, y Harris, Christina, “Multi-Plaintiff Litigation in Australia: A Comparative Perspective”, *Duke J. Comp. Int’l L.*, núm. 11, 2001 (discute una vieja disposición en el estado de Victoria que establecía el derecho a optar entrar (*opt in class action*) en la acción colectiva. Esta disposición fue rechazada en el año 2000, y una opción para salir (*opt out class action*) de la acción fue adoptada); Nordh, Roberth, “Group Actions in Sweden: Reflections on the Purpose of Civil Litigation, the Need for Reforms and a Forthcoming Proposal”, *Duke J. Comp & Int’l L.*, núm. 11, 2001 (advierde que es aún desconocido si la propuesta sueca será por el derecho de optar a entrar o de salir).

La opción, en cierta asamblea legislativa, entre las técnicas de optar por entrar y optar por salir es una decisión importante y a menudo extremadamente polémica.⁶⁴ La opción en la práctica puede seriamente interferir en el tamaño del grupo realmente representado en el tribunal y, consecuentemente, en su poder de negociación (*bargaining power*) y en la efectividad de la acción colectiva.⁶⁵ Sin embargo, ello no destruiría el carácter colectivo del litigio.⁶⁶ “Optar por entrar” en una acción colectiva, debe distinguirse de “intervenir” en la misma. Por “optar entrar” una persona se hace miembro del grupo, no una parte del litigio.

64 Véase Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Action*, 1982, t. II, p. 467 (advier-te que “uno de los mayores temas de controversia en el diseño del procedimiento de una acción colectiva es si los miembros del grupo deberían estar automáticamente obligados por la sentencia, a menos que ellos se excluyan de la acción después de la certificación [*opt out*]; o si debe exigir a los miembros del grupo que tomen una decisión afirmativa después de la certificación para poder ser obligados por la sentencia [*opt in*]”). Sin embargo, pensamos que la acción colectiva con derecho a salirse (*opt out class action*) es superior a la acción colectiva con derecho a entrar (*opt in class action*) y debería adoptarse como regla general.

65 En la práctica se espera que muy pocos miembros tomarían un paso activo de optar por salir (o de optar por entrar) en un grupo. Véase Willging, Thomas *et al.*, *Empirical Study of Class Actions in Four Federal District Courts* (Federal Judicial Center, 1996), pp. 52-55 (advier-te que en cuatro de los tribunales federales de Norteamérica (*Federal District Courts*) “el porcentaje promedio de miembros que optaron por salir fue de 0.1 o 0.2% del total de miembros del grupo”).

66 Estados Unidos, Canadá, y Australia adoptaron un sistema de optar por salirse de la acción colectiva. *Vid supra*, capítulo séptimo, sección VII, “Notas comparativas” (opina que las acciones colectivas brasileñas son incompatibles con un sistema de optar por salir).

Ejemplos de buenos usos de optar por entrar en las acciones colectivas, en circunstancias especiales, se pueden ver en Cooper, Edward, “Rule 23: Challenges to the Rulemaking Process”, *N. Y. U. L. Rev.*, núm. 71, 1996, pp. 13, 33, 34, 70, y 71 (propone reformar la regla 23 añadiendo una nueva subdivisión que dé poder discrecional al juez para determinar si la acción colectiva debe proceder sobre la base de optar por salir o de optar por entrar); Cooper, Edward, “Class-Action Advice in the Form of Questions”, *Duke J. Comp. Int’l L.*, núm. 1, 2001; Woolf, Lord, *Access to Justice. Final Report*, 2000, pp. 235, 236 y 249 (opina que “el tribunal debe tener la facultad de sentar las bases para mantener una acción colectiva sobre optar por salir o de optar por entrar, cualquiera que sea y que contribuya mejor para la efectividad y eficiencia del caso”). Este enfoque flexible es la regla actual en el estado de Pennsylvania. Véase Regla 1711 de las *Rules of Civil Procedure de Pennsylvania*, 2000. También, Alberta Law Reform Institute, *Class Actions*, 2000, pp. 92-100; véase la propuesta *Public Interest Actions and Class Actions Act in South Africa*, la que da al tribunal poderes discretionales para la notificación de optar por entrar (en circunstancias limitadas), notificar por salir o no hacer la notificación. Véase South African Law Commission, *The Recognition of a Class Action in South African Law*, 1995, p. 38; Wouter de Vos, “Reflections on the Introduction of a Class Action in South Africa”, *Tydskrif Vir Die Suid-Afrikaanse Reg.*, 1996, pp. 639, 646 y 648.

IV. INNOVACIONES CREADAS CON LAS ACCIONES COLECTIVAS BRASILEÑAS

Varios aspectos de la acción colectiva brasileña merecen la atención del abogado comparatista. Por ejemplo, el Ministerio Público es siempre notificado del comienzo de una acción colectiva e invitado a intervenir y participar en el procedimiento en defensa de la legalidad (*custos legis*), para garantizar la adecuada representación de los intereses de los miembros ausentes del grupo.

En 1985, la Ley de Acción Civil Pública creó un Fondo Especial en Protección de los Derechos Difusos.⁶⁷ Este instrumento es bastante complejo, y no puede ser adecuadamente explicado dentro de los límites de este ensayo. Sin embargo, por su importancia práctica deben mencionarse brevemente algunos aspectos del mismo.

El depósito realizado en cuenta bancaria es usado para el pago de daños otorgados en las acciones colectivas. Por ejemplo, si un demandado es condenado a pagar una multa o daños por la destrucción de un bosque o por un anuncio publicitario engañoso en la radio o televisión, esta suma será depositada en esta cuenta especial. Además, si por alguna razón (tal como la dificultad de identificar a las víctimas, por ejemplo) no es posible distribuir los daños individualmente a los miembros ausentes del grupo, el juez calculará el daño causado a todos los miembros del grupo en conjunto y la suma entera así obtenida será depositada en esta cuenta.

Este fondo especial es administrado bajo la vigilancia del Ministerio de Justicia, por un comité mixto compuesto de empleados del gobierno y de ciudadanos. Los recursos deben ser usados para financiar la restauración de los derechos que fueron violados por los demandados. Cuando dicha restauración no es posible, estos fondos deben ser usados flexible y creativamente para proteger derechos de grupo similares a aquellos invocados en la acción colectiva. Un uso típico sería establecer fondos de investigación y proyectos educativos. El concepto es semejante en lo esencial a la “recuperación fluida” (*fluid recovery*) reconocida en algunas acciones colectivas de los Estados Unidos.

En los últimos años varias cuentas bancarias especiales han sido creadas por ley. Algunas expresamente determinan el objeto de su protección

67 Véase Ley de la Acción Civil Pública, artículo 13; véase Ferraz, Antonio *et al.*, *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, 1984, p. 82; Wambier, Luiz, *Liquidação de sentença*, 2000, pp. 283-297; Venturi, Elton, *Execução da tutela coletiva*, 2000, pp. 114-119 y 153-158.

y especifican la finalidad de los fondos; así, existen cuentas para el medio ambiente, los niños, o los consumidores. Además, debido a las peculiaridades del sistema federal de gobierno, también existen cuentas federales y estatales.⁶⁸

Las leyes de la acción colectiva brasileña contienen también varias innovaciones dirigidas al inevitable aumento de los costos y riesgos del litigio en gran escala. En cualquier país que adopte la regla general de que la parte que pierde paga los honorarios del abogado de la parte que gana (*fee shifting rule*), este riesgo de incurrir en costos legales en caso de perder es un gran disidente (*deterrent*) para presentar una acción legal. Este riesgo se intensifica en Brasil, ya que la suma de honorarios de los abogados se determina no por el tiempo trabajado por los abogados en la preparación y argumentación del caso, ni por una suma predeterminada, sino por un porcentaje de la cantidad en controversia (usualmente entre el 10 y el 20%). Esta regla aumenta considerablemente el riesgo para los representantes en las acciones colectivas.⁶⁹

Una innovación importante en las leyes de acciones colectivas brasileñas es la de proteger a los representantes del grupo de la responsabilidad de pagar a los demandados los honorarios de abogado, las costas, gastos en caso de perder, excepto en casos de litigios de mala fe.⁷⁰ Esta protección, sin embargo, se limita a los representantes del grupo: los demandados son responsables de los honorarios de los abogados, así como de las costas y gastos del grupo en caso de perder, bajo la regla tradicional de que el litigante vencido deba reembolsar al vencedor los honorarios. Como cualquier abogado norteamericano puede fácilmente entender, la importancia de esta norma (*one-way American rule*) no es peculiar a las acciones colectivas, sino que es parte de una política más amplia de acceso a la justicia.⁷¹ La regla brasileña coloca a los representantes del grupo en una posición cómoda, sin perjudicar seriamente a la parte con-

68 A pesar de su importancia práctica, el desarrollo de esta área ha sido curiosamente lento. En muchos estados el fondo no ha sido aún creado. Además, el dinero recolectado en algunos fondos existentes ha sido poco utilizado. Véase Macedo, Ronaldo, Júnior, "Propostas para a reformulação da Lei que Criou o Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados", *Ação civil pública* (Édis Milare ed., 2001), pp. 752 y 753.

69 Este porcentaje es común en litigios individuales. Por razones obvias, el porcentaje en acciones colectivas debe ser considerablemente más bajo.

70 Véase el Código del Consumidor brasileño, artículo 87.

71 Véase Rowe, Thomas, "The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview", *Duke L. J.*, 1982, p. 651.

traría, tomando en consideración el bajo costo del litigio en los sistemas de derecho civil.⁷²

Además, los actores de una acción colectiva no tienen que adelantar el pago de costas judiciales, honorarios, gastos de peritos u otros gastos.⁷³ Con estos ajustes simples de los dogmas clásicos del derecho civil, el legislador brasileño se deshizo de varias barreras financieras que impedían el acceso a la justicia. Al hacerlo, Brasil maximizó la efectividad de la acción colectiva.⁷⁴

V. VICIOS DE LA ACCIÓN COLECTIVA BRASILEÑA

A pesar de estas importantes innovaciones, la acción colectiva brasileña está legislada deficientemente en varios aspectos. Por ejemplo, la notificación requerida se satisface con la sola publicación en un periódico oficial.⁷⁵ Esta notificación ficticia y superficial es notoriamente inadecuada, particularmente porque casi nadie lee los periódicos oficiales.⁷⁶ Por

72 Véase Koch, Harald, "Class and Public Interest in German Law", *C. J. Q.*, núm. 5, 1986, pp. 66 y 71 (advierte que el riesgo de incurrir en costas legales reduce la voluntad de la asociación para proponer casos grandes y difíciles); *idem*, "Group and Representative Actions in West German Procedure", *German National Reports in Civil Matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal*, 1990, pp. 27, 34 y 37 (advierte que la mayoría de las acciones colectivas en Alemania [*Verbandsklagen*] se promueven por centros de consumidor financiados públicamente); Kötz, Hein, "Civil Litigation and the Public Interest", *C. J. Q.*, núm. 1, 1982, pp. 237 y 247-249 (anota que la legislación alemana establece un medio para reducir el monto de los honorarios de los abogados a ser pagados por el perdedor si la parte —actor o demandado— es incapaz financieramente de absorber este gasto).

73 Véase el Código del Consumidor brasileño, artículo 87.

74 En los Estados Unidos los abogados de grupo (*class attorneys*) pueden éticamente adelantar estos gastos y financiar el litigio colectivo. Véase Regla 1.8(e) de las American Bar Association Model Rules of Professional Conduct, 1983 ("Un abogado puede adelantar las costas del tribunal y gastos del litigio y su reembolso depender de cómo se resuelva el caso"). Véase *Rand v. Monsanto Co.*, 926 F.2d 596 (7th Cir.1991). Esta regla es todavía un tabú en la mayoría de los sistemas de derecho civil, con raras excepciones.

Además, la regla norteamericana de que el vencido no debe reembolsar el vencedor los honorarios, complementada por las leyes que excepcionan esta regla general de honorarios (*one-way fee shifting statutes*) en ciertas áreas del litigio de derecho público y la "doctrina del fondo común" (*common fund doctrine*) establecen además incentivos adecuados, aunque controvertidos, para abogados que reivindican derechos de grupo ante los tribunales norteamericanos.

75 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 94.

76 Los miembros del Consejo Consultivo que elaboraron la ley brasileña claramente desearon evitar las consecuencias del caso americano *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 1974) donde, en una rara demostración de insensibilidad social, la Suprema Corte de los Estados Unidos hizo a las acciones colectivas por montos pequeños más difícil de ser presentadas. La Legislatura brasileña, para facilitar el acceso a la justicia, optó por el extremo opuesto. Mientras la Suprema Corte de los Estados Unidos cerró las puertas del tribunal para ejercitar acciones colectivas de pequeños mon-

otra parte, la ley establece que esta notificación —de por sí inadecuada— solamente sea realizada en las acciones colectivas por daños individuales: en las acciones colectivas en protección de los derechos difusos y colectivos no es requisito legal ninguna notificación.⁷⁷

Otra sería deficiencia en las leyes brasileñas es la ausencia de alguna disposición respecto a la acción colectiva pasiva (*defendant class actions*). La ausencia de una autorización clara y una disposición detallada de su procedimiento puede conducir a algunos juristas a concluir que las acciones colectivas pasivas no existen en Brasil.⁷⁸

tos, el legislador brasileño abrió las puertas a estos procedimientos sin la participación de la gente que intentaban beneficiar. Sólo se puede esperar que ambos sistemas finalmente lleguen a una solución intermedia sensible a este importante problema, tal como las que se encuentran en Canadá y Australia. Véase Gidi, Antonio, *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. Uma perspectiva comparada*, pp. 181-183 (que saldrá en el año 2004). La gran mayoría de los juristas estadounidenses han expresado insatisfacción con el caso *Eisen*. Véase Marcus *et al.*, *Civil Procedure. A Modern Approach*, 1986, pp. 285 y 286; Dam, Kenneth, “Class Action Notice: Who Needs It?”, *Sup. Ct. Rev.*, 1974 p. 97; Wright *et al.*, *Federal Practice and Procedure Civil*, núm. 7B, 2a. ed., 1986, pp. 201-206. Abundantes críticas se dieron también para la Court of Appeals por su opinión en el caso.

La necesidad de un sistema flexible de notificación fue sugerido varios años antes de la sentencia de *Eisen*. Véase Ford, Tom, “Federal Rule 23: A Device for Aiding the Small Claimant”, *B. C. Indus. & Com. L. Rev.*, núm. 10, 1969, pp. 501, 511 y 512; Pomerantz, Abraham, “New Developments in Class Actions Has Their Death Knell Been Sounded?”, *Bus. Law.*, núm. 25, 1970, pp. 1259 y 1263-1266; Comment, “Adequate Representation, Notice and the New Class Action Rule: Effectuating Remedies Provided by the Securities Laws”, *U. Pa. L. Rev.*, núm. 116, 1968, p. 889; Comment, “Constitutional and Statutory Requirements of Notice under Rule 23(c)(2)”, *B. C. Indus. and Com. L. Rev.*, núm. 10, 1969, p. 571; Miller, Arthur, “Problems of Giving Notice in Class Actions”, *FRD*, núm. 58, 1973, pp. 299, 319 y 320.

77 Véase capítulo quinto, sección IV, “Derechos de grupo en la práctica” (explicando la definición de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos).

78 Véase Arruda Alvim *et al.*, *Código do Consumidor comentado*, 1995, pp. 345-347. Dinamarco, Pedro, *Ação civil pública*, 2001, pp. 268-273.

Al contrario de lo que sucede en las jurisdicciones del *common law*, en las que hay una persistente ausencia de reglas específicas y detalladas y en donde el tribunal tiene discrecionalidad para determinar el procedimiento adecuado de cualquier demanda, en el sistema de derecho civil los procedimientos son específicos y detallados en los códigos procesales y la ausencia de reglas específicas es casi lo mismo que una prohibición expresa. El enfoque “publicista” del procedimiento en los sistemas de derecho civil implica que lo que no está expresamente permitido por la ley está prohibido para el juez. Por ejemplo, en una acción colectiva promovida por el Ministerio Público del estado de Bahía, en Brasil, contra la asociación de escuelas privadas, la juez Silvia Zarif rehusó certificar (*certify*) una acción colectiva contra todas las escuelas privadas en el estado, porque no había una ley positiva que diera a las asociaciones legitimación para representar a los demandados. Véase *Ciência Jurídica*, núm. 51, 1993, p. 215; Gidi, Antonio, *Cóisa julgada e litispendência em ações coletivas*, 1995, p. 52. Además, la acción colectiva pasiva (*defendant class actions*) será inefectiva en Brasil si la interpretación es que la sentencia colectiva (*class decree*) solamente beneficia a los miembros del grupo, como es la regla en caso de acciones colectivas activas (*plaintiff class actions*). *Vid. infra*, capítulo séptimo, “Cosa juzgada”. Sin embargo, para que sea efectiva, las acciones colectivas pasivas deben mantenerse sin permiso de “optar por salir” (*right to opt out*) y la sentencia colectiva debe ser obligatoria a todos

Otra limitación importante de las leyes brasileñas sobre la acción colectiva es la ausencia de una regulación en los procedimientos para aprobar los acuerdos entre las partes. Este aspecto fue descuidado por el legislador, sobre todo porque el promedio de arreglos en Brasil es casi insignificante.⁷⁹ Los representantes del grupo en las acciones colectivas norteamericanas negocian agresivamente con la parte contraria.⁸⁰ Ellos pueden y hacen concesiones sustanciales y pueden renunciar parcial o totalmente los derechos de los miembros ausentes del grupo. En comparación, las facultades del representante del grupo en la acción colectiva brasileña son muy limitadas. Puesto que los derechos no pertenecen a los representantes, sino al grupo en su conjunto, el actor no puede libremente disponer de los mismos (derechos inalienables). En consecuencia, los representantes tienen permitido solamente hacer concesiones limitadas sobre la forma en que el demandado ajustará su conducta a la ley; por ejemplo, respecto al tiempo y lugar.⁸¹

los miembros ausentes del grupo, independientemente del resultado del litigio. Véase National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Class Actions [Act] [Rule] Section 8(d), 1976 (“Un miembro del grupo demandado (*defendant class*) no puede elegir ser excluido”).

Un problema análogo se encuentra en el debate de la acción colectiva estadounidense. Aunque la regla 23 claramente autoriza la acción colectiva pasiva, la regla está claramente redactada desde el punto de vista de las acciones colectivas activas. Véase Note, “Defendant Class Actions”, *Harv. L. Rev.*, núm. 91, 1978, pp. 630 y 634; Note, “Certification of Defendant Classes Under Rule 23(b)(2)”, *Colum. L. Rev.*, núm. 84, 1984, p. 1371; Comment, “Defendant Class Certification: The Difficulties Under Rule 23(b)(2) and the Rule 65(d) Solution”, *N. Ill. U. L. Rev.*, núm. 8, 1987, p. 143; Conte e Newberg, *1 Newberg on Class Actions*, 4-374-380, 4-584-590, y 4-2424-2530; Rodney Max, “Defendant Class Suits as a Means of Legal and Social Reform”, *Cum. L. Rev.*, núm. 13, 1983, pp. 451 y 456; Wright, Miller e Kane, *Federal Practice and Procedure Civil*, núm. 7A, 2a. ed., 1986, pp. 461-463.

⁷⁹ Aparte de procedimientos familiares y laborales, los acuerdos entre las partes no son un asunto importante en la práctica del litigio brasileño. Las razones de esta falla del sistema son complejas y requieren ser tratadas por separado. Desde un punto de vista legal, éstas derivan, entre otras cosas, de una ausencia completa de medios efectivos para desmotivar a los demandados para continuar defensas infundadas. Sin embargo, en general, parece correcto decir que el litigio colectivo es el área que en la práctica conduce más a llegar a acuerdos, particularmente porque la magnitud de la responsabilidad pone al demandado en términos iguales con el grupo actor (*plaintiff class*).

⁸⁰ En realidad, en la práctica de las acciones colectivas norteamericanas, la negociación es conducida por los abogados del grupo, no por el representante.

⁸¹ La mayoría de los juristas brasileños niegan que los representantes en las acciones colectivas de Brasil tengan amplio poder para negociar acuerdos colectivos. Véase Vieira, Fernando, “A transação na esfera de tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta”, *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 2001), p. 220; Fink, Daniel, “Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta)”, *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 2001), p. 113; Sampaio, Francisco, *Negócio jurídico e direitos difusos*, 1999, pp. 101-120; Pizzol, Patricia, *Liquidação nas ações coletivas*, 1998, p. 211; Mazzilli, Hugo, *O inquérito civil*, 2000, pp. 361, 362, 375, 376, y 392-394; Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, 1995, pp. 44-46; Carneiro, Paulo, “A proteção dos direitos difusos a través do compromisso

El poder del representante norteamericano para llegar a un acuerdo con la contraparte está legitimado bajo una sofisticada regulación de la representación para que ésta sea adecuada, la cual incluye la aprobación judicial del arreglo, la notificación a los miembros ausentes, la audiencia de pruebas para análisis del arreglo, el derecho a intervenir y replicar los términos de la transacción, el derecho a salir del grupo, etcétera.⁸² En contraste, en Brasil en tanto la ley o el precedente no establezcan un procedimiento adecuado para la aprobación de acuerdo por el tribunal y la notificación al grupo, dar un efecto obligatorio a cualquier arreglo en acciones colectivas sería una solución muy peligrosa.⁸³

El impacto de esta omisión se profundiza por las reglas específicas de la cosa juzgada en las acciones colectivas de Brasil, las que no obligan a los miembros del grupo si la sentencia no es favorable a sus intereses.⁸⁴ Si el fallo en la acción colectiva sólo es obligatorio para los miembros ausentes del grupo cuando es favorable a sus intereses, ¿en qué medida un arreglo en la acción colectiva puede ser obligatorio para todos los miembros del grupo?⁸⁵

La acción colectiva brasileña está legislada en forma bastante amplia y compleja. Lo anteriormente expuesto no permite un análisis profundo de todos sus intrincados aspectos. Este ensayo, por lo tanto, se enfocará en los más importantes aspectos del sistema, concretamente en las reglas que conciernen a los tipos de derechos del grupo, la legitimación colectiva, la cosa juzgada colectiva y la litispendencia.

de ajustamento de conduta”, *Livro de Estudos Jurídicos*, núm. 6, 1993, p. 234; Mancuso, Rodolfo, *Ação civil pública*, 2001, pp. 225-238; Mazzili, Hugo, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 2001, pp. 283-303; Milaré, Édís, “A ação civil pública em defesa do ambiente”, *Ação civil pública* (Édis Milaré ed., 1995), pp. 193 y 225-229; Brando, Paulo, *Ação civil pública*, 1996, pp. 127-135.

82 Véase Código Federal de Procedimientos Civiles, regla 23(e), traducida, *vid. infra*, capítulo décimo, sección II.

83 En los Estados Unidos, Australia y Canadá la transacción de demandas colectivas se someten a la aprobación judicial. En una extraña decisión la Comisión Escocesa de Derecho (Scottish Law Commission) expresamente resolvió en contra de adoptar esta regla. Véase *Multi-Party Actions*, 1996, pp. 29-31.

84 Véase capítulo séptimo, “Cosa juzgada”.

85 De acuerdo con la mayoría de los juristas brasileños, un acuerdo entre las partes no obliga a los miembros ausentes del grupo que no están conformes con ello, y la misma acción colectiva puede ser presentada de nuevo en protección de los miembros no satisfechos. Véase Vigliar, José, *Tutela jurisdiccional coletiva*, 1999, p. 166; Dawalibi, Marcelo, “Limites subjetivos da coisa julgada em ação civil pública”, *Ação Civil Pública 15 anos*, 2001, pp. 526 y 538-542. Este concepto muestra que en Brasil los representantes no pueden hacer concesiones reales a nombre del grupo. En consecuencia, este no es un acuerdo verdadero. Si los acuerdos únicamente obligan a los demandados y no al grupo, no hay incentivo para el demandado de tener una verdadera negociación de transacción.