

## LA BANCA Y SUS CLIENTES

*Mirari Barrena Longarte*

*Directora*

*Servicios Jurídicos Latinoamérica*

*BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.*

*XXIV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario  
Santiago de Chile, 28 – 30 de septiembre de 2005*

# Índice de contenidos

- 1. Apuntes sobre el entorno actual de la actividad bancaria y de su clientela*
- 2. La evolución del proceso civil en defensa del “interés general”*
- 3. La “acción de clase” y su incidencia en el sector financiero*

## LA BANCA Y SUS CLIENTES “LAS ACCIONES DE CLASE”



**BBVA**

1.

## *El entorno actual de la actividad bancaria y su clientela*



- **Mayor gama de productos, cada vez más complejos**
- **Auge de la contratación en masa**
- **“Globalización” de la oferta**
- **A mayor competencia, mayor esfuerzo publicitario**

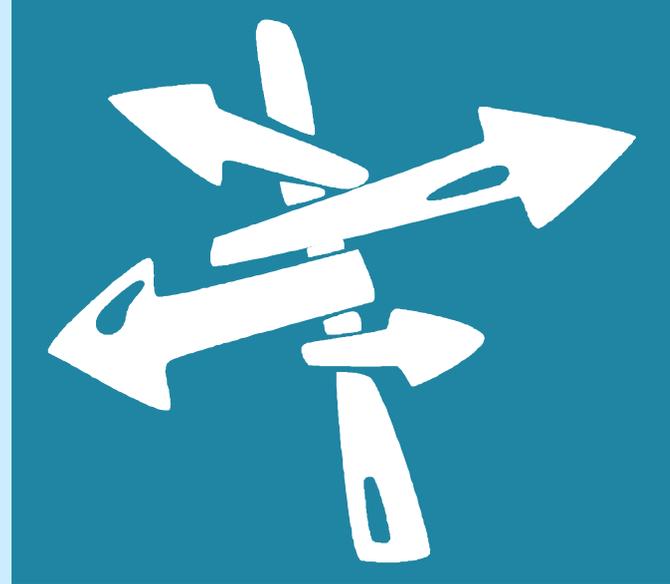
- **Progresiva “bancarización” de los particulares**
- **Productos tradicionales: clientes cada vez mejor formados e informados**
- **Productos complejos: difícil comprensión**
- **Auge del asociacionismo de consumidores y usuarios**

- **Creciente preocupación del supervisor por el ofrecimiento “masivo” de productos bancarios**
- **Fomento del asociacionismo de los consumidores y de la defensa de los “intereses generales”**
- **Fomento de los mecanismos “extraprocesales” de protección del consumidor**

- **Intensa actividad legislativa sobre la protección de los consumidores y usuarios: condiciones generales, publicidad, datos personales, etc.**
- **Desarrollo de instituciones jurídicas procesales de tutela del interés general (acciones colectivas, populares, de clase o grupo)**

2.

*La evolución del  
procedimiento civil en defensa  
del “interés general”*



### El “estado del bienestar”

- Acceso a multitud de bienes y servicios
- Multiplicación de las relaciones jurídicas entre empresarios – consumidores
- Proliferación de los conflictos de escasa cuantía vs. onerosidad del proceso civil
- Enriquecimiento injusto del empresario / quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva

### El estado “social de derecho”

Asentamiento y desarrollo de la conciencia colectiva de la sociedad

**Dchos. colectivos,  
transindividuales**



**Dchos. sustantivos,  
materiales**

**Impulso de la  
intervención  
administrativa**



**Equilibrio entre el  
libre mercado y en  
fin social del Estado**

### El proceso civil “social”

**Tutela  
judicial  
efectiva**

*Libre acceso a  
la justicia*

- **Desplazamiento de la legitimación**
- **Publicidad del procedimiento  
(adhesión y exclusión)**
- **Rol del juez: autoritario vs.  
espectador**
- **Efecto de cosa juzgada ultra  
partes**

3.

*La acción de clase en defensa de los “derechos individuales homogéneos”*

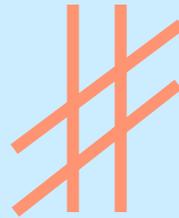


**Acción ejercida individualmente por un miembro (o representante) de un grupo (clase) de afectados, en defensa de los intereses patrimoniales de todos sus miembros**

**Derechos individuales homogéneos (Brasil)**

**Class action for damages (EEUU)**

**Intereses colectivos y difusos (España)**



**Derechos colectivos transindividuales**

**Efecto directo en la cuenta de resultados (riesgo directo operacional):**

- Sus efectos se extienden a todos los que se encuentren en idéntica situación al actor

**Efecto indirecto en la cuenta de resultados (riesgo indirecto o reputacional):**

- Amplia difusión pública
- Globalización (efecto reflejo en otros países)
- Fomento de la cultura “anti bancos”

**Legitimación:** atribuida individualmente a cualquier miembro del grupo (o en su caso representante), que intervenga con vocación de representar a los demás miembros

**Carácter:** acción colectiva, en defensa de los intereses de una pluralidad de afectados por los mismos hechos o actos dañosos



**Acumulación subjetiva de acciones**

**Contenido: patrimonial, generalmente encaminada a obtener una sentencia de condena pecuniaria contra el demandado**

**Efectos: como regla general, la sentencia producirá efectos de cosa juzgada ultra partes, afecta a los miembros del grupo no personados en el procedimiento**

*Norma general: Federal Rule no. 23 of Civil Procedure (1938) / Modificada por la Class Action Fairness Act de 2005*

**Excepción principal**



**Norma específica: Securities Act (1933) y Securities Exchange Act (1934): acciones de clase relativas a valores negociables a nivel nacional y registrados**

**Numerosity: dificultades para la personación de los miembros del grupo (personación “*impracticable*”)**

**En particular...**

- **Número de afectados**
- **Dispersión geográfica de los miembros del grupo**
- **Recursos económicos del miembro “típico”**

**Commonality: identidad fáctica, todos los miembros del grupo han sido afectados por los mismos hechos**

**En definitiva...**

- Irrelevancia de las circunstancias particulares
- Prevalecen las cuestiones fácticas comunes

**Typicality**: la reclamación iniciada por el representante del grupo sería “típica”, semejante a la que habrían planteado los demás afectados

**En concreto...**

- “Tipicidad” del *petitum* de la demanda

*Adequacy of representation*: idoneidad del representante

**En realidad...**

- “Honorabilidad” o “reputación”
- Inexistencia de conflicto entre el representante y el grupo

*Certification of the class action:* procedimiento incidental previo para:

- Verificar la legitimación procesal del actor
- Financiación del proceso
- Especial atención al requisito de la “*commonality*”

**Publicidad del procedimiento: difusión pública de la apertura del procedimiento (v. gr., publicaciones), incluyendo la notificación individual cuando fuere posible**



**Intervención adhesiva (opt in): facultad de cada miembro del grupo de personarse en el procedimiento adhiriéndose a la pretensión del representante, con representación procesal propia**

**Renuncia a la representación (opt out): facultad de cada miembro del grupo de solicitar su exclusión del procedimiento**

Renuncia y transacción: sujeta a la autorización judicial



**Ppio. inquisitivo vs. ppio. dispositivo**

- **Publicación**
- **Notificación**
- **Audiencia**
- **Nuevo derecho de exclusión (opt out)**
- **Aprobación: acuerdo justo, razonable y adecuado**

**Sentencia: efecto de cosa juzgada ultra partes**



**Sentencia de condena**

**Desestimación de la  
demanda**

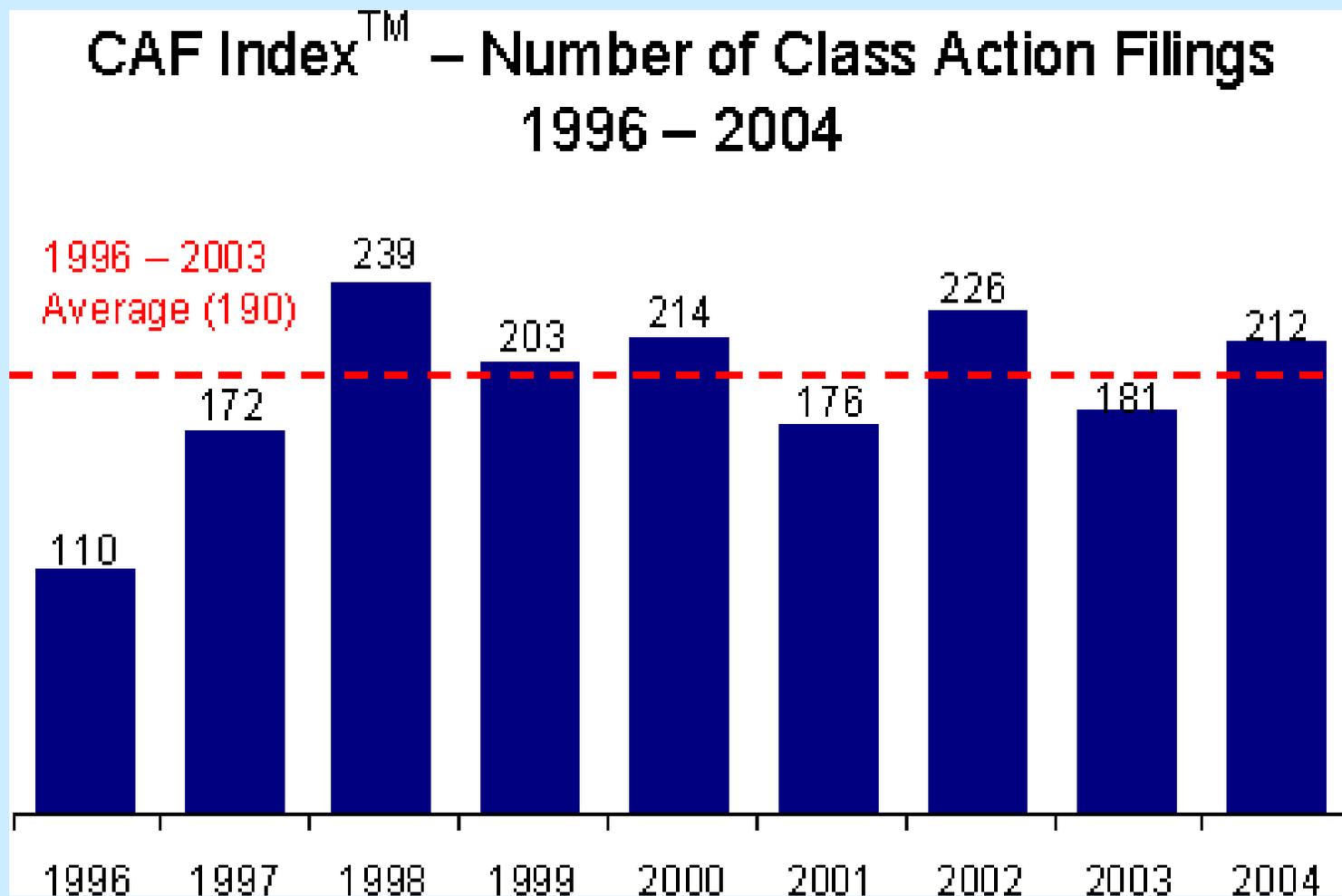
**Excepto supuestos  
“opt out”**

**Publicación de la sentencia**

**Ejecución de la sentencia, en la forma ordenada  
por el órgano judicial**

### 3. La acción de clase

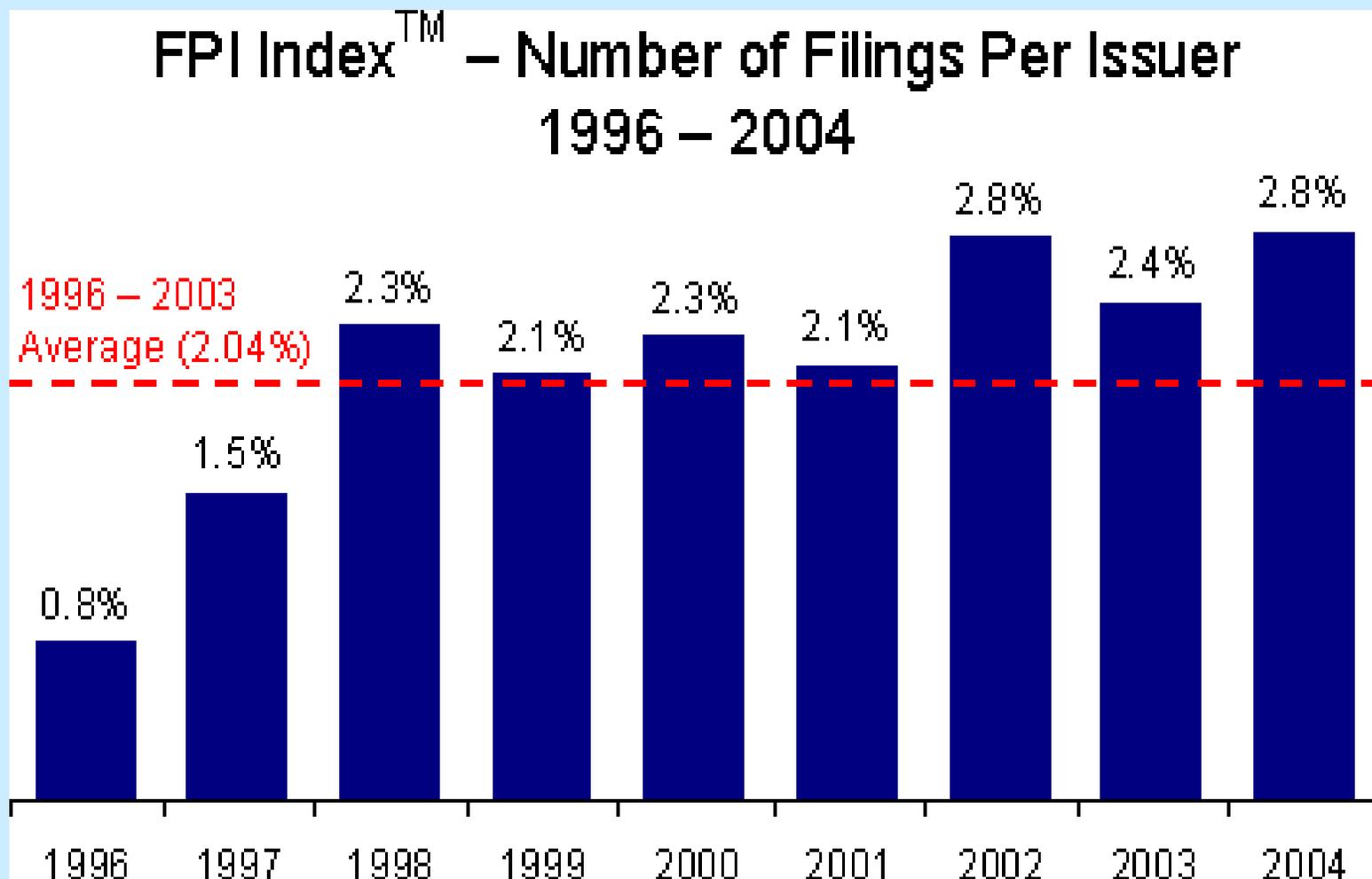
*Estados Unidos: datos*



©2005 Cornerstone Research

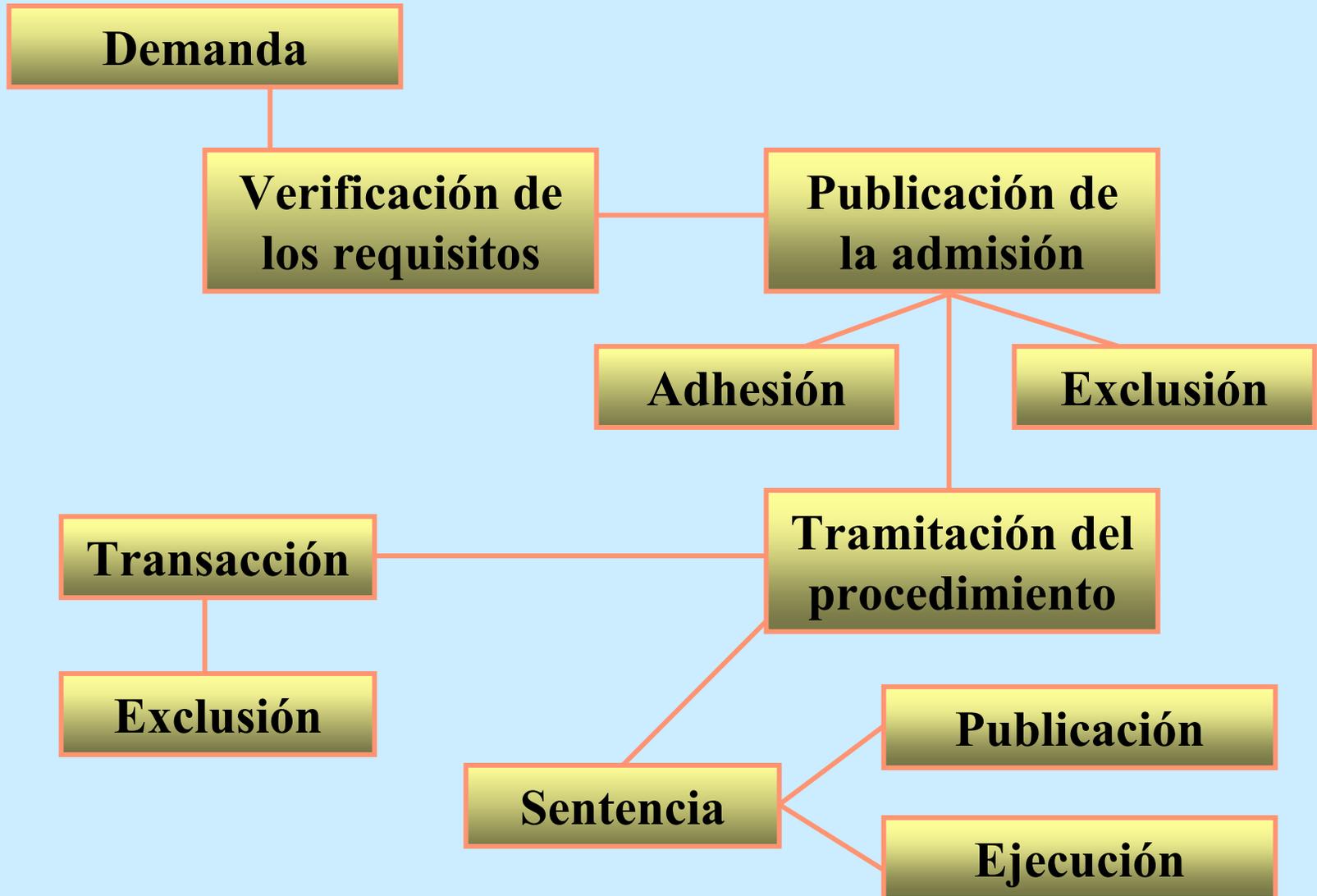
### 3. La acción de clase

*Estados Unidos: datos*



### 3. La acción de clase

*Procedimiento “tipo”*



*Acción de protección de los “intereses colectivos”* de los consumidores y usuarios, cuando estos están perfectamente determinados o son fácilmente determinables

*Acción de protección de los “intereses difusos”* de los consumidores y usuarios, cuando estos son indeterminados o de difícil determinación

**Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre**

#### La situación previa a la nueva regulación

*LGDCYU (año 1984) y especiales (Ley General de Publicidad, Ley de Marcas, Ley de Competencia Desleal)*: reconocimiento de las acciones colectivas de cesación o inhibitorias frente a conductas lesivas para consumidores y usuarios

#### La situación previa a la nueva regulación

*Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (año 1998)*: facultad para reclamar la devolución de las cantidades indebidamente cobradas al amparo de una condición general nula



No es una  
acción  
colectiva

- Socios de la asociación reclamante
- Particulares personados en el procedimiento

#### La situación previa a la nueva regulación

La STS de 26.07.1999 (Sala de lo Penal), “juicio de la colza”: indemnización a favor de los perjudicados identificados en el proceso aunque (i) no fueren socios de la asociación reclamante y (ii) no se hubieren personado en el procedimiento



- Efectos de cosa juzgada ultra partes

- Restringida a aquéllos perjudicados identificados en el procedimiento (20.000)

#### Elementos de la definición

##### Legitimación:

- **Intereses colectivos:** asociaciones de consumidores y usuarios, entidades legalmente constituidas con este fin y grupos de afectados
- **Intereses difusos:** asociaciones de consumidores y usuarios “representativas” (concepto no definido)



Número de asociados en el ámbito territorial en el que se ejerce la acción  
(SAP Sevilla, 22.01.2004)

#### Elementos de la definición

**Carácter: acción colectiva, en defensa de una pluralidad de consumidores o usuarios**



- **Identidad fáctica: “un hecho dañoso”**
- **Acumulación subjetiva de acciones: nexo por razón del título o causa de pedir**

#### Elementos de la definición

**Contenido:** patrimonial, sentencia de condena dineraria o de dar cosa específica o genérica

**Efectos:** cosa juzgada ultra partes, afectará también a los miembros del grupo no personados en el procedimiento

**Intereses colectivos: notificación a los miembros del grupo de la futura interposición de la demanda**

**Admisión de la demanda: excepciones procesales (falta de legitimación activa / improcedencia de la acumulación subjetiva de acciones)**

**Publicidad del procedimiento: notificación / difusión pública de la admisión de la demanda**

*Suspensión del procedimiento:* **máximo dos meses**

**Intervención  
adhesiva de  
cualquier miembro  
del grupo  
(representación  
procesal propia)**

**No previsión de  
mecanismo de salida  
(renuncia a la  
representación)**



**¿Encaje constitucional?  
(tutela judicial efectiva)**

#### Proceso complejo de ejecución:

##### ■ Sentencia:

**Intereses colectivos: determinación individual consumidores**

**Intereses difusos: datos, características y requisitos necesarios para instar la ejecución**

■ **Ejecución instada por cada interesado, previa audiencia del condenado**

#### Diferencias con el sistema estadounidense

Legitimación: asociaciones, autoridades

Exclusión: no existe un sistema de exclusión (*opt out*)

Transacción: sin aprobación judicial

Ejecución: compleja

Efectos de la sentencia: exclusivamente demandado  
(vs. *defendant class action* – acción colectiva pasiva)

**“Interés general”: la sentencia dictada en un proceso judicial promovido por una asociación de consumidores, autoridad o ministerio público, producirá efecto de cosa juzgada para el demandado cuando la cuestión afecte a un interés general**

**Ley 24.240 (1994) de Defensa del Consumidor**

**Cámara Nacional en lo Comercial (23.12.02):**  
**ratifica demanda cautelar s/ cese de un débito automático en tarjetas de crédito**

**Sentencia de la CNCOM de 10.05.2005 (DGDC Bs As c/ BNL, cobro de comisiones titulares de tarjetas de crédito):** “admitida la legitimación de la accionante ... en defensa de los intereses de los consumidores ..., no se aprecia óbice para que la pretensión se concrete en defensa de intereses patrimoniales individuales”

#### Proyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor: *Acciones de incidencia colectiva*

**Transacción:** traslado al Ministerio Fiscal y homologación judicial, estando cualquier interesado facultado para apartarse del acuerdo

**Efectos de la sentencia:** la sentencia que haga lugar a la pretensión surtirá efectos erga omnes, “*excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario en los términos y condiciones que el magistrado disponga*”

**“Derechos individuales homogéneos”: derechos subjetivos pertenecientes a determinados sujetos, individuales y divisibles, susceptibles de ejercicio individual pero que, a consecuencia de su origen común, la norma permite que sean tratados colectivamente, en un único proceso**

**Ley 8078/1990, de 11 de septiembre, por la que se aprueba el Código de Defensa del Consumidor**

**Otras categorías de  
derechos colectivos**

*Derechos difusos*  
*Derechos colectivos*



**Naturaleza indivisible  
(v. gr. salud pública)**

**No previsión de la facultad de exclusión (opt out):**  
particularidades del efecto de la cosa juzgada *in utilibus*

**Efectos de la sentencia:** efecto de cosa juzgada ultra partes *in utilibus*, exclusivamente para el supuesto de que la demanda sea estimada (sentencia de condena del demandado)

**Estimación de la  
demanda**



**Cada perjudicado  
podrá solicitar su  
resarcimiento  
patrimonial en la fase  
de ejecución de la  
sentencia**

**Desestimación de la  
demanda**



**Ejercicio de la acción  
individual por los  
miembros del grupo  
no personados en el  
procedimiento**

**“Acciones de interés colectivo”, en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual**

**Ley No 19.496, de 7 de marzo de 1997, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (reforma Ley 19.955, de 14 de julio de 2004)**

#### Otras categorías de derechos colectivos

*“Acciones de interés difuso”*, en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos

*Examen de la adequacy of representation durante la vida del proceso:* revocación del mandato judicial cuando la representación del interés colectivo o difuso no sea adecuada para proteger los intereses de los consumidores o cuando exista otro motivo que así lo justifique

*Transacción:* requiere aprobación judicial

### Ejecución de la sentencia

- **Comparecencia de los interesados en el plazo de los 90 días siguientes a su publicación**
- **El juez podrá ordenar que el condenado proceda al pago sin necesidad de comparecencia de los interesados cuando considere que este cuenta con información para individualizarlos**

**“Acciones de grupo”, dirigidas exclusivamente para obtener el pago de la indemnización de los perjuicios de un conjunto de personas (perjuicio individual)**

**Ley 472 (5.08.1998), por la que se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo**

#### Otras categorías de derechos colectivos

***“Acciones populares”***, para la protección de los derechos e intereses colectivos (v. gr., seguridad y salubridad pública, derechos de consumidores y usuarios)

**Prescripción de la acción de grupo: dos años (transcurrido dicho plazo, sólo cabe la acción individual)**

**Efectos de la sentencia: cosa juzgada ultra partes (sentencia de condena y desestimación de la demanda), excepto para:**

**Renuncia a la representación**

**Los que demuestren que no fueron adecuadamente representados o que hubo graves errores de notificación**

**“Patrocinio de intereses difusos”: interés difusos es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor**

**Código de Procedimientos Civiles, art. 82**

*Reforma de la Ley del Mercado de Valores:*  
**promovida por la CONASEV, incorpora la acción de clase promovida por cualquier accionista de una sociedad que haga oferta pública de sus acciones (v. gr., contra administradores, accionista mayoritario)**

**Intereses o derechos colectivos o difusos:** la defensa de los derechos establecidos en la norma podrá ser ejercida individual o colectivamente, en este caso cuando se encuentren involucrados derechos “colectivos o difusos”

**Ley n° 37.930 (4.05.2004), de protección al consumidor y al usuario**

**Situación previa:** admisibilidad de la acción por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 26 de la Constitución, principios constitucionales de la República)

**Definiciones: derechos individuales homogéneos / derechos difusos (supraindividuales) –Brasil-**

**Adequacy of representation: credibilidad, capacidad, prestigio, antecedentes, etc. del representante –Estados Unidos-**

**Desplazamiento carga de la prueba: incumbe a la parte que posea los conocimientos necesarios para ello / facilidad para su demostración**

**Efectos (individuales homogéneos): cosa juzgada *secundum eventum litis* –Brasil-**

**Acción colectiva pasiva: acción iniciada contra la clase o grupo –Estados Unidos-**

**Racionalización del sistema procesal: evita la proliferación de procedimientos judiciales**

**Justicia efectiva: resarcimiento individual de intereses económicos de escasa cuantía**

**Medida procesal contra el enriquecimiento injusto: importe irrelevante para cada miembro del grupo, pero relevante para el causante del daño**

**Fomento de la litigiosidad:** particularmente en Estados Unidos, los abogados han promovido el ejercicio de este tipo de acciones por la importante cuantía de los honorarios (hasta 30-40% del producto de la sentencia)

**Utilización como medida de presión:** particularmente a las grandes empresas / corporaciones

**Destino de recursos:** destino de importantes recursos humanos y económicos a la defensa frente a este tipo de acciones

#### *Class Action Fairness Act of 2005*

**Ampliar la competencia de los tribunales federales vs. estatales**



- **Afecta a más de un estado**
- **Al menos 100 perjudicados**
- **Importe mínimo de USD 5 MM**

**Limitar los honorarios profesionales cuando la sentencia se ejecuta en forma de “*settlement coupons*” (descuento en la prestación de servicios futuros a los perjudicados)**

**Tutela del interés público: intervención obligada de la autoridad pública en el procedimiento (defensor del consumidor, Ministerio Fiscal, etc.), en defensa de la legalidad**

**Filtro de acciones temerarias**

**Representación adecuada**

**Control acuerdos transaccionales**

**Medidas cautelares:** adopción de oficio por el órgano judicial (juez autoritario vs. juez espectador)

**Efecto de cosa juzgada ultra partes:** con independencia de que la sentencia sea favorable o desfavorable

**Ejecución:** a cargo del condenado, sin que sea preciso la ejecución instada por cada miembro

**Honorarios:** limitados por disposición legal

## LA BANCA Y SUS CLIENTES “LAS ACCIONES DE CLASE”

*Mirari Barrena Longarte*

*Directora*

*Servicios Jurídicos Latinoamérica*

*BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.*

*XXIV Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario  
Santiago de Chile, 28 – 30 de septiembre de 2005*