

Syracuse a 12 de octubre del 2020

Ministros integrantes de la Primera Sala de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación.

Av. Pino Suárez número 2 Colonia Centro,
Delegación Cuauhtémoc,
Ciudad de México

Ref.: Comparecencia como Amigo de la
Curia en el Amparo Directo en Revisión
número 726/2020 (*colectividad vs. ATT*)

Estimados Ministros:

Mi nombre es **Antonio Gidi**, comparezco en forma desinteresada, sin recibir ningún tipo de retribución económica y en mi calidad de *amicus curiae*, a formular consideraciones legales en materia de acciones colectivas que estimo relevantes para la resolución del asunto de referencia y, más importante, para el buen curso de las Acciones Colectivas en México.

Antecedentes y justificación del Amigo de la Curia

En términos del artículo 598 párrafos segundo y tercero del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), solicito a esta H. Autoridad, me tenga por compareciendo en calidad de *amicus curiae* a la presente instancia judicial que resolverá planteamientos de inconstitucionalidad sobre acciones colectivas. Una vez reconocida la calidad de *amicus curiae*, solicito a esta H. Sala se me tenga con tal carácter por exponiendo mi percepción acerca del trasfondo histórico-legislativo mediante el cual se engendró el actual marco jurídico de los procedimientos de acciones colectivas en México.

He dedicado mi vida profesional al estudio y tutela de los Derechos de Grupo y he tenido la gran fortuna de poder de una forma u otra, haber influido en el mejoramiento de su tutela en algunos de los Países del continente americano.

En 2010, México dio un gran paso en la tutela de derechos humanos al incorporar al sistema jurídico Mexicano las Acciones Colectivas mediante la incorporación de un tercer párrafo al artículo 17 Constitucional.

No obstante la iniciativa ya incorporaba altos estándares internacionales de protección de los Derechos de Grupo en su exposición de motivos (anexo 1), ellos fueron ampliamente discutidos e incluso mejorados por los legisladores, habida cuenta que, en la misma época, un diputado presentó otra iniciativa de ley la cual denominó Ley Reglamentaria del tercer párrafo del artículo tercero Constitucional. Ante dicha disyuntiva los legisladores, para decidir cuál de ambas iniciativas protegerían mejor los Derechos de Grupo, mandaron hacer un estudio comparativo de ambas iniciativas de ley que incluyó un trabajo de derecho

comparado sobre las Acciones Colectivas (anexo 2) lo que enriqueció aún más la protección de los Derechos de Grupo.

Conforme al mandato Constitucional, algunos meses después, el Senado de la República Mexicana inició el proceso de crear la ley reglamentaria. Para ejecutarla, el Senado formó una Comisión de Juristas y contrató a tres investigadores y académicos: el Maestro Alberto Benítez Tiburcio, el Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor y al suscrito, a quienes se encomendó la creación de un proyecto del Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles buscando la máxima tutela jurisdiccional de los Derechos de Grupo que incluyan los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Como consecuencia de lo anterior, durante 2011, viajé por varios meses de manera semanal a la Ciudad de México, y en la sede del Senado nos reuníamos los juristas señalados con diversos senadores. En dichas reuniones también participaban los abogados de varias de las principales empresas de México, quienes, más que buscar contribuir a la protección de los Derechos de Grupo, pretendían incluir obstáculos en la Ley. Sin embargo, la Comisión del Senado pudo evitar la incorporación de esos obstáculos.

Como resultado de nuestro trabajo, entregamos al Senador Jesús Murillo Karam un proyecto de ley procesal colectiva, el cual contenía las reglas adecuadas que respetaban la naturaleza de los procedimientos colectivos y era congruente con el espíritu de la reforma al tercer párrafo del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Sin embargo, en el proceso legislativo que se llevó a cabo ante el Congreso de la Unión, se hicieron diversas modificaciones al proyecto de ley procesal preparado por la Comisión; modificaciones que resultaron curiosamente muy similares a las que proponían aquellos abogados de las grandes empresas, y que buscaban obstaculizar el éxito de las acciones colectivas.

Esta es la percepción que obtuve de la experiencia que viví de primera mano al haber formado parte del equipo de académicos a quien el Senado encomendó la creación del proyecto de ley de acciones colectivas. Experiencia de la cual me llevé las conclusiones que ahora comparto a esta H. Sala.

Mi esperanza desde entonces, ha sido que algún día algún procedimiento colectivo llegue a esta Suprema Corte de Justicia de México, y plantee la inconstitucionalidad de aquellos artículos que fueron modificados por el Congreso mexicano y que le quitaron la fuerza y éxito que el proyecto original ofrecía a las acciones colectivas.

Dentro de las modificaciones hechas al proyecto originalmente presentado al Senador Murillo Karam, destaco las siguientes por ser las que son materia de discusión constitucional en el asunto de referencia.

Sistemas *opt in* vs. *opt out*

El Proyecto de Ley preparado por la Comisión del Senado contenía un sistema para organizar a la colectividad conocido internacionalmente como *opt out*. Sin embargo, el legislador mexicano adoptó el sistema *opt in* en el artículo 594 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En la técnica del *opt in* será considerado presente en juicio solamente aquel miembro del grupo que solicite expresamente su inclusión en el proceso colectivo. Con esta técnica, se corre el riesgo de excluir del beneficio ofrecido por la tutela colectiva a un gran número de miembros que, por falta de conocimiento de los hechos, del derecho o de la proposición de la acción, por temor a represalias o por otro motivo, no soliciten o no puedan solicitar su inclusión al grupo. Existe una natural inercia de la situación que hace que el grupo, y consecuentemente el valor de la causa, tiendan a ser reducidos. Con el grupo reducido, la acción colectiva pierde su fuerza y la contraparte (proveedor) sale fortalecida. La impropiedad de este sistema como una regla general es manifiesta. La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ya admitió que el *opt in* destruye la eficacia de la acción colectiva (*class action*), principalmente en las acciones que involucran pretensiones individuales de pequeño valor. Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al marco constitucional.

Por el contrario, a través de la técnica de *opt out*, se presume que los miembros del grupo desean formar parte del litigio y se condiciona su exclusión a una manifestación expresa en ese sentido. Sobre todo en los casos donde el valor de la pretensión individual es reducido, la presunción de que el miembro del grupo perjudicado tiene interés en participar de la acción colectiva es mucho más realista. Al final, en esos casos, la tutela colectiva es la única forma de tutela jurisdiccional de su derecho.

En el sistema *opt out*, la inercia opera para ampliar el número de personas abarcadas por el proceso colectivo, en la medida que los perjudicados con la acción del demandado permanecen como miembros del grupo en la ausencia de acto en contrario. La ventaja mayor es para el grupo, sobre todo en las causas de pequeño valor, cuyos titulares son personas sencillas que, por ignorancia, timidez, acomodo, miedo o simple inercia, jamás tomarán conocimiento o posición activa para intervenir en el proceso. No hay ninguna duda respecto a los efectos de la inercia en los sistemas *opt in* y *opt out*, pues la experiencia así lo demuestra.

Como el sistema *opt out* opera para aumentar el tamaño del grupo, este método es siempre ventajoso para la parte que tiene la razón, sea ella el grupo o la parte contraria. Si el grupo fue efectivamente perjudicado por el demandado, es de su interés que todos los miembros sean beneficiados. Si es el demandado quien tiene la razón, estará interesado en que la sentencia de improcedencia de la acción colectiva vincule el mayor número posible de personas, cerrando definitivamente la controversia. Un sistema procesal que adopte el sistema *opt in* en las causas de pequeño valor económico se muestra no sólo ineficiente, como moralmente discutible.

La acción colectiva que se discute en el presente juicio es de consumidores en contra de la compañía telefónica que da servicio a millones de personas en todo el país. Sin pretender llevar a cabo un ejercicio de análisis constitucional de la norma secundaria mexicana, lo cual corresponde a tan respetable órgano jurisdiccional, me resulta relevante destacar el contenido del tercer párrafo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos... La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses...

Atendiendo a lo anterior, sin ser un experto en derecho constitucional mexicano, sino más bien apelando a mis conocimientos en la materia de procedimientos colectivos, entiendo que una ley secundaria que tiene por objeto proteger a los consumidores y propiciar su organización para el mejor cuidado de sus intereses colectivos, es precisamente aquella que utiliza la técnica más favorable para la organización de la clase. Muchas legislaciones del continente americano establecieron en sus legislaciones la técnica del *opt out* respecto de las acciones colectivas de consumidores, por ser ésta la que mejor protege y organiza a la colectividad.

Cosa Juzgada

El Proyecto de Ley procesal colectiva preparado por la Comisión del Senado, en congruencia con la técnica *opt out*, contemplaba que la cosa juzgada vincularía a todos los miembros del grupo, pero no operando en el caso de que un legitimado colectivo presentara nuevos elementos probatorios o comprobara una inadecuada representación de los derechos e intereses del grupo de que se trate en el procedimiento anterior.

En cambio, la ley colectiva modificada por el Congreso de la Unión, es decir, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 588 fracción V, al regular la cosa juzgada, establece como causales de improcedencia que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos colectivos previos, sin la posibilidad de reclamar nuevamente prestaciones similares en un nuevo proceso colectivo.

Una acción es colectiva si resuelve los intereses de los miembros presentes y ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efectos obligatorios *ultra partes*, más allá de las partes. El carácter *erga omnes* (contra todos) de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento colectivo. Una sentencia que limita la condena de la demandada únicamente en beneficio de las partes presentes en el tribunal (incluyendo terceros intervinientes) destruye la esencia fundamental del proceso colectivo. Así, la doctrina de la cosa juzgada es probablemente el elemento más importante de cualquier legislación sobre acción colectiva.

Por ello, resulta inconcebible que, en un proceso colectivo de millones de consumidores, se pretenda aplicar la cosa juzgada *erga omnes* a miembros presentes y ausentes de la colectividad para efectos de que no puedan volver a presentar el mismo reclamo en vía colectiva. Y, por otro lado, se condicionen, en perjuicio de los miembros ausentes del grupo, los efectos *erga omnes* del fallo a los requisitos (obstáculos) de enterarse de la existencia de la acción colectiva y el de presentar un escrito de adhesión a satisfacción del juzgador (*opt in*). Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al marco constitucional.

Notificación de la sentencia colectiva

El Proyecto de Ley procesal colectiva preparado por la Comisión del Senado establecía que la sentencia se tenía que notificar a toda la clase. Sin embargo, los legisladores se limitaron a ordenar la notificación de la sentencia únicamente al representante de la colectividad. Esto constituye un grave perjuicio para la colectividad, sobre todo para aquella en la que el proceso colectivo utiliza el sistema *opt in*. Como se ha dicho, en el sistema *opt in*, la inercia opera para que el grupo se mantenga pequeño, por lo que una sentencia que se ordene notificar solamente al representante pulveriza aún más la clase. Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al dictamen constitucional.

Aún que no haya previsión legal específica, en congruencia con preceptos constitucionales y morales, el Magistrado debe promover una notificación amplia de su sentencia, para informar a toda la clase.

Ejecución de la condena

Otro aspecto inconcebible y por demás perverso, es el que la ley exija a cada miembro de la colectividad promover su propio incidente de liquidación, en lugar de continuar con la promoción colectiva de liquidación y ejecución en un solo incidente promovido por el representante del grupo.

El Proyecto de Ley procesal colectiva preparado por la Comisión del Senado, en congruencia con el artículo 17 Constitucional y con los principios de concentración y economía procesal que rigen la materia de los procesos colectivos, contemplaba una ejecución colectiva de la condena. El Proyecto establecía que cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuera de fácil determinación o pudiera ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicaría el valor o la fórmula para calcular la indemnización individual y la sentencia se ejecutaría en forma colectiva.

En cambio, la ley colectiva modificada por el Congreso de la Unión, omitió regular la ejecución colectiva de la sentencia, estableciendo en el artículo 605 del Código Federal de Procedimientos Civiles una redacción incompleta, que únicamente regula la ejecución individual del fallo. Esta omisión legislativa no significa que la liquidación y ejecución colectiva sea prohibida.

La liquidación de la sentencia por cada miembro de la colectividad mediante la presentación de incidentes individuales es la manera en la que el Congreso mexicano decidió liquidar las sentencias colectivas. Ello, no obstante de haberse propuesto originalmente el Congreso la posibilidad de que la ejecución se cumpla de modo colectivo, con la cual el representante del grupo podrá buscar la ejecución o el cumplimiento del fallo en nombre de todos los representantes. Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al marco constitucional.

Hacerlo así, como dice la ley mexicana, es desconocer el objetivo principal de las acciones colectivas: permitir la solución de los conflictos de manera efectiva y con economía procesal, ahorrando tiempo y dinero, al evitar una multiplicidad de acciones individuales que podrían derivar para resolver una misma controversia.

La ejecución colectiva tiene la ventaja de que el demandado deberá pagar el valor total de lo perjuicio que ha causado a la totalidad de los miembros del grupo. Esto es esencial para la eficacia de las acciones de condena colectivas. A través de la ejecución individual, el demandado solamente pagará a aquellos pocos miembros del grupo que intervengan en el proceso colectivo (*opt in*) y propongan su ejecución individual. Esto es particularmente improbable en los casos en que el crédito individual sea de pequeño valor.

No hay sentido iniciar una acción colectiva en un único procedimiento en representación de la colectividad para después atomizarlo en millones de procedimientos individuales de liquidación y ejecución. Si al final de lo juzgado, en la sentencia colectiva, cualquier miembro acreedor tuviera que discutir nuevamente la controversia en otro proceso individual para obtener la tutela de su derecho, de nada hubiera servido la propuesta de la acción colectiva.

Por eso, el Magistrado que dicte la sentencia debe cumplir con su obligación de acatar el art. 17 Constitucional y ejercer las facultades que le otorga el art 599 del CFPC para solicitar al demandado la presentación del listado de todos los clientes a los cuales ha hecho el cobro ilegal, con sus nombres, número de teléfonos y valores ilegalmente cobrados. Con esta información, el juez debe en su sentencia colectiva hacer una condena genérica para el demandado reembolsar el valor ilegal a todos los consumidores. Esto puede ser hecho muy sencillamente a través de créditos directos en las cuentas de cada consumidor. Además, debe condenarlo a pagar el valor correspondiente a todos aquellos que ya no son más sus clientes, bajo presentación de identificación oficial. Aquí me permito destacar lo que nos dijo desde los años 90s el gran Maestro Mauro Cappelletti quien insistió en varios de sus ensayos que el juzgador debe de tener una posición más activa en el proceso colectivo.

Gastos y Costas

Por último, el Proyecto de la Comisión del Senado contemplaba el beneficio de los gastos y costas para la colectividad, bajo ciertos supuestos normativos.

Sin embargo, dicho beneficio fue omitido en el contenido del artículo 617 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Este cambio al proyecto perjudica solamente a la colectividad de consumidores. Desincentiva tanto el acercamiento de abogados interesados en representar los intereses de los consumidores (la mayoría ausente) con reclamos de poco valor económico, como a los consumidores para invertir dinero en un asunto que puede exigir más gastos que dinero a recuperar. Está claro que el objetivo de esta norma es perjudicar los miembros del grupo en violación al marco constitucional.

Si los abogados que patrocinan el asunto no tienen garantizado que, de obtener una sentencia favorable, les serán resarcidos sus costos, es difícil pensar que alguien lo hará por el placer de trabajar muchos años en favor de los intereses colectivos y en contra de demandados poderosos. Esto ha traído en México una muy escasa practica de Acciones Colectivas, y le ha quitado la oportunidad a los jueces y magistrados del País y a este mismo órgano Supremo, de corregir el rumbo de las acciones colectivas.

Conclusión

Por violar los artículos 17, tercer párrafo y 28 Constitucional y corromper los principios generales de las acciones colectivas, las acciones colectivas mexicanas nacieron para ser letra muerta. Este amparo es quizás la única oportunidad de esta Suprema Corte para resucitarlas, en fidelidad a la Constitución, observancia a los principios jurídicos y en beneficio de la sociedad mexicana.

Por lo anteriormente expuesto y fundado ante esta H. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, solicito:

PRIMERO: Se me tenga por reconocida la calidad de *Amicus Curiae*.

SEGUNDO: Se me tengan por exponiendo los argumentos contenidos en el presente escrito.

Atentamente,



Dr. Antonio Gidi