

Entidades de infraestructura específica para la resolución de conflictos colectivos: las *claims resolution facilities* y su aplicabilidad en brasil*

Antonio do Passo Cabral

Profesor de Derecho Procesal Civil
en la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ)

Hermes Zaneti Jr.

Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil
en la Universidad Federal de Espírito Santo (UFES)

Resumen: El artículo analiza la experiencia norteamericana con las claims resolution facilities, investigando en qué medida el mecanismo puede ser útil para la resolución de conflictos colectivos en Brasil.

Palabras clave: Fondos de compensación; entidades; infraestructura específica; tutela colectiva; mecanismos de resolución alternativa de conflictos; claims resolution facilities

Abstract: The article analyses the U.S. experience with claims resolution facilities, exploring to what extent this mechanism could be useful to the resolution of complex litigation in Brazil.

Keywords: Claims resolution facilities; collective redress; ADR mechanism

* Este artículo es el resultado de las actividades de los Grupos de Investigación "Transformações nas Estruturas Fundamentais do Processo", vinculado a la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ) y registrado en el Directorio de Grupos de Investigación del CNPq (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/9009555729002032>) y "Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo", vinculado a la Universidad Federal de Espírito Santo (UFES) y registrado en el Directorio de Grupos de Investigación del CNPq (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429>). Actualmente el FPCC/UFES posee financiamiento de investigación para el estudio del Caso del Desastre del Río Doce concedido por la Fundación de Amparo a la Investigación y la Innovación del Estado de Espírito Santo - FAPES. Ambos grupos de investigación son miembros fundadores de ProcNet -Rede Internacional de Pesquisa sobre Justiça Civil e Processo contemporâneo- (<http://laprocon.ufes.br/rede-de-pesquisa-0>). Durante la fase de elaboración del texto, se publicó una versión manuscrita para debate en internet a través del sitio www.academia.edu. Todos los comentarios fueron considerados en la redacción final, y agradecemos a los colegas que participaron en las discusiones.

Índice: 1. Introducción.—2. Las *claims resolution facilities* en los EE.UU. y su aplicabilidad en Brasil; 2.1. ¿Qué son las *claims resolution facilities*? Aplicabilidad en el sistema brasileño; 2.2. Funciones y objetivos; 2.3. Creación legal, judicial o convencional; 2.4. Forma y organización; 2.5. Esquemas de compensación y modelos de procedimiento. Los planes de resolución de conflictos. Incentivos y desincentivos a la búsqueda de la vía judicial; 2.6. Transparencia, divulgación y diálogo con la comunidad afectada; 2.7. ¿Quién define el formato?; 2.8. Ventajas de las *claims resolution facilities* con relación al Poder Judicial; 2.9. Desventaja asociada.—3. Conclusión. Otros puntos para la reflexión en el derecho brasileño.—4. Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

La complejidad de los litigios colectivos o de masa resulta de su propia naturaleza. Las pretensiones que involucran derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos afectan a miles de personas, de la presente y otras generaciones, y no raramente se presentan acumuladas en litigios que, al mismo tiempo, tratan de lesiones jurídicas a uno o más grupos, con uno o más derechos aplicables y un sin número de intereses jurídicamente tutelados.

Algo parecido ocurre cuando, incluso allí donde pueden plantearse acciones colectivas, se juzgan simultánea o sucesivamente un número significativo de acciones individuales sobre cuestiones fácticas y jurídicas similares, con un grupo de personas perjudicadas que busca activamente su reparación admitiendo que dichas cuestiones comunes se traten en un juicio tipo.¹

Característica determinante de los litigios colectivos es que admiten la distinción entre la administración de los conflictos de intereses dentro del grupo, o grupos, demandantes, y la complejidad de las cuestiones jurídicas a dilucidar.² Esta peculiaridad de los litigios de masas hace que el nivel de complejidad alcance un grado máximo.

La complejidad a que se hace referencia aquí, complejidad en grado máximo, revela la necesidad de soluciones específicas para los procesos colectivos altamente complejos, que coadyuven a su adecuada resolución. Ello lleva a que, por ejemplo, haya necesidad de algún grado de descentralización de las decisiones ante la presencia de conflictos de intereses entre los miembros del grupo, o debido a la menor o mayor complejidad de los hechos y de los derechos tutelados en disputa, así como a la menor o mayor efectividad de las medidas necesarias para la adecuada reparación. En los procesos individuales no repetitivos pueden, sin duda, existir casos complejos, pero son los procesos colectivos, en particular aquellos que involucran grandes desastres ambientales u otros daños en masa, los que presentan los elementos más característicos de esta complejidad en grado máximo.³

¹ Sobre el tema, CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, vol.147, 2007, p.129.

² VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016; VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. In: ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do CPC no Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

nota 3 en página siguiente

El caso Río Doce es un ejemplo de fuertes conflictos de intereses entre los miembros del grupo, y complejidad fáctica y jurídica del objeto en litigio. El día 5 de noviembre de 2015 se rompió la presa de la compañía Samarco sita en la ciudad de Mariana (Brasil), viéndose afectados tanto derechos individuales como intereses colectivos. Inmediatamente se plantearon acciones individuales, colectivas e incidentes para resolver sobre los casos de litispendencia detectados y que implicaban tanto a casos planteados de forma individual como a demandas repetitivas, en las que se identificaron grupos de intereses contrapuestos e intereses contrapuestos internamente a los propios grupos. El ejemplo del caso Río Doce servirá para ilustrar algunas de las consideraciones de este artículo.

Las medidas judiciales adoptadas en estos casos, sea cuando se las concede de forma cautelar, sea de forma definitiva en la sentencia que pone fin al juicio, se revelan, normalmente, tardías, costosas y de difícil manejo dentro de las estructuras y procedimientos de los tribunales de justicia. Ello ocurre tanto en el caso de ejecución de instrumentos de base negocial (autocomposición, como en los términos de ajuste de conducta),⁴ como de decisiones judiciales (cumplimiento de sentencia y tutelas provisionales).

Algunos tipos de litigios de masa ya han buscado otros caminos al margen de los tribunales de justicia para obtener mejores resultados. En algunos casos, la solución encontrada ha sido la creación de *entidades de infraestructura específica, especializadas en la resolución de conflictos, y que buscan dar cumplimiento* a negocios jurídicos y decisiones judiciales.

Es el caso destacado de la Fundación Renova,⁵ una entidad formada a partir del acuerdo transaccional, en Brasil llamado “termo de ajustamento de conduta”, TAC, firmado entre las empresas Samarco, Vale do Río Doce y BHP Billiton con la Unión, los estados de Minas Gerais y Espírito Santo y sus autarquías; y el acuerdo transaccional firmado en 2002 entre la *Companhia Energética de Minas Gerais - CEMIG*, el Ministerio Público Federal - MPF, el estado de Minas Gerais y la *Fundação Estadual do Meio Ambiente*, con la participación de otras entidades, para mitigar los impactos socio ambientales de la implantación de la Planta Hidroeléctrica de Irapé. El TAC preveía

³ De algún modo, los procedimientos concursales (por ejemplo, quiebra, insolvencia civil y recuperación judicial) pueden también resultar muy complejos, debido a la multipolaridad de los intereses involucrados, que frecuentemente conduce a un alto grado de conflictividad interna. Por lo tanto, es importante recordar que gran parte de las conclusiones del texto para los procesos colectivos y estructurales se aplica también a los procedimientos concursales con esa complejidad.

⁴ La previsión en el art. 3º, § 3º do CPC, que determina el estímulo a la autocomposición impuesto para todos los órganos públicos y abogados y la ampliación de la justicia multipuertas (multidoor courthouse) en Brasil con los dispositivos del Código de Proceso Civil, la Ley de Mediación y las reformas en la Ley de Arbitraje para permitir el arbitraje por el Poder Público, indican que este será un camino consistente para la resolución de controversias complejas y una nueva tendencia en la justicia civil, a ejemplo de lo que ya ocurre en el derecho comparado. ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 75-80.

⁵ Para acceder al sitio de la Fundación cf. (<https://www.fundacaorenova.org/a-fundacao/>). Acceso en 20.08.2018.

medidas que correspondían a la propia CEMIG, pero también estipulaba que la empresa debía firmar un convenio con la Empresa de Asistencia Técnica y Extensión Rural de Minas Gerais - EMATER, que sería responsable de dar soporte técnico y ejecutar otras innumerables medidas como la de reasentamiento de los afectados.

Además, se preveía la denominada “asignación temporal de recursos financieros”, a ser gestionada por asociaciones creadas en cada reasentamiento de los afectados de acuerdo con un plan predefinido; proyectos realizados por grupos privados a instancia de entidades públicas para resolver cuestiones como los deslizamientos, inundaciones y desalojos en función de las lluvias en Río de Janeiro;⁶ la contratación por la empresa de telecomunicaciones *Oi* en el curso del proceso de recuperación judicial (convenio con acreedores) de una fundación para crear una plataforma digital que posibilitara la mediación con miles de acreedores sitios en todo el país;⁷ así como proyectos e iniciativas del propio sector privado, constituyendo programas de interés público en razón de los procesos de licenciamiento ambiental o responsabilidad social de las empresas.

Todas estas medidas pueden ser calificadas como entidades de infraestructura específica, especializadas en la resolución de conflictos colectivos, esto es, terceros que serán responsables de la implementación, total o parcial, de una decisión judicial o transaccional, y que pueden tener naturaleza privada o mixta.

Esta práctica no es nueva en el derecho comparado. En los Estados Unidos, desde hace por lo menos dos décadas, ha sido frecuente la constitución de las llamadas *claims resolution facilities*.⁸

El objetivo de este texto es examinar el instituto, investigar las características compatibles con el derecho brasileño, explorar los riesgos de su implementación, e identificar sus límites y formas de control destacando sus ventajas y desventajas. Al final, podremos visualizar mejor los problemas que esas entidades enfrentaron en el exterior y deben presentar en nuestro sistema, logrando optimizar sus actividades para las finalidades públicas que la tutela colectiva asume en Brasil.

⁶ Cf. (<http://dialogconsultoria.com/cliente/governo-do-estado-do-rio-de-janeiro/>). Acceso en 03.09.2018.

⁷ Se trata de la plataforma de acuerdo de la recuperación judicial del Grupo Oi, creada para la mediación de los acreedores cuyos créditos aún fueran ilíquidos, así como para recibir incidentes de habilitación e impugnaciones. conferir en: (<https://www.credor.oi.com.br>). Acceso en: 01.10.2018.

⁸ El mayor desarrollo del tema ha sido en los Estados Unidos. Pero algo similar se ha adoptado en otros países. En Japón, por ejemplo, el accidente nuclear de la planta de Fukushima también fue acompañado por la creación de un fondo para compensar a las víctimas. El fondo fue nombrado, en su traducción inglesa, como “The Nuclear Damage Compensation and Decommissioning Facilitation Corporation”, abreviado como NDF, que fue un desarrollo institucional de otra estructura existente (la *Nuclear Damage Compensation Facilitation Corporation*). Más información puede obtenerse en: (<http://www.dd.ndf.go.jp/eindex.html>), acceso en: 10/12/2018. En la doctrina, FELDMAN, Eric. A. Compensating the Victims of Japan’s 3-11 Fukushima Disaster *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, vol.16, n.2, 2015, p.127 ss; FOOTE, Daniel H. Japan’s ADR System for Resolving Nuclear Power- Related Damage Disputes, *University of Tokyo Law Review*, vol.12, 2017, *passim*.

2. LAS CLAIMS RESOLUTION FACILITIES EN LOS ESTADOS UNIDOS Y SU APLICACIÓN EN BRASIL

2.1. ¿Qué son las *claims resolution facilities*? Aplicabilidad en el sistema brasileño

Se puede decir que las *claims resolution facilities* son entidades, o más genéricamente, infraestructuras⁹ creadas para solicitar, resolver o ejecutar medidas que buscan resolver situaciones jurídicas que afectan a uno o más grupos de personas. Estos casos serían tratados judicialmente como miles de casos individuales de objeto similar, casos repetitivos¹⁰ o acciones colectivas.¹¹

Las *claims resolution facilities* surgieron en los Estados Unidos de América como una alternativa al modelo clásico de litigios,¹² ideadas en razón de la dificultad de las instituciones judiciales de lidiar con procesos complejos (como acostumbra ser las acciones colectivas) y con la masificación de litigios individuales. Las *claims resolution facilities* encuentran su fundamento en la eficacia procesal,¹³ pues pretenden una mayor eficiencia del sistema de justicia, con menos costos que si actuara la propia jurisdicción en la ejecución de las medidas propuestas para la corrección del ilícito.¹⁴

⁹ La expresión inglesa tiene una traducción muy difícil, porque el término “facility”, dependiendo del contexto, puede significar equipos, recursos, instalaciones, servicios, etc., Optamos, así, por la designación “entidades de infraestructura específica”, con el fin de abarcar tanto la estructura, como la función de dichos organismos.

¹⁰ Es importante comprender que, para el ordenamiento brasileño, los casos repetitivos no se limitan a los derechos individuales homogéneos, ellos son extensibles para todas las situaciones de derecho material o derecho procesal que se presenten como cuestiones discutidas en procesos judiciales. El Código de Proceso Civil de 2015 regula expresamente esta técnica judicial en el artículo 928.

¹¹ Sobre el tema, MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1361; HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.175 ss. Para una amplia visión sobre las *facilities* y sus desafíos cf. *Mass Claims Resolution Facilities*. New York: CPR, 2011 (International Institute for conflict Prevention & Resolution - CPR Master Guides on Conflict Prevent and Resolution).

¹² GREEN, Eric D. Mapping mass claims facilities. *Dispute resolution magazine*, vol.18, 2011, p.12; MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1365; FEINBERG, Kenneth R. *Who Gets What. Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval*. New York: PublicAffairs, 2012.

¹³ PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.113.

¹⁴ En los procesos colectivos, como en cualquier mecanismo de gestión de litigios de masas, se identifican diversos problemas para su adecuado tratamiento en el poder judicial, entre ellos: para los litigantes habituales, altos costos directos e indirectos, incertidumbre sobre la extensión de la responsabilidad (y de los valores a ser indemnizados); para el individuo o grupo de victimizados, existe también riesgo y costos porque estos procesos tienden a exigir pericias carísimas; para el sistema judicial, hay también un peso enorme con gastos prácticamente incalculables para la gestión de miles (a veces millones) de procesos. En el sistema brasileño, el costo para el Poder Judicial es aún mayor pues las acciones colectivas son financiadas por el Estado, no siendo exigidas costas o honorarios salvo en caso de mala fe. Además, recordemos que no todos los costos judiciales están cubiertos por la tasa pagada por el litigante. Sobre estos y otros problemas encontrados en los procesos colectivos, y que motivaron el desarrollo de las *claims resolution facilities*, FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.80-84. Para una crítica sobre el mo-

Su surgimiento se dio en causas de responsabilidad civil en daños masificados, y el objetivo era estandarizar la indemnización, desvinculando el resarcimiento de los daños efectivamente sufridos. Estas entidades parten de la presuposición de que ya se ha establecido la responsabilidad de la parte profesional (*repeat player*), y se enfocan en cuestiones residuales no resueltas por la sentencia.¹⁵ Por ejemplo, en caso de necesidad de liquidación individual tras la condena del litigante habitual, las *claims resolution facilities* se encargan de definir los procedimientos de filtrado de las víctimas que encajan en los casos ya sentenciados como susceptibles de recibir una indemnización, y por establecer las secuencias temporales de pago.¹⁶

Es importante destacar que las *facilities* reciben directamente las demandas, y realizan juicios cognitivos acerca de cuestiones fácticas y jurídicas decidiendo al respecto. Funcionan, por así decir, como tribunales extrajudiciales. Este formato es relevante tanto para la garantía de la efectividad de las decisiones a tomar, como para la adecuación de las medidas que se tomen. Por eso, estas entidades gozan de características esenciales como su independencia e imparcialidad, el hecho de que están sometidas a control de los órganos públicos responsables y, de forma eventual, por parte de la Judicatura.¹⁷

delo de gratuidad y la desproporcionada contrapartida de los litigantes en el proceso civil brasileño ver ZANETI JUNIOR, Hermes; GIDI, Antonio. *Brazilian Civil Procedure in the Age of Austerity?* *Erasmus Law Review*, v. 4, p. 245-257, 2015. En cuanto a los costes del proceso, consúltese además CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais sobre o custo da litigância (I)*. *Revista de Processo*, ano 43, vol.276, fev., 2018, p.61 ss.

¹⁵ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1362.

¹⁶ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.176.

¹⁷ Véase que las instalaciones funcionan recibiendo directamente las demandas y promoviendo la satisfacción del derecho material de modo alternativo al acceso al Poder Judicial. Por eso, no hay que confundirse con otras experiencias prácticas de la relación entre poder público, entes privados y Poder Judicial para implantar políticas públicas o corregir daños ambientales. De hecho, algunas iniciativas se aproximan a los conceptos e instrumentos de los que vamos a tratar en este artículo, pero con ellos no se confunden. Basta recordar los ejemplos de los diversos convenios firmados entre Poder Judicial federal y estatal y la administración pública para la creación de comités para el suministro de medicamentos, algunos con especialistas que asesoran a los jueces con opiniones sobre la eficacia del remedio o tratamiento y sobre la existencia de otras terapias equivalentes y menos costosas; o el ejemplo de la inversión de prioridades en la aplicación de recursos previstos en el presupuesto, con la confección de los respectivos informes, exigida en São Paulo para atender al caso de las guarderías y preescolares; el Centro Especializado de Soluciones de Conflictos de la Salud Suplementaria del TJ/RJ, implementado y gestionado por las operadoras de plan de salud, pero que cuenta con expertos y mediadores registrados por el Poder Judicial (fiscalizado por un comité gestor formado por representantes del Poder Judicial, de las empresas y de la agencia reguladora); o el caso de la acción civil pública del carbón, en Santa Catarina. En estos casos, se adoptaron intuitivamente algunas de las mismas premisas, como las decisiones micro institucionales, la creación de comisiones para gestión colaborativa y la intervención de administradores judiciales que actúan por delegación para la fiscalización; sin embargo, no se trata de alternativas sofisticadas al Poder Judicial, porque no llegan a recibir directamente las demandas ni excluyen al Estado-juez. Sobre algunos de estos casos aquí referidos, conferir, en la doctrina, ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.475-493; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil*.

En los Estados Unidos, las *facilities* fueron útiles en casos de daños muy diversificados como derrames de petróleo, daños causados por productos médicos y farmacológicos, fraudes bancarios y de seguridad, desastres naturales como terremotos o huracanes, violencia urbana, o terrorismo entre otros.¹⁸

El instituto plantea varias cuestiones. Por un lado, levanta dudas en términos de justicia distributiva, pues los estándares definidos para el resarcimiento de los daños causados pueden llevar a distorsiones en el tratamiento de las víctimas, cuando no se hace de acuerdo con criterios objetivos, fácticos y jurídicos. Por otro lado, el tema trae al debate la necesidad de establecer una justicia procedimental, y de cómo conciliar los menores costos de operación de las *facilities* con su impacto en las garantías procesales de los involucrados y las exigencias del debido proceso legal.¹⁹ A continuación, se tratarán estos problemas. Antes cabe una reflexión inicial, acerca del objeto de las *claims resolution facilities* en Brasil.

Los casos tratados hasta aquí, oriundos de la experiencia norteamericana, fueron predominantemente casos en que se constituyó una entidad de este tipo con el fin de indemnizar a las víctimas de alguna lesión. Su objeto, sin embargo, puede ser mucho más amplio en Brasil, e incluir, además de indemnizaciones individuales, reparaciones pecuniarias difusas, implementación de proyectos de mejoras de políticas públicas, recomendaciones de proyectos de ley para la regulación de los sectores involucrados, entre otras medidas para obtener la tutela específica de obligaciones o su resultado práctico equivalente.

Nótese, al contrario de lo que parece ser la creencia de los norteamericanos, que las *facilities* no sirven sólo para dar respuesta a derechos individuales

In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 423-448, esp. p. 438-440; COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público. Salvador: JusPodivm, 2017, p.449-473. Véase que, en todos estos trabajos, el foco principal es la inadecuación del Poder Judicial para atender las necesidades de estos litigios y la demostración de cómo la praxis ha evolucionado por medio del método de ensayo y error. No se enfocaba en la posibilidad de delegación y descentralización de la actividad del Poder Judicial, tampoco en la estructura, el procedimiento, los límites y las garantías que deben acompañar tal delegación o descentralización. Se debe resaltar también que aquellas experiencias no utilizaban los grandes cambios técnicos que tenemos a disposición como la edición del CPC/2015, tales como la autonomía de la voluntad en materia procesal, el estímulo a la autocomposición, la cooperación entre órganos jurisdiccionales, las técnicas de juzgamiento de casos repetitivos y la centralización de procesos, así como muchos otros mecanismos de *case management*. Nuestra propuesta, en este artículo, es propiciar una reflexión más sólida sobre la propia estructura y función de las entidades de infraestructura específica, estudiar su fundamento normativo en la legislación actual, y proporcionar elementos para su adaptación al derecho nacional.

¹⁸ HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1431; FEINBERG, Kenneth R. *Who Gets What. Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval*. New York: Public Affairs, 2012.

¹⁹ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.177.

homogéneos, sino también para atender intereses difusos y colectivos *stricto sensu* y para la tutela de las situaciones que caracterizan casos repetitivos.²⁰

Se puede incluso imaginar una *facility* que tenga por objeto la práctica de pruebas para ser utilizadas en procesos repetitivos (art. 69, § 2º, II, CPC), o la suspensión de esos procesos a fin de practicar los actos de instrucción procesal abaratando así el costo de la prueba (piénsese, por ejemplo, en pericias carísimas) y acelerando el procedimiento.

La experiencia de acuerdos en materia probatoria ya existe en Brasil, incluso con la producción de prueba extrajudicial para la resolución descentralizada de las cuestiones junto a la *facility*. En el caso del Río Doce, muchos de los acuerdos realizados con las empresas tuvieron por objeto la práctica de pruebas, los costos de la prueba, etc. El acuerdo que acabó con la constitución de la Fundación Renova también previó una serie de programas para la reparación de los daños basados en dos grandes ejes, socio-económico y socio-ambiental. Aunque el acuerdo no ha llegado a ser homologado en juicio, estos programas se están ejecutando pues el acuerdo es válido para las partes. Cabe resaltar que el acuerdo no fue homologado por falta de oportunidad de los afectados y del Ministerio Público de manifestarse sobre su contenido. Como el acuerdo preveía la extinción de la demanda civil colectiva presentada por la Unión y los Estados, el MPF planteó una nueva demanda civil colectiva, más amplia, con una petición de indemnización estimada en 155 mil millones de reales. En este proceso, se llegó a un acuerdo preliminar para la realización de auditorías independientes en los programas gestionados por la Fundación Renova, con el objetivo de garantizar la tutela integral de los bienes y derechos de los afectados y el interés del medio ambiente, al que se adhirieron los Ministerios Públicos del Estado de Minas Gerais y Espírito Santo, además de las Defensorías Públicas de la Unión y de los Estados.

Es por ello que se llevaron a cabo auditorías independientes para controlar la eficacia de los programas y si fuera necesaria la revisión, integración o elaboración de nuevas iniciativas en los ejes socioeconómico y socioambiental. La realización de auditorías independientes atiende al interés público en este tipo de conflicto, y es también de interés para todos los involucrados, incluso de las propias empresas. Para los afectados y los organismos públicos de control estas auditorías son una forma de asegurar la transparencia, el acceso a la información y el conocimiento técnico, en tanto que para las empresas, garantiza más estabilidad y seguridad jurídica en las soluciones alcanzadas.²¹

²⁰ Sobre la utilización de la centralización de procesos como medio de optimización del tiempo y de los costos de la pericia en procesos con cuestiones repetitivas, conferir CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: tese apresentada para o concurso público para o cargo de professor titular, 2017, p. 507 ss.

²¹ La necesidad de buscar los elementos convergentes fue apuntada por ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*, v. 74, p. 397, 2014, p. 401. Posibilitando como efecto positivo una mayor aceptación de las

2.2. Funciones y objetivos

Las *claims resolution facilities* surgieron de la necesidad de gestionar el cumplimiento de decisiones judiciales y la ejecución civil en litigios de masa complejos.²² Su principal propósito es promover, con más eficacia y menos costos, planes privados, autocomposiciones judiciales o extrajudiciales, y decisiones judiciales recaídas en procesos colectivos.

Las *facilities* cumplieron en los Estados Unidos dos funciones primordiales: determinar el total a ser indemnizado y establecer la asignación de recursos para cada víctima. No obstante, uno de los objetivos más destacados es dar al litigante profesional una mayor previsibilidad sobre el valor total a ser pagado.²³ Estas entidades especializadas en la resolución de litigios colectivos reducen los costos de una reparación individualizada a través de la judicatura ya que las demandas individuales de ejecución se plantean ante ellas en función de distintas categorías de compensación.²⁴ Esto se hace estableciendo un techo de pago individual o asignando cantidades fijas para franjas, o tipos, de víctimas. Las personas en la misma categoría reciben la misma indemnización de aquella franja, aunque fueran capaces de probar un daño superior.²⁵ Se puede, de ese modo, predecir mejor el valor indemnizatorio global.²⁶

La aceptación por parte de las víctimas del pago en estos términos sirve a que obtengan resarcimiento en poco tiempo. Pero impide que, tras la aceptación, puedan alegar ante la Judicatura la invalidez o insuficiencia del acuerdo, toda vez que implica la renuncia a cualquier complemento indemnizatorio e impide renegociaciones.²⁷

Sin embargo, es necesario ponderar si las consecuencias de la aceptación en estos términos se produce en todos los casos, o si existen límites derivados del propio derecho civil y de la presencia de un interés público relevante en los conflictos resueltos por la entidad de infraestructura específica, especialmente en el caso de grandes desastres en los cuales las víctimas han sufrido

sugerencias obtenidas a partir de la auditoría independiente que de aquellas que resultarían del litigio. Para el historial del proceso y los documentos más relevantes del Caso Rio Doce, incluyendo los términos de ajuste de conducta ya firmados, conferir (<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/atuacao-do-mpf/linha-do-tempo>).

²² HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.175.

²³ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.79.

²⁴ AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.159.

²⁵ *Idem, ibidem*.

²⁶ Para un panorama de los valores a ser estimados, incluidos los costos de operación de la *facility* y los costos de las indemnizaciones a ser pagadas, *Mass Claims Resolution Facilities*. New York: CPR, 2011 (International Institute for conflict Prevention & Resolution - CPR Master Guides on Conflict Prevent and Resolution), p. 27 ss.

²⁷ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.179.

un fuerte estrés físico o psicológico. Más adelante, será tratado este problema en relación al derecho brasileño.

2.3. Creación legal, judicial o convencional

Las *claims resolution facilities* pueden ser creadas por ley, por un acto administrativo o por decisión judicial.²⁸ También pueden tener base consensual y constituirse a partir de acuerdos transaccionales (*settlement*).²⁹

En Brasil, estas entidades podrían ser creadas tanto por iniciativa judicial –con fundamento normativo en los poderes de gestión del procedimiento (*case management*) o en las medidas inductivas y de apoyo, utilizadas para la efectividad de las decisiones judiciales³⁰ (previstas en los arts. 139, IV, 536 §1º e 537 del CPC)– como también por convenciones procesales, acuerdos procesales entre las partes en el proceso (art.190 y 200 del CPC) o actos conjuntos.³¹

Estos instrumentos consensuales deben definir los procedimientos y la adhesión individual, y pueden incluir promesas de no litigar ante la Judicatura (*pacti de non petendo*), y renunciaciones en el plano del derecho material, así como dejar abierta alguna posibilidad de renegociación a la vista de circunstancias nuevas o imprevisibles.³² Como las *facilities* tienden a durar muchos años, el cambio de las circunstancias fácticas a lo largo del tiempo puede alterar diversos factores relevantes y exigir su adaptación.³³

Estas pueden ser creadas específicamente para resolver conflictos de naturaleza colectiva, o surgir de la asignación de funciones a entidades públicas o privadas ya existentes.³⁴ En Brasil, ya hay experiencia de esa delegación de funciones a agencias reguladoras con la finalidad de implementar o ejecutar acuerdos transaccionales en litigios colectivos.³⁵

²⁸ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1367-1368.

²⁹ SMITH, Marianna S. Resolving asbestos claims: the Mannville Personal Injury Settlement Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.28; MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1374, 1376; HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1429.

³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: tese apresentada para o concurso público para o cargo de professor titular, 2017, p.239 ss.

³¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2a ed., 2018, p.74 ss.

³² Con razón, FITZPATRICK, Lawrence. The Center for Claims Resolution. *Law and Contemporary Problems*, vol. 53, 1990, p.18. Sobre la modificación de las convenciones procesales en razón de circunstancias sobrevenidas, consúltese CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2a ed., 2018, p.391 ss.

³³ Hensler llama la atención sobre este punto. Cf. HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1437.

³⁴ *Ibidem*, p.1431-1432.

³⁵ Un buen ejemplo es la Comisión de Valores Mobiliarios (CVM), que ya actuó como una infraestructura específica con base en los arts. 10 y 11 de la Deliberación CVM 390, que permiten a la agencia,

La elección entre comenzar desde cero o aprovechar instituciones ya constituidas tiene en cuenta su ubicación, aspectos cuantitativos y cualitativos de su personal, cuestiones de infraestructura como si tiene sede y el estado de sus instalaciones,³⁶ su grado de especialización, calificación y experiencia anterior.

Las *claims resolution facilities* pueden ser creadas para gestionar reclamaciones colectivas incluso antes de que lleguen ante los tribunales de justicia, actuando, por tanto, de forma preventiva ante posibles potenciales demandantes). O pueden ser creadas para resolver conflictos que ya se han manifestado y con casos ya juzgados, esto es, a efectos de la ejecución de decisiones judiciales y transacciones judiciales. En este caso, se dice que son *litigation-induced facilities*, es decir, entidades que nacen como consecuencia de infraestructura específica *provocadas por litigios judiciales*.³⁷

En relación a su financiación, las *claims resolution facilities* tienen desde el principio una fuente concreta.³⁸ Pueden operar con recursos estatales, de un solo particular o de múltiples agentes económicos. Normalmente, en los Estados Unidos, poseen financiamiento privado.³⁹

En Brasil, si son creadas por iniciativa judicial, debe haber un mecanismo financiero que permita la transferencia de recursos. Si son creadas por convención procesal, entendemos que el litigante profesional debe costear su creación y operación. Se debe recordar que las *facilities* presuponen la responsabilidad del litigante profesional, de ahí que, lógicamente, el coste ha de recaer en el mismo.

El caso de Río Doce sirve, de nuevo, como ejemplo. Como vimos, la Fundación Renova fue constituida por un acuerdo transaccional (en portugués, “termo de ajustamento de conduta”, TAC), que ya suscitó críticas en su constitución por parte de los afectados y de los órganos de la Defensoría Pública y

en la celebración de término de compromiso (una especie de término de ajuste de conducta), publicar edictos y convocar a los perjudicados para que presenten informaciones que permitan la cuantificación del daño; y permiten que la propia CVM se encargue del pago. Esto ocurrió en el pasado reciente en el caso en que se verificó la práctica de *insider trading* (uso ilegal de información privilegiada, art. 1º, II de la Ley 7.913/89). Celebrado el TAC entre el MPF, la CVM y una de las empresas implicadas, el dinero pagado en concepto de reparación fue depositado por la empresa en un *escrow account*, una cuenta bancaria controlada y gestionada por la CVM, que organizó la notificación, acreditación, cuantificación de los daños y el pago a los perjudicados. Por lo tanto, fue un ejemplo de delegación de la actividad de ejecución del TAC, ya que los valores en la cuenta no fueron movidos por el Poder Judicial (art. 2º §1º de la Ley 7.913/89), sino por el propio regulador. Véase la noticias en: (<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2008/20080326-1.html>). Acceso en: 29.09.2018.

³⁶ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.184-185.

³⁷ HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1438.

³⁸ Sobre el tema, MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1361; HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.175 ss.

³⁹ HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1429.

del Ministerio Público de la Unión y de los Estados. Las críticas se apuntaban problemas con la gobernanza, la transparencia, los potenciales conflictos de interés y la ausencia de participación de los afectados y de fiscalización independiente. De todos modos, sin admitir la adhesión al acuerdo, llamado TTAC o TAC Total, los Ministerios Públicos y las Defensorías Públicas firmaron con los demandados en la demanda civil en que se pedía condena de 155 mil millones, un nuevo acuerdo de constitución de la Fundación Renova, el acuerdo Gobernanza (TAC GOV), a través del que se decide la realización de auditorías técnicas. Este acuerdo fue homologado en juicio y prevé una serie de consecuencias judiciales, ampliando la responsabilidad judicial sobre las actividades de la Fundación.

De todos modos, es importante enfatizar que el origen legal, judicial o consensual de estas entidades va a impactar en su diseño estructural, en su organización, metodología y procesos de pago. Por ejemplo, en relación a las *facilities* instituidas para el pago de indemnizaciones a titulares de derechos individuales lesionados en masa, cuanto más carácter público, más tienden a conseguir aceptación social dado que si es público el financiamiento, más se comprenden las limitaciones de la indemnización. Al revés, si la fuente de financiación es privada, menor es la tolerancia a indemnizaciones limitadas; y cuanto más privada es la estructura y organización de la entidad, más se exige de ella personalización e individualización del pago en función del daño.⁴⁰

La clasificación de la tipología de litigios de Edilson Vitorelli⁴¹ puede ser muy útil en la definición del formato y de las funciones de este tipo de entidades. Así y en relación a litigios globales, locales o de difusión irradiada, se exigirá de la *facility* un diseño específico que pueda atender la menor o mayor conflictividad entre los miembros del grupo, o grupos, afectados, y la complejidad inherente a las cuestiones jurídicas y fácticas planteadas.

2.4. Forma y organización

En Estados Unidos, las *claims resolution facilities* varían mucho en su forma jurídica. Pueden asumir el formato de *trusts*⁴² o *settlement funds*, creados por el litigante, o su aseguradora, para indemnizar a las víctimas.⁴³ Incluso

⁴⁰ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1367.

⁴¹ VITORELLI, Edilson. *O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos*. São Paulo: RT, 2016; VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. in ZANETI JR., Hermes (coord.). *Repercussões do CPC no Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁴² FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.79 ss. La figura propia del *common law*, el *trust* prevé una responsabilidad más intensa de los *trustees* que para los directores o administradores de empresas. Sobre el tema, SMITH, Marianna S. Resolving asbestos claims: the Manville Personal Injury Settlement Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.30.

⁴³ En su surgimiento en los Estados Unidos, la doctrina subraya que esos fondos se entendían más como el negocio en sí que como instrumentos o vehículos para la ejecución de la indemnización debi-

un abogado o bufete de abogados que represente a muchos litigantes profesionales puede funcionar de hecho como una *facility*, negociando en bloque y luego haciéndose responsable de asignar recursos.⁴⁴

Sin embargo, es más común que las *claims resolution facilities* funcionen como una persona jurídica, incluso con empleados propios, responsable de recibir las demandas de las víctimas y tratar los ilícitos o las lesiones a los grupos colectivos, concurrentemente con la judicatura, y proceder a su resarcimiento o a proporcionar tutela de la obligación en sus propios términos.⁴⁵

En lo que atañe a sus empleados, frecuentemente cuenta con *trustees*, administradores, comisarios, mediadores, consultores, contadores, etc. Las *facilities* también tienen abogados propios, administradores de las demandas (*case managers*), consultores financieros y un personal que puede variar de 20 a 300 personas.⁴⁶ Nada impide que en situaciones muy específicas, como el desastre ambiental del Río Doce en Brasil, estos números lleguen a miles de empleados.

da. PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.113.

⁴⁴ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1368.

⁴⁵ En Brasil, se debe analizar si la entidad ya existe (y recibirá las funciones ejecutivas por delegación) o si será constituida específicamente para tal fin. En el caso de delegación de funciones a entidades ya existentes, su formato puede ser muy variable, y las entidades pueden ser tanto privadas y públicas (hasta agencias reguladoras pueden ser delegadas). En cuanto a las hipótesis de constitución de una infraestructura para esa específica finalidad, si la entidad es privada, pero creada por orden judicial, tendrá que asumir la forma de una fundación, porque no existe acto voluntario por parte del litigante habitual (art. 5º, XX, de la Constitución). Si la entidad se crea a partir de actos conjuntos o convenciones procesales, puede ser estructurada como sociedad, asociación o fundación (art. 44, I, II o III del CC). La Resolución CNMP n. 179/2018 establece que la destinación de los recursos provenientes de indemnizaciones pecuniarias obtenidas en términos de ajuste de conducta o acciones colectivas, referentes a los daños a derechos difusos y colectivos, puede ser revertida en favor de proyectos de *prevención y reparación* de daños, *apoyo a las entidades*, *depósito en cuentas judiciales* o *destino específico*, siempre que las actividades atiendan a los mismos derechos e intereses objeto del conflicto y preferentemente en la misma región afectada. En todas estas hipótesis, podemos visualizar potencial actuación de las *facilities* para garantizar la efectividad de la prestación jurisdiccional y la correcta asignación de los recursos (art. 5º, § 1º, Res. CNMP nº 179/2018). Las acciones de indemnización para los derechos individuales homogéneos derivados de la responsabilidad civil se conocen en los Estados Unidos como *mass claim torts*. Nagareda defiende la amplia utilización del diálogo entre los abogados para solucionar esa especie de litigio, mediante la constitución de fondos para la indemnización de los afectados, con control de los órganos públicos. Este tipo de procedimiento es diferente de la situación de los derechos difusos y colectivos, "It is less a form of litigation and more an occasion for a series of miniaturized, privatized workers' compensation programs. The hard questions surrounding mass torts are questions of institutional design. They ask how the law might empower the making of peace and, at the same time, discipline the peacemakers themselves." NAGAREDA, Richard A. *Mass Torts in a World of Settlement*. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 269. O design de solução de disputas é um caminho concreto para a efetivação dos direitos individuais homogêneos, mas exige controles adequados.

⁴⁶ Véanse algunos ejemplos de la estructura y el número de empleados en: FITZPATRICK, Lawrence. The Center for Claims Resolution. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.14, 24; FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.109.

2.5. Esquemas de compensación y modelos de procedimiento. Los planes de resolución de conflictos. Incentivos y desincentivos a la vía judicial

Las entidades especializadas en la resolución de conflictos colectivos pueden tratar tanto del pago de indemnizaciones como de proporcionar tutela específica o su resultado práctico equivalente. Si el objetivo principal es facilitar indemnizaciones, la entidad para la solución de litigios tiene que establecer métodos para definir cuánto será el monto total, quién recibirá cuánto, qué pruebas e informaciones deben presentar los miembros del grupo para cobrar, y por medio de qué reglas procedimentales se procederá a verificar e implementar toda la operación. Si se trata de proporcionar tutela en sus propios términos, ha de establecerse cuál es la medida más adecuada y, de la misma manera, el *iter* a ser observado.

Todo ello se hace a través de un documento llamado *plan de resolución de conflictos*, que debe definir los procedimientos y los *esquemas de compensación*, regulando también cronogramas de reparación/pago.⁴⁷ En Brasil, los acuerdos procesales y los actos conjuntos pueden servir como instrumentos de esa planificación.⁴⁸

En este contexto, el tema más candente se refiere al monto de las indemnizaciones, que no pueden ser calculados en la misma lógica que se sigue en el proceso tradicional, porque no necesariamente proporcionan una completa reparación de los daños sufridos. Los factores para definir quién va a recibir qué varían en función del tipo de derecho infringido, la extensión del grupo de víctimas, y características socio-demográficas como el género, la raza o la etnia de los miembros del grupo.⁴⁹ En general, estos factores deben comprender criterios ligados a la severidad del daño sufrido, la magnitud de la pérdida financiera, y tener en cuenta cuestiones como la edad de la víctima, sus motivos para estar en el lugar del accidente o para haber utilizado el producto o servicio defectuoso, entre otros.⁵⁰

Cuando los recursos financieros canalizados para el resarcimiento son limitados, se adoptan normalmente modelos de compensación más restringidos, con fórmulas predefinidas. Las demandas son procesadas más burocráticamente,⁵¹ con reglas rígidas para definir quién podrá ser indemni-

⁴⁷ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.93.

⁴⁸ El TAC del caso de los impactos socioambientales de la Planta Hidroeléctrica de Itaipú/MG fue ejemplo de negociación muy detallada en términos de planificación, estableciendo parámetros para las indemnizaciones y de reasentamientos, considerando, inclusive, cuestiones culturales relativas a las comunidades que serían reubicadas.

⁴⁹ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.177.

⁵⁰ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.94-96; HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1432.

⁵¹ HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1430.

zado, a partir de categorías fijas y sin diferenciación a la luz de los hechos y de la extensión de los perjuicios, con cronogramas más apretados de pago y que pueden llevar a una compensación módica, parcial o incompleta.⁵² Los fundamentos para la validez de tales acuerdos están en la propia circunstancia de escasez y en la necesidad de distribución equitativa del monto disponible, así como en la disponibilidad implícita en el derecho a indemnización individual.

En cuanto al procedimiento, en Estados Unidos, su conducción es inquisitorial y llevada a cabo por la propia entidad. Los afectados son notificados, pueden presentar pruebas, normalmente documentos, y tienen alguna oportunidad de argumentar y, en algunas ocasiones, incluye la posibilidad de interponer recurso. Las decisiones de la *facility* han de ser motivadas, pero no se respeta el principio contradictorio en los procedimientos que siguen estas entidades, es decir, algo propio del formato adversarial (no es un proceso conducido por las partes) en el que rija el principio dispositivo.⁵³

En los casos en que lo que se trata de aproximar el resultado a la reparación total y completa de los daños, se opta por un modelo de procedimiento más próximo al judicial con respecto a la contradicción de las partes. Se aplican reglas más flexibles para determinar quién tiene derecho a la indemnización, a las que se ha comprobado con previa presentación de pruebas y argumentos. Cualquier controversia entre la víctima y el litigante profesional es resuelta por un tercero imparcial,⁵⁴ y se busca, en la medida de lo posible, una indemnización más completa en relación a los perjuicios sufridos.⁵⁵

En Brasil, se ha planteado una cuestión importante ligada al estatuto y origen de esas entidades. En el caso de que las entidades estén constituidas por acuerdo de órganos públicos o por decisión judicial, su función es independiente de los intereses de los litigantes profesionales (*mass wrongdoers*), bajo pena de que el conflicto de intereses afecte a la credibilidad de la *facility*, y, por ende, al respeto de las decisiones adoptadas en su seno.

Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de la *facility* constituida para la indemnización de las víctimas afectadas por el desastre causado por la empresa British Petroleum en el Golfo de México. Después de la constitución de la *Gulf Coast Claims Facility* (GCCF),⁵⁶ la Justicia norteamericana constató que las indemnizaciones no estaban siendo pagadas a partir de criterios independientes, por lo que admitió nuevas acciones colectivas e instituyó un nuevo

⁵² PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.114-115.

⁵³ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol. 57, 2005, p.1368.

⁵⁴ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.182-183.

⁵⁵ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.105; PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.114, 116.

⁵⁶ Cf. (<http://www.gulfcoastclaimsfacility.com/>).

programa de indemnización, posibilitando la revisión de las indemnizaciones pagadas en una cantidad inferior a lo realmente debido.⁵⁷

Algunas *facilities* permiten a las víctimas elegir entre procedimientos de pago más o menos complejos para la tramitación de su pretensión.⁵⁸ En función de estos caminos, se puede obtener una indemnización mayor o menor. Aunque también puede que se tarde en conseguirla y condicionada a la aportación de prueba suficiente. Se ve, por lo tanto, que las *claims resolution facilities* cuentan con mayor flexibilidad que las instituciones puesto que estos procedimientos no tienen un origen legislativo, sino que se pueden adoptar en juicio o resultar de acuerdo de las partes.⁵⁹

Los procedimientos de pago se utilizaron en el caso del Golfo de México por la GCCF. Después de los 90 primeros días en que se efectuó el pago de ayuda de emergencia (EAP), la *facility* propuso a los afectados tres procedimientos de pago: a) *quick payment* o pago inmediato dentro de dos semanas sin necesidad de complementar documentación que ya se había facilitado para el auxilio inmediato, bastando con cubrir un formulario y la declaración de aprobación de la gestión; b) *interim payment* o pago parcial y provisorio,

⁵⁷ Cf. (<http://www.deepwaterhorizoneconomicsettlement.com/>), con detalles sobre cómo obtener las indemnizaciones. En un artículo escrito para cuestionar el problema de la asimilación de información entre los fondos creados y las víctimas afectadas, Linda Mullenix propone la necesidad que los afectados, normalmente actuando bajo presión y/o fuerte estrés físico y psicológico, tengan suficiente, neutral, desapasionada información sobre las elecciones a ser tomadas, para que puedan hacer un juicio sobre juzgar acciones en el Poder Judicial o adherirse al fondo u otras alternativas de resolución del litigio. Los ejemplos utilizados son la experiencia norteamericana del *WTC Victim Compensation Fund* (desastre de las torres gemelas del *World Trade Center*, primera experiencia de un fondo de reparación de víctimas no judiciales, con un 97% de adhesión, realizado en 2001) y el GCCF (desastre de la plataforma petrolera de BP en el Golfo de México, *Deep water Horizon Oil Spil*, fondo creado en 2011 para resarcir a las víctimas del accidente de 2010). MULLENIX, Linda S. Mass Tort Funds and the Election of Remedies: The Need for Informed Consent. *Review of Litigation.*, n. 31, jan., 2012, p. 833. En el primer caso, la presión inercial del responsable del Fondo WTC y la indicación por el juez federal responsable del caso de que el acuerdo era adecuado hicieron que muchos se adhieran al acuerdo; en el segundo (GCCF), los afectados no contaron con asesoramiento para tomar una decisión informada de inmediato, surgiendo aún mayores preocupaciones, en particular por el comportamiento del administrador del fondo, con potencial conflicto de intereses y ruptura de la imparcialidad, siendo al final, en algunos en los casos, dejada de lado la aprobación de la gestión dada por decisiones judiciales, con la necesaria revisión de los acuerdos en un nuevo procedimiento de autocomposición. El artículo concluye insistiendo que el conocimiento, inteligente e informado, es exigido anteriormente al consentimiento, y la decisión de hacer a un lado la vía judicial por las víctimas de desastres de masa no puede ser fruto de una presión por plazos exigüos (*deadline pressure*), que los obligue a acordar sin el adecuado asesoramiento, información y actividad neutra del gestor del Fondo. La ausencia de estos requisitos configuraría jurídicamente una coerción tácita al abandono de las vías judiciales, implicando la necesaria revisión judicial del acuerdo, como efectivamente ocurrió con el GCCF (*idem*, 887). Según el sitio web de The Guardian, la empresa está a punto de concluir las indemnizaciones que suman el valor total de aproximadamente 65 billones de dólares, (<https://www.theguardian.com/business/2018/jan/16/bps-deepwater-horizon-bill-tops-65bn>). Acceso en: 03.09.2018.

⁵⁸ El *Dalkon Shields Claimants Trust* ofrecía tres opciones, de la más simple a la más compleja, en las que varían las exigencias formales, la velocidad de obtención de la indemnización y el valor a ser compensado. Cf. FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.106-108.

⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018, p.77 ss.

sin la aprobación de la gestión y la abdicación de la vía judicial, en el caso de que los afectados no pudieran decidir sobre los daños futuros y aún fuese necesaria la práctica de pruebas; (c) *final payment* o pago integral, para aquellos que querían recibir los valores integrales y de una vez por todas, aportando pruebas sobre sus daños y, por lo tanto, con la posibilidad de recibir mayor indemnización, pero sometiéndose al debate sobre la prueba aportada.⁶⁰

Tanto los procedimientos inquisitivos como los contradictorios tienen ventajas y desventajas. No existe fórmula mágica. Ahora bien, su establecimiento es esencial para que el pago sea viable y así atraer a las víctimas que quieran obtener indemnización.⁶¹

Idealmente, las *facilities* deben planificar y diseñar sus procedimientos para incitar un determinado patrón de comportamiento, logrando obtener mayor previsibilidad sobre los resultados en términos de efectividad.⁶² Y deben poder identificar las demandas fundadas y las infundadas, filtrando las demandas frívolas. Por ejemplo, si se simplifica demasiado la postulación, no exigiendo un mínimo de prueba para los demandantes, pueden animar a los oportunistas, que no son de hecho víctimas y piden para aprovecharse de la facilidad de la petición.⁶³ Por otro lado, si los procedimientos dificultan mucho que las víctimas soliciten la reparación, con demasiados requisitos procedimentales y probatorios y, conseguir indemnización a través de la *facility* puede ser desventajoso para la víctima, principalmente porque tendría que emplear prácticamente los mismos esfuerzos que en un proceso judicial, para finalmente recibir un valor menor en concepto de indemnización.⁶⁴

⁶⁰ PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.116. FEINBERG, Kenneth R. *Who Gets What. Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval*. New York: Public Affairs, 2012, cap. 6.

⁶¹ FEINBERG, Kenneth R. The Dalkon Shields Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol. 53, 1990, p.92-93.

⁶² SMITH, Marianna S. Resolving asbestos claims: the Mannville Personal Injury Settlement Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.35.

⁶³ AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.163-164, 173. En la doctrina, el libro de Feinberg detalla la experiencia de la GCCF (*Gulf Coast Claim Facility*) pensada para el desastre del derrame de petróleo en el Golfo de México. El ejemplo de *free riders* que han intentado obtener ventajas del fondo o incluso defraudar del fondo es muy significativo y permite que lleguemos a dos conclusiones necesarias. La GCCF contrató a una empresa especializada en fraudes para auditar el programa, se identificaron indicios de fraude en 17 mil de los casos, de estos muchos fueron casos de mero rechazo de las solicitudes, mientras que 4.000 fueron enviados a las autoridades estadounidenses para su juzgamiento penal. La mayor de los casos no era más que un intento de obtener un beneficio fácil, pero sin fraude; otros realmente practicaron conductas criminales como fraude en las declaraciones de impuestos, afirmaciones falsas, falsificación de documentos exigidos para la comprobación de los daños. Sin embargo, si miramos los números globales, fueron más de 1.000.000 (un) millón de casos sometidos a la GCCF. Dos conclusiones necesarias, por lo tanto: a) es preciso acompañar a los posibles fraudes y tomar todas las medidas necesarias para que no ocurran, aclarando los afectados sobre las consecuencias de sus actos; b) una vez aclarado que los fraudes serán responsabilizados y montados un sistema objetivo de control, el número de fraudes será insignificante en relación al total de solicitudes propuestas. FEINBERG, Kenneth R. *Who Gets What. Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval*. New York: PublicAffairs, 2012, cap. 6.

⁶⁴ Se debe recordar también que el uso de herramientas tecnológicas puede facilitar el filtrado de las demandas, agilizar las indemnizaciones y reducir el costo operacional de las entidades de infraes-

Algunas entidades, además, crean incentivos para desincentivar el planeamiento de acciones y recursos, y para incentivar el uso de medios alternativos de solución de conflictos.⁶⁵

Existen también aquellas *facilities* que crean desincentivos a la vía judicial internalizando ciertas funciones que tendrían que ser sufragadas por los litigantes si éstos optasen por la Judicatura. Por ejemplo, algunas *facilities* poseen médicos independientes para realizar pericias sin costo;⁶⁶ otras reducen la necesidad de abogado proporcionando asesoramiento gratuito a las víctimas o incluso limitando el valor de los honorarios de abogado,⁶⁷ lo que trae algunos interrogantes sobre si las partes estarían desprotegidas en esos procedimientos, o si eso sería económicamente más interesante por reducir los costos.⁶⁸

En Brasil, aunque el costo del proceso sea normalmente bastante menor que en los Estados Unidos, hay que recordar que, después del advenimiento

estructura específica para la solución de conflictos. Ya mencionamos arriba los sitios web del desastre del Golfo de México, de la Fundación Renova, constituida para tratar el desastre del Río Doce, entre otros, pero también vale la indicación del sitio web del acuerdo de las exclusiones inflacionarias, del que consta el procedimiento detallado para la celebración transacción, permitiendo la adhesión digitalmente y la *upload* de los archivos para fines de prueba (<https://www.pagamentodapoupanca.com.br/>). Sobre este acuerdo, véase más adelante la nota n.105. Es importante observar que el funcionamiento del sitio web ha sido cuestionado por los consumidores y la prensa brasileña, (<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2018/08/falha-prejudica-adesao-de-poupadores-a-acordo-1014145878.html>). Acceso en: 28.09.2018.

⁶⁵ Por ejemplo, en Japón, el NDF también cuenta con mecanismos de estímulo a la autocomposición, operados por otro órgano administrativo, actuando en sociedad, el *Nuclear Damage Dispute Resolution Center*. Sobre los diversos métodos utilizados, confírase: FOOTE, Daniel H. Japan's ADR System for Resolving Nuclear Power- Related Damage Disputes, *University of Tokyo Law Review*, vol.12, 2017, p.103 ss; FELDMAN, Eric. A. Compensating the Victims of Japan's 3-11 Fukushima Disaster. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, vol.16, n.2, 2015, p.142 ss. Algunas *facilities* en Estados Unidos contenían una regla denominada "FIFO" (*first in, first out*), que establecían una orden de pago cronológicamente definida por la fecha de protocolo de la demanda. Esta regla, aunque se pensó como un criterio objetivo e imparcial para la solución de los casos, acabó generando un efecto perverso. Es que los actores que quedaron muy atrás en la fila de demandas acabaron intentando acciones en la justicia, lo que hacía que los demandados tuvieran que necesariamente prepararse para lidiar con tales acciones. Esto rompía la lógica de la programación fijada en la planificación, en perjuicio, muchas veces, de víctimas más necesitadas, y acababa por hacer que aquellos actores "saltaren" posiciones en la fila, generando una postura no cooperativa que alentaba a las víctimas a partir para el litigio judicial. SMITH, Marianna S. Resolving asbestos claims: the Mannville Personal Injury Settlement Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.34, 36. La práctica mostró que los planes de resolución que contenían tal regla fueron revisados, con convenciones procesales sobre intervención de terceros y promesas de no procesar a la espera del tratamiento de la pretensión ante la *facility*, y con ello se redujeron los incentivos para el litigio judicial. Conferir: PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.118-121; MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1375. Esta práctica de prohibir demandas regresivas e intervenciones de tercero entre los demandantes ante la *facility* también se observó en el *Center for Claims Resolution*. Conferir: FITZPATRICK, Lawrence. The Center for Claims Resolution. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.15.

⁶⁶ FITZPATRICK, Lawrence. The Center for Claims Resolution. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.19-20.

⁶⁷ HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1433.

⁶⁸ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.185.

del Código de Proceso Civil (CPC/2015), los honorarios de abogados han subido vertiginosamente. En este contexto, una reducción de estos costes podría ser un atractivo ofrecido por estas entidades de infraestructura específica de solución de conflictos colectivos. Por otro lado, ese problema podría ser mitigado con la participación del Ministerio Público,⁶⁹ en las acciones colectivas, y de las Defensorías Públicas, no solo, pero especialmente, en las acciones individuales.

2.6. Transparencia, divulgación y diálogo con la comunidad afectada

Algunos de los aspectos más interesantes de los procedimientos que utilizan las *claims resolution facilities* se refieren a cómo sus actividades se estructuran para dialogar con la Judicatura y el grupo afectado por el daño colectivo.

Algunas llegan a constituir *advisory committees* o consejos para incrementar la transparencia, que serán responsables de lidiar con las víctimas y sus abogados.⁷⁰ Pero es común que, de cara al público en general, se protejan con información confidencial sobre la identidad de las víctimas, el monto pagado en concepto de indemnización, los costes operativos y las evaluaciones sobre la eficiencia de los resultados obtenidos. Este problema ha sido resaltado en la doctrina norteamericana como una tensión entre la naturaleza privada de las *facilities* y el interés público de control de su actuación.⁷¹

En las relaciones con las víctimas, es frecuente que las *facilities* produzcan material explicando el plan de resolución de conflictos y los esquemas de pago existentes. Muchas veces, este material está acompañado de gráficos y de elementos visuales para facilitar a los miembros del grupo la comprensión de sus posibilidades.⁷²

Ciertas *facilities* prestan cuentas mediante audiencias públicas antes, durante y después del término de sus operaciones.⁷³

⁶⁹ Una de las grandes críticas en el MDL que se formó para el juicio de las acciones individuales y colectivas resultantes del Caso BP Golfo de México fue en cuanto al costo de los abogados, ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*, v. 74, p. 397, 2014, p.402. Este costo en Brasil no es significativo en los procesos colectivos por la fuerza de litigar las instituciones públicas en la defensa del interés público, como es el ejemplo del Ministerio Público, con legitimación más amplia, y de las Defensorías Públicas, frente a los necesitados.

⁷⁰ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1375.

⁷¹ Lo que dificulta también la investigación académica sobre las *facilities*. conferir: HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1430, 1438.

⁷² HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.185.

⁷³ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1374.

En suma, el hecho es que una de las características de este instrumento es que proporcionan una forma optimizada de diálogo con la Judicatura, con los miembros del grupo y con la comunidad o grupos afectados por el daño o comportamiento ilícito.⁷⁴

En Brasil, el papel acentuado del Ministerio Público en la tutela colectiva puede reducir los problemas relacionados con la transparencia, divulgación y diálogo con el grupo afectado, ya que la institución podrá no sólo controlar el funcionamiento de las *facilities*, en constante interlocución con sus órganos de planificación y ejecución, como también realizar audiencias públicas e intermediar los contactos entre los comités, las víctimas y todos los interesados.⁷⁵ La tutela de los intereses de las víctimas por la Defensoría Pública también se muestra institucionalmente relevante a este fin.

El TAC del caso de los impactos socioambientales de la Planta Hidroeléctrica de Irapé/MG, por ejemplo, preveía fiscalización por consultores independientes, con un equipo multidisciplinario, incluyendo académicos, para supervisar las actividades y el cumplimiento de las obligaciones asumidas.⁷⁶

En el acuerdo de gobernanza que reestructuró la Fundación Renova, también se prevén diversos mecanismos para mejorar la participación de los interesados, la transparencia, la divulgación de las acciones y resultados, así como el diálogo con los grupos afectados.

Entre estos mecanismos están las comisiones locales formadas por los afectados con el apoyo de asesorías técnicas independientes, que tienen por finalidad proponer ajustes en los programas y acciones que se refieren a su territorio, mantener a la comunidad informada sobre el desarrollo de las actividades en el territorio y supervisar el trabajo de la Fundación Renova. Las cámaras regionales actuaron para consolidar las propuestas de las comisiones locales en caso de que las medidas tomadas afectaran a un territorio más amplio. A estos efectos, se amplió la participación en el comité interfederativo (CIF) y en las cámaras técnicas en la nueva configuración, con la inclusión de los afectados, el Ministerio Público y de las Defensorías Públicas. Además, los afectados pueden contar con la presencia de sus asesorías técnicas independientes en las reuniones de la cámara técnica y del CIF. Los cambios en el consejo consultivo y en el consejo reparador se tradujeron en la ampliación

⁷⁴ FITZPATRICK, Lawrence. The Center for Claims Resolution. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.20. Una de las principales críticas de Sérgio Cruz Arenhart también debe ser recordada como límite para las *facilities*: es que los procesos estructurales exigen la ampliación de la participación de los interesados o afectados y de especialistas en el tema: ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p.488.

⁷⁵ El Ministerio Público actúa como agente responsable de la promoción de los derechos fundamentales, no actúa como procurador o en favor de los intereses del Estado, ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Novo Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 187-190.

⁷⁶ Además, se creó una página de Cemig en Internet para proporcionar información sobre las reparaciones acordadas en el TAC: (http://www.cemig.com.br/pt-br/A_Cemig_e_o_Futuro/sustentabilidade/nossos_programas/ambientais/Irape/Paginas/default.aspx). Acceso en: 01.10.2018.

de la participación social con la creación de un foro de observadores, con representantes de la sociedad civil, de la academia, de las personas y de los pueblos y comunidades tradicionales afectadas.

Como se percibe, por tratarse de casos complejos, la propia estructura de la entidad debe ser flexible, para permitir que sea modificada y adecuada a los fines a los que sirve, interactuando con las necesidades del conflicto, para cumplir con su función de manera eficiente.

2.7. ¿Quién define el formato?

La definición del formato de la *facility*, su estructura y organización se hace en el acto de constitución. Por tanto, corresponde establecer esas cuestiones a la ley, a la decisión judicial o al acuerdo transaccional por el que se la constituye. Sus métodos y procedimientos normalmente se detallan en el *plan de resolución de conflictos*.

En los Estados Unidos, es frecuente la crítica de que los individuos que se benefician por las *facilities* tienen poca o ninguna influencia en el formato o *design* definido para su estructura y procedimiento,⁷⁷ incluso en el caso de constitución por medio de acuerdo transaccional en materia procesal.⁷⁸

En Brasil, la experiencia con el caso Río Doce mostró la necesidad de ampliar esa participación. En la decisión adoptada en una acción de reclamación que suspendió los efectos de la homologación del acuerdo de constitución (TTAC) de la Fundación Renova, quedó constatado que: “no está demostrada la inclusión de un miembro del Ministerio Público del Estado de Minas Gerais en la estructura de la entidad, lo que indica la ausencia de un debate adecuado para el desenlace del litigio por acuerdo, justamente entre aquellos actores locales más cercanos y, por lo tanto, más sensibles a los efectos de la referida tragedia. Además, ante la extensión de los daños resultantes del desastre ocurrido en Mariana/MG, sería rigurosamente recomendable el más amplio debate para la solución negociada de la controversia, por medio de la realización de audiencias públicas, con la participación de los ciudadanos, de la sociedad civil organizada, la comunidad científica y los representantes de los intereses locales implicados como las autoridades municipales.”⁷⁹ Posteriormente, la homologación fue anulada por el Tribunal Regional Federal de la 1ª Región.

⁷⁷ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.180.

⁷⁸ HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1433-1434.

⁷⁹ STJ, Reclamação nº 31.935 – MG, decisão liminar deferindo a suspensão pela Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada 3ª Região). *Se trata de la decisión liminar que acuerda la suspensión dictada por la jueza de segundo grado convocada en la 3ª Región, Diva Malerbi.*

Fue justamente este déficit de representatividad criticado al acuerdo de constitución de la Fundación Renova llevó a que se reconsiderase la participación de los afectados en la estructura de la Fundación Renova. El control por los órganos públicos en este caso se realiza en conjunto. En efecto, la participación de los Ministerios Públicos y de las Defensorías Públicas en el control de los programas de la Fundación Renova generó la Recomendación Conjunta n. 10 a las empresas Samarco, BHP y Vale do Río Doce y a la Fundación Renova, con una inédita unión del Ministerio Público Federal, Ministerio Público del Trabajo, Ministerios Públicos Estatales de Espírito Santo y Minas Gerais, y las Defensorías Públicas de la Unión, de los Estados de Espírito Santo y de Minas Gerais. La implementación de las recomendaciones hechas se lleva a cabo a través de reuniones con los involucrados y con la finalidad de solventar los desacuerdos con los programas y conducta de la Fundación Renova y de las empresas infractoras. Los ejercicios de reevaluación son inherentes a la dinámica de las entidades especializadas en la resolución de litigios complejos.

2.8. Ventajas de las *claims resolution facilities* frente a la Judicatura

Las *claims resolution facilities* tienen muchas ventajas frente a la Judicatura en los que atañe a la gestión de casos complejos. Se apunta a su adaptabilidad a las peculiaridades del caso como la mayor de ellas,⁸⁰ frente a inflexibilidad de las reglas y procedimientos de la Judicatura.

También ha de destacarse la flexibilidad en el diseño de los procedimientos de compensación. Ello permite, además, la formulación de planes de actuación más adecuados,⁸¹ que se pueden revisar de forma dinámica, a partir de un constante *feedback* de los destinatarios y grupos interesados, abogados y supervisores judiciales, retomando las discusiones sobre el formato de la *facility* y de los procedimientos en procesos periódicos de reevaluación.⁸²

En términos de duración del proceso, es posible estimar que las simplificaciones procedimentales en la tramitación de las demandas presentadas ante la *facility* llevan a una tramitación más expedita. El tiempo menor para obtener la reparación sería otra ventaja. Por supuesto, para afirmar que el tiempo global de resarcimiento de todas las víctimas sería menor que el que emplearía la Judicatura, ha de tomarse en cuenta el tiempo consumido en crear la *facility*, definir la estructura y los procedimientos de pago, desarrollar

⁸⁰ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1362.

⁸¹ SMITH, Marianna S. Resolving asbestos claims: the Mannville Personal Injury Settlement Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.35; FITZPATRICK, Lawrence. The Center for Claims Resolution. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.17-18.

⁸² MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1375, 1378.

el plan de resolución de los conflictos y ponerlo en funcionamiento.⁸³ Puede haber también retrasos operativos, dependiendo del modelo de actuación que la *facility* adopte. En los Estados Unidos, sin embargo, si se visualiza cada proceso judicial individual frente a los ofrecidos por la *facility*, estos últimos suelen ser más rápidos que los primeros.⁸⁴

Otro punto que merece destacarse es que las *claims resolution facilities* también destacan por favorecer los intereses de los actores y de los demandados en los conflictos de masas. En general, las *facilities* hablan a favor del interés público de hacer que el litigante profesional sea llamado a indemnizar al mayor número de personas. Además, en los Estados Unidos, la experiencia mostró que la compensación por categorías acaba por aumentar la compensación media que las víctimas recibirían en otros tipos procedimentales, considerando que muchas de ellas tal vez ni intentarían acciones judiciales. Sin embargo, sí pueden animarse a presentar demanda ante la *facility*.⁸⁵

Estas entidades son favorables al autor (*claimant-friendly*), posibilitando la presentación de un menú mayor de formas de satisfacción del derecho. Se plantean, por lo tanto, como otro método de solución de conflictos. De hecho, al traer su pretensión ante la *facility*, el autor reduce considerablemente sus esfuerzos, ya que allí la responsabilidad del demandado es presupuesta; lo que se discutirá es la indemnización.⁸⁶

Además, parte de la doctrina entiende que existe clara ventaja para el actor en los procedimientos de negociación porque la *asimetría informacional* habla en su favor, en lo que se refiere al monto de los daños sufridos,⁸⁷ ya que el litigante profesional desconoce esa cantidad y no sabe *a priori* las pruebas

⁸³ A depender de si la creación de la entidad fue fruto de negocio jurídico o de decisión judicial, el tiempo y los costos pueden variar. En este sentido, véase: PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.131.

⁸⁴ Son las conclusiones de los estudios norteamericanos al respecto. Por todos, PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.133.

⁸⁵ AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.160.

⁸⁶ RABIN, Robert L. The September 11th Victim Compensation Fund: a circumscribed response or an auspicious model? *DePaul Law Review*, vol.53, 2003, p.782. Los demandantes pueden aprovechar también esta ventaja en el procedimiento de negociación, ya que no es preciso procesar o amenazar de procesar judicialmente el *repeat player* para conseguirlo asistir a la mesa de negociación. Conferir: SMITH, Marianna S. Resolving asbestos claims: the Mannville Personal Injury Settlement Trust. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.28.

⁸⁷ Este punto no es pacífico. El litigante habitual, en la posición de demandado, la mayoría de las veces posee informaciones técnicas más precisas, cuenta con personal especializado en las diversas áreas que envuelve el conflicto, no se encuentra involucrado física o emocionalmente y posee gran ventaja patrimonial y asesoramiento jurídico específico, pudiendo soportar más fácilmente los largos períodos de espera que el proceso judicial proporciona. Cf. MULLENIX, Linda S.. Mass Tort Funds and the Election of Remedies: The Need for Informed Consent. *Review of Litigation*, vol. 31, ja., 2012, p. 833. Además, el hecho de que el autor conozca mejor su situación no lo exime de la responsabilidad por contribuir con la documentación exigida y de proporcionar información sobre su caso conforme a la verdad, bajo pena de responsabilidad civil e incluso criminal.

de que la víctima dispone.⁸⁸ El actor estará en mejores condiciones de estimar si una autocomposición le sería favorable.

Otra ventaja para los actores es su coste. Las *facilities* que ejecutan acuerdos o decisiones judiciales operan más eficientemente, dada la notoria dificultad de la Judicatura en proceder a ejecuciones complejas. Las *facilities* que definen quién tiene derecho a compensación reciben las demandas directamente de los actores y tenderán a ser atractivas para las víctimas si el procedimiento de filtración de las demandas fundadas es más barato de lo que sería el procedimiento judicial.⁸⁹ Los litigantes eventuales (*one-shooters*), poco habituados con el proceso judicial, frecuentemente sin disponibilidad de recursos, ansiosos por tener alguna reparación, sin conocimiento técnico y ante la incertidumbre de la victoria,⁹⁰ al traer sus pretensiones a la *facility*, evitan perder tiempo, energía y dinero en largas acciones judiciales que podrían, al final, concluir incluso con una indemnización menor.⁹¹

Se debe destacar también que la presentación de la demanda ante la *facility* es una *opción* del demandante.⁹² Si el actor prefiere la Judicatura, puede ejercitar su derecho a acceder a la justicia, puesto que no es obligatorio acudir a la *facility*. Sin embargo, la *facility* le ofrece un procedimiento más rápido y simple, aunque a costa de no recibir la compensación a la que tendría derecho. Además, incluso para aquellos que efectuaron demandas ante la *facility*, se articula el derecho de *opt-out*, es decir, de ser excluido del procedimiento ante la *facility* para acudir ante la Judicatura, con o sin restricciones en términos de prueba, monto de la indemnización o forma de pago.⁹³ En definitiva, para los actores las *facility* pueden significar dinero rápido con menores costes de transacción.

Para los demandados, las *claims resolution facilities* también son muy útiles porque permiten establecer con mayor rapidez el *montante* de la indemnización, siendo posible así el cálculo del coste global de las reparaciones.⁹⁴

Otra ventaja de las *claims resolution facilities* para los demandados se refiere a su *coste de constitución y operación*, que parece ser menor que el de los procedimientos judiciales.⁹⁵ El litigante profesional tendrá interés en consti-

⁸⁸ AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.171.

⁸⁹ *Ibidem*, p.160-164.

⁹⁰ *Ibidem*, p.162.

⁹¹ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1380.

⁹² AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.161-162.

⁹³ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1377.

⁹⁴ Los demandados ganan porque logran reunir sus esfuerzos en un *pool* de intereses. Cf. PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.113.

⁹⁵ En los Estados Unidos, no hay estudios concluyentes sobre esta comparación, aunque se afirma que las *facilities* aparentemente son más eficientes y producen estos resultados con menos costos. PE-

tuir una *claims resolution facility* porque ésta permite indemnizar a un grupo mayor de personas con menores costes de transacción, mientras que el Poder Judicial aumentaría los costes y conllevaría una compensación para una cantidad menor de individuos.⁹⁶ Ha de recordarse que, en esa cuenta, deben ser computados costes y gastos procesales en todos los procesos, el coste de los abogados de *todas* las partes, y también los costes operativos de la Judicatura.⁹⁷ En el caso de grandes desastres causados por la acción de empresas y litigantes profesionales permite incluso el cobro por parte de los organismos públicos de las externalidades negativas soportadas por el sistema judicial, con un aumento de costes en relación a las costas procesales habituales. Fue lo que ocurrió en el caso del Golfo de México y está previsto para el caso del Río Doce.

En los casos en que las *facilities* crean incentivos para que las partes no litiguen, o litiguen sin abogado, estos costes decrecen sustancialmente.

2.9. Desventajas

Como se vio en el epígrafe anterior, las *facilities* tienen ventajas por conseguir resultados más eficaces, con estructura y procedimientos más flexibles, rápidos y baratos, si se comparan con los de la Judicatura. Existe disminución de los costes de transacción para todos involucrados, actores y demandados.

En la doctrina, se advierte como principal desventaja la separación entre responsabilidad e indemnización; si las *facilities* pueden ser eficientes desde el punto de vista económico, pueden también generar disonancias entre causalidad, riesgo y daños si se toma en consideración el grupo y los individuos que las componen.⁹⁸

Muchas veces, la categorización simplista de las víctimas en grupos o franjas de indemnización, limitando el valor a reparar, hace que las víctimas que han sufrido un daño menor se vean *sobrecompensadas* y en tanto que las que han sufrido un daño mayor se vean *infracompensadas*.⁹⁹ Esta disparidad puede llevar, incluso, al resultado indeseado de incluir en las categorías a ser indemnizadas personas que no son titulares de ningún derecho material.¹⁰⁰

TERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.127-128.

⁹⁶ AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.168.

⁹⁷ HENSLER, Deborah R. Assessing claims resolution facilities: what we need to know. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.178.

⁹⁸ MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1384.

⁹⁹ PETERSON, Mark A. Giving away money: comparative comments on claims resolution facilities. *Law and contemporary problems*, vol.53, 1990, p.123-125; AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol.53, 1990, p.160.

¹⁰⁰ Sobreessesproblemas da categorização, confira-se ainda RABIN, Robert L. The September 11th Victim Compensation Fund: a circumscribed response or an auspicious model? *DePaul Law Review*, vol.53, 2003, p.779.

Es como si la simplificación en la litigación generase más posibilidades de error, equívocos que serían evitados en el proceso judicial, más prolongado y reflexivo.¹⁰¹

3. CONCLUSIÓN. OTROS PUNTOS PARA LA REFLEXIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO.

Las *claims resolution facilities* tienen un potencial transformador en la práctica de la tutela colectiva, y significan una nueva forma de pensar diversos institutos del derecho procesal. Son una nueva modalidad de participación de terceros en el proceso. Pueden ser constituidas por acuerdos transaccionales en materia procesal (art.190 e 200 do CPC) o por delegación de funciones jurisdiccionales a través de actos conjuntos (art.69 do CPC), dos posibilidades que requieren mayor investigación en materia de fuentes de normas procesales y en materia de las funciones de la jurisdicción en el mundo contemporáneo. También representan una nueva forma de gestión y organización del proceso colectivo (*case management*) y pueden resultar especialmente útiles en los litigios estructurales. Pueden, además, considerarse una especie de medida inductiva y de apoyo para que se obtenga la implementación, cumplimiento o satisfacción de los derechos colectivos (art.139, IV, 536 §1º e 537, todos do CPC).

Tal vez por todo eso, las *claims resolution facilities* causan una cierta extrañeza. Aquí presentamos algunos puntos finales para la reflexión sobre los límites y posibilidades de aplicación del instituto en el derecho brasileño.

La primera cuestión que ha de destacarse es la relación entre público y privado que las entidades facilitadoras de la solución de conflictos complejos proporcionan. De hecho, están a medio camino entre lo público y lo privado, ya que actúan resolviendo conflictos con una dimensión pública, pero normalmente de base privada.¹⁰² La presencia del interés público es común a la tutela de los conflictos colectivos, pero la novedad reside en la posibilidad de incentivar soluciones privadas o mixtas para esos conflictos, descentralizando la cognición y decisión sobre los daños más allá de la Judicatura. Esta última actuaría, normalmente, de forma residual, y en función de control y garantía.

Como afirma Ayres, las entidades facilitadoras de la solución de conflictos complejos deben ser pensadas como un puente entre lo público y lo privado. Deben atender al interés general de una compensación eficaz y con menos costes para una mayor cantidad de personas; y a los intereses individuales de las víctimas en obtener una indemnización rápida y con menores gastos de

¹⁰¹ Llega a la conclusión similar: HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1434.

¹⁰² Destaca esa tensión: HENSLER, Deborah R. Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1435. Evidentemente, en el caso de la creación de una persona jurídica de derecho público (fundación, por ejemplo), o en la delegación de funciones a una agencia reguladora, la cuestión no se plantea con tanta fuerza.

tiempo y dinero. Pero no pueden dejar de advertirse que son también instrumentos de simplificación y reducción de gastos para el litigante profesional.¹⁰³

El desafío es buscar el equilibrio entre todos esos intereses. La presencia de un juez supervisor es altamente recomendable. Sin embargo, es preciso crear un ambiente en el que exista libertad de opción entre autocomponer o litigar, ambiente en el que el juez del caso se mantenga imparcial en relación a la opción de las partes, incluso facilitando el acceso a la justicia.¹⁰⁴ Una ventaja para los litigantes profesionales de que exista un control judicial de la entidad, especialmente en acciones colectivas, es que se asegura la no impugnación de la decisión que pueda recaer en el proceso, lo que redundará en la aceptación de las indemnizaciones pagadas a las víctimas y de los criterios objetivos utilizados a este fin.¹⁰⁵

En Brasil, aunque tanto la estructura de la *facility* como las indemnizaciones de las víctimas tengan naturaleza privada, ha de hacerse valer la regla de que existe un interés público en su adecuada composición de litigios que afectan a un gran número de personas, y ello aunque los derechos sean disponibles individualmente y los recursos privados. En ese sentido, Issacharoff y Rave apuntan que: “estos daños de masa asumen la calidad de litigios de interés público, incluso si resultan en miles de demandas de carácter privado”.¹⁰⁶

¹⁰³ AYRES, Ian. Optimal pooling in claims resolution facilities. *Law and Contemporary Problems*, vol. 53, 1990, p.169.

¹⁰⁴ En Estados Unidos, hubo críticas acerca de la relación entre el administrador del Fondo WTC y el juez del caso, que levantaron sospechas en cuanto a su imparcialidad. Cf. MULLENIX, Linda S. Mass Tort Funds and the Election of Remedies: The Need for Informed Consent. *Review of Litigation*, n. 31, jan., 2012, p. 851.

¹⁰⁵ El juez mantiene un papel activo, incluso porque en las *class actions*, en virtud de la *Federal Rule 23 (e)(2)*, el juez tiene el deber de garantizar que los acuerdos sean “*fair, reasonable, and adequate to satisfy the interests of the class as a whole*”, *Mass Claims Resolution Facilities*. New York: CPR, 2011 (International Institute for Conflict Prevention & Resolution - CPR Master Guides on Conflict Prevent and Resolution), p. 7/8. En Brasil, la aceptación judicial de los criterios objetivos utilizados en el acuerdo sobre las exclusiones inflacionarias por el Supremo Tribunal Federal, sumado al hecho de que las acciones fueron suspendidas para que los individuos optaren por adherirse o no al acuerdo (*adhesión opt in*), es un ejemplo de que es posible tratar objetivamente con los valores a ser indemnizados. El acuerdo fue homologado en el ámbito de Recursos Extraordinarios n° 591.797/SP e 626.307/SP, relator Ministro Dias Toffoli y de los Recursos Extraordinarios n°s 631.363 e 632.212, relator Ministro Gilmar Mendes, así como, en una acción de control de constitucionalidad, la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* n° 165, relator Ministro Ricardo Lewandowski. Además, la existencia de criterios objetivos permite un sano juicio crítico. En la doctrina, justamente por ser conocidos los criterios, existe quien critique el acuerdo de las exclusiones inflacionarias. Las críticas abordan la cuestión material, es decir, la relación entre incertidumbre jurídica y tiempo, que en el caso estaría francamente favorable a los ahorradores; y la cuestión procedimental, especialmente en lo que se refiere a la poca participación de los implicados, la falta de transparencia de los criterios y la representatividad adecuada de las partes que celebraron el acuerdo, VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Representatividade (in)adequada. (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>). Acceso en: 07.09.2018. La crítica fue anterior a la homologación y sólo el tiempo dirá si la adhesión de los consumidores será eficiente, en el caso, y si los acuerdos realizados tendrán la estabilidad pretendida.

¹⁰⁶ ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*, v. 74, p. 397, 2014, p.401.

Otro punto para la reflexión es la necesidad de un control público de la actividad desarrollada por este tipo de entidades. En un escenario de tantos intereses involucrados, la actividad de supervisión jurisdiccional de la actuación de la *facility* parece ser de fundamental importancia, especialmente en Brasil.¹⁰⁷

Ese control no debe ser solamente función del juez. El juez actúa como garantía, pero no es necesario que solo él ejerza la función de supervisión de la entidad. La tarea de controlar la actividad de las *facility* puede ser realizada por el Ministerio Público, en el cumplimiento de su deber de protección de los derechos fundamentales y de la colectividad como un todo, y por la Defensoría Pública, en relación a los daños que se refieren a las personas necesitadas, así como por otros órganos estatales de control. Esta es una clara ventaja del sistema brasileño, con fuerte participación de entes públicos en la tutela colectiva, en comparación con el modelo norteamericano, mucho más dependiente de los particulares.

Incluso en el modelo norteamericano, la experiencia demostró la necesidad de supervisión y control. El caso del desastre con la plataforma petrolera de BP en el Golfo de México (*Deep Water Horizon Oil Spil*, de 2010) demostró la necesidad de regulación por parte del gobierno, con acompañamiento e indicación de las responsabilidades a partir de criterios objetivos, auditorías técnicas y supervisión de la ejecución de los programas de reparación para saber si la empresa está cumpliendo con las obligaciones de compensación de manera adecuada.¹⁰⁸ En Brasil, este proceso ya se inició en el caso del Río Doce, con las auditorías técnicas, la presencia del Ministerio Público y de las Defensorías Públicas en el control de las acciones de la Fundación Renova.

La ausencia de control público y social puede resultar en una paradoja en los litigios de interés público: aunque la alternativa privada es menos costosa desde el punto de vista económico para la empresa, y más ventajosa para

¹⁰⁷ Sobre la delegación de funciones jurisdiccionales, y su sucedáneo, que es la necesaria supervisión judicial sobre el delegado, conferir: CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: tese apresentada para o concurso público para o cargo de professor titular, 2017, p.485 ss.

¹⁰⁸ Para una crítica aguda al programa de reparación en este caso, MULLENIX, Linda S., Prometheus Unbound: The BP Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Litigation. *A Fund Too Far. University of Texas Law Review*, Public Law Research Paper No. 252, dez., 2011; CONK, George W., Diving into the Wreck: BP and Kenneth Feinberg's Gulf Coast Gambit. *Roger Williams University Law Review*, vol. 17, n. 137, 2012. En el artículo, la autora apunta que los fondos gestionados por Ken Feinberg representaron tres hipótesis que gradualmente debilitaron los métodos de control del interés público: a) un fondo aprobado judicialmente, a partir de una *class action* (caso del "Agent Orange"); b) un fondo aprobado por el Congreso de los Estados Unidos y supervisado por él (caso del *World Trade Center - WTC*, 2001); c) un fondo creado y dirigido por el demandado, (des) evolucionando de un modelo de entidades de infraestructura específica creadas por el *rule of law* para un modelo esencialmente sin ningún control legal o jurídico (*unconstrained by law*). MULLENIX, Linda S., Prometheus Unbound: The BP Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Litigation. *A Fund Too Far. University of Texas Law Review*, Public Law Research Paper No. 252, dez., 2011, p. 825. Para la defensa del administrador del fondo ver: FEINBERG, Kenneth R. *Who Gets What. Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval*. New York: PublicAffairs, 2012, cap. 6.

los afectados por la ausencia de costes con abogados y la posibilidad de las indemnizaciones inmediatas, la falta de un consentimiento informado y la ausencia del carácter definitivo de los acuerdos pueden resultar en un coste de transacción más alto, con la posibilidad de revisión de lo que se negocia. Quien paga mal, paga dos veces. Las consideraciones de Issacharoff e Rave demuestran que esta paradoja ocurrió en el caso del GCCF, en el cual la acción colectiva fue más ventajosa para los involucrados que el fondo privado de compensación.¹⁰⁹

En Brasil podemos afirmar que el proceso colectivo toma en consideración elementos que solamente el sistema público o mixto, con supervisión judicial y de otros órganos de control, puede aportar: a) estabilidad resultante de la homologación del acuerdo (cosa juzgada); b) garantías de transparencia; c) tratamiento similar de las demandas; d) intervención obligatoria del Ministerio Público cuando este no sea actor. Estos elementos son muy positivos. Existe necesidad de discutir en el futuro la posibilidad de vinculación de los miembros ausentes que no hayan optado por excluirse de la demanda (*opt out*), ventaja apuntada por la doctrina en el sistema norteamericano, pero que en Brasil encontraría límite en nuestro régimen actual de cosa juzgada *secundum eventum litis*, solo para beneficiar a los titulares de los derechos individuales.¹¹⁰ Ciertamente, esa restricción no vale para los casos y para la formación de precedentes.¹¹¹

Otro punto que merece reflexión es la necesidad de consentimiento informado. La opción por *facilities* privadas o mixtas como alternativa a la presentación del caso ante la Judicatura depende de que se garantice el “consentimiento informado” de las partes. Esto vale tanto para Estados Unidos como para Brasil. Es necesario que se asegure asesoría técnica imparcial para los afectados, ya sea a través de la abogacía *pro Bono* (abogados *pro bono*, con honorarios limitados, *low-fee basis*, o defensores públicos), de grupos de trabajo (*disaster response teams*), o la posibilidad de impugnación judicial, individual o colectiva, siempre que se compruebe que la falta de consentimiento informado y conocimiento claro sobre la alternativa judicial está resultando en un perjuicio a los afectados.¹¹²

Como afirma la doctrina, una posible impugnación judicial podría incluso permitir que los ajustes en los planes de indemnización se hagan efectivos durante la fase extrajudicial, pues, al hacer del consentimiento informado

¹⁰⁹ ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*, v. 74, p. 397, 2014, p. 403.

¹¹⁰ ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*, v. 74, p. 397, 2014, p. 403.

¹¹¹ Defendiendo la vinculación en los casos repetitivos, en los casos de suspensión por prejudicialidad de los procesos individuales y en los precedentes, cf. ALVES, Gustavo. *Ações Coletivas e Casos Repetitivos. A Vinculação das Decisões no Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2018.

¹¹² Sobre el consenso informado como forma de control de la validez de los actos procesales negociables, conferir: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2a ed., 2018, p.291 ss, 319 ss.

una condición para que la renuncia a tutela jurisdiccional sea considerada válida, se hace mucho por alentar que las partes se informen adecuadamente sobre las consecuencias de sus elecciones y opciones.¹¹³

Por último, caben también unas palabras sobre la autocomposición adecuada en el contexto de la tutela colectiva. El derecho, en Brasil y en el mundo, está pasando por una transformación que tiene en cuenta la capacidad de los propios interesados en el litigio a identificar, a partir de criterios objetivos, las cuestiones de hecho y el derecho aplicable al caso. La identificación de esos criterios mediante la “negociación directa” o “colaborativa”¹¹⁴ permite encontrar parámetros de justicia objetiva para la autocomposición, resultando en lo que se acordó denominar como negociación sin concesiones.¹¹⁵ En estos casos, la indemnización vendrá fijada en el valor óptimo, o sea, en el valor adecuado según la práctica de los tribunales en casos similares en el momento en que ocurrió la lesión.¹¹⁶ Los organismos públicos que tutelan los intereses públicos involucrados en el conflicto y a los más vulnerables, como el Ministerio Público y la Defensoría Pública, deben actuar de forma conjunta para reforzar estos objetivos. La ventaja del proceso colectivo en relación a los procesos individuales, para los litigantes profesionales, en estos casos, está en garantizar la “paz”, o sea, la resolución del conflicto con el grupo de afectados.¹¹⁷

El conocimiento de las alternativas jurídicas aplicables al caso es imprescindible para que se implementen soluciones más rápidas, aunque las partes involucradas puedan recibir menor cantidad de la que les correspondería a través de otros cauces. Pero existen diferencias entre el modelo norteamericano y el brasileño que necesitan ser resaltadas. En los Estados Unidos, hay protagonismo de entidades privadas, y muchas veces son los propios aboga-

¹¹³ MULLENIX, Linda S. Mass Tort Funds and the Election of Remedies: The Need for Informed Consent. *Review of Litigation.*, n. 31, jan., 2012, p. 885-887.

¹¹⁴ ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: WoltersKluwer, 2013, p. 132-135.

¹¹⁵ Es en este sentido que el método de Harvard insiste en criterios objetivos para la obtención de una negociación destinada a producir resultados sensatos, basados en principios. FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegar ao Sim. A negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. São Paulo: Imago, 2005, p. 28/29.

¹¹⁶ VAN RHEE, C.H. Obligations of parties and their lawyers in civil litigation: the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. in ADOLPHSEN, Jen et all (org.). *Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag*. C.H. Beck, 2014, p. 669/679; UZELAC, Alan. Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations. *Hungarian Journal of Legal Studies*, 58, n° 1, pp. 3-18, 2017; ZANETI JR., Hermes. O Princípio da Cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o Processo. in LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; NETO, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Morato. *Processo Civil Contemporâneo. Homenagem aos 80 Anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 142-153.

¹¹⁷ Este es uno de los elementos que justificaría la paradoja económica formada por litigios con más costo de transacción, como las *class actions*, hayan resultado en indemnizaciones más altas para los miembros del grupo afectado por el desastre de BP en el Golfo de México que los acuerdos extrajudiciales firmados con la GCCF, que tenía costos de transacción mucho menores, ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*, v. 74, p. 397, 2014, p. 417-418.

dos que patrocinan/financian el litigio. Esto implica también el surgimiento de un potencial conflicto de intereses entre los abogados y los miembros de la clase en el momento de optar por una autocomposición más o menos ventajosa.

En este caso, se debe pensar hasta qué punto debe llegar el deber del juez de incentivar mecanismos autocompositivos (art. 3o §2o do CPC). Entendemos que cualquier presión directa o indirecta para la autocomposición que viole las exigencias legales perjudica al sistema de justicia, especialmente en casos con fuertes consecuencias físicas y psicológicas, como son las situaciones de daños de masa. Los casos en los que no se ofrezcan todas las alternativas a las partes están en contradicción con el derecho y violan las normas que rigen el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, preservada la autonomía de la voluntad y el consentimiento informado, tratándose de derechos disponibles, nada impide que la víctima opte por un procedimiento rápido, recibiendo su indemnización inmediatamente.¹¹⁸

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, Gustavo. *Ações Coletivas e Casos Repetitivos. A Vinculação das Decisões no Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a partir do Caso da ACP do Carvão. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2a ed., 2018.
- Convenções processuais sobre o custo da litigância (I). *Revista de Processo*, ano 43, vol.276, fev., 2018.
- *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Universidade do Estado do Rio de Janeiro: tese apresentada para o concurso público para o cargo de professor titular, 2017.
- O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, vol.147, 2007.
- COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: Promessa ou Realidade? Uma Análise do Litígio sobre Creche e Pré-Escola no Município de São Paulo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Las acciones colectivas y el enjuiciamiento de casos repetitivos: dos tipos de proceso colectivo en el Derecho brasileño. *International Journal of Procedural Law*, vol. 7, n.2, 2017.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. Salvador: JusPodivm, 2018.

¹¹⁸ Sobre este debate en relación a los *fast-track proceedings* de algunas *facilities* en los Estados Unidos, HENSLER, Deborah R. *Alternative courts? Litigation-induced claims resolution facilities*. *Stanford Law Review*, vol.57, 2005, p.1436-1437; RABIN, Robert L. *The September 11th Victim Compensation Fund: a circumscribed response or an auspicious model?* *DePaul Law Review*, vol. 53, 2003, p.772.

- FEINBERG, Kenneth R. Response to Robert L. Rabin, September 11 through the Prism of Victim Compensation. *Columbia Law Review*, v. 106, n. 2, mar/2006.
- The Dalkon Shield Claimants Trust. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n. 4, 1990.
- *Who Gets What. Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval*. New York: Public Affairs, 2012.
- FELDMAN, Eric. A. Compensating the Victims of Japan's 3-11 Fukushima Disaster. *Asian-Pacific Law & Policy Journal*, vol.16, n.2, 2015.
- FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como Chegarao Sim. A negociação de Acordos sem Concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. São Paulo: Imago, 2005.
- FITZPATRICK, Lawrence, The Center for Claims Resolution, *Law and Contemporary Problems*, v.53, n.4, 1990.
- FOOTE, Daniel H. Japan's ADR System for Resolving Nuclear Power- Related Damage Disputes, *University of Tokyo Law Review*, vol.12, 2017.
- GREEN, Eric D. Mapping Mass Claims Facilities. *Dispute Resolution Magazine*, v.18, 2012.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Caminhos e Descaminhos do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da. *O Processo para Solução de Conflitos de Interesse Público*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- HENSLER, Deborah R. Alternative Courts? Litigation-Induced Claims Resolution Facilities. *Stanford Law Review*, v. 57, 2005.
- Assessing Claims Resolution Facilities: What We Need to Know. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n.4, 1990.
- ISSACHAROFF, Samuel; RAVE, D. Theodore. The BP Oil Spill Settlement and the Paradox of Public Litigation. *Louisiana Law Review*, v. 74, 2014.
- Mass Claims Resolution Facilities*. New York: CPR, 2011 (International Institute for conflict Prevention & Resolution - CPR Master Guides on Conflict Prevent and Resolution).
- MCGOVERN, Francis E. The What and Why of Claims Resolution Facilities, *Stanford Law Review*, v. 57, 2005.
- MULLENIX, Linda S. Mass Tort Funds and the Election of Remedies: The Need for Informed Consent. *Review of Litigation.*, n. 31, jan., 2012.
- Prometheus Unbound: The BP Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Litigation. A Fund Too Far. *University of Texas Law Review*, Public Law Research Paper No. 252, dez., 2011.
- NAGAREDA, Richard A. *Mass Torts in a World of Settlement*. Chicago: University of Chicago Press, 2007.
- PETERSON, Mark A., Giving Away Money: Comparative Comments on Claims Resolution Facilities. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n.4, 1990.
- RABIN, Robert L. The September 11th Victim Compensation Fund: A Circumscribed Response or an Auspicious Model. *DePaul Law Review*, v.53, 2003.
- ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E. A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer, 2013.
- SMITH, Marianna S. Resolving Asbestos Claims: The Manville Personal Injury Settlement Trust. *Law and Contemporary Problems*, v. 53, n.4, 1990.
- UZELAC, Alan. Towards European Rules of Civil Procedure: Rethinking Procedural Obligations. *Hungarian Journal of Legal Studies*, 58, n° 1, 2017.

- VAN RHEE, C.H. Obligations of parties and their lawyers in civil litigation: the ALI/ UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure. *In: ADOLPHSEN, Jen et al (org.). Festschrift für Peter Gottwald zum 70. Geburtstag.* C.H. Beck, 2014.
- VITORELLI, Edilson. Acordo coletivo dos planos econômicos e por que ele não deveria ser homologado. Representatividade (in)adequada. (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-coletivo-dos-planos-economicos-e-por-que-ele-nao-deveria-ser-homologado-15012018>). Acesso em 07.09.2018.
- O devido processo legal coletivo. Dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016.
- Tipologia dos litígios transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. *In: ZANETI JR., Hermes (coord.). Processo Coletivo.* Salvador: JusPodivm, 2016 (DIDIER JR., Fredie (coord. geral). Coleção repercussões do novo CPC, v. 8).
- ZANETI JR., Hermes. *O Ministério Público e o Novo Processo Civil.* Salvador: JusPodivm, 2018.
- O Princípio da Cooperação e o Código de Processo Civil: Cooperação para o Processo. *In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; NETO, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Morato. Processo Civil Contemporâneo. Homenagem aos 80 Anos do Professor Humberto Theodoro Júnior.* Rio de Janeiro: GEN/Forense/IBDP, 2018.
- ZANETI JR, Hermes; GIDI, Antonio. Brazilian Civil Procedure in the Age of Austerity? *Erasmus Law Review*, v. 4, 2015.

