

Cleveland vs. Wall Street

Laura Carballo Piñeiro*

Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidade de Santiago de Compostela

1. Película.

TÍTULO

Cleveland vs. Wall Street

FICHA TÉCNICO-ARTÍSTICA

Año: 2010

País: Francia, Suiza

Dirección: Jean-Stéphane Bron

Guión: Jean-Stéphane Bron, Harold Manning

Montaje: Simon Jacquet

Fotografía: Julien Hirsch

Reparto: Personajes reales, entre otros, Barbara Anderson, Josh Cohen, Thomas J. Pokorny, Keith Fisher, Michael Osinski, Peter Wallison, Kathleen C. Engels.

Productores: Robert Boner, Philippe Martin/Les Films Pelléas, Saga Production

Duración: 98 minutos

*Miembro del Grupo de innovación docente *De Conflictu Legum* (USC). Esta contribución ha sido realizada en el marco del Proyecto de investigación financiado por la Xunta de Galicia (Incite09 202 096 PR), "Responsabilidad social corporativa por violaciones graves de derechos humanos", y del Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación español (DER2010-17048): "Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad social".

SINOPSIS

El 11 de enero de 2008, la ciudad de Cleveland demanda a 21 bancos, a los que considera responsables de su devastación, resultado de las innumerables ejecuciones hipotecarias que han sufrido sus habitantes. El caso lucha por abrirse paso en los tribunales desde entonces, ante la feroz oposición de los demandados, que han contratado a una legión de abogados para evitar que, finalmente, sea decidido por un jurado popular.

Ante la perspectiva de que el juicio nunca llegue a celebrarse, el director de la película, Jean-Stephane Bron, decide promover un "juicio simulado", esto es, una reconstrucción en la que, curiosamente, todo es real; así, la acción se inicia con la demandante-representante en la *class action* realmente entablada, Barbara Anderson; y el juicio se sigue ante el Honorable Thomas J. Pokorny, que preside un tribunal conformado por ocho jurados, que han prestado el correspondiente juramento; y en el que el abogado demandante en la demanda realmente presentada, Josh Cohen, lucha por hacer valer sus argumentos frente al abogado de la defensa, Keith Fisher. Allí intervienen testigos del derrumbe de la ciudad: el policía que debe ejecutar los desahucios, el funcionario municipal que debe emplear el presupuesto municipal en evitar la completa ruina de las casas abandonadas por sus propietarios-bancos en lugar de en proyectos sociales o parques, un *drug dealer* reconvertido en bróker, y nombres propios en la crisis producida, como Michael Osinski, el informático que ayudó a desarrollar las herramientas que permitieron la *securitisation* o titulización, o Peter Wallison, consejero de Ronald Reagan y neoliberal, promotor de la desregulación de los mercados de capitales. A través de ellos, la película consigue transmitir en qué consisten los créditos hipotecarios *subprime* o hipotecas basura, así cómo qué papel han jugado en la crisis financiera global.

2. Temática jurídica.

Palabras clave: *securitisation*, titulización de activos, *subprime credits*, hipotecas basura, *class actions*, acciones colectivas, juicio con jurado.

La película presenta un gran valor didáctico, dado su ritmo relativamente lento: el hecho de que no haya propiamente un guión y no intervengan actores profesionales enfatiza, obviamente, lo que está en juego en la demanda presentada en los Estados Unidos, decidir quién es responsable de la crisis financiera y, por tanto, quién debe asumir los costes de ella derivados. En este sentido, proporciona valioso material de discusión sobre dos mecanismos jurídicos directamente relacionados con ella: en primer lugar, las hipotecas *subprime*, transformadas posteriormente en valores susceptibles de ser negociados en mercados secundarios, a través de su titulización o, en terminología estadounidense, *securitisation*. De ahí es posible apreciar cómo se insuflan estos activos “tóxicos” en el mercado global.

El tema estrella de la película es, claramente, el reseñado. Pero un jurista también puede preguntarse cómo es posible que una ciudad, Cleveland (Ohio), pueda presentar una demanda contra 21 entidades financieras. La respuesta viene de la mano de las *class actions* o acciones colectivas, en su traducción española, por lo que la película también es apta para ilustrar este tópico, de actualidad mayor si cabe, ante los últimos movimientos de la Unión Europea encaminados a la introducción de una acción colectiva indemnizatoria europea.

Por último y aunque tampoco es el tema estrella, parece conveniente una somera referencia al papel que juega el juicio con jurado en los Estados Unidos, incluso en los procedimientos civiles.

3. Comentario

I. Sistema financiero estadounidense: *(Sub)prime crisis*.

El valor que presta el juicio estadounidense a la prueba y, en particular, al interrogatorio de testigos -en la medida en que es necesario dejar claros los hechos del asunto al jurado de legos en derecho que, finalmente, han de decidir- es quizás lo que confiere mayor valor didáctico a este trabajo cinematográfico. Así, la acción se desgrana exponiendo, en primer lugar, cuáles son las consecuencias de la crisis, esto es, el estado de

abandono y depresión que sufre la ciudad de Cleveland; en segundo lugar, se pasa a demostrar la irracionalidad que subyacía a la concesión de hipotecas basura; en tercer lugar, se dibuja cómo éstas se convierten en bonos, que pasan al mercado de capitales, cerrando el ciclo de irresponsabilidad por parte de las entidades bancarias; para, finalmente, entrar en las causas de esta irresponsabilidad, la conexión con el poder político y las teorías desreguladoras que imperaron, en particular, en la época de Ronald Reagan.

En el juicio se da cuenta de los barrios desolados que han dejado las ejecuciones hipotecarias en Cleveland; no se trata sólo de las historias personales, sino también de la colectiva, perdida en hileras de casas cuyos actuales propietarios, los bancos, no se encargan de cuidar. El *boom* inmobiliario también cimentó otrora la economía estadounidense, y los bancos, para dar salida al stock de viviendas, ofrecían créditos a quienes no podían pagarlos. O sí; los distintos testigos que pasan por la sala del tribunal componen un variado espectro social, en el que está incluido lo que nuestro Código civil todavía denomina un “diligente padre de familia”, un trabajador cualificado por así decirlo, a quien la crisis deja sin trabajo y, en consecuencia, sin oportunidad de pagar su hipoteca, y literalmente en la calle. Este panorama, que encuentra reflejo en la sociedad española, es el que impulsa la demanda colectiva planteada en el año 2008. Lo que no obsta a que en la película se dejen al descubierto otros juicios de valores, expresados por un miembro del jurado, y que nos remontan a la libertad de contratación. Porque es cierto que nadie obligaba a estas personas, conocedoras de su situación económica, a asumir créditos tan elevados en algunos casos.

Del otro lado está, sin embargo, la absoluta irresponsabilidad en la concesión de estos créditos, que en el juicio queda muy bien expuesta. En el año 2007, la banca estadounidense reconoció que tenía 6 millones de dólares en créditos morosos, derivados de las hipotecas basura o *subprime*. Lo curioso es que ya lo sabía antes, puesto que éstas se concedían a personas a las que, en ningún caso y bajo ningún concepto, se les hubiera concedido crédito, aplicando estándares mínimos, o *prime*, de responsabilidad en el pago. De hecho, la definición de crédito *subprime* es difícil de creer, hasta que se escucha en el juicio a uno de los encargados de su concesión, esto es, a un bróker; éste relata que fue aceptado como tal, habida cuenta de la cartera de clientes que él podía aportar, la mayoría provenientes de su antiguo oficio como vendedor de drogas. En su testimonio también da

cuenta de cómo nunca le pidieron que justificara en el banco que tal cliente podía pagar el crédito que, automáticamente, le era concedido.

Ello es posible porque el bróker no asumía en Derecho estadounidense responsabilidad alguna en el trato. Como parecía que tampoco los bancos, puesto que estos, conscientes de la morosidad inherente al crédito que habían contraído, se apresuraban a titularizarlos: de activos tradicionales han de pasar a valores negociables en mercados secundarios, para lo que se agrupan y ceden a un fondo de titulización, respecto del que ha de obtenerse la calificación crediticia o *rating*, y que será el que, finalmente, emita valores negociables con cargo al fondo. Todas estas operaciones son relatadas *grosso modo* en el juicio, gracias a la intervención como testigo, por ejemplo, de Michael Osinski, el informático que colaboró en la creación de las herramientas que permitieron la *securitisation* (vid. por ejemplo, <http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/5106510/Former-Wall-Street-computer-whizz-Michael-Osinski-admits-his-work-broke-the-banks.html>).

Fundamental en todo el proceso que ha conducido a la quiebra de alguno de los bancos estadounidenses más importantes, y que ha arrastrado a otras muchas entidades bancarias en todo el mundo a grandes dificultades, ha sido la desregulación del sistema financiero estadounidense. Peter Wallison viene al proceso, de la mano de la defensa, a presentar sus ideas, puestas en práctica durante la Administración Reagan, cuando él asumió el cargo de consejero general en el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y fue, además, consejero personal del propio Presidente. En las siguientes páginas puede encontrarse más información sobre este “halcón”, incluido acceso a su *Dissent from the Majority Report of the Financial Crisis Inquiry Commission*: <http://www.aei.org/scholar/58>, o http://en.wikipedia.org/wiki/Peter_J._Wallison. Su interrogatorio, asumido en el juicio simulado por Kathleen Engels, Profesora de la Universidad de Suffolk, en Boston, Estados Unidos, y asesora de los demandantes, contrasta de modo manifiesto con los previos testimonios, que nos obligan a recordar, además, cómo el Estado se ha quedado sin recursos debido a la inyección de millones en el sistema financiero, recursos que, sin embargo, no destina a la ayuda social que esta gente precisa. Se recomienda, especialmente, la lectura del último libro de la citada Profesora, publicado conjuntamente con la Profesora Patricia McCoy y titulado *The Subprime Virus: Reckless Credit, Regulatory Failure and Next Steps*, Oxford University Press, 2011.

II. Derecho procesal civil estadounidense: *Class actions* y juicio con jurado.

La demanda entablada por la ciudad de Cleveland es una *class action*, definidas como sigue en la *Rule 23(1)* de las *Federal Rules of Civil Procedure* estadounidenses:

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.

Las *class actions* se caracterizan porque un miembro del grupo, o varios, pueden demandar en nombre de otros (convirtiéndose en *representative plaintiff*), a condición de que la clase esté compuesta de un número de personas tan elevado que sea imposible resolver el proceso de acuerdo con los mecanismos tradicionales de acumulación, y siempre y cuando lo pretendido en el proceso se sustente en hechos jurídicos de los que se derive un interés, o derecho, común a todos los miembros del grupo. De la película parece desprenderse que la demandante-representante es Barbara Anderson, una ciudadana de la citada ciudad, que ya sabemos reclama su parte de responsabilidad a los bancos por la destrucción de su ciudad Cleveland.

Ahondando un poco más en la historia de las *class actions*, ha de puntualizarse que nacen como un instrumento de democracia participativa, detrás del cual se esconde el moderno problema del acceso a la justicia. Demandas como la reseñada jamás llegarían ante los tribunales sin este mecanismo, especialmente apto para aquellos supuestos en los que el perjuicio es disperso, en el sentido de que afecta a una multiplicidad de personas, y de escasa cuantía, lo que las desincentiva a litigar. Permitirles reunir en un solo proceso sus demandas, no sólo coadyuva a la economía procesal, sino que, además, es susceptible de conseguir la implementación de muchas leyes que, sin la supervisión privada, simplemente nunca se aplicarían; en este sentido, coadyuva a la modificación de conductas.

Esta última función, la de lograr la modificación de conductas, se deja ilustrar con toda la serie de *class actions* frente a la administración estadounidense y que fueron la punta de lanza en la lucha contra la discriminación racial en los Estados Unidos, en particular a

través de su caso emblemático, *Brown v. Board of Education of Topeka* [347 U.S. 483 (1954)]. Este tipo de *class actions* se deja clasificar como *mandatory*, porque la decisión que en ella se dicte vincula a todos los afectados por la cuestión allí decidida, sin que tengan, además, oportunidad de excluirse del proceso. En términos generales y salvando las distancias entre sistemas legales, serían aquellas acciones que resuelven sobre intereses difusos o colectivos. De hecho, esta terminología nace de la mano de la doctrina italiana, en particular Claudio Consolo, para intentar trasladar el ingenio jurídico estadounidense a Europa y conseguir que aquí los particulares puedan también demandar ante los tribunales civiles intereses que, hasta hace poco, sólo los Estados detentaban y, por tanto, podían exigir.

En la actualidad, la discusión en Europa, y tras la Directiva 98/27/CE sobre acciones de cesación en materia de protección de los consumidores (ahora Directiva 2009/22/CE), versa sobre la posibilidad de introducir un remedo de las *voluntary class actions*, a través de las que también se puede pedir indemnización para los miembros de la clase: como están en juego sus derechos económicos, aquí sí se les permite apartarse de la acción colectiva, concediéndoles un derecho de *opt out*, esto es, si no quieren participar, tienen que comunicarlo al tribunal. Este planteamiento genera muchas reticencias por cuanto, sobre la base del silencio del miembro de la clase ausente en el procedimiento, se dicta una sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, también para él. Sin embargo, la elección de este sistema se debe a que, de este modo, se alcanza a más miembros y, por tanto, se maximizan las funciones de las *class actions*: acceso a la justicia, economía procesal y modificación de conductas. Téngase en cuenta que quien no manda un formulario indicando que no quiere ser incluido en la clase es porque su derecho económico es tan irrelevante que considera que no vale esa molestia.

Pero la acumulación de pretensiones que habilita la *voluntary class action* sí que preocupa al demandado, puesto que puede estar enfrentándose a una demanda millonaria o, incluso, billonaria. En este contexto, hay una considerable presión para frenar la potencialidad de las *class actions* en los Estados Unidos, y para que no lleguen a implementarse en Europa. Pero, justamente, la crisis financiera ha puesto de relieve su importancia, en la medida en que las jurisdicciones europeas se enfrentan a la necesidad de dar salida a todos los inversores defraudados por el sistema y que sí tienen interés en acudir ante los tribunales.

Paradigmático de esta “necesidad” es el caso de Holanda, donde, a raíz de un supuesto de responsabilidad médica, se implementa en agosto de 2005 una *settlement class action* (vid. §§ 7:907-910 Código civil y 1013-1018 Código de Proceso civil holandés, introducidos por *Wet collectieve afwikkeling massaschade*, de 27 de julio de 2005), esto es, una acción colectiva que pretende únicamente aprobar un acuerdo alcanzado antes de acudir a los tribunales por las partes; en el supuesto que da lugar a esta reforma, las farmacéuticas responsables del medicamento que causa daños quieren que ese acuerdo vincule a todos los posibles interesados, *ergo*, ha de pasar por un tribunal para conseguir algo muypreciado para los demandados, el efecto preclusivo que evita el goteo constante de procesos individuales y le da un nuevo valor a las acciones colectivas. Pues bien, a pesar de que esta modalidad de acción colectiva nació para resolver accidentes múltiples, ha generado una ya muy importante práctica, que se centra en su mayoría en casos que conciernen a inversores y su protección, también residentes en otros países, confirmando el atractivo de este tipo de remedios ya reflejado en la práctica estadounidense.

Con este trasfondo, cabe reseñar los movimientos de la Comisión Europea para promover una acción colectiva indemnizatoria a escala europea. A estos efectos, ha barajado, en primer lugar, una introducción controlada en sectores estratégicos, para lo que, primero, lanzó una consulta en materia de Derecho de la competencia que culminó con el Libro Blanco sobre “Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, publicado en Bruselas el 2 de abril de 2008 [COM (2008) 165 final], y, segundo, otra en materia de Derecho de Consumo, presentando el 27 de noviembre de 2008 un Libro Verde sobre recurso colectivo de los consumidores [COM (2008) 794 final]. Las dudas, críticas y dificultades surgidas de este proceso y el nuevo contexto, han hecho valorar a la Comisión la posibilidad de que, quizás, sería necesario un instrumento más general y no sólo limitado a esos sectores, lo que se ha traducido en una nueva consulta: *Commission Staff Work Document. Public Consultation: Towards a Coherent European Approach to Collective Redress*, Bruselas, 4.2.2011 [SEC(2011)173 final]. Por su parte, el Parlamento Europeo también apoya este tipo de medidas, como manifestó en su Resolución sobre el Libro Verde sobre los servicios financieros al por menor en el mercado único (A6-0187/2008).

En general y como ya se ha dicho, la fuerte oposición proviene del sector empresarial e industrial, que se escuda en descalificativos vertidos sobre las *class actions*. En

particular, se las acusa de ser una suerte de *legal blackmail*, en la medida en que el sólo planteamiento de la acción colectiva y la publicidad que genera provoca una presión tal en el demandado, que le obliga a llegar a un acuerdo, aun cuando la demanda no tenga fundamento legal. Lo cierto es que, a estos temores, se puede objetar, de una parte, que la admisión a trámite de una *class action* sigue un procedimiento especialmente complicado, denominado *certification*; para que una demanda sea certificada como *class action* tiene que cumplir una serie de requisitos legalmente establecidos, existiendo un margen de discrecionalidad judicial para valorar su razonabilidad y manejabilidad, que convierten a este procedimiento en una barrera contra demandas infundadas.

De otra parte, las *class actions* y su poder amedrentador sobre el demandado se deben a otras características del Derecho procesal civil estadounidense, como el que no rija el principio de que “quien pierde, paga”, las *contingency fees*, o los *punitive damages*. También juega, como no, un papel decisivo el hecho de que la Séptima Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos consagre el derecho a un juicio con jurados legos, también en el proceso civil. Ellos sólo se pronuncian de los hechos, pero su intervención tiende a disparar la cuantía de la condena, en particular cuando pueden otorgar daños punitivos y una *class action* es el sitio adecuado para hacerlo. La película ilustra también de su funcionamiento.

En cualquier caso, los vicios alegados del sistema estadounidense (que, entrando en más detalle, cabría cuestionar que sean tales vicios), no pueden ser invocados en Europa para frenar la introducción de un mecanismo procesal que permite perseguir con gran eficacia prácticas fraudulentas e impunes, precisamente, por la falta de dicho mecanismo. De hecho, conviene recordar aquí como el mecanismo de las *class actions* lleva años funcionando en Canadá y Australia, y más recientemente, en Israel, sin que se hayan apreciado los citados abusos; antes al contrario, existe un alto grado de satisfacción con el sistema.

4. Actividades.

La complejidad de los temas aquí analizados hace aconsejable su tratamiento en el marco de un seminario, donde poner a prueba las habilidades de investigación jurídica de sus participantes. La pluralidad de perspectivas que admite el análisis del tema favorece la

formación de equipos de investigación de cada una de ellas, atendiendo como criterio de clasificación, en primer lugar, a las dos grandes partes en el asunto: los consumidores/pequeños ahorradores/inversores particulares, de una parte, el sistema financiero, de otra. El análisis puede hacerse más completo distinguiendo posturas dentro de cada uno de los bloques, por ejemplo, defensa de, y acusación frente a, la actividad de los consumidores; defensa de, y acusación frente a, la actividad del sistema financiero.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, hay una gran cuestión por explorar y es la ley aplicable a los mercados de capitales, hasta ahora tratada desde una perspectiva unilateral, pero que las acciones colectivas en materia de protección de inversores obligan a confrontar, en particular en aquellos casos en los que la mayoría de los miembros de la clase reside en un Estado distinto de donde se plantea la acción colectiva, han comprado acciones o valores de una sociedad que tiene su sede también en otro Estado y, además, lo han hecho en un mercado secundario que tampoco está regulado por el Estado en el que se plantea la acción colectiva.

Más allá de la complejidad jurídica de los temas que plantea la película, éstos presentan, por desgracia, también un interés muy popular. Es de reseñar que su planteamiento enlaza con la experiencia del Tribunal Russell, promovido por el filósofo Bertrand Russell, apoyado por Jean-Paul Sartre, para investigar los crímenes cometidos por Estados Unidos en Vietnam, a los que han seguido otras iniciativas, para investigar la actuación de gobiernos y multinacionales en Latinoamérica, la guerra de Irak, o el conflicto palestino-israelí. En esta línea, cabe citar de modo destacado al Tribunal Permanente de los Pueblos, encargado de investigar las violaciones de derechos humanos por parte de multinacionales europeas en América Latina. En todo caso, se trata de tribunales constituidos al margen de los organismos institucionales y cuya autoridad reside en la ética y *auctoritas* de quienes lo componen, y su repercusión, en una labor importante en la recuperación de la dignidad de los afectados, en la concienciación de la sociedad civil, además de que operan como un poderoso instrumento de recopilación de pruebas de las injusticias cometidas (susceptible de ser utilizadas en juicios reales).

Más allá de la difusión de estas iniciativas, el modelo del “juicio simulado” es siempre una actividad didáctica enormemente valiosa y respecto de la que sus participantes, incluido público, siempre se muestran satisfechos. En este caso y siguiendo la línea de los

Tribunales Russell, tiene el aliciente de poner sobre la mesa la potencialidad de la sociedad civil y su poder de organizarse frente a otro tipo de grupos de presión.

5. Bibliografía y sitios web de interés.

CARBALLO PIÑEIRO, L., *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y trasplante de las class actions en Europa*, Colección *De Conflictu Legum*, Santiago de Compostela, 2009.

CARBALLO PIÑEIRO, L., "Protección de inversores, acciones colectivas y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho de Sociedades*, 2011, pendiente de publicación.

ENGELS, K.C., "Do Cities have Standing? Redressing the Externalities of Predatory Lending", *Connecticut Law Review*, Vol. 39, 2006, pp. 355-, accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=774351.

ENGELS, K.C., McCOY, P., "Turning a Blind Eye: Wall Street Finance of Predatory Lending", *Fordham Law Review*, vol. 75, 2007, pp. 102-165, accesible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=910378.

ENGELS, K.C., McCOY, P., *The Subprime Virus: Reckless Credit, Regulatory Failure and Next Steps*, Oxford University Press, 2011.

LOSADA, R., "Estructuras de titulización: características e implicaciones para el sistema financiero", Comisión Nacional del Mercado de Valores, Madrid, 2006.

RAMOS VILLAR, I., "La titulización como mecanismo de transmisión y redistribución de riesgos. Aproximación jurídica", *Revista de derecho mercantil*, núm. 256, 2005, pp. 697-716.

TAPIA HERMIDA, A. J., "Instituciones financieras para la mejora del mercado inmobiliario: los fondos de titulización (en particular, los fondos de titulización hipotecaria) y las instituciones de inversión colectiva inmobiliarias (en particular, los fondos de inversión inmobiliaria)", *Revista de derecho del mercado de valores*, núm. 3, 2008, pp. 37-57.

WALLISON, P.J., *Dissent from the Majority Report of the Financial Crisis Inquiry Commission*, accesible en <http://www.aei.org/scholar/58>.

http://www.cineyderechoshumanos.com/2011/es/largometrajes/cleveland_vs_wall_street.php

<http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/5106510/Former-Wall-Street-computer-whizz-Michael-Osinski-admits-his-work-broke-the-banks.html>

<http://www.aei.org/scholar/58>

http://en.wikipedia.org/wiki/Peter_J._Wallison