

El proceso de acciones colectivas (necesidad de su implantación en España)

José Luis Vázquez Sotelo

Catedrático de Derecho Procesal. Abogado

Actualidad Civil, Nº 16, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 30 Sep. 2011, pág. 1794, tomo 2, Editorial LA LEY

LA LEY 14476/2011

I. APARICIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

Las acciones y procesos colectivos constituyen un fenómeno nuevo en el moderno Derecho procesal civil. Se trata de algo impensable en España hace solo medio siglo. La novedad que representan los procesos colectivos es tan profunda que ni su planteamiento doctrinal ni su regulación pueden hacerse pensando que es suficiente adaptar las instituciones del tradicional proceso civil sobre relaciones intersubjetivas. Por el contrario, suponen una realidad nueva y exigen una nueva regulación de las instituciones y categorías procesales pensada en esa nueva realidad. Nada que ver con los frecuentes casos de proceso civil con pluralidad de partes ni con procesos civiles con múltiples intervenciones de terceros. Entre las muchas novedades que en las últimas décadas del siglo XX han ido apareciendo en el proceso civil (por ejemplo en materia de tutela cautelar, de tutela sumaria y provisoria o en materia de de ejecución) ninguna puede compararse con el cambio profundo que suponen las acciones y procesos colectivos. No me parece una exageración si digo que, metodológicamente, los procesos colectivos representan respecto del Derecho Procesal civil tradicional algo muy próximo a un cataclismo científico. No lo entendió así nuestro legislador que en la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000 (LA LEY 58/2000) ha creído que las acciones y procesos colectivos no representan un fenómeno sustancialmente diferente de las relaciones procesales tradicionales, por lo que su regulación puede hacerse ajustando la de las instituciones afectadas del proceso civil tradicional (1) .

II. UNA REALIDAD NO IMAGINADA POR LOS PROCESALISTAS MÁS EGREGIOS Y RENOVADORES. SIGNIFICACIÓN QUE EN LAS EXPOSICIONES CLÁSICAS CORRESPONDE A LOS « INTERESES Y PROCESOS COLECTIVOS »

Si pudiésemos rescatar de sus tumbas a los más egregios maestros del Derecho Procesal y les hiciésemos leer los criterios propuestos en el Código Modelo para regular la representación (por ejemplo la novedosa exigencia de la «representación adecuada»), la legitimación o la eficacia de la sentencia en los procesos colectivos, podría ser todo un espectáculo observar las expresiones de estupor de *Wach*, de *Rosemberg*, de *Chiovenda*, de *Calamandrei* y del mismo *Carnelutti*. Por supuesto, también la de los grandes procesalistas españoles (*Gómez Orbaneja*, *Prieto-Castro*, *Guasp*, incluso de los más eruditos como *Fairén*).

Para demostrar este aserto puede ser útil dirigir la mirada a las posiciones de los autores más renovadores de la doctrina procesal.

Volvamos, por ejemplo, a *Carnelutti*, porque fue el gran creador del concepto de «litis» o conflicto entre las partes, sobre el cual montó todo su sistema procesal.

Es inútil encontrar en sus *Lecciones* (2) ni en sus *Instituciones* (3) la menor referencia a lo que hoy entendemos por proceso colectivo.

Pero tampoco en su obra cumbre, el *Sistema*, puede encontrarse referencia alguna al actual concepto de proceso colectivo, a pesar de tratarse de una obra doctrinal situada más allá de la ley y del código, poblada de conceptos muchos de ellos creados o inventados por el Autor (4) .

Estudiando otra vez su *Sistema* parece que no va a ser así porque *Carnelutti* contrapone a las «litis individuales» las «litis colectivas». Un Autor tan genial y tan dado a encontrar la armonía y el contraste entre los conceptos y las instituciones, construyó la noción de «litis» para definir el conflicto intersubjetivo de intereses que se somete al proceso para su composición. Si la «litis» o conflicto es el objeto del proceso, componer o solucionar el conflicto constituye su finalidad. Y si las litis son intersubjetivas o «individuales», *Carnelutti* tenía necesariamente que preguntarse por las «litis colectivas» para situarlas en el otro polo de la clasificación y así salvar la armonía en la construcción.

A primera vista parece que *Carnelutti* habría sido el inventor del moderno concepto que conocemos como «proceso colectivo». Pero esto es solo una primera y superficial impresión porque, como vamos a ver, el término «proceso colectivo» empleado en sus obras tiene una significación muy distinta y para nada se identifica ni se corresponde con los modernos procesos colectivos.

Carnelutti utiliza la categoría de *proceso colectivo* (término que aparece así, subrayado, en su obra) para referirse al proceso corporativo, a los procesos en las relaciones de trabajo, en los cuales se habla (también en la legislación española) de «conflicto colectivo» cuando afecta a todos o a muchos trabajadores de una empresa. Apenas hay que decir que a eso no es a lo que le llamamos proceso colectivo en el Código Modelo ni a lo que hacemos referencia cuando se demanda su regulación.

La misma observación hay que hacer respecto de la contraposición entre «intereses individuales» y de «*intereses colectivos*», que también utilizó el eminente autor. Pero cuando ilustra a continuación con ejemplos lo que son intereses colectivos, acude al interés colectivo de la defensa del territorio (que exige soldados, cuarteles, armas y equipos), al interés colectivo de la Administración de justicia (que exige jueces, cancilleres, ujieres, edificios, muebles, libros) o al interés colectivo de la circulación (que exige obreros, utensilios, máquinas). Nada que ver, ni de lejos, con los modernos intereses colectivos o difusos y los intereses transindividuales ni siquiera con los individuales homogéneos, que están en la base del planteamiento de los procesos colectivos.

Carnelutti concluye su construcción afirmando que «el conflicto surge cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta y que "el conflicto puede darse en torno a toda clase de intereses: inmediatos o mediatos, individuales o colectivos", formulando el esquema de un hipotético triple conflicto, que podrá producirse: a) entre dos intereses individuales; b) entre un interés individual y uno colectivo, y c) entre dos intereses colectivos». Como ejemplo en cuanto a este último supuesto, propone el conflicto que se presentaría, ante una insuficiencia presupuestaria, entre satisfacer el interés de la instrucción pública o el de la defensa nacional. Nada que ver, ni remotamente, con los procesos colectivos que hoy constituyen nuestra preocupación.

Como vemos, ni siquiera uno de los procesalistas más agudos, originales y renovadores de todos los tiempos, pudo imaginar los modernos fenómenos sociales que han conducido a la necesidad de organizar los procesos colectivos.

El *Sistema* de *Carnelutti* fue adicionado por el Prof. *Alcalá-Zamora* y *Castillo*, otro eminente Autor, en el que destacaba especialmente su erudición y su cultura jurídica. Pero el ilustre procesalista hispano-mexicano, en sus notas o adiciones utiliza la categoría de litis o procesos colectivos con la misma significación del autor italiano. Hasta el punto de que en sus *Estudios procesales* (5) censura la inclusión en el Código de procedimiento civil italiano (en cuya elaboración participó decisivamente *Carnelutti*) de la regulación de las «controversias en materia

corporativa» o, mejor dicho, «las de índole colectiva», porque «presentan respecto de los conflictos propios del proceso civil profundas diferencias». Y *Alcalá-Zamora* y *Castillo*, ni en sus adiciones a la famosa obra ni en ninguno de sus muchos ensayos y estudios que comprenden toda la amplia materia procesal, imagina las acciones y los procesos colectivos con la significación que hoy le damos.

Conviene notar que *Carnelutti*, incluso en su obra última, *Diritto e processo* (6), considerada (junto con *Principi del processo civile*) como su testamento científico, en la que fija sus conceptos fundamentales después de sus cambiantes formulaciones, a pesar que su publicación ha sido mucho más próxima a nuestros días, continúa en este punto firme en sus posiciones de las *Instituciones* y del *Sistema*, sin que vislumbre los próximos procesos colectivos que pronto iban a hacer acto de presencia en la escena procesal internacional.

La misma observación procede, para hacer referencia solo a la doctrina española, si consultamos las obras de los procesalistas más eminentes como *Gómez Orbaneja* (7), *Prieto-Castro* (8) o *Guasp* (9), fundadores del procesalismo científico en España. El proceso colectivo, para la tutela específica de las nuevas categorías de intereses que no pueden encontrar adecuada protección mediante el proceso civil individual, es un gran ausente en todas esas obras, cuyas últimas ediciones son de hace pocos años. A la misma conclusión se llega examinando los trabajos y ensayos de un procesalista tan erudito como *FairénGuillén* (10). A pesar de su permanente atención a todas las inquietudes clásicas y actuales del Derecho procesal civil, no se encuentra en su extensa obra ningún estudio sobre los procesos colectivos.

Probablemente esta rápida investigación sobre el estado de la doctrina procesal clásica resulte suficiente. Pero si queremos reafirmar la tesis podemos dirigir la vista a los diccionarios o vocabularios jurídicos utilizados en Hispanoamérica.

Couture, en su *Vocabulario jurídico* (11), desarrolla la voz «juicio» desde su etimología, pasando por todas sus manifestaciones (juicio civil, juicio criminal, juicio arbitral, de alimentos, de responsabilidad, ejecutivo, oral, ordinario, posesorio, petitorio, verbal o universal). Pero ni bajo esta voz ni bajo otras próximas, como acción o proceso, se plantea el ilustre profesor uruguayo que pueda existir la categoría de «proceso colectivo», ni siquiera con la significación que le habían atribuido *Carnelutti* y *Alcalá-Zamora*.

Pallarés, autor mexicano de un extenso y muy utilizado *Diccionario* (12), aborda también la clasificación de los juicios civiles, con unas distinciones semejantes a las que ya hemos visto en el *Vocabulario* de *Couture*, solo que con menos extensión. Bajo la voz «clasificación de los procesos» e indicando que sigue la doctrina de un autor español (*Manuel de la Plaza*), bajo la letra f) establece la distinción (fundada en la naturaleza de los intereses que son materia del proceso) entre «procesos singulares» y «procesos colectivos o de grupo». Otra vez parece que el autor mexicano (o su inspirador, el procesalista español a quien sigue) han intuido la categoría de los procesos colectivos o «de grupo» (nombre con el que también se conoce a la acción colectiva, también llamada «de grupo», especialmente en Alemania). Pero esa impresión decae de inmediato cuando el autor aclara que la contraposición se refiere a los procesos que solo afectan a «una o varias personas singularmente consideradas» (procesos singulares) o «a los procesos laborales, en los que están en juego los intereses de un grupo de trabajadores considerados colectivamente (tales) como organizaciones sindicales, federativas o confederativas». El autor mexicano reproduce el pensamiento y la clasificación de *Carnelutti*, que es al que siguió (no solo en este punto) el autor español (*De la Plaza* (13)) que a su vez inspiró a *Pallarés*.

Podemos concluir esta breve incursión en la bibliografía procesal afirmando que hace solo muy pocas décadas ni los más originales y eminentes autores contemplaban la categoría de los procesos colectivos y que, si empleaban este término, en absoluto lo hacían para designar el mismo fenómeno que nosotros comprendemos hoy bajo tal

denominación. Por eso es inútil tratar de buscarle antecedentes históricos a los procesos colectivos. Y la explicación de este dato solo puede ser ésta: se trata de acciones y de procesos que entonces ni estaban regulados en los códigos y leyes procesales ni podían ser imaginados doctrinalmente, incluso por las mentes más fértiles y originales del procesalismo científico mundial.

Incluso en nuestros días, en los Manuales más actuales que se utilizan en España para impartir la explicación de la asignatura, se ha venido desconociendo por completo todo lo referente a los procesos colectivos (14) . E incluso, después de promulgada la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (LA LEY 58/2000) (LEC) que ya incorpora una regulación sobre la tutela de algunos derechos e intereses colectivos y difusos (los de los consumidores o usuarios), regulación legal que ya obliga a ocuparse de ellos, no se utiliza la expresión proceso colectivo sino que se alude solo a las especialidades procedimentales cuando la demanda es interpuesta por consumidores o usuarios, como una aplicación más a dichas hipótesis del «juicio ordinario» (15) .

Por si la exposición no bastara, puede señalarse incluso que los autores que más han influido en la preparación de la LEC 2000 (LA LEY 58/2000) menosprecian lo que para ellos parece ser una molesta novedad aludiendo a los intereses «difusos» como «profusos y confusos» (16) .

III. CONFRONTACIÓN CON EL PROCESO CIVIL TRADICIONAL SOBRE LITIGIOS INDIVIDUALES

El proceso tradicional para litigios individuales, que se ha ido configurando durante tantos siglos, se ha concebido siempre como *actus ad minus triumpersonarum*, cuyos protagonistas son, al menos, tres: las dos partes y el juez, según reflejó en su famosa definición el postglosador *Búlgaro*. Esa tríada de protagonistas es compatible con la pluralidad de partes, tanto en la cuerda del demandante como en la del demandado, como lo es también con la sustitución de un juez único por una pluralidad o colegio de jueces. Y es también compatible con la intervención de terceros que tienen interés en la contienda judicial pendiente entre otros dos. Que los protagonistas sean tres no impide que cada una de esas posiciones pueda estar integrada por múltiples personas, como sucede en todos los supuestos de pluralidad de partes.

Pero en los procesos colectivos no se trata de supuestos de pluralidad de partes. Las situaciones litisconsorciales en las que varias o muchas personas se unen en una misma cuerda procesal para actuar como una parte única y en un único proceso tienen muy poco o nada que ver con los procesos colectivos. Esas uniones litisconsorciales han sido y son muy frecuentes en el proceso civil individual (a veces, son demandantes todos los vecinos de un pueblo como propietarios de un monte comunal, o todos los copropietarios de un inmueble o todos los ocupantes de un autobús que ha volcado y causado daños y lesiones a los pasajeros). Otro tanto sucede con las diversas figuras de la intervención de terceros en el proceso pendiente entre uno o varios actores y uno o varios demandados. Ni los supuestos de litisconsorcio ni de intervención de terceros, cualquiera que sea su modalidad, significa que estemos ante un proceso colectivo.

Tampoco los clásicos «juicios universales», así llamados porque afectan y versan sobre todo un patrimonio (los juicios sucesorios y el proceso concursal) tienen mucho en común con los procesos colectivos, ya que éstos responden a un fenómeno bien distinto (aunque entre las razones que hicieron surgir los tradicionales procesos concursales y los modernos procesos colectivos existen importantes coincidencias o paralelismos, como después veremos).

IV. EL COMPRENSIBLE RECHAZO DE LA NOVEDAD Y LOS GRANDES AVANCES CIENTÍFICOS EN EL SIGLO XX

En la referida actitud de la doctrina (de la española y de la de otros muchos países) puede advertirse algunas veces desconocimiento; pero se comprende que la novedad se rechace conscientemente, como algo extraño y

chocante. Los que llevamos tantos años explicando el proceso civil utilizando las categorías tradicionales, se entiende que sintamos un rechazo casi instintivo para adaptarnos a las nuevas instituciones propias de los «procesos colectivos».

Sin embargo, la historia nos enseña que el progreso científico ha exigido, con frecuencia, la actitud del iconoclasta, que se rebela contra los postulados existentes. Los descubrimientos de Arquímedes, Galileo, Copérnico, Newton o Einstein hablan por sí solos.

Todo progreso científico ha supuesto siempre un cambio, una renovación, una ruptura y a veces un revulsivo de los conceptos y las tesis establecidas. Tratándose del derecho, la cuestión es más sencilla porque se trata de adaptar la regulación de las relaciones humanas a los cambios producidos en la sociedad. Siempre ha sido ése el cometido de toda regulación jurídica.

Para comprender por qué esta gran novedad procesal aparece precisamente en las últimas décadas del Siglo XX acaso convenga comenzar observando los replanteamientos científicos producidos en este siglo del que nosotros hemos sido testigos. ¿Cuántos cambios y descubrimientos científicos se han producido en el Siglo XX?

Si el Siglo XVIII fue el «Siglo de las Luces» y el Siglo XIX fue el de la revolución industrial, el de la máquina de vapor y de la aparición del proletariado, el Siglo XX fue el de los grandes avances y cambios científicos, que muchas veces han supuesto renovaciones muy profundas en las diversas disciplinas.

Solo con recuperar por un momento los estudios de bachillerato podemos constatar fácilmente la realidad de esta afirmación. La geometría que hoy estudiamos no es la de Euclides. Ha surgido una mecánica de lo discontinuo. La física moderna tiene cuatro dimensiones. Con Max Plank apareció la física cuántica. Con Einstein se ha establecido la teoría de la relatividad y después apareció la energía atómica. Para la fisiología humana un sabio español descubrió, con un simple microscopio, que los sistemas nerviosos no estaban aislados sino que se comunicaban entre sí mediante lo que a partir de Ramón y Cajal llamamos neuronas. En zoología, decir «cisne blanco» era gramaticalmente un pleonismo, hasta que apareció en Australia el cisne negro. Nada digamos de este mundo mágico e increíble de la electrónica, de la informática y de las telecomunicaciones, que además de haber revolucionado tan profundamente las comunicaciones, no ya entre países sino entre continentes, han contribuido a modificar tanto muchos hábitos y costumbres de la vida cotidiana. Una característica de los nuevos inventos es su difusión popular: un transistor, un ordenador o un teléfono celular no son algo exclusivo de una élite social sino que su posesión y su uso se vulgarizó rápidamente.

Mientras estas y otras muchas novedades han sucedido en las ciencias físicas y naturales ¿podemos creer que el Derecho quedó sustraído a toda evolución, al cambio y al progreso? En absoluto.

V. LA TRANSFORMACIÓN SOCIAL Y LOS GRANDES CAMBIOS JURÍDICOS PRODUCIDOS A FINALES DEL SIGLO XX

En el Derecho también ha habido y se siguen produciendo cambios muy importantes. Basta asomarse a un manual de Derecho civil para constatar esta afirmación.

Han surgido la hipoteca sobre cosa mueble y la prenda que garantiza el crédito sin que se desplace la posesión de la cosa y últimamente otras figuras del viejo derecho real de garantía. Los censos que, según la expresión de un antiguo comentarista del Código Civil español, «ocupaban la sala de las momias en el museo del Derecho civil», con las nuevas relaciones económicas son momias que pueden resucitar porque pueden haber recuperado la función económica que un día les dio vida. En el Derecho de obligaciones han surgido nuevos contratos y nuevas modalidades de sociedades. En el Derecho de la persona y de la familia han aparecido nuevas relaciones y uniones

familiares o cuasifamiliares de las que el Derecho tiene que ocuparse. En el Derecho penal hace años apareció el delito-masa, cuyo sujeto pasivo es una pluralidad indeterminada y a veces indeterminable de ofendidos. A partir de *Carbonnier* en el Derecho privado se habla de un «derecho flexible» y se han escrito esclarecedores ensayos sobre «derecho y masificación (17) ».

«Derecho y masificación». ¡Este es el punto al que era necesario llegar para entender los procesos colectivos!

El Derecho, en cuanto derecho positivo, es un conjunto de normas que una comunidad establece como de necesaria observancia (*Guasp*). Y el derecho es para las personas y para sus relaciones sociales: *ubi societas ibi ius*, siendo el derecho, como dijo *Guasp*, como «una conspiración para la convivencia» (18) . Cuando la sociedad altera sus circunstancias de convivencia, el derecho se transforma, para adaptarse a los nuevos cambios producidos o para corregirlos y rectificarlos: en todo caso, para regularlos jurídicamente.

Los procesos colectivos son un fenómeno procesal nuevo y responden a realidades y exigencias de la sociedad de nuestros días. En consecuencia no debemos intentar encontrarle antecedentes históricos.

La necesidad de disponer de una regulación adecuada para los conflictos colectivos solo surge a partir de la mitad del Siglo XX. Y aparece precisamente en las sociedades económicamente más desarrolladas y dinámicas (Estados Unidos), mediante una regulación jurisprudencial o pretoriana basada en los poderes creadores de la jurisprudencia. En España la necesidad de esa regulación se hace especialmente presente a partir de las últimas décadas del pasado siglo, que es cuando se presentan cada vez con más frecuencia los grandes conflictos de contenido económico, que han ido demandando promulgar leyes para defender a los consumidores y usuarios y, finalmente, exigen contar con una regulación del proceso jurisdiccional para cuando los mecanismos de intervención administrativos que están antes no han funcionado satisfactoriamente. El deficiente funcionamiento de las administraciones públicas es una causa fundamental de que se sienta la necesidad de contar con el proceso jurisdiccional para resolver estos conflictos. Todavía hace poco se pronunció por el TS. La última sentencia en el famoso *caso Sofico*, una defraudación masiva a adquirentes de inmuebles en lugares de la costa mediterránea. En los años siguientes podemos contar los casos de las academias de idiomas *Opening*, al que inútilmente se le quiso otorgar tutela eficaz mediante el proceso penal, o el *caso Gescartera* o los todavía pendientes *casos Forum Filatélico* y *Afinsa*, entre otros, en todos los cuales se echa en falta un procedimiento judicial que permita la tutela de los defraudados o dañados con criterios de eficacia.

VI. LA PROFECÍA DE ORTEGA Y GASSET Y SU SUPERACIÓN ACTUAL: DE LA «REBELIÓN DE LAS MASAS» A LA «SOCIEDAD DE MASAS». NUEVAS CATEGORÍAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

En el año 2000 se celebró el 70 aniversario de la publicación de tres famosos ensayos del gran filósofo español José Ortega y Gasset. Nos interesa especialmente ahora el titulado *La rebelión de las masas* (19) , uno de los libros de filosofía y de sociología más importantes de todo el Siglo XX.

Ortega fue el profeta de lo que sucedería en las sociedades desarrolladas de occidente. Su tesis fue que el «hombre masa» (el término «masa» no lo utiliza nuestro filósofo en su connotación marxista), es decir, el «hombre medio», no el aristócrata, no el intelectual, no el «gentleman», iba a tomar y a dirigir los destinos colectivos de las sociedades (20) . Los artesanos iban a ceder su puesto a la producción en serie. Los pequeños comercios cederían ante las grandes superficies actuales. El turismo ya no sería el privilegio de algunos afortunados, sino que aparecería el «turismo de masas», de base de grandes muchedumbres desplazándose de un lugar a otro, a veces viajando, podríamos decir, «*sicut pecora*», como grandes rebaños humanos. Para expresarlo con las propias palabras del filósofo: «las masas ejercitan hoy un repertorio vital que coincide en gran parte con el que antes parecía reservado exclusivamente a las minorías»; las masas «gozan hoy de los placeres y usan los utensilios

inventados por los grupos selectos; sienten necesidades que antes se calificaban como refinamientos», añadiendo todavía esta importante precisión: «y no solo utilizan las técnicas materiales sino también las técnicas jurídicas y sociales (21) ».

Cincuenta años han sido suficientes para que el vaticinio de *Ortega* se haya hecho realidad en las sociedades avanzadas. Solo que su profecía no solo se cumplió sino que lo que él llamó «rebelión de las masas» ha cedido el puesto al «imperio de las masas» (ya por entonces lo había advertido: «las masas se han hecho indóciles frente a las minorías: no las obedecen, no las siguen, no las respetan sino que, por el contrario, las suplantán»). El hombre masa se ha hecho bruto, aunque especialista. No solo es vulgar sino que reclama su derecho a ser vulgar y aspira a imponer socialmente la vulgaridad. Lo que caracteriza el fenómeno de la ascensión de las masas no es que el hombre vulgar se considere sobresaliente sino que, constándole su condición, proclama y quiere imponer su derecho a la vulgaridad.

En los países desarrollados han surgido las «sociedades de consumo» (de consumidores y usuarios de bienes y servicios) y han aparecido nuevos términos que no llegó a utilizar el maestro *Ortega*, que designan aspectos nuevos del fenómeno: hoy ya no se habla solo de «socialización» sino de «masificación», y últimamente también de «globalización» porque el progreso tecnológico ha hecho posible que el mundo, antes inmenso e incommunicado, hoy esté relacionado en esa especie de «aldea global». El hombre vulgar, antes dirigido, ha resuelto gobernar el mundo (22) . El hombre masa no se maravilla de los progresos de la tecnología avanzada, ya ningún progreso le sorprende: que la música pueda estar guardada en un disco y sea leída después por una aguja o por un rayo láser o que con un aparato de telefonía cada vez más diminuto que llevamos siempre encima se pueda conversar con todo el mundo. De todos esos adelantos al hombre masa lo único que acaso le interesa es el «coste» y las «prestaciones», manifestándose siempre dispuesto a cambiar de «modelo» tan pronto su economía se lo permita. Es propio de las sociedades de masas el consumo incesante hasta el punto de que el consumo se mide en las estadísticas macroeconómicas y es un dato fundamental en la marcha de la economía. El consumo masivo exige producción en serie y la difusión social de los nuevos inventos o producciones. En los lugares más apartados se ve la televisión. Desde un ambiente con frecuencia sórdido o de miseria sus habitantes ven que hay cerca otros lugares donde parece que se vive mejor. Esa observación ha propiciado los movimientos migratorios desde los países pobres a los países más desarrollados, o con superior nivel de vida, creando problemas de una envergadura histórica que hasta hace muy poco nadie podía imaginar. En estos días ese fenómeno de «otro mundo» de superior calidad de vida y mayor libertad está bien patente en las sublevaciones populares que prendieron en Túnez y que han ido pasando a Egipto, a Libia y otros países sometidos durante siglos a la rígida ley del Islam (23) .

La transformación social ha impactado tanto que ha hecho surgir nuevas categorías de «derechos fundamentales» para los habitantes de este mundo masificado.

Continuando los iniciales derechos individuales del hombre y del ciudadano (derechos de contenido negativo) han hecho su aparición nuevos derechos, que hoy se agrupan por «generaciones»: los derechos de la tercera y cuarta generación, que ya no se refieren a las libertades básicas ni a bienes privativos de cada uno sino a bienes comunes, que son de todos y no pertenecen a nadie, como el aire que respiramos, el agua que utilizamos, el río que cruza y fecunda la región donde vivimos, y todo lo que llamamos «medio ambiente», al que hoy los gobiernos dedican ministerios a los que encomienda su cuidado... Son derechos que tienen su fundamento no en el individuo sino en la sociedad, en la vida colectiva y en la solidaridad humana.

Por otra parte —y esta observación es la que ahora más nos interesa— la vida moderna masificada, además de consumos masivos, ha propiciado contratos en masa, y también grandes accidentes, grandes catástrofes, grandes daños a muchas personas, con frecuencia debidas a infracciones jurídicas, es decir, «conflictos colectivos» de

gran relevancia social y con pluralidad de damnificados.

Podría hacerse referencia pormenorizada a casos tan actuales como los de «Enron» o «Word.com» en los EE.UU. o el no menos famoso y más reciente «caso Parmalat» en Italia. Haciendo referencia a España podemos recordar algunos casos famosos que no pudieron sustanciarse como procesos colectivos al no disponer de una regulación procesal adecuada, como aquella enorme estafa inmobiliaria masiva de hace décadas a los adquirentes en la costa mediterránea de apartamentos, que dio lugar al ya citado «caso Sofico». O, en los años de transición a la etapa democrática, la rotura de la «presa de Tous», en Valencia, con tantos damnificados o el especialmente dramático caso del llamado «aceite de colza desnaturalizado» (proceso del «síndrome tóxico»), que ocasionó lesiones gravísimas a muchas personas que consumieron aquel aceite artificialmente elaborado para usos domésticos cuando solo debía utilizarse en usos industriales al que anilinas y otros productos químicos le daban apariencia de aceite de oliva (para permitir su solución por la vía del proceso penal la Sala Segunda del Tribunal Supremo tuvo que forzar su doctrina sobre el dolo eventual). Con frecuencia se producen casos de impositores o inversionistas estafados en los negocios especulativos de los que a menudo informan los medios de comunicación. Después de la estafa masiva de una cadena de academias de enseñanza de idiomas («Opening, Aidea y Brighton»), que afectó a unas 13.500 personas que habían contratado con una entidad bancaria la financiación de los cursos de idiomas (después de seguir un complicado proceso penal que duró años, se declaró que todo quedaba en un incumplimiento de contrato, un ilícito civil a perseguir en procedimientos civiles cuando todo el patrimonio ha desaparecido...). En la jurisprudencia quedó registrado también el «caso Gescartera» y los «casos Forum Filatélico» y «Afinsa», dos sociedades de inversión en sellos cuya insolvencia afectó a 460.000 inversores, que después de varios procedimientos judiciales (dos querellas con las que se incoaron dos procedimientos penales por iniciativa de la Fiscalía y dos procesos concursales, entre otros) siguen tratando de alcanzar la tutela judicial de sus intereses. En el año 2010 se ha producido el caso de la «huelga de controladores aéreos» que, en un importante «puente festivo» del mes de diciembre de ese año, paralizó los principales aeropuertos españoles impidiendo viajar a miles de personas que habían adquirido sus pasajes, a los que se produjeron diversos daños económicos, por cuyos hechos se han anunciado miles de demandas en las principales capitales. En el momento en que se escribe este trabajo es noticia una sentencia del Tribunal de la Unión Europea que considera no ajustado a la ley el popularmente conocido como «canon digital», lo que puede obligar a devolver las sumas indebidamente cobradas a una cantidad ingente de usuarios de Internet.

Esta es la realidad actual de cualquier sociedad económicamente desarrollada: sociedad de masas con accidentes, daños y conflictos masivos.

¿Cómo se resuelven estos conflictos colectivos?

Ante los grandes daños colectivos que se producen suele intentarse la vía penal. Unos perjudicados presentan una querrela ante un Juzgado mientras otros afectados acuden ante otro o formulan una demanda por vía civil. Los procedimientos que se incoen pueden ser muchos, cientos o a veces miles, con el peligro de que se pronuncien sentencias contradictorias. De la vía penal se esperan las ventajas de la energía con que puede actuar la jurisdicción represiva. Pero no siempre la vía penal resulta admisible y tampoco es con frecuencia la más conveniente para la tutela eficaz de los derechos de los ciudadanos perjudicados. Por ejemplo, en el caso de los afectados por el desbordamiento de la «presa de Tous» el juicio penal fue anulado varias veces y al cabo de muchos años los particulares afectados todavía no habían percibido sus indemnizaciones. Y, recientemente, en el caso de la estafa masiva a través de las Academias de idiomas antes citado, planteado como estafa masiva a los alumnos de toda España ante los Juzgados de la Audiencia Nacional, se acaba de resolver que los hechos no integran ninguna ilicitud penal y son solo incumplimiento de los contratos (24) .

Frente a esa utilización baldía de las tradicionales vías procesales, las acciones y el proceso colectivo aporta una solución procesal eficaz que permite resolver con un solo procedimiento lo que podría ser objeto de cientos o miles de demandas aisladas. No solo se evita el peligro de resoluciones contradictorias con tutelas de contenidos diferentes para casos idénticos que derivan de una misma «causa petendi», sino que se facilita la tutela a los ciudadanos más carentes de recursos, que difícilmente podrían costear cada uno su propio proceso, permitiendo también un trato paritario a situaciones iguales o similares. En el proceso colectivo no se trata de acumular los cientos o miles de demandas en un único «juicio ordinario» sino que para cumplir sus fines el proceso colectivo necesita disponer de instituciones propias y específicas.

Estamos inmersos en la sociedad de masas y en la sociedad de la información, con el empleo masivo de la informática, de la telefonía y de las redes de «Internet». Poco importa decir que no nos gusta la sociedad de masas o la sociedad de la información y de la comunicación electrónica. No por eso podemos sustraernos a nuestro destino de tener que vivir en ella. Y la pregunta surge inevitable: ¿cómo se plantean y resuelven esos conflictos que afectan a tantas personas, no siempre conocidas y determinadas, a veces indeterminables, y no siempre vinculados entre sí por un título jurídico común? Como ejemplo de esta situación puede recordarse el caso de hace pocos años de la defraudación cometida por varias gasolineras de Madrid, que mediante una alteración en los surtidores despachaban menos cantidad de benzina que la que marcaba el contador. Durante meses fueron defraudados muchos consumidores que no es posible identificar al descubrirse posteriormente los hechos. ¿Cómo determinar a los beneficiarios? (25) .

Este es el problema que está en la base de los procesos colectivos que, como vemos, nada tiene que ver con los procesos corporativos o de relaciones de trabajo con múltiples interesados, a los que se había referido *Carnelutti* con esta misma terminología.

Como ha quedado indicado, la necesidad de contar con una regulación integral de los procesos colectivos se siente más o menos en función de lo bien que funcionen los servicios de la Administración. Los colectivos que más utilizan las acciones colectivas son los de los «consumidores» de toda clase de productos, en masa, y los «usuarios» de servicios o bienes públicos. Si los controles administrativos propios de un Estado moderno y bien administrado funcionan eficientemente puede que no se advierta como apremiante la necesidad de disponer de un proceso judicial para la tutela de tales intereses. En definitiva, en un Estado de Derecho moderno el control judicial no es único, sino que es solo el último y antes deben estar los órganos de control administrativo que deben haber funcionado para que no sea necesario acudir a la intervención del Juez. Pero, si llega el caso, los jueces y Tribunales necesitan disponer de procedimientos adecuados para que su control sea eficiente o «efectivo» (como dice el art. 24. 1 de nuestra Ley Fundamental).

VII. COMPARACIÓN CON LA EJECUCIÓN PROCESAL ANTES DE LA CREACIÓN DEL PROCESO CONCURSAL

Acerca de la necesidad y razón de ser del proceso de acciones colectivas puede ser muy ilustrativo recordar las razones que hicieron necesario el proceso de ejecución general o universal, para los casos de insolvencia del deudor.

¿Qué sucedía antes de que se regulase legalmente la quiebra o el concurso de acreedores frente a un deudor común impotente para satisfacer todos los créditos?

Es bien conocido que, bajo el sistema de la ejecución singular, cada acreedor reclamaba la satisfacción de su crédito interponiendo individualmente la acción (declarativa o ejecutiva) que concedía el ordenamiento jurídico. Pero cuando los acreedores eran muchos y los bienes del deudor no eran suficientes para que todos pudiesen

cobrar, la dificultad se resolvía según un criterio elemental e inicialmente justo que atendía a la preferencia temporal de cada reclamante: *prior tempore potior iure*. Según este principio, cobraba el acreedor más diligente, el que había embargado antes los bienes de su deudor, que podía ser el que se negaba a colaborar con el deudor concediéndole una espera, mientras que el acreedor que con la mejor buena fe le había demostrado su colaboración era el que llegaba tarde, cuando ya no había bienes libres o los embargados resultaban insuficientes.

Cuando se intensificó el comercio hubo que perfeccionar el sistema para que fuese más justo para los comerciantes. Se creó la quiebra o concurso de acreedores, regresando por esta vía al abandonado sistema de la primitiva ejecución general sobre todo el patrimonio del deudor. En los casos en los que un deudor tenía múltiples acreedores a los que no podía pagar se le declaraba insolvente, en quiebra o concurso de acreedores. Frente a las múltiples reclamaciones individuales de los acreedores en un solo procedimiento de ejecución general o «universal» se resolvería la situación en su conjunto. El criterio de la prioridad temporal para el cobro de créditos fue sustituido por otro mucho más justo y equitativo como es el de la «comunidad de pérdidas» y el de la *par conditio creditorum* (previo reconocimiento y clasificación) mediante el cual todos cobran sus créditos aunque con la rebaja o sacrificio parcial que se impone a todos los acreedores.

El nuevo sistema fue aceptado en la doctrina y en las legislaciones de todo el mundo, con lo que demostró su superioridad.

Mutatis mutandis con el proceso de acciones colectivas, de «clase» o, mejor, «de grupo», se trata de resolver problemas surgidos en las sociedades masificadas de nuestros días, propicias a generar ofensas o «daños en masa», que afectan a grupos de personas afectadas con un origen común, que con frecuencia son tan numerosos que no pueden ser determinados.

Frente al sistema tradicional de acciones individuales (aunque sea con situaciones litisconsorciales) el proceso de acciones colectivas o de grupo permite resolver con un solo proceso lo que serían cientos o miles de reclamaciones individuales, con lo que supone de economía de dinero para todos los legitimados y de economía de tiempo y de esfuerzo, al librar el conflicto con el trabajo de un solo proceso, que mientras descarga a los Tribunales de los cientos o miles de procesos individuales que habría que seguir, evita también que se produzcan fallos y resoluciones contradictorias en asuntos que en definitiva emanan del mismo conflicto social.

VIII. RESPUESTA DE LOS LEGISLADORES A LA NUEVA REALIDAD. EL CASO DE ESPAÑA

Casi todos los países desarrollados, han ido promulgando, en las últimas décadas del Siglo XX, leyes y disposiciones para facilitar la tutela administrativa y judicial en los conflictos colectivos.

Las primeras regulaciones han ido destinadas a proteger a los consumidores y usuarios, como los grandes protagonistas de las modernas sociedades de consumo y del llamado *Welfare state*, que figura como aspiración de todos los programas de los partidos políticos. La tutela establecida ha comenzado siendo administrativa, mediante actuaciones preventivas o represivas de los órganos administrativos e incluso de órganos *ad hoc*.

Un movimiento imparable y generalizado en todas las sociedades desarrolladas ha favorecido la aparición de un «derecho de los consumidores» frente al «derecho de los comerciantes», alma del derecho mercantil tradicional. Pero el movimiento ha desbordado a los consumidores y usuarios y se ha extendido respecto de bienes que no se consumen pero que se disfrutan, como el medio ambiente. La tutela jurisdiccional específica y adecuada de esas situaciones, hasta hace bien poco impensable ni siquiera como *ultima ratio*, se ha ido abriendo paso en la doctrina y en las legislaciones.

En lo que se refiere a España se promulgó hace algunos años la Ley General para la Defensa de los Consumidores y

Usuarios, Ley 26/1984, de 19 de julio (LA LEY 1734/1984) (LGDCU), continuada y completada por leyes sobre prácticas restrictivas de la competencia, de la publicidad, de venta de bienes muebles a plazos, de defensa de la competencia y de competencia desleal, etc., disposiciones que contemplan fundamentalmente la tutela administrativa. La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios es una ley pluridisciplinar, que contiene regulaciones de derecho civil, mercantil y administrativo, careciendo, en cambio, de toda regulación procesal o jurisdiccional (26) .

En cambio, la legislación promulgada en Brasil para proteger a los consumidores y usuarios, precedida y completada por otras leyes sectoriales de protección de lo que hoy consideramos intereses transindividuales, colectivos o difusos, ha establecido normas procesales para la tutela jurisdiccional de estos derechos e intereses. Con los precedentes de la Ley ambiental (de 1981) y la Ley de la acción civil pública, para la tutela del medio ambiente y de los consumidores (de 1985), la Constitución de 1988 reconoció al máximo nivel normativo la protección de los intereses colectivos y difusos, legitimando para ello a las asociaciones, además del Ministerio Público, introduciendo el «*mandado de segurança*» colectivo (arts. 5.º, 8.º). En 1990 se promulgó el «*Código de Defesa do Consumidor*» (Ley 8078/9.º) que contiene disposiciones procesales específicas para hacer posible y eficaz la tutela jurisdiccional. Todo el Título III del Código («De la defensa del consumidor en juicio»: arts. 81-104) tiene contenido procesal específico para esta clase de acciones.

A partir de la promulgación de regulaciones positivas, la doctrina ha iniciado su trabajo de formulación de conceptos, de distinciones, de explicación y de construcción.

Han surgido las distinciones entre «intereses colectivos» e «intereses difusos» y junto a los intereses transindividuales han aparecido los «intereses individuales homogéneos». Se ha hecho patente la necesidad de regular de otro modo algunos institutos del proceso civil tradicional, como la representación, la legitimación, la intervención de terceros, la adopción de medidas asegurativas y provisionales, la sentencia y los efectos de la sentencia, singularmente los vínculos derivados de la cosa juzgada en estos procesos. La jurisprudencia norteamericana, con sus poderes de creación pretoriana, ha ido dando respuesta a esas y a otras cuestiones y, con la experiencia acumulada, sus soluciones tienen una gran influencia en los demás países incluso de los no pertenecientes al supersistema jurídico de *common law*.

Ante la evidencia de que los conflictos colectivos son una realidad que es inútil desconocer y de que el proceso civil para litigios individuales no ofrece el cauce adecuado para el tratamiento de estos procesos, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha elaborado un «Código Modelo», como un Código-tipo sin valor vinculante inmediato pero que ofrece las bases institucionales que pueden inspirar a los legisladores de España, de Portugal e Iberoamérica facilitando la tarea de una regulación acertada de esta novedosa y complicada materia.

IX. INADAPTACIÓN DEL PROCESO CIVIL TRADICIONAL SOBRE RELACIONES JURÍDICAS INDIVIDUALES A LAS NUEVAS ACCIONES COLECTIVAS

La pregunta, a cuya formulación no podemos sustraernos, es ésta: ¿el proceso civil tradicional, pensado para resolver conflictos intersubjetivos o individuales, sirve para tutelar eficazmente los conflictos colectivos, propios de la sociedad de masas?

A esta pregunta, aun cuando no se formule expresamente, se han dado en España por los legisladores (y previamente por la doctrina) dos respuestas diametralmente opuestas.

a) Unos creen que el proceso civil tradicional y sus instituciones sirven también para afrontar los nuevos conflictos y que lo único que hace falta es adaptar su regulación, pero sin crear categorías nuevas y tampoco un modelo de proceso civil nuevo, ni siquiera un proceso civil especial.

Esta es la respuesta que en España se ha dado en la reciente LEC. En el trámite parlamentario de discusión del Proyecto los grupos políticos creyeron dar respuesta suficiente a los nuevos desafíos a base de añadir párrafos específicos a determinados artículos para regular para estos casos las instituciones afectadas: la representación, la legitimación, la intervención, la litispendencia, la sentencia, la cosa juzgada, la ejecución. De ese modo, la misma figura recibe en el mismo artículo una doble y contradictoria regulación, en un planteamiento legislativo que podríamos considerar esquizofrénico con dos regulaciones contradictorias, una para el proceso individual y, a continuación, otra para el proceso colectivo.

Los artículos afectados han sido el art. 6.1. 7.º (LA LEY 58/2000); 7. 7 (LA LEY 58/2000); 11 (LA LEY 58/2000); 13. 1 (LA LEY 58/2000) y 15 (LA LEY 58/2000); 54. 2 (LA LEY 58/2000); 78. 4 (LA LEY 58/2000); 221 (LA LEY 58/2000); 256.1. 6.º (LA LEY 58/2000); 261; 5.ª (LA LEY 58/2000); 519 (LA LEY 58/2000) y en ellos puede observarse la doble y contradictoria regulación.

La solución de la LEC, añadida mediante enmiendas al Anteproyecto, parte del indicado principio según el cual los problemas procesales de los consumidores y usuarios en un proceso civil no son distintos de los de cualquier litigante en los procesos individuales, a lo que los inspiradores del Borrador y Anteproyecto de la LEC añaden que las propuestas de articulación de la protección de los intereses colectivos y difusos han sido variadísimas «hasta el punto de que el tema de los intereses *difusos* ha sido sarcásticamente calificado como el tema de los intereses *confusos y profusos*» (27) , expresión que acaso ha pretendido ser graciosa que ha merecido ser recordada en publicaciones extranjeras como exponente de la «doctrina española» (28) .

En el extenso preámbulo de la LEC no hay ni una sola referencia a los procesos colectivos ni a su significado, y en su articulado no se encuentra un procedimiento específico para encauzar el ejercicio de estas acciones. No existe un proceso especial para estas hipótesis pero sí hay múltiples «especialidades» que el operador de la ley, con la paciencia y la metodología de un paleontólogo, debe descubrir y después ordenar, realizando una operación de seguimiento por todo el articulado del Código procesal hasta «reconstruir» el proceso colectivo de la nueva LEC (LA LEY 58/2000) que, finalmente, no tiene más cauce que el del juicio declarativo ordinario con las especialidades establecidas en los citados artículos (un cauce a todas luces inadecuado).

b) Por el contrario, quienes hemos sido críticos con el lamentable método con el que se elaboró en ésta y otras materias la LEC española y hemos contribuido a redactar el texto final del Código Modelo del Instituto Iberoamericano, creemos que ni el proceso civil tradicional, concebido para litigios individuales (el «juicio ordinario» de nuestra LEC), ni sus instituciones, sirven para dispensar tutela adecuada y efectiva a las acciones colectivas, que suelen ser complejíssimas, tanto o más incluso que un proceso concursal, que desde hace siglos dispone de una tramitación propia y específica.

La idea de elaborar un «Código Modelo» surgió en el VII Seminario Internacional celebrado en Roma en mayo de 2002, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del «Centro di Studi Giuridici Latino Americani» de la Universidad Tor Vergara, así como del «Istituto Italo-Latino Americano», en cuya reunión se aceptó la propuesta que en tal sentido formuló el profesor Antonio *Gidi*. Con los antecedentes del Código Modelo para el proceso civil y el Código Modelo para el proceso penal que el Instituto ya había elaborado, se acordó constituir una Comisión redactora del Anteproyecto, sobre el que trabajó después una Comisión Revisora (29) , integrada por profesores de la mayor parte de los países del continente iberoamericano, entre los que durante dos años se discutió permanentemente y punto por punto el articulado, incluso los rótulos de los artículos, mientras que otros Profesores prepararon la redacción del Preámbulo, quedando concluido su trabajo el 31 de marzo de 2004, con el Proyecto de Código redactado para ser sometido a las siguientes Jornadas del Instituto celebradas en Caracas, en

octubre de 2004, en la que quedó aprobado, con dos redacciones del texto, una en español y otra en portugués. Al estudio monográfico del Código Modelo se han dedicado unas Jornadas especiales que el Instituto celebró en Barcelona los días 30 de junio y 1 de julio de 2005.

En el frontispicio del preámbulo del Código Modelo se comienza realizando esta solemne afirmación:

«Tiene sabor de lugar común la afirmación de que el proceso tradicional no sirve para la defensa de los derechos e intereses transindividuales, cuyas características los colocan a medio camino entre los intereses públicos y privados».

«Intereses en masa que suponen ofensas en masa, que enfrentan a grupos, categorías o clases de personas».

«Entre tales intereses se encuentran los de los consumidores, el derecho al medio ambiente, los usuarios de servicios públicos, los inversores, los beneficiarios de la previsión social, etc.».

La frecuencia con que se producen sucesos propios de conflictos colectivos y su importancia y trascendencia social, junto con la inadecuación del proceso civil tradicional para dispensar una tutela judicial eficaz, fueron las razones que llevaron al Instituto a elaborar el Código Modelo que, teniendo tan solo valor académico, cabe esperar que ilustrará a los diferentes legisladores sobre los diferentes problemas que deben ser abordados en una regulación integral de esta materia.

X. NORMAS ESPECÍFICAS DE LA LEC 2000. CRÍTICA

1. En la legislación española, una vez promulgada la Ley General de Consumidores y Usuarios, de 1984, se estableció en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ (LA LEY 1694/1985) 1/1985) un precepto en el art. 7.3, que abría una vía legal a la legitimación procesal para las acciones de intereses colectivos.

Dicha norma dice:

«Los juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción».

Pero desde 1985 el legislador no fue más allá en esta materia. Y la antigua LEC (LA LEY 1/1881) de 1881 eran una ley de buena prosa pero que, por su fecha de promulgación, no podía ni imaginar el fenómeno de los intereses transindividuales, colectivos y difusos, ni la tutela de los intereses individuales homogéneos planteados colectivamente.

2. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil no contenía normas ni sobre los procesos colectivos ni sobre la protección de estos intereses, contemplando únicamente el proceso civil tradicional, de litis individuales.

Como ya queda indicado, fue durante la tramitación parlamentaria cuando los grupos políticos pactaron introducir por vía de enmienda unos párrafos añadidos a los artículos de la LEC que entendieron afectaban a la tutela de los consumidores y usuarios (arts. 6, 7 (LA LEY 58/2000), 11 (LA LEY 58/2000), 13 (LA LEY 58/2000), 54 (LA LEY 58/2000), 78 (LA LEY 58/2000), 221 (LA LEY 58/2000), 256 (LA LEY 58/2000), 261 (LA LEY 58/2000) y 519 (LA LEY 58/2000)) para regular la capacidad procesal, la legitimación y la intervención de los consumidores y usuarios, las diligencias preliminares, el contenido de la sentencia, así como los efectos especiales de la cosa juzgada en estos procesos.

Solo dos años después de ser promulgada la LEC, ante la insuficiencia de la regulación legal y para dar cumplimiento a directivas de la Unión Europea (ya promulgadas cuando se elaboró la LEC) hubo de dictarse la Ley

39/2002, de 28 de octubre (LA LEY 1491/2002), por la que se añadieron otros preceptos para imponer y regular el ejercicio de la «acción de cesación» para la defensa de los consumidores y usuarios. Fue ésta la primera de las contra-reformas que hubo que introducir rápidamente en la LEC a pesar de estar tan reciente su promulgación, reformas que en 2005 ya son trece y que a principios de 2011 son numerosísimas y algunas muy extensas (singularmente las de la Ley 13/2009 y Ley Orgánica 1/2009 (LA LEY 19390/2009), ambas de 3 de noviembre, para implantar la Nueva Oficina Judicial), a pesar de las cuales el Código procesal civil español para el Siglo XXI sigue teniendo los mismos defectos de origen.

3. El sistema seguido por el legislador español solo puede merecer críticas. En ciencia hay poco espacio para el patriotismo. Las cosas son acertadas o equivocadas y están bien hechas o mal hechas. Otro tanto sucede con las soluciones jurídicas del legislador.

El sistema de la LEC 2000 (LA LEY 58/2000), aun después de los añadidos por la Ley 39/2002 (LA LEY 1491/2002), conduce a las siguientes conclusiones:

a) No existe en el Código procesal un «proceso colectivo» para intereses de esta categoría. Quien lo busque en el índice de la LEC o a través de su articulado, no lo encontrará.

b) Tampoco existe un «procedimiento especial» para plantear el ejercicio de las acciones colectivas, ni siquiera las de los consumidores y usuarios.

Si el legislador ha establecido un proceso civil especial, *vg.* para la distribución de patrimonios, con mucha más razón habría debido establecerlo para los procesos colectivos, que tienen una complejidad y una razón de ser infinitamente superior. Y si se dejó fuera de la LEC toda la regulación de la quiebra (hoy concurso de acreedores) por la misma razón ha debido remitirse a una ley específica la creación y regulación integral del proceso colectivo. Esta es la solución que en el futuro el legislador deberá adoptar.

c) Los preceptos de la LEC, introducidos mediante las enmiendas, únicamente contemplan a los «consumidores y usuarios», pero no los demás intereses colectivos o difusos ni transindividuales sobre bienes de uso común ni los individuales homogéneos.

La insuficiencia de la regulación es elocuente. Por otra parte, la LEC funda la distinción en el dato circunstancial y aleatorio de que los interesados sean determinables (o de fácil determinación) o indeterminables o de muy difícil determinación, en lugar de partir de la naturaleza jurídica o de hecho que relaciona y vincula a los interesados entre sí y/o con la parte contraria.

d) Quien quiera aplicar la LEC a esta materia tiene que recorrer toda la regulación de los procesos declarativos para ver dónde encuentra alguna «especialidad».

Y una vez que haya hecho esa indagación el intérprete tiene que proceder como un arqueólogo que, juntando los trozos o piezas que va encontrando, acaba por reconstruir el esqueleto que buscaba.

4. Lograda la reconstrucción, el resultado no puede ser más insatisfactorio e insuficiente, ya que:

— Las especialidades procedimentales, como queda dicho, solo son de aplicación a los conflictos que afecten a consumidores o usuarios pero no si son afectados los demás bienes o intereses que también deben poder ser tutelados mediante un proceso colectivo (intereses del medio ambiente, de los impositores y ahorradores o de los titulares de las prestaciones sociales, etc.).

— Los trámites del juicio declarativo ordinario para litigios individuales son claramente inadecuados,

incluso con unas posibles diligencias preliminares para determinar y convocar a las personas legitimadas, como se observa *vg.* en la audiencia de prueba («juicio» en la terminología de la LEC) y nada se diga en la materia de las medidas cautelares, del contenido de la sentencia y de la cosa juzgada.

— Cualquier ciudadano que justifique su interés puede incoar un proceso colectivo y el juez tiene las mismas facultades de control de admisibilidad de la demanda que las que le corresponden en el proceso civil de conflictos individuales.

— No existe una regulación adecuada entre la acción individual del consumidor o usuario y la acción del grupo («*class actions for damages*»). No se ha establecido previsión adecuada y expresa del derecho del dañado o afectado para optar por incorporarse a la acción colectiva («*opt in*») o de permanecer al margen de ella («*opt out*») ni tampoco los efectos que en tales hipótesis deben derivar de la cosa juzgada de la sentencia que se dicte sobre la acción colectiva.

— Las normas sobre la representación y la legitimación, propias del proceso individual, son insuficientes (*ad. ex.* no existe previsión alguna sobre «representación adecuada», propia de estas acciones, ni se contempla la legitimación del Ministerio Fiscal ni del Defensor del Pueblo ni de otras entidades, habiéndose pensado solo en las asociaciones de consumidores o usuarios).

— No se establece el control por el Juez de los presupuestos de admisión de las demandas de las acciones colectivas, con lo que —si se hiciera en España un uso frecuente de estos procesos— se abre una puerta al ejercicio fraudulento de estas acciones o a la interposición de la demanda por personas insolventes, movidas por intereses espurios, con las peligrosas consecuencias que cabe imaginar.

— El legislador español no ha tenido en cuenta que en estos procesos la demanda no puede ser interpuesta y admitida como las demandas del proceso civil tradicional y que los poderes del Juez tienen que ser muy reforzados para que pueda ejercer un control eficaz sobre los presupuestos de las acciones colectivas.

— No se establece un régimen adecuado de medidas asegurativas específico para las acciones colectivas, siendo a todas luces insuficiente la aplicación a estos procesos del sistema de las medidas cautelares del juicio civil ordinario (basta pensar en la caución que podría ser necesario constituir para solicitar la medida en estos casos).

— No se regula adecuadamente la eficacia de la cosa juzgada según cual sea el sentido y el fundamento de la sentencia que se dicte (cuestión que encierra acaso las mayores dificultades en la regulación de los procesos colectivos).

— Menos todavía se ha pensado en las especialidades que habría que reconocer al eventual ejercicio de una acción en contra del grupo.

Todas estas deficiencias explican que apenas se acuda al proceso civil ante conflictos colectivos de tal naturaleza. El legislador español demuestra desconocer los problemas que encierran los procesos colectivos y ni siquiera ha tratado de informarse sobre ellos antes de acometer la regulación legal.

5. La madre de todos los errores de nuestro legislador se encuentra en ignorar lo que se afirma al frente de la Exposición de Motivos del Código Modelo: «es una afirmación compartida en todo el mundo que las instituciones del proceso civil tradicional, para litigios individuales, no sirven para los procesos colectivos».

Al legislador español, por el contrario, le han hecho creer que los problemas que se suscitan en los procesos colectivos no son sustancialmente diferentes de los que presentan los litigios individuales, siendo, si acaso, un poco más complicados, porque los titulares de los intereses (solo los consumidores y/o usuarios) pueden ser muchos y a veces pueden ser indeterminables o de muy difícil determinación. Y a resolver esa dificultad aplica todas sus previsiones.

La consecuencia, como se acaba de decir, solo ha podido ser que en España apenas se planteen procesos colectivos y que, cuando se plantean, los Jueces, obligados a utilizar los trámites del juicio declarativo común u ordinario, no pueden actuar como eficacia (de ahí que se intente acudir, siempre que resulte posible, al proceso penal, con resultados no siempre satisfactorios para los propios interesados).

La observación de la realidad acredita que cada día se producen más sucesos que requerirían una buena regulación de procesos colectivos. En un único proceso podrían resolverse, con el criterio de un único Juez, situaciones que dan lugar a cientos o a miles de demandas, que pueden contribuir a colapsar los Juzgados (piénsese, *vg.* en las demandas que habrá originado el hundimiento que afectó a la barriada de El Carmel, de Barcelona, con más de mil familias desplazadas de sus hogares, o, aunque el caso sea menos dramático, en los afectados por el fraude de las academias de idiomas «Opening» —unos 13.500 afectados en toda España—, cada uno acudiendo a un abogado para presentar demandas en múltiples Juzgados y por diferentes vías jurisdiccionales). Cientos o miles de demandas ante jueces diversos y en procesos distintos, expuestas a soluciones diversas o contradictorias.

6. La falta actual de una buena regulación de los procesos colectivos, cuando se están produciendo conflictos que demandan una legislación específica y acertada, nos traslada a la situación de los pasados siglos cuando no existía en las legislaciones un proceso frente a la insolvencia de deudores con múltiples acreedores. Ante la ausencia del proceso universal de quiebra (hoy regulado en la Ley Concursal 22/2003 (LA LEY 1181/2003), y en la LO 8/2003 (LA LEY 1180/2003), ambas de 9 de julio) los acreedores reclamaban sus créditos acudiendo al juicio singular, interponiendo cada uno su demanda. Como ya ha quedado explicado, los acreedores trataban de tomar la delantera para cobrar sus créditos con preferencia, no por la calidad de los mismos sino de acuerdo con un criterio tan aleatorio e injusto como el de prioridad temporal (*prior tempore potior iure*). Cientos o miles de demandas sustituían la inexistencia de un proceso concursal. Cada una de las reclamaciones daba lugar a un procedimiento del que podía conocer un juez distinto, con el peligro de que, después de un trabajo multiplicado, pudieran producirse resoluciones contradictorias. Creado el proceso de quiebra, un solo proceso concursal permite resolver lo que habrían sido cientos o miles de demandas individuales, a la vez que permite aplicar un principio mucho más equitativo que el de la preferencia temporal, cual es el de la *par conditio* de los acreedores concurrentes al litigio. El paralelismo con el proceso colectivo resulta evidente.

En efecto, la situación histórica a la que se ha hecho referencia, es similar a la que hoy se produce cuando, ante un acaecimiento como los que han quedado indicados, al no existir una buena y eficaz regulación del proceso colectivo que permita llegar a una solución única y equitativa para todos los afectados, cada uno demanda por su cuenta la tutela judicial en demandas que dan lugar a procesos independientes, ante distintos jueces y acaso distintos ordenes jurisdiccionales.

De ahí la importancia del Código Modelo y la utilidad que cabe esperar tendrá algún día cuando los legisladores lo conozcan y lo tomen en consideración, siquiera sea como punto de partida, para establecer en cada país la regulación positiva que mejor corresponda.

Cabe también esperar que, donde existen organizaciones políticas supranacionales (como la Unión Europea), se dicte una Directiva para que los Estados se doten de un proceso para sustanciar los litigios colectivos, con

criterios de simplificación, de celeridad procesal y de justicia material y con una regulación procesal homologable o armonizada en la legislación de todos los países.

Además de la preocupación por dispensar una tutela judicial realmente eficaz, el legislador tiene que tomar conciencia de que un proceso colectivo no puede abrirse solo porque alguna persona legitimada lo solicite. La afirmación sirve para descartar que las demandas de los procesos colectivos puedan ser admitidas según los mismos criterios de las demandas de los procesos individuales.

Tiene que resultar chocante que un interesado no pueda incoar por sí la demanda y que incluso no todo abogado pueda acreditar la solvencia necesaria para promover el proceso. Pero basta pensar en que los daños que se pueden causar con el ejercicio imprudente o fraudulento de las acciones colectivas por personas insolventes (o por profesionales poco escrupulosos o responsables) pueden ser inmensos e irreparables (se ha escrito que, si este procedimiento se pone en manos irresponsables, «el monstruo de Frankenstein puede entrar junto con la demanda»). De nuevo puede verse en este punto el paralelismo con el proceso de quiebra: tampoco una quiebra o concurso se declara solo porque lo solicite un acreedor que acredite serlo. Además de esa cualidad tiene que justificar *in limine* que concurre alguno de los supuestos de apertura que todas las legislaciones tipifican (en la vigente Ley Concursal española el art. 1 regula el presupuesto subjetivo y el art. 2 el presupuesto objetivo, con indicación de los actos típicos de quiebra que tiene que acreditar el acreedor legitimado para instar el concurso necesario del deudor). Siempre ha habido personas que trataban de hacerse acreedor para después solicitar la quiebra de una empresa y así intentar quedarse con su patrimonio. Y no han faltado profesionales que se han dedicado a esa actividad como algo lucrativo (con el pretexto de querer cobrar puede intentarse un chantaje bajo la conminación de provocar la ruina de la empresa). La mera declaración de la quiebra o la simple incoación del proceso concursal pueden causar unos daños irreparables al empresario (hoy también a los trabajadores). El mismo peligro, incluso más agravado, puede producirse si se incoa un proceso colectivo sin fundamento, sólo porque lo pida alguien que alegue y justifique haber sido afectado.

Por vía de contraste, conviene ver a continuación cómo se aplican estos principios en el Código Modelo.

XII. PROPUESTA DE REGULACIÓN DEL «CÓDIGO MODELO»

1. Presupuestos de la acción colectiva. Intereses protegibles: «relevancia social» y «representación adecuada»

Abundando en lo dicho, un proceso colectivo no puede ser incoado a instancia de cualquier persona que según el proceso individual podría demandar. Para promover una demanda de proceso colectivo no basta exhibir un apoderamiento otorgado por la persona afectada. Ni basta la circunstancia de justificar haber sufrido daño o haber sido afectado para que concurra la legitimación necesaria para interponer válidamente la demanda.

El Código exige en primer lugar que el demandante ostente la «representación adecuada» (art. 2.º, I), además de su «legitimación» (art. 3.º). Y exige además que concurra en el caso la «relevancia social» de la tutela colectiva solicitada con la demanda (art. 2.º, II).

La demanda ha de ejercitar una «acción colectiva» la cual, según el art. 1.º, solo puede ser ejercida para la tutela de «intereses o derechos difusos» (art. 1.º, I) o de «intereses o derechos individuales homogéneos» (30). Por intereses o derechos difusos (que comprende también los colectivos) se entienden aquellos transindividuales de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas relacionadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí (o con la parte contraria) por una relación jurídica base. Por intereses o derechos individuales homogéneos se entienden los derechos subjetivos individuales con origen común, de los que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase (art. 1.º, II).

La legitimación se atribuye con criterios radicalmente distintos de los que rigen la legitimación en los procesos de litigios individuales. Inicialmente tiene que sorprender que tratándose del ejercicio de acciones civiles y de derechos o intereses de particulares, aunque con relieve público, se legitime (junto a los miembros y representantes del grupo de los afectados) a órganos institucionales como el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo o a entidades sindicales. Según el art. 3.º son «legitimados concurrentes» para el ejercicio de la acción colectiva los ciudadanos, los miembros del grupo, categoría o clase, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, las personas jurídicas, las entidades administrativas, las entidades sindicales, las asociaciones legalmente constituidas con una antelación mínima de un año con la finalidad institucional de promover la defensa de los derechos e intereses protegibles mediante el ejercicio de una acción colectiva.

La admisibilidad de la acción colectiva está sometida a la concurrencia de requisitos específicos, que la alejan profundamente de los que se exigen para la admisión de la demanda de acciones civiles individuales.

El art. 2.º exige la concurrencia de dos requisitos específicos. El primero la «adecuada representatividad» del legitimado (art. 2.º, I), ambos sometidos al control del juez. El segundo la «relevancia social de la tutela colectiva» (art. 2.º, II). La relevancia social de la tutela puede justificarse por la naturaleza del bien jurídico a proteger, por las características de la lesión o por el elevado número de personas afectadas. Si se trata de tutelar intereses o derechos individuales homogéneos, además de los dos requisitos indicados, es también necesario que predominen las cuestiones comunes sobre las individuales y que la tutela demandada en el caso concreto tenga utilidad colectiva y no solo para quien la promueve.

2. El control de los presupuestos de admisión de la demanda

La demanda solo debe admitirse si supera un severo control por parte del juez sobre la concurrencia de los requisitos de la acción colectiva.

El Juez ha de verificar si concurre la «adecuada representatividad del legitimado» y la «relevancia social de la tutela colectiva» que se solicita.

En el examen de la «representatividad adecuada» el Juez ha de analizar la «credibilidad», el «prestigio» y la «experiencia» del legitimado. Ha de examinar incluso su «historial» en la protección de los intereses o derechos de los miembros del grupo, «su conducta» en otros procesos colectivos, el tiempo de la asociación y su historial. La existencia de este presupuesto la analizará el juez en cualquier tiempo del proceso y en cualquier grado del procedimiento. Algo que tiene que resultar insólito para un observador situado en la óptica del proceso civil tradicional, pero que se explica por la extraordinaria dimensión social y pública que pueden tener los procesos colectivos.

En efecto, según el art. 2.º, párrafo 2.º, para verificar si concurre en el demandante el presupuesto de la «representatividad adecuada», debe examinar seis datos o circunstancias: a) la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado; b) sus antecedentes o actuación en la protección, judicial o extrajudicial, de intereses o derechos como los que se tratan de proteger con la demanda; c) su actuación o conducta en anteriores procesos colectivos; d) la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo y lo que es objeto de la demanda; e) el tiempo de constitución de la asociación y su capacidad representativa del grupo o clase de afectados.

Es decir: no cualquier persona ni cualquier entidad, aunque esté materialmente legitimada, y ni siquiera cualquier estudio de abogados, podrá interponer las demandas ejercitando acciones colectivas y ostentando la representatividad adecuada en procesos de esta clase. Los peligros que encierra el ejercicio imprudente o fraudulento de las acciones colectivas son evidentes y están demostrados por la práctica jurisprudencial de los

países más adelantados en este tipo de acciones. Con el ejercicio de estas demandas los jueces norteamericanos han hecho desaparecer empresas o industrias enteras (vg. laboratorios, empresas contaminantes o industrias tabaqueras). Tales peligros solo pueden conjurarse exigiendo *in limine* a quien pretende demandar un gran rigor, seriedad y solvencia así como la concurrencia de las circunstancias que acrediten el interés y la utilidad pública de la demanda y sometiendo al control de oficio del juez la concurrencia de tales presupuestos. De ahí también la legitimación del Ministerio Público y de que, en caso de que no considere necesario interponer la acción (vg. por haber sido ya interpuesta por otros legitimados) deba seguir actuando como «Fiscal de la ley».

3. Fondo de derechos difusos e individuales homogéneo

El Código contempla la creación de un Fondo de derechos difusos e individuales homogéneos, propio de estos procesos (a semejanza del *fluid recovery* de la jurisprudencia norteamericana), administrado por un Consejo gestor en el que participarán miembros del Ministerio Público, judiciales, institucionales, y otros representantes de la comunidad, cuyos ingresos irán destinados a la reparación de los bienes lesionados o a la realización de las actividades tendentes a minimizar la lesión, o a evitar que se repita, así como a cualquier otra actividad que beneficie a los perjudicados (art. 8.º). El Fondo se nutrirá de las indemnizaciones que se establezcan en las acciones de condena. El Fondo será notificado de la interposición de las acciones colectivas; podrá intervenir en los procesos colectivos y será notificado de las decisiones más importantes que se adopten (art. 8.º, Par. 1).

4. Las instituciones del proceso civil de litigios individuales y su adaptación al proceso de acciones colectivas

El Código utiliza las instituciones del proceso civil tradicional, de litigios intersubjetivos, que adapta a las exigencias del proceso colectivo.

La competencia objetiva corresponde a los jueces y Tribunales ordinarios según la organización de cada Estado, aunque se aconseja la especialización judicial (art. 9.º, II).

La competencia territorial corresponde al juez del lugar donde se produjo el daño (art. 9.º, I) o el de la capital, si los daños son de ámbito regional o nacional (art. 9.º, II).

El *petitum* y la *causa petendi* en las acciones colectivas debe interpretarse extensivamente (art. 10) y de modo flexible, de modo que el juez, oyendo a las partes, puede permitir la alteración o ampliación del objeto inicial de la demanda (art. 10, 1.º), así como la alteración del objeto del proceso en cualquier tiempo y ante cualquier grado de jurisdicción si se realiza de buena fe y no representa perjuicio injustificado para la parte contraria y siempre que se respete el contradictorio entre las partes (art. 10, 2.º).

En el trámite de la audiencia preliminar el juez puede separar los diversos pedidos en acciones colectivas distintas, si la separación es ventajosa para la economía procesal o facilita la tramitación del proceso (art. 11, Par. 5.º, II).

El proceso colectivo cuenta con el trámite de la audiencia preliminar propia del juicio declarativo ordinario de la LEC española. Su regulación se encuentra en el art. 11.

Concluida la fase de alegaciones, el juez señala día y hora para la audiencia preliminar, a la que deben comparecer las partes y sus procuradores con facultades para transigir (art. 11), por cuanto una de las finalidades de la audiencia es la avenidora o conciliadora entre las partes. En efecto, comparecidas las partes, el juez las oye e intenta la conciliación entre ellas (art. 11, 1.º). Las partes pueden transigir, acordándose la conciliación, que es homologada y constituye título para la ejecución judicial (art. 11, Par. 4.º). Si no se alcanza la conciliación el juez debe decidir si la acción está en condiciones de proseguir como acción colectiva (art. 11, Par. 5.º, I), pudiendo separar las peticiones en acciones colectivas distintas (art. 11.º, Par. 5.º, II).

Otro cometido de la audiencia preliminar es la fijación de los puntos controvertidos y la decisión de las cuestiones procesales pendientes, determinando las pruebas que deben ser producidas (art. 11.º, Par. 5.º, III).

Finalmente, en la audiencia preliminar, el juez especificará los deberes de las partes en cuanto al *onus probandi* (art. 11, Par. 5.º, IV), que, como se expone a continuación, en estos procesos no se distribuye según la clásica distinción entre hechos constitutivos, impeditivos y extintivos sino en función de los criterios establecidos en el art. 12, Par. 1.º).

5. La prueba en los procesos de acciones colectivas

El Código reconoce al Juez amplias iniciativas probatorias, singularmente respecto de la prueba pericial (art. 12, Par.1.º).

El Código Modelo regula la prueba en los procesos colectivos siguiendo las orientaciones doctrinales modernas partidarias de conceder iniciativas probatorias al juez, cuya función se considera que no puede quedar reducida a la de un juez-espectador que se limite a presenciar la producción de pruebas que ante él realicen las partes y a valorar al final los resultados probatorios, juzgando y dictando sentencia (aún cuando no haya sido demostrada la realidad de algún hecho fundamental) guiándose por el riesgo de la ausencia de prueba y la atribución de la carga de la prueba.

El contraste del Código Modelo con el criterio de la LEC española 2000 no puede ser más patente. En este punto, la regulación del reciente Código Procesal Civil español es francamente retrógrada, dominada por un liberalismo exagerado superior al de la vieja LEC de 1881 (LA LEY 1/1881) la cual, al menos, permitía al juez acordar como «diligencias para mejor proveer» (art. 340), con intervención de las partes, la práctica de cualquier medio de prueba que considerase necesario para conocer la realidad de ciertos hechos.

Es éste uno de los puntos más vivos e importantes del debate procesal, como suele evidenciarse en los congresos y reuniones científicas, en los que con frecuencia es un tema recurrente (31) . Las posiciones fundamentales (prescindiendo de otras intermedias) son dos. La doctrina que, respondiendo a una concepción ultraliberal del proceso, concebido como simple «cuestión de partes», invocando la Inquisición y temiendo la reaparición del juez autoritario, es partidaria de que la prueba sea una exclusiva función de las partes siendo el juez un simple espectador de la prueba que ante él se produce para proceder después a valorar sus resultados. Frente a esa posición se alza la que defiende que el juez pueda tener iniciativas probatorias para poder verificar la certeza o realidad de los hechos que necesita conocer para poder juzgar con acierto y justicia, sin que tales iniciativas puedan conducir a una actuación inquisitorial y sin que se alteren los términos del contradictorio establecido por las partes, observando que cuando el juez ordena que venga una prueba al proceso no sabe de antemano cuál será el resultado o el sentido probatorio de la diligencia que ordena. A esta segunda posición, que hoy puede considerarse dominante, se adscribe el Código Modelo para los procesos colectivos (32) .

Además de reconocer al juez iniciativas probatorias de oficio, el Código incorpora las nuevas tendencias sobre la carga de la prueba, que en estos procesos no debe atribuirse atendiendo a la naturaleza de los hechos (constitutivos, impeditivos o extintivos), según se defiende en un planteamiento muy clásico y autorizado (33) , de acuerdo con la teoría normativa de la carga de la prueba, sino atendiendo a otros criterios que hoy se añaden para una distribución más justa de las cargas procesales, como es la mayor facilidad probatoria («cargas dinámicas» de la prueba (34)), parcialmente introducida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español e incorporada al art. 217, núm. 4 (para los casos de competencia desleal y publicidad ilícita) y núm. 6 (disponibilidad y facilidad probatoria, con carácter general).

Siguiendo esta orientación, el Código establece que la prueba puede realizarse por toda clase de medios («son

admisibles todos los medios»), con excepción de las pruebas ilícitamente obtenidas (art. 12).

La prueba incumbe a la parte que disponga de los conocimientos técnicos o de informaciones específicas sobre los hechos o una mayor facilidad para su demostración. No obstante, si por razones económicas o técnicas, no es posible presentar las pruebas, el juez adoptará las medidas necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para dictar la sentencia, pudiendo solicitar pericias a entidades públicas especializadas. Si es necesario, la obtención de la prueba puede costearse con cargo al Fondo de derechos difusos (art. 12, Par. 1.º).

Si durante la sustanciación del proceso se producen alteraciones o modificaciones en el hecho o en el derecho, con trascendencia para la sentencia, el juez puede establecer, en decisión motivada, la distribución de la carga de la prueba que corresponda, concediendo el plazo razonable para su producción, observando siempre el contradictorio entre las partes (art. 12, Par. 2.º).

El Juez puede determinar de oficio la producción de pruebas, siempre respetando el contradictorio entre las partes (art. 12, Par. 3.º).

6. Anticipación de la tutela y sentencia anticipada

El Código incorpora la técnica procesal de la anticipación de la tutela, (art. 5.º), absolutamente desconocida en España tanto por la legislación como también por la doctrina, e incorpora también la sentencia anticipada, para los casos en los que no hubiese necesidad de practicar la prueba (art. 13), en cuyo caso el juez podrá dictar sentencia directamente.

Esta segunda previsión se corresponde con la que incorporó la LEC española en el art. 428 (LA LEY 58/2000) rotulado «posible sentencia inmediata». Al final de la audiencia previa (arts. 414 y ss. (LA LEY 58/2000)), tras la proposición de prueba, si las partes no alcanzan un acuerdo que de nuevo puede brindarle el juez, «pero estuviesen conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a una cuestión o cuestiones (meramente) jurídicas», el juez puede proceder a dictar sentencia directamente, omitiendo practicar las pruebas propuestas y admitidas.

No obstante, la regulación legal es en la práctica pura letra muerta, porque la parte que no quiera conciliarse o transigir y que tampoco le interese una sentencia inmediata, tendrá muy fácil impedir que pueda funcionar la previsión legal (le bastará negar o impugnar los hechos o alguno de ellos).

La regulación del Código Modelo es en este punto superior a la de la LEC española porque admite la anticipación de la sentencia de fondo con carácter parcial, es decir, referida a alguna de las peticiones de la demanda respecto de la cual no exista controversia y no sea necesario practicar la prueba, en cuyo caso anticipa la sentencia sobre ese punto «sin prejuzgar lo que proceda resolver sobre los demás pedidos», prosiguiendo el proceso respecto de ellos (art. 13, Par. único).

7. Conexión y litispendencia

La conexión de procesos colectivos aparece prevista en el art. 29, que permite al juez acordar la acumulación a petición de parte o también de oficio.

La litispendencia la crea la primera demanda respecto de las posteriores acciones colectivas que tengan por objeto el mismo bien jurídico. El art. 30 la regula en términos muy amplios: «aunque sean diferentes el legitimado activamente y la causa de pedir». Una previsión específica para la litispendencia entre la acción colectiva y las posibles acciones individuales que cursen por separado, se encuentra en el art. 31.

El Código admite que varios procesos individuales promovidos contra el mismo demandado con el mismo fundamento, puede plantear al Ministerio Público y a las partes la posibilidad de convertir esas acciones individuales en una acción colectiva, aunque dejando siempre a salvo el derecho del actor individual cuya acción no queda afectada por la litispendencia del proceso colectivo (art. 32 y remisión al art. 31).

8. Cosa juzgada

Acaso sea en este delicado punto donde la regulación del Código propone novedades que, al menos inicialmente, no pueden dejar de chirriar y de chocar abiertamente con lo que los procesalistas españoles siempre hemos venido enseñando.

En el proceso civil de litigios individuales existen algunas hipótesis de sentencia con eficacia *ultra partes*, para los que no hayan litigado pero que estén vinculados con el demandante o demandantes, como es el caso del coheredero o comunero que actúa en nombre propio pero en interés de la comunidad a la que pertenece (para lo que debe accionarse en beneficio de la comunidad). En tales casos, la sentencia favorable que se dicte aprovecha a quienes no han litigado.

También en el proceso civil tradicional existen casos de sentencias con eficacia *erga omnes*, como sucede en las acciones de estado civil y condición de las personas (por lo que en tales procesos está prevista la intervención del Ministerio Fiscal, como fiscal de la ley y defensor del interés público).

Lo que no existe ni se concibe en el proceso civil de litigios individuales es que la cosa juzgada se produzca condicionada al sentido de la sentencia. Tradicionalmente se ha definido el efecto de cosa juzgada afirmando *res iudicata inter partes et non secundum eventum litis*.

Frente a ese principio lapidario, para los procesos colectivos se afirma (y el Código Modelo lo establece en el art. 33) que, en determinados supuestos, la eficacia de cosa juzgada se produce al revés: *secundum eventum litis*, expresión cuya dureza puede atenuarse afirmando que se trata de una cosa juzgada *secundum probationem*, para los casos en los que la demanda haya sido desestimada por falta o insuficiencia de pruebas «en cuya hipótesis cualquier legitimado puede intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba» (art. 33), así como si aparece «prueba nueva», superviniente, que no pudo ser producida en el proceso (art. 33, Par. 1.º).

La Exposición de Motivos del Código explica así la regulación que propone para este delicado aspecto de los procesos colectivos. Para los intereses difusos, la cosa juzgada opera siempre *erga omnes* tanto en caso de sentencia estimatoria como desestimatoria de la demanda, salvo cuando la desestimación se funde en la insuficiencia de prueba, en cuya hipótesis la demanda puede reproducirse con nuevas pruebas siempre que sean pruebas supervinientes al proceso colectivo. En estos casos la sentencia desestimatoria se dicta bajo una especie de sumisión a la regla *rebus sic stantibus*, lo que permite hablar en estas hipótesis de *res iudicata secundum probationem*. Para los intereses o derechos homogéneos se adopta el criterio de la cosa juzgada *secundum eventum litis* (seguido por la legislación brasileña), esto es, según el resultado del proceso, de modo que la sentencia favorable a la demanda producirá cosa juzgada *erga omnes*, favoreciendo a todos, mientras que la sentencia que desestime la demanda solo afecta a los legitimados para la acción colectiva pudiendo cada individuo que se sienta perjudicado por la sentencia promover la tutela de su acción individual (35) .

La cosa juzgada tiene límites específicos en estos procesos:

Si el proceso versó sobre derechos individuales homogéneos, en el caso de que se declare improcedente la demanda, los interesados podrán interponer a título individual acción de indemnización, la cual no queda afectada por la sentencia dictada en el proceso colectivo (art. 33, Par. 2.º).

En las acciones en defensa de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada de la sentencia no perjudicará las acciones de indemnización propuestas individualmente por los daños personalmente sufridos; en cambio, si la demanda se declara procedente, la sentencia beneficiará a las víctimas y a sus sucesores, que podrán solicitar la liquidación y ejecución de la sentencia en lo que a ellos concierne (art. 33, Par. 3.º).

9. Ejecución provisional y definitiva de la sentencia

Además de la ejecución definitiva de la sentencia firme estimatoria de la demanda («basada en autoridad de cosa juzgada») el Código admite la ejecución provisional de la sentencia sometida a recurso (art. 19).

La ejecución provisional se acuerda por cuenta y riesgo del ejecutante, que queda responsable de los perjuicios causados al ejecutado, en caso de que la sentencia sea reformada en el recurso pendiente (art. 19, Par. 1.º).

La ejecución provisoria permite la enajenación de los bienes o la retirada de los depósitos de dinero efectivo (art. 19, Par. 2.º).

La ejecución provisional puede suspenderse, a petición del ejecutado, si el juez considera que pueden derivar lesiones (o daños) graves y de difícil reparación (art. 19, Par. 3.º).

10. Especialidades de la acción colectiva sobre derechos o intereses individuales homogéneos

Normas especiales contiene el Código para los procesos colectivos que versen sobre la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos (arts. 20-28), para resolver las peculiaridades en estos casos de la llamada o citación al proceso, del contenido de la sentencia, de la ejecución colectiva y de la individual, del pago y de la concurrencia de créditos.

11. La acción contra el grupo

El Código aborda también la regulación de la acción que teóricamente debe poder ser entablada contra el grupo, la llamada «acción colectiva pasiva», conocida en la jurisprudencia norteamericana como *defendant class action*. Se trata de una acción hasta ahora poco frecuente y cuya regulación es por completo novedosa en los países de jurisprudencia continental, fundados en la tradición del *ius civile*. Inexistente en las disposiciones de la LEC española, no debe prescindirse de su regulación porque cierra el sistema de las acciones colectivas que, como es lógico, también deben poder interponerse contra la clase o grupo de interesados.

La acción se propone en contra del grupo o clase. El Código exige que se trate de una colectividad organizada o de un grupo de personas que tenga representante adecuado, así como que el bien jurídico sea transindividual y que su tutela tenga relevancia social (art. 35).

En este tipo de acciones vuelve a presentarse el problema de la cosa juzgada. El preámbulo del Código explica los criterios en los que se ha inspirado la regulación que propone. En obsequio al principio general de que la sentencia solo puede favorecer a los integrantes del grupo cuando se trate de derechos o intereses individuales homogéneos, se mantiene el mismo principio para las hipótesis en que la clase figure como demandada, en el lado pasivo del proceso. Cuando se trate de bienes jurídicos de naturaleza indivisible (intereses difusos) la cosa juzgada se producirá *erga omnes*, en paralelismo a lo que sucede cuando el grupo litiga en el lado activo, pero sin el límite de la cosa juzgada por insuficiencia de pruebas, que se considera improcedente en los litigios en los que la clase ocupe la posición de demandada. Cuando se trate de bienes de naturaleza divisible (los derechos o intereses individuales homogéneos) la cosa juzgada de la sentencia estimatoria no vinculará a los miembros del grupo o clase, que podrán promover las acciones individuales de las que sean titulares o discutir y ajustar la sentencia en sede de ejecución (una regulación paralela a la de la cosa juzgada para los mismos intereses homogéneos cuando la clase litiga como demandante).

Concretando estos criterios, el Código establece para estas acciones la eficacia de la cosa juzgada en los siguientes términos:

- Cuando se trate de intereses o derechos difusos (indivisibles) la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase (art. 36).
- Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos (divisibles) la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán plantear pretensiones o defensas propias para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual (art. 37).

12. Problemas de futuro

Los legisladores de los países que no disponen de una regulación adecuada de los procesos colectivos no podrán seguir mucho tiempo desconociendo la realidad. El Código Modelo ofrece las bases que pueden servir como punto de partida para esa regulación. Su articulado contiene las piezas fundamentales que son necesarias en estos procesos. Cada legislador puede utilizar esa regulación básica y adaptarla, según sus criterios, a las peculiaridades de su derecho positivo. Esa es la gran utilidad que puede ofrecer el Código Modelo de procesos colectivos, como la que prestaron antes los Códigos Modelos elaborados para el proceso civil y para el proceso penal.

Por otra parte, a partir de la implantación del proceso colectivo, con nuevas y específicas instituciones, se abrirán grandes debates metodológicos y científicos para el Derecho procesal. Queda por saber si el proceso para litigios individuales y el proceso para litigios colectivos podrán convivir como dos árboles distintos y separados o serán dos ramas de un mismo árbol, según las metáforas que en su día emplearon sus principales protagonistas (*Carnelutti* y *Florian*) en un famoso debate sobre la unidad o dualidad de la prueba civil y penal. Queda por saber si la influencia que el proceso colectivo podrá ejercer sobre el proceso individual llegará al efecto de la «fagocitación» de sus instituciones, que más de una vez se ha producido entre las figuras jurídicas y procesales influyéndose entre sí. Queda por relacionar el proceso penal sobre delitos con sujeto pasivo masa y el proceso colectivo para proteger intereses supraindividuales, en sistemas procesales en que en el proceso penal se conoce y resuelve también sobre la acción civil *ex delicto*. Queda por establecer la misma relación entre el proceso civil colectivo y el proceso administrativo sobre intereses colectivos...

Se abre, en definitiva, la puerta del proceso para las nuevas realidades jurídicas, a las nuevas exigencias de soluciones, con problemas también nuevos y de gran calado para el Derecho Procesal (36) .

- (1) Conceptos fundamentales del proceso civil tradicional como la capacidad para ser parte, la legitimación procesal y la legitimación material, los presupuestos procesales y su control judicial, el *petitum* y la *causa petendi*, y nada digamos de la eficacia de cosa juzgada, no pueden trasladarse al proceso de acciones colectivas, que exige una nueva y específica construcción. No es argumento válido decir que en el proceso de litigios individuales pueda encontrarse excepcionalmente algún ejemplo de lo que en el proceso de litigios colectivos constituye regla general (vg. la eficacia *erga omnes* de la sentencia en las acciones de estado civil), porque de la excepción, según enseña el dicho clásico, *firma regula in casibus non exceptis*. Cosa diferente es que, desde el punto de vista del «marketing» del nuevo proceso colectivo, pueda resultar ventajoso disimular la ruptura institucional que los nuevos procesos de acciones colectivas suponen respecto del proceso civil tradicional de litigios individuales.

Ver Texto

- (2) *Carnelutti, Lezioni di diritto processuale civile*, 4 vv., reedición anastática a cargo de A. *Trabuchi*, en la colección «I classici

della Cedam», 1986.

[Ver Texto](#)

-
- (3) *Carnelutti, Instituciones del proceso civil*, traducc. de la 5.ª edc. italiana por *Sentís Melendo*, v. I, Buenos Aires, 1959, Ejea, pp. 27 y ss. (el concepto de litis como conflicto actual de intereses, cuyos elementos son la pretensión y la resistencia). En el núm. 16 (pp. 41 y ss.) trata de las «litis colectiva» o «litis de categoría». Pero ya una llamada (12) y una nota de pie de página nos remiten para esta categoría de conflictos a los «raporti di lavoro» y a una obra anterior del propio autor: *Teoría del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 1928 y a sus *Studi*, IV, de 1939. Explicando el concepto de litis colectiva dice el propio autor: «la litis colectiva es un fenómeno que se ha delineado y desarrollado, ante todo, en el campo de las relaciones de trabajo»...acudiendo más adelante a las «manifestaciones dramáticas» de los conflictos colectivos de trabajo en las huelgas obreras y en los cierres patronales (*vide* pp. 42 y núm. 48, pp. 49 y ss.). La misma observación procede respecto de otra edición de las *Instituciones* (anterior a la argentina) traducidas esta vez por *Guasp* en su etapa de Catedrático de la Universidad de Barcelona, Barcelona, Bosch, 1942, que cuenta con un espléndido prólogo de autor para esta edición (cfr. pp. 32-34).

[Ver Texto](#)

-
- (4) *Carnelutti, Sistema de derecho procesal civil*, traducido por *Alcalá-Zamora* y *Sentís Melendo* y adicionado por *Alcalá-Zamora*, Buenos Aires, Uteha, v. I. En pág. 270 subraya la existencia del *proceso colectivo* como fenómeno del Derecho corporativo, de las relaciones de trabajo. La misma observación en cuanto a los «intereses colectivos», pág. 16.

[Ver Texto](#)

-
- (5) *Alcalá-Zamora y Castillo, Estudios procesales*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 344 y ss. Llamo la atención, respecto de lo dicho en la nota 1, de las «profundas diferencias» que este autor encontraba entre el proceso civil y el proceso de relaciones de trabajo, cuya inclusión en el Código censura por esa razón. ¡Qué no diría el Autor si la comparación fuese con los modernos procesos colectivos!

[Ver Texto](#)

-
- (6) *Carnelutti, Diritto e processo, Napoli*, Morano, 1958 (*vide* «proceso civile e lite», núm. 33, págs. 55 y ss.).

[Ver Texto](#)

-
- (7) *GómezOrbaneja, Derecho Procesal Civil (con Herce Quemada)*, V. I, Parte General, Madrid, Agesa, 1976.

[Ver Texto](#)

-
- (8) *Prieto-Castro, Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Pamplona, Aranzadi, 1982 (la edición última de sus obras académicas).

[Ver Texto](#)

-
- (9) *Guasp, Derecho Procesal Civil*, 1.ª edc. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956. Cfr. la última edición (en 2 volúmenes), actualizada por su discípulo *Aragoneses Alonso*, T. 1.º, Madrid, Civitas, 2003 (en págs. 43-45, como tipos de proceso enumera el constitucional o político, el civil, el penal, el administrativo, el social o laboral, de las relaciones de trabajo y seguridad social, el internacional y el canónico, cada uno de los cuales se subdivide internamente, *vg.* en proceso de cognición y de ejecución, subdividido el primero en constitutivo, declarativo, de condena, y el segundo en ejecución por dación o por transformación, además de procesos ordinarios o especiales, sin referencia alguna a lo que hoy llamamos procesos colectivos).

[Ver Texto](#)

-
- (10) *Fairén Guillén*, cfr. como obras más recientes, *Estudios de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Edersa, 1983 o *Doctrina general del Derecho Procesal (Hacia una teoría y ley procesal generales)*, Barcelona, Librería Bosch, 1990. En esta obra puede verse en pág. 22 la explicación del «conflicto» siguiendo la enseñanza de *Carnelutti*: pretensión y resistencia, sin la menor referencia a los conflictos colectivos.
- [Ver Texto](#)
-
- (11) *Couture, Vocabulario Jurídico*, 3.ª edc. actualizada por *Landoni Sosa*, Montevideo, Editorial B de F, 2004, pp. 441 y ss.
- [Ver Texto](#)
-
- (12) *Pallarés, Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 22.ª edc. México, Porrúa, 1996, pp. 157 y ss.
- [Ver Texto](#)
-
- (13) *De La Plaza, Derecho Procesal Civil español*, Madrid, 1945, Editorial Revista de Derecho Privado, v. I, 2.ª edc. Cap. I, II, «Clases de proceso», pp. 12 y ss. (en la pág. 13 expresamente indica que sigue la clasificación que había realizado *Carnelutti*).
- [Ver Texto](#)
-
- (14) Cfr. *Montero Aroca-Ortells-Gómez Colomer, Derecho Jurisdiccional*, I, Parte General, Barcelona, Bosch, 1989.
- [Ver Texto](#)
-
- (15) Cfr. *Ortells, Derecho Procesal Civil*, Navarra, Aranzadi, 2001.
- [Ver Texto](#)
-
- (16) Cfr. la cita de la nota 26.
- [Ver Texto](#)
-
- (17) *Díez Picazo (L), Derecho y masificación social*, Tecnificación y derecho privado. Madrid, Cuadernos Civitas, 1979. Con anterioridad, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, el último cap. está dedicado al «Cambio social y evolución jurídica» (pp. 300-321). Decía ya entonces (en 1973) el Ilustre civilista español: «Que este tiempo en el que nos ha tocado vivir es un tiempo de profundos cambios... es algo que está en el ambiente... delante de nuestros ojos... que se palpa» (pág. 300) y el cambio, ya sea tecnológico o ya sea ideológico, produce el cambio jurídico.
- [Ver Texto](#)
-
- (18) *Guasp, Derecho*, Madrid, Gráficas Hergón, 1971. La obra filosófica, sumamente original y poco conocida, del Ilustre procesalista español se abre con esta definición: «Derecho es el conjunto de relaciones entre hombres que una cierta sociedad establece como necesarias». Primariamente el derecho no está en la norma sino en las relaciones humanas que se consideran de necesaria observancia en la vida social y que se imponen como tales.
- [Ver Texto](#)
-
- (19) *Ortega y Gasset, La rebelión de las masas*, 36.ª edc. por Espasa Calpe, S.A., dentro de la Colección Austral, Madrid, 1993, con una magnífica Introducción de su más eminente discípulo Julián *Marías* y una Postdata de 1993 para esta

edición. Como es sabido, el Autor agregó a la obra un Prólogo para franceses y después un Epílogo para ingleses. El futuro protagonismo de las masas acaso ya había sido intuido con anterioridad, como casi todos los grandes acontecimientos de los siglos XIX y XX, por el gran filósofo de la Historia *Hegel*, pero solo *Ortega* supo advertirlo claramente y exponerlo en toda su dimensión y con todas sus implicaciones. El propio *Ortega* cita una frase premonitoria de *Hegel*: «las masas avanzan» y otra de *Augusto Comte*: «veo subir la pleamar del nihilismo» (pág. 109).

[Ver Texto](#)

-
- (20) El propio *Ortega* advierte que no utiliza la expresión «hombre masa» en sentido marxista ni ideológico sino como equivalente a hombre vulgar («La barbarie del "espacialismo"», pág. 155).

[Ver Texto](#)

-
- (21) Obra y edc. cit. pág. 83.

[Ver Texto](#)

-
- (22) Para constatar la rigurosa actualidad de esta observación podría ser concluyente observar, en Europa y en América, quiénes ejercen hoy el liderazgo que hace décadas ejercieron en Europa Churchill, Adenauer, De Gaulle, Schuman, De Gasperi, o Kennedy en América. El resultado de la comparación no podrá resultar más elocuente. Nada se diga de lo que sucede en España.

[Ver Texto](#)

-
- (23) En el momento en que se redacta el texto de esta conferencia arden barrios de París y de otras ciudades de Francia, por la acción de inmigrantes de segunda generación que manifiestan su insatisfacción quemando en las calle cada noche cientos o miles de automóviles, cuya acción ha comenzado a contagiarse a otros países (Bélgica, Alemania).

[Ver Texto](#)

-
- (24) En el caso del fraude de las academias de idioma que se cita en el texto, planteado como estafa colectiva, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4, ha dictado Auto de 17 de septiembre de 2004 declarando que los hechos son un incumplimiento de contrato carentes de tipicidad penal («lo ocurrido no traspasa la frontera del incumplimiento contractual»), por lo que no dan lugar a responsabilidad criminal, debiendo perseguirse el resarcimiento mediante el proceso civil. 13.500 afectados en toda España pueden tener que incoar individualmente o en grupos de litisconsortes voluntarios un proceso independiente (Cfr. «La Ley», 1 de diciembre de 2004, p. 15).

[Ver Texto](#)

-
- (25) Un hecho idéntico se registra en los anales de las *class actions* de los EE.UU., pero los jueces norteamericanos, investidos del poder de equidad, han podido resolver estos casos mediante una «solución socialmente ejemplar»: condenando al propietario de las gasolineras a despachar gasolina a un precio más reducido «a todos los vecinos» del barrio que lo soliciten durante el tiempo que señale la sentencia.

[Ver Texto](#)

-
- (26) Cfr. el volumen *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, organizado por el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1990, con intervención de varios autores. Véase, especialmente la esclarecedora intervención de *Font Galán*, *La protección de los consumidores en el Derecho privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores* (pp. 15 y ss.) así como la de *López Menudo*, *Consumidores y usuarios de servicios públicos y responsabilidad de la Administración*. De la situación procesal es buena muestra la breve

contribución de *Burgos Ladrón de Guevara, El acceso a la justicia de los consumidores*, que ocupa cuatro páginas, desde pp. 459 a 462.

[Ver Texto](#)

- (27) *Díez-Picazo Giménez, Derecho Procesal Civil*, con *De la Oliva Santos (El proceso de declaración, conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero (LA LEY 58/2000), de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, Editorial Ramón Areces, S.A., 2000. La cita se encuentra en la pág. 596. El estudio de toda esta materia se realiza dentro de un capítulo común dedicado a las «Especialidades de los procesos declarativos ordinarios», entre las cuales se exponen (en cinco páginas y media) las «Especialidades de los procesos para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios», especialidades que se justifican según el autor «por una razón muy obvia (que todos hemos comprobado en nuestra experiencia personal): al consumidor o usuario, individualmente considerado, no le compensa en la inmensa mayoría de los casos incoar un proceso civil en defensa de sus derechos». Este sería el (único) fundamento de las especialidades procesales.

[Ver Texto](#)

- (28) *Gidi, Class actions in Brazil. A model for «civil law» countries*, núm. 2, volumen LI, 2003, «The American Journal of Comparative Law», pág. 360, nota 143.

[Ver Texto](#)

- (29) La Comisión Revisora estuvo integrada por *Ada Pellegrini Grinover*, *Aluisio G. de Castro Mendes*, *Aníbal Quiroga León*, *Antonio Gidi*, *Enrique M. Falcón*, *José Luis Vázquez Sotelo*, *Kazuo Watanabe*, *Ramiro Bejarano Guzmán*, *Roberto Berizonce*, *Sergio Artavía* y *Ángel Landoni Sosa*. Durante un trabajo constante de dos años se elaboró el texto final del Código.

[Ver Texto](#)

- (30) Sobre las distinciones entre derechos e intereses que pueden constituir el objeto de los procesos colectivos y diversos problemas de estos procesos, cfr. en Italia *Vigoriti, Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, Milano, *Giuffrè*, 1979; AA.VV. *Le azioni a tutela di interessi collettivi, Atti del Convegno di studio* (celebrado en Pavía el 11-12 de junio de 1974, dirigido por *V. Denti*), Padova, Cedam, 1976; en Brasil *Barbosa Moreira, Tutela jurisdiccional dos interesses difusos e coletivos*, «Temas de directo processual», Sao Paulo, Saraiva, 1984; *Pellegrini Grinover, O novo processo do consumidor*, en el volumen «O processo em evolução», Río de Janeiro, Forense Universitaria, 1996, pp. 124 y ss. Más recientemente, Varios Autores, en la obra colectiva coordinada por *Gidi y Ferrer Mac Gregor, La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos* (Hacia un Código Modelo para Iberoamérica). México, Porrúa, 2003. En la doctrina iberoamericana la materia no podía pasar inadvertida a un investigador tan avanzado como *Morello, La justicia de frente a la realidad*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, espec. Cap. 10, *Nuevas fronteras de la litigación colectiva*, pp. 169 y ss.; *Dificultades de la prueba en los procesos complejos*, de la misma casa editora, 2004; *El Derecho en la vida*, La Plata, Librería Editora Platense, 2002, entre otras de sus muchas publicaciones en las que está siempre atento a toda renovación sociológica y jurídica. En la doctrina española ha sido pionero *Lozano-Higuero Pinto, La protección procesal de los intereses difusos*. Madrid, 1983; posteriormente, *Bujosa Vadell, La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995; *Silguero Estagnan, La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, Dykinson, 1995; *Gutiérrez de Cabiedes e H. de C. La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona, Aranzadi, 1999. En cuanto al proceso administrativo, *González Cano, La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

[Ver Texto](#)

- (31) Como se ha podido ver en las Jornadas Especiales del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y en el Congreso Nacional celebrado en Mendoza en 2005 (con más de mil participantes) en el que las dos posiciones han sido expuestas por el Prof. *Barbosa Moreira* al final de su brillantísima conferencia sobre un tema más amplio, defendió enérgicamente la atribución de potestades probatorias al juez, en cuyo planteamiento en absoluto puede verse asomo alguno de ideología totalitaria ni autoritaria (tal como ya había expuesto en *Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, Temas de Direito processual, cit.* Sao Paulo, Saraiva, 1984, V. III, pp. 80-81) y por el Prof. *Alvarado Velloso* en su intervención en la sesión de clausura (defendiendo al juez liberal, y su función dentro del «debido proceso de ley», recordando el peligro de la inquisición, situando al juez como mero espectador pasivo de la prueba que ante él produzcan las partes con el riesgo de que algún hecho fundamental quede sin probar, resolviendo el juez según las normas de la carga de la prueba. conforme a lo expuesto en su reciente obra *Debido proceso versus pruebas de oficio*, Bogotá, Temis, 2004).

[Ver Texto](#)

- (32) Ampliamente sobre los problemas implicados y los diversos argumentos, la magnífica obra de *Cavallone Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, Cedam, 1991.

[Ver Texto](#)

- (33) Siguen vigentes y no han sido superadas las exposiciones clásicas de *Rosenberg, La carga de la prueba*, traducción por E. *Krostoschin* de la 3.^a edic. de *Die Beweislast* (Munich, 1951), publicada en Buenos Aires, por Ejea, 1956 y de *Micheli, La carga de la prueba*, traducida por *Sentis Melendo*, también editada en Buenos Aires por Ejea, 1961.

[Ver Texto](#)

- (34) Cfr. la obra colectiva dirigida por *Peyrano* y coordinada por *Lépori White, Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004.

[Ver Texto](#)

- (35) Cfr. las diversas cuestiones suscitadas en sede de cosa juzgada los trabajos de *Pellegrini Grinover, O novo processo do consumidor*, actualmente en *O processo em evolução*, Río de Janeiro, Forense Universitaria, 1996, pp. 124 y ss., esp. pág. 131-137; *Gidi, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995; *Gidi, Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil*, México, Universidad Autónoma de México, 2004, pp. 95 y ss., y la numerosa bibliografía allí citada; *Ovalle Favela*, en AA.VV. *Los procesos colectivos* (estudios comparados por varios autores), México, UNAM, 2003.

[Ver Texto](#)

- (36) El presente trabajo tiene como antecedentes la conferencia pronunciada por el autor en las Jornadas Especiales del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Mendoza, Argentina, 2005) al que siguió el Congreso Nacional del mismo año (con más de mil participantes); una elaboración se publicó en el Libro Homenaje al Prof. *Almagro* con ocasión de su jubilación en la Cátedra y como Magistrado de la Sala 1.^a del TS; y un resumen fue expuesto como ponencia en la sesión del «Forum Judicial» organizado por la Asociación de Usuarios de Banca («Ausbanc») en Barcelona e 25 de noviembre de 2010.

[Ver Texto](#)

