PROCESOS COLECTIVOS

Lorenzo M. Bujosa Vadell

PROCESOS COLECTIVOS

Palestra Editores
Lima — 2023

Contenido

Prólogo 9
Giovanni F. Priori Posada

Introducción 17

1. **¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?** 19
1. Introducción 19
2. La compleja concreción de un concepto fluido 21
3. La común trascendencia colectiva de situaciones jurídicas heterogéneas 27
4. La necesaria pluralidad legitimatoria 36
5. Las dificultades en la delimitación de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia 43

2. **La posición del juez en los procesos colectivos** 59
1. Introducción 59
2. El juez en los procesos colectivos: particularidades orgánicas 65
3. La vigencia mitigada del principio dispositivo en los procesos colectivos 70
4. La discutida vigencia de los principios de aportación de parte y de investigación oficial: reflejo en los procesos colectivos 95

5. El juez y el derecho en los procesos colectivos 122

3. **Desafíos del proceso colectivo y conversión de acciones individuales en colectivas** 127
1. Introducción 127
2. El problema pendiente de los procesos colectivos 130
3. La relación compleja entre pretensiones individuales y colectivas 151

4. **La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea** 161
1. Introducción 161
2. El acceso a la justicia para la protección del medio ambiente 162
3. La protección del medio ambiente a través del derecho penal 202

5. **La efectividad de las sentencias de los procesos colectivos como instrumento de cambio** 231
1. Introducción 231
2. Los procesos colectivos como procesos constitucionales 233
3. Las sentencias de los procesos colectivos 247
4. Las sentencias colectivas como instrumento para la promoción de la igualdad 250

6. **La tutela inhibitoria. Perspectiva europea sobre la protección de los consumidores y usuarios** 265
1. Introducción 265
2. La tutela inhibitoria 270
3. La tutela inhibitoria de los derechos de los consumidores en la Unión Europea 279

7. **A vueltas con la protección procesal frente a cláusulas abusivas** 303
1. Introducción 303
2. El dudoso intento de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación 307

3. Las insuficiencias de la Ley de Enjuiciamiento Civil 311
4. La virtualidad de las acciones de representación 326
5. El incierto futuro: demandas repetitivas, procedimientos testigo y sentencias piloto 330

8. **Acuerdos colectivos y protección de los consumidores** 335
1. Principio dispositivo y conflictos colectivos 335
2. La autocomposición como vía de solución de conflictos colectivos 340
3. La vía autocompositiva desde la perspectiva del derecho comparado 344
4. La autocomposición como vía de solución de conflictos colectivos en el derecho europeo 358
5. Conclusión 368

9. **Resolución alternativa de conflictos en materia de consumo** 371
1. Introducción 371
2. La resolución "alternativa" como una forma complementaria de resolución de conflictos 374
3. La perspectiva europea 377
4. El desarrollo español 382
5. Algunas conclusiones paradójicas sobre la huida de la jurisdicción 414

10. **El arbitraje de consumo colectivo** 417
1. Introducción 417
2. Concepto 419
3. ADR y protección colectiva 425
4. Sujetos 431
5. Objeto 438
6. Convenio arbitral 441
7. Especialidades procedimentales 444
8. El arbitraje de consumo colectivos por vías electrónicas 451
9. Conclusiones 452

11. **Ejecución procesal y derechos difusos y colectivos: Problemas actuales** 455
1. Procesos colectivos y diversidad de pretensiones 455
2. Las insuficiencias de la regulación española 456
3. La extensión del ámbito subjetivo de beneficiados por la sentencia de condena 457
4. Ejecución en procesos colectivos con sentencias de condena a la cesación de determinadas actividades 458
5. Ejecución en procesos colectivos con sentencias de condena al resarcimiento 461
6. Ejecutividad de los acuerdos en los litigios colectivos 463
7. ¿Ejecución provisional en los procesos colectivos? 463

12. **Víctima colectiva y postconflicto** 465
1. Introducción 465
2. El protagonismo de la víctima en la justicia transicional 468
3. Víctima individual y víctima colectiva 471
4. La reparación colectiva como forma eficaz de reparación de la víctima en la justicia transicional 475

Origen de los capítulos 497

Prólogo

(*)

La colección Proceso, Derecho y Sociedad, que dirijo desde hace varios años con el profesor Luiz Guilherme Marinoni, y que es coordinada por el profesor Christian Delgado, se complace en presentar, como su séptimo número, el libro *Procesos colectivos* del profesor Lorenzo Bujosa Vadell. El profesor Lorenzo Bujosa es uno de los autores más reconocidos en Iberoamérica y uno de los académicos más versados en el tema objeto del libro que ahora presento.

De este modo, se pone a disposición del público iberoamericano una selección de importantes trabajos del autor sobre la tutela de los intereses supra individuales.

(**)

En 1996 estudiaba Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ese año se realizó en Ayacucho la V Convención Académica de Estudiantes de Derecho, a la que asistí en

representación de mi facultad junto a dos queridos amigos, hoy profesores: Elmer Arce e Iván Meini. Tenía que presentar una ponencia que titulé *La tutela jurisdiccional de los intereses difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional*. La ponencia, que resultó ganadora en la Convención, se convirtió también en unos de mis primeros artículos académicos[1].

La elección del tema de la ponencia y posterior artículo no fue casual. Unos meses antes había encontrado en la biblioteca de mi entonces centro de trabajo un libro escrito por el profesor Lorenzo Bujosa Vadell, titulado *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*[2]. No conocía al autor, ni había escuchado nada sobre él, pero su libro me cautivó. Contenía un estudio sistemático y completo sobre la tutela de lo que el autor denominaba "intereses de grupo", luego de explicar analíticamente las distintas categorías de intereses que involucran a un conjunto de personas. Quedé impactado con su sistematicidad, claridad y prolijidad.

Ese fue mi primer acercamiento a una de las personas más extraordinarias que la academia me ha permitido conocer y a uno de los más reconocidos procesalistas iberoamericanos. ¿¡Quién diría que veintisiete años después el profesor y amigo Lorenzo Bujosa Vadell me confiriera el honor de prologar uno de sus libros!?

Algunos años después, ya iniciado el siglo XXI, conocí personalmente a Lorenzo Bujosa en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en Lima. Él había sido invitado a dictar uno de los cursos de la Maestría de Derecho Procesal por su entonces director el profesor Juan Morales Godo. El encuentro fue casual. Sentí una enorme emoción por encontrar y saludar a uno

---

1 Giovanni Priori Posada, "La tutela jurisdiccional de los intereses difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional", *Ius et Veritas* 14 (1997): 97-108; luego publicado en Reynaldo Bustamante Alarcón y Giovanni Priori Posada, *Apuntes de derecho procesal* (ARA: Lima, 2017).

2 Lorenzo Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo* (Barcelona: Bosch, 1995).

de los autores que había inspirado uno de mis primeros trabajos académicos.

Durante los años siguientes nos volvimos encontrar varias veces en Lima y en distintos eventos en Iberoamérica. Recuerdo especialmente su afectuosa acogida en Salamanca y los diversos viajes que hemos compartido, particularmente uno a Paracas en 2019, junto a otros grandes maestros y amigos.

Todos los momentos académicos, de esparcimiento y personales que hemos compartido han tejido una relación de amistad, basada en un afecto infinito y en una admiración enorme. De todos ellos, y Lorenzo lo sabe, hay un evento que guardaré en mi corazón por el resto de mi vida. En una de sus visitas a Lima fuimos a ver una obra de teatro peruana, *La Cautiva*, una descarnada historia basada en los años de violencia terrorista en el Perú. Terminada la obra, salimos de la sala y tenía en mi teléfono celular varios mensajes dándome una de las peores noticias que he recibido en mi vida, la muerte de mi abuela materna. No puedo describir lo horrible de ese episodio. La compañía de Lorenzo fue muy importante en ese momento. Compartir ese trágico evento sirvió para reforzar más nuestra relación de amistad.

Mi relación con Lorenzo es por ello entrañable. Comprenderá el lector por qué soy yo quien escribe estas líneas. Solo su afecto me legitima a hacerlo.

Las relaciones con los compañeros de la academia son vínculos que se construyen de experiencias intensas compartidas en cortos periodos de tiempo. En esos fatigosos viajes de periodos cortos, uno encuentra regocijo en los colegas con muchos de los cuales se va tejiendo una relación de amistad. Los amigos permiten que cualquier espacio sea familiar. No importa dónde estemos. Lorenzo lo sabe. Él es uno de los creadores de esos espacios de amistad y cordialidad que hemos compartido varios procesalistas todos estos años.

Años después, Lorenzo me invitó a integrar con él la Directiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Bajo su

dirección, sufrimos la pandemia. Los encuentros virtuales con él y los demás compañeros de la Directiva del Instituto servían de paliativo para aliviar las semanas de encierro. Planificábamos y charlábamos. Aún quedan muchos proyectos por construir con Lorenzo. Hay uno que vincula al proceso y al teatro, dos áreas que nos apasionan y que nos seguirá uniendo.

(***)

Existe un innegable diálogo entre la obra de 1995 y la que hoy prologo. En la introducción de su libro de 1995, el profesor Lorenzo Bujosa enfocaba, desde el derecho comparado, el estudio de los intereses de grupo, a partir de la crisis del sistema de justicia[3]. Y era enfático en señalar que "La insuficiencia de una tutela basada en el individualismo liberal decimonónico que inspira los principios informadores de nuestras leyes de enjuiciamiento hace necesaria la búsqueda que sean portadores de estos nuevos intereses con una relevancia ya no meramente individual, y que como tales tengan acceso a los tribunales de justicia en demanda de tutela efectiva"[4].

La efectividad de la tutela de los intereses de grupo ha sido pues la constante preocupación del autor en estos casi treinta años que median entre su libro *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo* y el libro que ahora prologo. Solo es posible alcanzar esa efectividad si partimos de una mirada crítica de la estructura tradicional del proceso civil. Por ello, en el primer trabajo que forma parte de este libro, el autor nos lo vuelve a recordar: "Los ropajes formales fueron construidos para una realidad distinta informada por el individualismo y por el liberalismo decimonónico, que, sin haber sido realmente superados, sí que han necesitado una adapta-

---

3 Lorenzo Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo* (Barcelona: Bosch, 1995), p. 19.

4 Lorenzo Bujosa Vadell, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo* (Barcelona: Bosch, 1995), pp. 21-22.

ción a los patentes cambios sociales”[5]. De esta forma entonces, la revisión crítica del proceso civil se presenta como indispensable para brindar una efectiva protección a los intereses de grupo.

Esa mirada crítica permite plantearse la pregunta sobre el rol que le corresponde cumplir al juez en la protección de los intereses de grupo. Ese es el tema que se aborda en el segundo trabajo que forma parte de este libro. El autor afronta el problema desde el derecho comparado, incorporando una revisión no solo desde el derecho procesal, sino desde la regulación orgánica. Aquí parece llamarnos la atención acerca del necesario compromiso que debe tener la organización del sistema de justicia con la protección de los derechos fundamentales, específicamente con los de titularidad colectiva.

Desde esa misma perspectiva, la relación entre la tutela de los derechos colectivos y la de los derechos individuales está en el centro de la preocupación de la efectividad de unos y otros derechos. El autor deja muy claro que la tutela de unos no pasa por olvidar a los otros, sino más bien por optimizar la tutela de ambos. Por eso, el tercer trabajo que integra este libro enfrenta los desafíos que presenta el tratamiento conjunto de la tutela de esos dos tipos de derechos.

Inmediatamente después el autor se ocupa del estudio de la tutela del medio ambiente en la Unión Europea. Lo hace analíticamente, a pesar de la maraña de disposiciones que existen sobre el particular. Nuevamente, el norte de la crítica en este análisis es la efectividad de la tutela jurisdiccional desde las distintas disposiciones materiales que lo regulan.

En línea de la efectividad, pero desde la perspectiva de la realización de los efectos de la sentencia van también dos trabajos de Lorenzo. En uno de ellos analiza la efectividad de las sentencias y su impacto, especialmente, en el ámbito de la realidad, para hacerle

[5] Ver pp. 19-20 en esta obra.

frente a la discriminación. Y en el otro se plantea los problemas actuales de la ejecución de las sentencias colectivas.

No cabe duda de que, para obtener una efectiva tutela jurisdiccional de los intereses de grupo, es preciso que la protección jurisdiccional se anticipe a la lesión de dichos derechos. Por ello, el autor dedica uno de los trabajos de este libro a la tutela inhibitoria. Y lo hace precisando términos, para luego entrar analíticamente a la problemática que plantea.

Luego el autor aborda problemas específicos como los desafíos de los procesos colectivos frente a las cláusulas abusivas, los acuerdos colectivos y tutela de los consumidores, el arbitraje de consumo colectivo y la resolución alternativa de conflictos frente a los consumidores.

Finalmente, se incluye una interesante contribución sobre el rol de la víctima colectiva en los procesos postconflicto, a raíz del caso colombiano.

De esta manera, entre el libro de 1995 y el del 2023 hay una relación de coherencia perfecta. Me atrevo a decir que los dos se pueden leer como una obra completa en materia de procesos colectivos. El de 1995 introduce al lector, desde la dogmática y el derecho comparado, al gran tema de los procesos colectivos. El del 2023 que ahora presento, le da al lector un sesudo análisis de soluciones a problemas contemporáneos de los procesos colectivos.

Con esta obra, el profesor Lorenzo Bujosa Vadell se consolida como una de las voces con mayor autoridad en materia de procesos colectivos en Iberoamérica.

(****)

Iberoamérica ha visto nacer y desarrollarse a grandes procesalistas. El profesor Lorenzo Bujosa Vadell es uno de ellos. Es, en el sentido más auténtico de la frase, un procesalista iberoamericano. La razón de ello no está en ser presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Tampoco en haber recorrido

Iberoamérica como pocos juristas lo han hecho. Nacido en España, conoce casi todos los países latinoamericanos y todos los países latinoamericanos le conocen y le quieren. No es solo eso. A pesar de haber realizado su doctorado en España y de haber tenido estancias de investigación en Estados Unidos e Italia, Lorenzo Bujosa ha estudiado y difundido, como pocos, el derecho procesal latinoamericano, cultivando desde y hacia él un análisis comparado.

El libro que ahora presento es una muestra de ello. Iberoamérica se presenta al autor como una constante referencia en sus trabajos. Bien podría decir el lector que esto es evidente y se debe a que el autor es español. Sí, pero es solo eso. Una particularidad que tiene el libro de Lorenzo Bujosa que ahora presento es que no solo la península ibérica, sino Latinoamérica, es una constante referencia en sus trabajos. Conoce Latinoamérica como pocos europeos, sus problemas, sus autores y los temas sobre los que estos discuten. Sabe quiénes son autoridad y en qué temas; conoce con finura los matices de cada posición y lleva a Europa el desarrollo de los estudios procesales latinoamericanos. No solo trae a Latinoamérica el desarrollo de los estudios procesales europeos. El mejor ejemplo de lo que digo se aprecia en el trabajo sobre la tutela inhibitoria que forma parte de este libro. El texto parece estar dirigido a un lector español y por ello, antes de tratar el tema, ubica al lector español en el estado de los estudios sobre la tutela inhibitoria en Latinoamérica. Con ello, Lorenzo se convierte no solo en un difusor del procesalismo latinoamericano, sino en un puente de dos vías entre los estudios latinoamericanos y los europeos.

Otro ejemplo es el trabajo sobre la protección de las víctimas colectivas en los procesos postconflicto. Aquí el profesor Lorenzo Bujosa se hace cargo de un problema típicamente latinoamericano. Lo asume como propio. Y para Lorenzo lo es. De su estrecha relación con Latinoamérica, quizá la más íntima sea con Colombia y, por ello, toma el acuerdo de paz como punto central de análisis de su trabajo.

Doy un testimonio personal más como muestra de ese espíritu no solo "iberoamericanista", sino "latinoamericanista" de Lorenzo Bujosa. Me consta cómo, en su condición de presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, ha impulsado la investigación sobre los principios que rigen la justicia indígena latinoamericana.

(*****)

Disculpará el lector que para referirme al autor en este libro haya usado indistintamente en este prólogo los términos "el profesor Lorenzo Bujosa Vadell" o "Lorenzo". Es que los sentimientos son desordenados. Dudaba si este prólogo debía estar escrito en el tono formal de la academia, o en el cálido tono de un amigo. Es muy difícil separar esos planos con Lorenzo. Sé que ustedes lo entenderán. Sé que él me lo perdonará, pues es conocido por América Latina entera del enorme corazón de tan grande jurista.

Giovanni F. Priori Posada
Profesor principal del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Lima (San Bartolo), marzo de 2023.

Introducción

Por la generosa invitación de la prestigiosa editorial Palestra, en concreto en la persona del joven procesalista, mi querido Christian Delgado, se presenta aquí una selección de estudios sobre la compleja teoría de los procesos colectivos en varias de sus diversas dimensiones. Esta es un área del Derecho Procesal contemporáneo que en los últimos decenios ha tenido un amplio desarrollo doctrinal desde diversas perspectivas, pero que se ha reflejado de modo muy irregular e imperfecto en el Derecho positivo de la mayoría de nuestros países.

Mientras algunos de estos capítulos tienen una vocación genérica, de construcción de conceptos y distinciones, otros reflejan análisis críticos de disposiciones o interpretaciones concretas, básicamente del Derecho Español. Ello no obstante, tal vez no carezcan de interés para la comunidad de juristas peruanos o, más ampliamente, latinoamericanos. Está bien demostrado que el método comparatista es inherente a esta materia. Las experiencias que han funcionado se erigen como modelos fértiles para aquellos países en los que aún estamos tratando de configurar las soluciones más adecuadas; todo ello siempre con los cuidados imprescindibles para evitar trasplantes acríticos, destinados a inevitables fracasos.

Está claro que el tráfico jurídico del siglo XXI ha aumentado exponencialmente la masividad de las relaciones, que ya era característica fenomenológica de la segunda mitad del siglo XX. Aún es válida aquella afirmación que atribuye muchas de las vigentes instituciones procesales al reflejo de un modelo individualista decimonónico que no era ideológicamente neutral. Desde luego no es intención de este autor menoscabar las garantías procesales de los individuos, que tanto ha costado construir y elevar al nivel constitucional, pero a ello es necesario añadir técnicas equilibradas de litigación colectiva, de las que tenemos ejemplos válidos y eficaces.

Estos trabajos, en realidad, se remontan a la elaboración de mi investigación doctoral a finales de los ochenta y principios de los noventa. Pero la mayoría de ellos son relativamente recientes y en ellos se pretenden incorporar los nuevos elementos de discusión y, asimismo, tanto las frustraciones como las esperanzas que acompañan a las tensiones normativas de estos aspectos del procesalismo de nuestro tiempo.

Tiene mucho de atrevimiento la publicación de estos textos en mi querida Sudamérica, pues en mi opinión la vanguardia sobre la protección de los derechos e intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos no se encuentra en territorio europeo, sino en la efervescencia jurídica de algunos ordenamientos punteros, entre los que destacaría —sin desmerecer ningún otro— el brasileño, el colombiano y, desde el activismo jurisprudencial, el argentino.

Por lo tanto, todo mi agradecimiento al lector curioso, que se atreve a adentrarse en estas páginas modestas en las que espero pueda encontrar una base suficiente para el fecundo diálogo que permita acercarnos cada vez más a ese modelo de efectividad de los derechos dentro del máximo de garantías.

Sa Ràpita (Campos, Mallorca, España),
2 de enero de 2023

1 ¿De qué hablamos cuando hablamos de procesos colectivos?

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace ya tiempo iniciamos las exposiciones sobre el problema de la respuesta jurídica a las situaciones jurídicas plurales, difusas, colectivas, supraindividuales haciendo alusión a la evidencia del creciente carácter masivo de muchas de las relaciones que se dan en el tráfico jurídico de los últimos ochenta años, por poner una cifra redonda. Desde luego, al final de la segunda década del siglo XXI es difícilmente discutible que ello tiene consecuencias en el ámbito del Derecho —lo discutible es el alcance de esas consecuencias—, y por supuesto, también en la disciplina que tiene por objeto la garantía de la efectividad del resto del ordenamiento jurídico[1].

Pero tal efectividad, que, como es bien sabido, forma parte central del derecho fundamental a la tutela judicial —con esos u otros términos similares— en los ordenamientos de nuestro entorno cultural, se ha demostrado difícil de alcanzar cuando

[1] Recordamos aquí la concepción del Derecho Procesal de Almagro Nosete, J., "El derecho procesal en la nueva Constitución", *Revista de Derecho Procesal,* 1978, 4, p. 839.

nos apartamos de la estructura clásica del derecho subjetivo —o también, en especial, del interés directo en el campo del Derecho Administrativo—. Los ropajes formales fueron construidos para una realidad distinta informada por el individualismo y por el liberalismo decimonónico, que, sin haber sido realmente superados, sí que han necesitado una adaptación a los patentes cambios sociales.

Es llamativo que, como en los tiempos del Derecho Romano clásico o como ocurre en lo que probablemente sea su más directo sucesor, el pragmático Derecho anglosajón, han sido los tribunales los que tuvieron que dar respuesta a esa necesidad adaptativa, mientras que los cultivadores del Derecho material —sobre todo los iusprivatistas— han ido a remolque de las soluciones que los tribunales tuvieron que ir más o menos improvisando para afrontar las necesidades de justicia material que se les han ido planteando.

Es más, fueron cuestiones procesales las que sirvieron como primeras llamadas de atención sobre la existencia del problema, pues nociones construidas para litigios estrictamente individuales el derecho de acción sin ir más lejos[2]— aparecieron como verdaderos obstáculos para la efectividad de la tutela si seguían siendo entendidos sin atender a la evolución social. Todo ello, bien es-

[2] De hecho, la bilateralidad se entendía, y sigue entendiéndose en la mayor parte de los casos, en el sentido de la existencia de dos posiciones procesales —activa y pasiva—, pero sobre todo de la existencia de un sujeto —o como mucho de un litisconsorcio— en cada una de ellas. Desde el punto de vista procesal, lo que no tenía en cuenta esta concepción era la existencia de un conjunto masivo de interesados, más o menos concreto y determinado, que no comparecen como partes en sentido estricto, sino que a lo largo del proceso pueden permanecer como "*absent members*", como sujetos formalmente ausentes del proceso, pero integrados en el conjunto de interesados materiales.

tudiado desde hace bastantes décadas[3], no significa que hayamos llegado aún a la solución ideal por mucho que ya no estemos solo ante la idea-fuerza transformadora del ordenamiento jurídico de la que hablaron los primeros procesalistas que trataron estas cuestiones en España[4], sino que diversos Estados, con mayor o menos éxito, han tratado de ofrecer instrumentos jurídicos para canalizar estas pretensiones novedosas, por lo menos desde el punto de vista subjetivo.

2. LA COMPLEJA CONCRECIÓN DE UN CONCEPTO FLUIDO

Uno de los principales problemas ha sido precisamente la fluidez del concepto —y hasta de la terminología misma—. Puede ser expresiva de esta inseguridad inicial la propia experiencia de quien iniciaba su investigación sobre esta materia a finales de los años ochenta y lo que encontraba bajo la referencia de colectividad

---

[3] Es de justicia rendir homenaje a los juristas que se ocuparon y preocuparon por iniciar los debates acerca de esta problemática. Valgan, por todos, los trabajos recogidos en *La tutela degli interessi diffusi nel Diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori,* Atti del Convegno di Salerno (22-25 maggio 195), Studi di Diritto Comparato diretti da M. Cappellettti, Giuffrè, Milano, 1976; *Le azioni a tutela di interessi collettivi,* Atti del Convegno di Studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), Cedam, Padova, 1976; *Rilevanza e tutela degli interessi diffusi: modi e forme di individuazione e protezione degli interessi della collettività,* Atti del XIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna-Villa Monastero, 22 settembre 1977), Giuffrè, Milano, 1978; *Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della collettività,* Atti del Convegno nazionale, Bologna, 5 diciembre 1981, Maggioli, Rimini, 1982.

[4] Así se expresaba, como es conocido, Almagro Nosete, J., "La protección procesal de los intereses difusos en España", *Justicia*, 1983, p. 69. Además, en su concepto de interés difuso, Lozano-Higuero Pinto, M., *La protección procesal de los intereses difusos,* Madrid, 1983, p. 155, incluía como un elemento constitutivo la ausencia de su consideración concreta por el ordenamiento jurídico.

desde el punto de vista procesal eran básicamente unos escasos estudios sobre ejecuciones generales. La situación ha cambiado notablemente, pues desde entonces ha habido numerosos estudios que han tratado de profundizar en los recovecos dogmáticos y prácticos de estos procesos, así como propuestas y reformas normativas que han intentado aplicar perspectivas novedosas para contribuir a superar las limitaciones existentes. No todo ha sido, sin embargo, viento a favor.

En todo caso, no puede afirmarse que haya unanimidad ni siquiera en la terminología utilizada para denominar genéricamente estas figuras procesales. No es casual la utilización frecuente de la expresión de "acciones colectivas" de uso común en el Derecho norteamericano *(Class Actions)*, en el Derecho brasileño *(ação civil pública, ações populares)* o en el Derecho colombiano *(acciones populares y acciones de grupo)*. Sin embargo, una adecuada sistematización conceptual parecería aconsejar dejar de lado esta denominación anfibológica, pues no en vano ya tiene suficiente carga polémica la propia noción de "acción" y ello no supone tener que hacer ningún esfuerzo intelectual desproporcionado, ya que tenemos ejemplos asentados de fórmulas más precisas, como la de "procesos colectivos"[5].

Sea como fuera y se escojan las palabras que se prefieran, el caso es que con ello se hace referencia a un conjunto de técnicas, de conformación variada según ordenamientos y además según ámbitos materiales concretos, por las que se trata de facilitar

---

[5] Comparto, por tanto, la decisión del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal por la que se elaboró un Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y se aprobó la propuesta en la reunión de Caracas de 2004:
http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Modelo_de_Procesos_Colectivos_Para_Iberoamerica.pdf
La fluidez es patente, sin embargo, si tenemos en cuenta que el artículo primero de este texto se refiere al "Ámbito de aplicación de la acción colectiva".

el acceso a la justicia de una serie de situaciones subjetivas de ventaja que de varias maneras trascienden la posición individual clásica. De esta idea primaria hay que subrayar, por lo menos, dos elementos importantes y una consecuencia genérica. El primer elemento se refiere a que se trata de técnicas jurídico-procesales de facilitación, lo cual no debería perderse de vista cuando se entre en disquisiciones sobre la confluencia entre procesos individuales y procesos colectivos.

Por su parte, el segundo elemento viene directamente ligado al primero, pues la facilitación es un concepto transitivo: ¿facilitación de qué? Y aquí es donde aparece el derecho fundamental al acceso a la Jurisdicción, pues con estas regulaciones específicas se pretende dar entrada a la tutela judicial efectiva de situaciones que escapan a los parámetros clásicos ya mencionados o, por otro lado, aun ajustándose estructuralmente a tales esquemas normativos, carecen de la entidad suficiente como para obtener la efectividad requerida en un Estado social y democrático de Derecho.

La consecuencia genérica en realidad es un conjunto de efectos, que el legislador no siempre prevé con la precisión que la realidad exige. La razón de ser de tales efectos es muy simple, pues si se permite el acceso a estas posiciones subjetivas de ventaja que en un principio, en el proceso clásico, no tenían entrada, es necesario proceder a una serie de adaptaciones procesales, cuya ausencia es la que explica, por ejemplo, que el apartado tercero del artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[6] se quedara en poco más que un brindis al sol, ya que los tribunales lo aplicaron de manera muy escasa y además *obiter dicta,* sin relevancia práctica alguna más allá de un principio general *pro actione* de utilización muy moderada.

---

6 *Vid.* Gómez De Liaño González, F., "La legitimación colectiva y el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia,* 1986, pp. 549-576.

Estas técnicas, por tanto, deben implicar transformaciones en la regulación del proceso por el que se quieran satisfacer este tipo de pretensiones[7]. El problema no está en que la doctrina e incluso el legislador lo ignoren, sino en la determinación del alcance de esos cambios, teniendo en cuenta —como no puede ser de otra manera— la aplicación también a estos cauces procesales de las exigencias constitucionales de un proceso equitativo y, especialmente, las garantías procesales de aquellos que no están presentes ante el órgano jurisdiccional y que pueden ser condenados sin haber gozado de su "*day in court*".

A mi entender, todo ello implica la previsión en el ordenamiento de un proceso especial, con particularidades procedimentales constitucionalmente muy justificadas, lo cual ha sido previsto en la mayoría de ordenamientos, pero no así en la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC), muy probablemente por la teórica tendencia en el momento de su promulgación de recortar a lo imprescindible los procesos especiales que, en principio iban a quedar reducidos a lo contenido en su Libro IV, aunque eso fuera más una proclamación bienintencionada que una realidad palpable, pues son numerosas las especialidades procesales que trufan la regulación ordinaria y, entre ellas, están justamente los procesos colectivos para la protección de consumidores y usuarios a través de nuestro proceso civil.

Si se quiere ir más allá, ya entramos en dificultades mayores, pues la pluralidad es manifiesta y las dudas y opiniones encontradas se multiplican. En ocasiones se piensa que los procesos colectivos son instrumentos para la protección de los derechos

---

7 Es expresiva Armenta Déu, T., *Acciones colectivas: Reconocimiento, cosa juzgada y ejecución,* Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 13, cuando afirma: "¿Cómo deben atemperarse las exigencias de un 'proceso debido' desde el punto de vista del acceso a la justicia, el principio de contradicción y el derecho de defensa a las singularidades que requieren las acciones colectivas en materia de cosa juzgada y ejecución?".

económicos, sociales y culturales, a lo que contribuye sin duda la colocación del derecho a un medio ambiente adecuado o del derecho a la protección de los consumidores y usuarios en el capítulo III del Título I de la Constitución español, por tanto, como simples principios rectores de la política económica y social en tanto no sean recogidos en la legislación de desarrollo (art. 53.3 CE)[8]. En otros casos, se va más allá, pues se relaciona estos procesos con las vías jurisdiccionales adecuadas para la satisfacción de aquellos derechos denominados de "tercera generación", aquellos informados por el principio común de solidaridad entre los sujetos jurídicos[9].

En mi opinión, es posible que se articule la vía de los procesos colectivos para proporcionar protección a tales derechos humanos, sin embargo eso no agota las posibilidades de esta técnica compleja que, por consiguiente, no puede equipararse a una vía instrumental para dar efectividad de los derechos de las consecutivas generaciones o como cauce específico por el cual se concreta el desarrollo legislativo que precisan los principios económicos y sociales, siguiendo la letra de nuestra Constitución. Entre otras razones, porque estos principios tienen en muchos casos conforme a la ley una concreción individual y debe ser el proceso individual el que encauce ese tipo de pretensiones. Las otras razones se refieren

---

8 *Vid.* Cascajo Castro, J. L., *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, así como en "Derechos sociales y económicos como derechos humanos", en *Los desafíos de los derechos humanos hoy* (Valladolid, 18 a 20 de octubre de 2006) (Coord. por Rafael F. de Asís Roig, David Bondía García, Elena Maza Zorrilla), Valladolid, 2007, pp. 379-397 y Pérez Luño, A. E., "La evolución del Estado social y la transformación de los derechos fundamentales", *Problemas de legitimación en el Estado social*, Trotta, Madrid, 1991 y, del mismo autor, "Los derechos sociales y su 'status' normativo en la Constitución española", *Documentación administrativa,* núm. 271-272, 2005 pp. 13-38.

9 Vasak, K., "Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *UNESCO Courier*, 30:11, Paris, 1977.

más bien a que con mayor frecuencia, en una sociedad de riesgos, amenazas y daños colectivos, las situaciones subjetivas tienen un contenido más patrimonial y, por tanto, más alejado en principio de esas concepciones de los derechos que van más allá de las previsiones de nuestros venerables Códigos civiles del siglo XIX.

Las fundadas indefiniciones a las que, de momento de manera indirecta y superficial, me estoy refiriendo, es normal que lleven a la jurisprudencia a otras tantas dudas, imprecisiones y contradicciones. Sin embargo, es necesario que añadamos dos ingredientes más para una representación completa del cuadro general, pues la realidad nos muestra una aversión drástica tanto de los legisladores como de los aplicadores jurídicos en muchos de los ordenamientos jurídicos cercanos y también en el de mi país de origen, el ordenamiento español[10]. Consideraciones económicas y sociales en torno a los desequilibrios de la sociedad global actual no son ajenas a estas circunstancias, pero eso ya supondría entrar en otros derroteros que aquí no me corresponden. Sin embargo, los lentos y tímidos avances al respecto en la Unión Europea nos ofrecen una ilustración clara de ello, así como la promoción de vías de autocomposición ante órganos internos de los sujetos que supuestamente han actuado abusivamente, acompañados de la insistencia y desarrollo precario de cauces para que se sigan procesos individuales para pretensiones con evidentes connotaciones colectivas.

Por otro lado, no debemos negar otra vertiente problemática que una mirada rápida a la práctica comparada nos muestra fácilmente. Los procesos colectivos, por lo menos en una gran medida, donde supuestamente debían funcionar en realidad integran esa

---

[10] Es muy significativa al respecto la actitud restrictiva de la Corte Suprema de los Estados Unidos, con un ejemplo paradigmático en el caso *Wal-Mart v. Dukes,* [564 U.S. 338 (2011)], sentencia en la que la mayoría impidió utilizar la vía de las *Class Actions* para un caso de protección de la igualdad entre hombres y mujeres en relación con la interpretación de los requisitos exigidos para integrar un grupo de afectados (*class).*

paradójica condición de "procesos inexistentes". Me refiero, obviamente, al Derecho norteamericano y a los procesos civiles y penales, que son observados con recelo por un sistema jurídico de cuño economicista, más afín al análisis económico del derecho que a criterios de plena justicia material. Por ello, así como por ejemplo el mejor proceso penal para el jurista medio estadounidense es el que no se lleva a cabo, es decir, termina cuanto antes con un *plea bargaining,* también el mejor proceso colectivo es el que termina con un acuerdo homologado por el juez *(settlement),* en todo lo cual no tendría personalmente ningún inconveniente si no fuera por los desequilibrios antes aludidos que distorsionan la justicia real de tales acuerdos.

3. LA COMÚN TRASCENDENCIA COLECTIVA DE SITUACIONES JURÍDICAS HETEROGÉNEAS

En definitiva, cuando hablamos de procesos colectivos nos referimos a un cauce procesal por el que se pretenden amparar derechos o intereses que, en realidad, son heterogéneos, pero que tienen en común su relevancia colectiva. En algunos casos esta vía procesal aparece como la única eficaz para la protección de situaciones jurídicas de ventaja de estructuras relativamente novedosas (las que se encuentran, por ejemplo, en situación de riesgo ante actividades nocivas[11]), y en otros, en los que más claramente aparecen situaciones jurídicas de ventaja individuales, el proceso colectivo aparece como un instrumento no único, pero sí facilitador de la consecución de la tutela judicial efectiva. Hasta

[11] La denominación que utiliza uno de los máximos especialistas en esta materia al aludir a la ausencia de tutela jurisdiccional preventiva en los procesos tradicionales y en las formulaciones doctrinales de nuestros maestros de Derecho Procesal es la de "tutela inhibitoria". *Vid.* Marinoni, L.G., *Tutela inhibitoria,* Madrid, 2014, pp. 17-20. En lengua castellana me parece preferible la expresión "pretensiones de cesación", aunque nos refiramos a lo mismo.

el punto de que en muchos de estos casos el proceso colectivo no sustituye en realidad un posible proceso individual, sino que derechamente posibilita la protección de una situación jurídica que, de no existir este cauce colectivo, quedaría en el limbo de la desprotección. La dimensión de la realidad material está presente sin duda en el fundamento de la configuración de estos procesos.

Así pues, el término de "procesos colectivos" se refiere a un concepto genérico, en el que se incardinan especialidades significativas respecto al proceso tradicional, tanto desde el punto de vista subjetivo como desde el punto de vista objetivo. Los sujetos que aparecen como parte legítima no son todos los titulares de los derechos cuya tutela se pretende, sino que solo se personan, en principio, uno o varios portadores más o menos adecuados del conjunto de situaciones jurídicas de ventaja necesitadas de protección. Por otro lado, desde la perspectiva del objeto del proceso, la particularidad se centra en que la pretensión ejercitada conlleva esa relevancia colectiva a la que antes hacía referencia, y por tanto, se basa en derechos relativos a bienes indivisibles (por ejemplo, el derecho a la defensa del patrimonio cultural)[12] que con frecuencia se confunden con intereses generales, o incluso a veces con intereses de titularidad pública[13], pero también aquellos otros

---

[12] Denti, V., "Interessi diffusi", *Novissimo Digesto Italiano,* Appendice IV, Torino, 1982, p. 307, se refería al criterio de la posibilidad de apropiación exclusiva del bien jurídico, según si el goce de los individuos o grupos puede ser o no limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad. Son los que Corominas Bach, S., *Procesos colectivos y legitimación. Un necesario salto hacia el futuro,* Madrid, 2018, p. 29, denomina "intereses *propiamente grupales".*

[13] Esa posibilidad de confusión con posiciones de titularidad pública es la que, en mi opinión, fundamenta una objeción suficiente para desechar el término de "intereses supraindividuales", que ha utilizado por otra parte con agudeza y fructíferas consecuencias Gutiérrez De Cabiedes E Hidalgo De Caviedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos,* Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1999. Me parece preferible una expresión en la que, sin perder referencias

delimitados de alguna forma más concreta (por ejemplo, respecto a un foco de contaminación en un espacio determinado). Junto a ellos tendríamos aquellos otros intereses que, relativos a bienes divisibles, se constituyen también, en derechos subjetivos, aunque con una obvia relevancia colectiva, pues es habitual que exista una pluralidad de afectados individuales. Todos estos grupos de intereses han dejado de ser, en gran parte, esa mera idea-fuerza de la que nos hablaba Almagro, y se han convertido desde hace tiempo en verdaderas situaciones jurídicas de ventaja a las que el ordenamiento jurídico ofrece protección. Las dificultades, sin embargo, no han desaparecido del todo.

Esta composición heterogénea de la categoría que estamos analizando no fue apreciada claramente por el legislador español de la LEC, pues en la redacción originaria, si bien se acogió de manera literal la referencia a la protección de "intereses generales" (art. 11.1 LEC) ya prevista en la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios (art. 20.1), la referencia de los apartados siguientes se limitaba a "los perjudicados por un hecho dañoso", dando a entender que se trataba de una colectivización de perjudicados individuales y por tanto, de un ejercicio colectivo de lo que los brasileños denominaron con una feliz expresión "derechos individuales homogéneos", es decir, situaciones subjetivas de ventaja de corte clásico, con la estructura de un derecho subjetivo individual, pero cualitativamente[14] reiterado en un conjunto más

---

al carácter colectivo difuso, se diferencie esta categoría de los casos en que el poder público se apropia de ciertas situaciones de ventaja y excluye de ellas a la participación de la sociedad, organizada o no. Es verdad que en la actualidad no son frecuentes ejemplos como la *Legge 8 luglio 1986, n. 349 (Supplemento Ordinario n. 59 G.U.R.I. 15 luglio 1986, n. 162) sulla istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale,* pero en una sistematización general de los conceptos considero que no hay que olvidar esta posibilidad.

14 La referencia a la "calidad" del perjuicio pretende dar a entender que la "cantidad" del perjuicio puede variar en cada caso concreto, lo cual podría

o menos amplio de sujetos afectados. Hubo, sin duda, bastante de improvisación en lo que, sin embargo, ya supuso un avance considerable.

Tal improvisación se demuestra en varios elementos, el primero de los cuales es la única referencia a los "derechos e intereses de los consumidores y usuarios", olvidando que la necesidad de aplicar la técnica procesal colectiva al proceso civil comprende un ámbito material mucho más amplio, sin necesidad más que la de recordar la experiencia histórica de los daños colectivos en nuestro propio país. Es verdad que algunos de los más llamativos se afrontaron a través del proceso penal, pero como es sabido ello implicó la tramitación de procesos civiles acumulados para articular las correspondientes pretensiones de resarcimiento, que de haber existido una conformación adecuada del proceso civil pudieran haber dado lugar a procesos civiles colectivos.

Otro dato evidente de esa improvisación fue la de olvidar la vigencia de la primera Directiva relativa a las pretensiones de cesación, la Directiva 98/27/CE[15], que provocó la primera reforma de

---

dar lugar —en un modelo procesal ideal— a la formación de subgrupos de individuos con características más afines o, más probablemente, a una concreción distinta, bien en la sentencia, bien en el incidente declarativo que pueda haber en el proceso de ejecución en el que se pretenda determinar una sentencia en la que no se han fijado más que la bases de determinación (art. 519 LEC). La "homogeneidad cualitativa" supondría por tanto un mismo origen del perjuicio, o si se permitiera una mayor flexibilidad —lo cual sería aconsejable, si se quieren aprovechar las posibilidades de esta técnica—, también los casos de perjuicios procedentes de causas concretas distintas, pero esencialmente idénticas.

15 Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 166, de 11 de junio de 1998), derogada a su vez por la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO L 110, de 1 de mayo de 2009).

la LEC, si obviamos la discutible "corrección de errores" de abril del 2000[16] y otra de 2001[17]. De este modo escasamente ortodoxo, a través de la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios, se incluyeron en nuestro código procesal civil las pretensiones de cesación ("acciones de cesación") como pretensiones ejercitables para la defensa de los "intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores".

Ello nos lleva a recordar otro problema que plantea el texto imperfecto de nuestra Ley, pues distingue entre ambos tipos de intereses a partir del simple criterio de la determinación o la determinabilidad, lo cual ya he tenido ocasión de criticar en anteriores ocasiones. Porque en efecto, la "determinación o determinabilidad" en la que está pensando nuestro legislador es un parámetro engañoso si se tiene en cuenta que no implica necesariamente una concreción geográfica en un lugar determinado —que es lo que justifica unas ciertas especialidades del proceso colectivo, facilitando sin duda su tramitación, o si se son permite utilizar un término de clara influencia anglosajona: su "gestión"— sino que literalmente, solo implica tener identificado al afectado, sin que eso signifique que estemos ante un grupo localizado, sino que puede estar tan disperso o más que cualquier grupo indeterminado[18].

---

16 BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000, que a mi entender no corrigió error alguno respecto a lo aprobado en las Cortes, sino que cambió el sentido del artículo 222.3 e indirectamente del 221 LEC.

17 En la que, rizando el rizo se corregía la corrección anterior, en lo referido al artículo 778, apartado dos de la LEC (BOE de 28 de julio de 2001). Una cuestión, por tanto, que no tiene que ver con el tema tratado en este estudio.

18 Desde los conceptos de la Sociología quizás pueda parecer un contrasentido hablar de "grupo" a la vez que de "indeterminación", pero se justifica el uso de tal término en el significado usual y genérico que