

Legitimación y representación adecuada en las acciones colectivas (y su influencia sobre la cosa juzgada)*

Fernando García Sais**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximación*. III. *Legitimación*. IV. *Representación adecuada*.

I. Introducción

El acceso a la justicia en México ha dado un vuelco extraordinario, al menos en lo que se refiere al ámbito constitucional,¹ en la medida en que se ha incorporado al artículo 17 un mandato al legislador para regular las acciones colectivas y determinar las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Por disposición constitucional, se asignó competencia exclusiva de dichos procedimientos colectivos a los jueces federales; *i.e.*, a los juzgadores del Poder Judicial de la Federación.²

* Ponencia presentada el 7 de julio de 2011 en el Instituto de la Judicatura Federal en el marco del Diplomado sobre Acciones Colectivas.

** Licenciado en Derecho, ITAM. Estudios del Doctorado en Derecho Patrimonial, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona). Profesor de Derecho de los Consumidores del ITAM. Autor de *Derecho de los consumidores a la información*, Porrúa-ITAM, 2007 y de *Derecho concursal mexicano*, Porrúa, 2005.

¹ Hago hincapié de que el avance se hace en el ámbito de la Carta Fundamental, ya que la iniciativa que contiene el proyecto de reformas al Código Federal de Procedimientos Civiles, Código Civil Federal, Ley Federal de Competencia Económica, Ley Federal de Protección al Consumidor, Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, presentada por el Senador Jesús Murillo Karam, fue objeto de un “manoseo” en la Cámara de Diputados que de aprobarse por el Presidente de la República en dichos términos, no permitirán al país transitar hacia el Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho que inspiró la reforma constitucional. Iniciativa de 7 de diciembre de 2010.

² Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de julio de 2010. En virtud de su Segundo Transitorio, el Congreso deberá realizar las adecuaciones legislativas en un plazo de un año que vencerá el 30 de julio de 2011. En este mes. [N. E. La reforma legislativa fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 2011].

Como coautor de la reforma constitucional y del proyecto de reformas a la legislación secundaria presentado por el Senado, junto con destacados juristas como José Roldán Xopa (ITAM), Alberto Benítez Tiburcio (ITAM), Eduardo Ferrer MacGregor (UNAM), Antonio Gidi (Universidad de Houston), Jean Claude Tron Petit (Poder Judicial de la Federación), me deslindo y desconozco el eventual producto que se distancie sustancialmente del proyecto que los académicos entregamos de manera gratuita al Senado de la República.³

Por los motivos de disenso expresados, en este trabajo abordaré las instituciones procesales de la legitimación y representación adecuada, partiendo de la explicación que les ha dado la doctrina científica y la jurisprudencia comparada, evitando en la medida de lo posible acudir al dictamen del Senado o al dictamen de los Diputados, pues al día de hoy existe incertidumbre respecto de cuál será el derecho positivo en la materia. En todo caso, optaré por tomar como guía el proyecto del Senado, por parecerme el más adecuado, pertinente y apegado al mandato constitucional.

II. Aproximación

La tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos (a los que en lo sucesivo me referiré para efectos de esta exposición como “derechos colectivos”) representa un cambio paradigmático del modelo del sistema de protección de derechos, que en nuestra tradición parte de la tutela del derecho individualmente considerado.

Viejos principios deberán ser interpretados y ajustados a una nueva realidad: la cosa juzgada tendrá efectos *erga omnes*.

Preguntará alguno rasgándose las vestiduras, ¿y dónde queda el principio de *res inter alios iudicata aliis neque prodesse neque nocere potest* que nos enseñaron en Teoría General del Proceso? Donde siempre ha estado, en el resto de los procedimientos.

La *res iudicata* ya no será inmutable ni inatacable, pues ahora se exigirá que “la sentencia recaída en autoridad de cosa juzgada haya sido precedida por un debido proceso de carácter contencioso con adecuada oportunidad de ‘audiencia y de prueba’”.⁴

³ Temas como la modificación del *opt-out* por el *opt-in*, la restricción a las materias protegidas (dejando fuera todo lo que no sea consumo y medio ambiente), el pésimo manejo que se le da a la cosa juzgada, entre otros aspectos, reflejan una clara ausencia de aptitud de los diputados para cumplir de manera adecuada con el mandato constitucional.

⁴ Capello, Nicolás Daniel, *Revisión de la cosa juzgada por falta de representación adecuada*. http://www.procesalsantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/05/Capello_Nicolas_CONSTCLyJP.pdf

Los precedentes en Estados Unidos han establecido como un principio el de permitir a los miembros ausentes desafiar su adecuada representación de tal manera que si la clase (grupo o colectividad) o alguno de sus miembros fueron inadecuadamente representados, la sentencia será invalidada respecto de ellos, bajo la garantía del debido proceso legal.⁵

Lo anterior conducirá a la aplicación del principio de “no obligatoriedad de la sentencia desfavorable” (*secundum eventum litis*), siempre que se haya afectado de manera trascendente al fallo, la defensa de los derechos e intereses del grupo o de la colectividad.

Notarán ustedes que para explicar el tema de la legitimación y representación adecuada, sin hacerlo aún, he tenido que recurrir a la institución de la cosa juzgada. He empezado por el final. Lo que sucede es que en este tipo peculiar de litigios, la parte actora no pretende —como en los otros juicios— ganar, sino obtener una sentencia que proteja de la mejor manera los derechos colectivos violados.

Ello se debe a una peculiar imposibilidad de disociación de dichos conceptos en las acciones colectivas. Siempre que pensemos en legitimación estaremos involucrando, consciente o subconscientemente, representación adecuada y cosa juzgada. Es un trinomio fundamental del proceso colectivo.

En otras palabras, a partir de la consideración (ficción) de que los afectados en sus derechos sustantivos están presentes en el litigio a través de un legitimado que no eligieron, el derecho a ser oído a través de ese “portavoz” (como lo denomina Gidi), debe ser escrupulosamente vigilado durante todo el procedimiento, inclusive después del dictado de la sentencia, a efecto de garantizar el debido proceso.

III. Legitimación

La legitimación la hemos distinguido y bifurcado en legitimación *ad procesum* y legitimación *ad causam*. Es decir, claramente diferenciamos semánticamente entre presupuestos procesales y condiciones de la acción.

Así, la legitimación *ad procesum* es un requisito para la procedencia del juicio, mientras que la *ad causam*, lo es para que se pronuncie sentencia favorable.

La Segunda Sala de la Corte estableció que por *legitimación procesal activa* debe entenderse a “la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de

⁵ El mecanismo con que cuentan es el de “*Collateral attack*”. Vid. Klonoff, Robert H. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation*, USA, Thomson/West, 2007.

que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia”.⁶ Y ello acontece cuando la acción es ejercitada por quien se ostente como *titular* de ese derecho o bien porque cuente con la *representación* legal de dicho titular.

Esto es, la legitimación en el proceso (*ad procesum*), es un presupuesto del procedimiento que se refiere o (i) a la *capacidad* para comparecer al juicio, para lo cual se requiere que el compareciente esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, o (ii) a la *representación* de quien comparece a nombre de otro.⁷

En la jurisprudencia se enfatiza en que “siendo la legitimación *ad procesum* un presupuesto procesal, *puede examinarse en cualquier momento del juicio*, pues si el actor carece de capacidad para comparecer a él o no justifica ser el representante legal del demandante, sería ociosa la continuación de un proceso seguido por quien no puede apersonarse en el mismo”.⁸

Según la jurisprudencia,⁹ la *legitimación en la causa* es una condición de la acción (por oposición a presupuesto procesal), y se distingue nítidamente entre legitimación en la causa desde el punto de vista activo de la legitimación en la causa desde el punto de vista pasivo, según se hable de actor o demandado, respectivamente:

[...]

En cambio, entre las condiciones de la acción se encuentra la legitimación en la causa, que consiste en la calidad en virtud de la que una acción o derecho puede ser ejercido, por o contra una persona en nombre propio. Así, la legitimación en la causa puede ser vista desde dos ángulos: *como la identidad de la persona del actor, con aquel a quien la ley concede la acción (legitimación activa), y como la identidad de la persona del demandado, con aquella contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)*. La legitimación en la causa constituye una condición de la acción porque únicamente en el supuesto de que se

⁶ Jurisprudencia, Segunda Sala, Tesis 2a./J. 75/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, VII, enero de 1998, p. 351, rubro: “LEGITIMACIÓN PROCESAL ACTIVA. CONCEPTO”. (Registro: 196956).

⁷ Jurisprudencia, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, tesis VI.3o.C. J/67, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, Julio de 2008, Civil, p. 1600, rubro: “LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. SÓLO PUEDE ESTUDIARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA”. (Registro: 169271).

⁸ *Ídem*.

⁹ Uso el término “jurisprudencia” en su sentido amplio, equivalente a creación de normas generales abstractas y obligatorias.

acredite la legitimación del actor y del demandado, tiene posibilidad de éxito la demanda, pues si falta en una o en otra parte, la demanda tiene que ser desestimada”.¹⁰

En otras palabras, “el actor estará legitimado en la causa cuando ejercita un derecho que realmente le corresponde. La legitimación *ad causam* atañe al fondo de la cuestión litigiosa y, por tanto, lógicamente, sólo puede analizarse en el momento en que se pronuncie la sentencia definitiva.”¹¹

1. La legitimación para demandar en las acciones colectivas¹²

A. Introducción

En la iniciativa del Senado de 7 de diciembre de 2010, se declaró que respecto de las nuevas figuras procesales que se proponen en el nuevo procedimiento colectivo, los jueces federales tendrán la misión de cuidar que los principios de interpretación para las acciones y procedimientos colectivos sean compatibles con el espíritu de éstos.

Ello implica necesariamente, dice la iniciativa, que nuestros juzgadores deberán comenzar a elaborar estándares y guías que les auxilien en su labor, pues los paradigmas procesales actuales, en muchos aspectos, serán insuficientes e incluso contrarios al espíritu de los procedimientos colectivos. Será necesario que revisen las interpretaciones en otras jurisdicciones y adaptarlos a las peculiaridades del sistema procesal mexicano.¹³

¹⁰ Tesis aislada, Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, tesis XV.4o.16 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXXII, diciembre de 2010, p. 1777, rubro: “LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. CONSTITUYE UNA CONDICIÓN DE LA ACCIÓN Y NO UN PRESUPUESTO PROCESAL”. (Registro 163322).

¹¹ Jurisprudencia, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Sexto Circuito, Tesis VI.3o.C. J/67, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVIII, julio de 2008, Civil, p. 1600, rubro: “LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. SÓLO PUEDE ESTUDIARSE EN LA SENTENCIA DEFINITIVA”. (Registro: 169271).

¹² Agradezco a Antonio Gidi haberme facilitado el material para la elaboración de este capítulo. En remembranza intitulé este capítulo de manera idéntica al suyo en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2004, pp.107 y ss.

¹³ Se omitió en la iniciativa decir que es fundamental revisar la doctrina especializada, que con gusto debemos reconocer tenemos algunos exponentes mexicanos quienes desde hace años han venido impulsando este cambio procesal (como Eduardo Ferrer Mac-Gregor) así como otros académicos de otras nacionalidades que han contribuido de manera notoria (como Gidi). En esta tendencia se inscribe la senda jurisprudencial mexicana de la que abrevan algunos precedentes de los magistrados Jean Claude Tron Petit y Leonel Castillo González.

Efectivamente, para concebir adecuadamente a las acciones colectivas se necesita echar mano de nuevos conceptos, estructuras y mecanismos que permitan defender de manera apropiada los intereses que conciernen a la colectividad, dejando atrás, si se quiere, “superando” los conceptos inherentes de los procedimientos tradicionales e individualistas.

B. Doctrina de Gidi

De acuerdo con Gidi, y repetido por otros juristas, la cuestión de la legitimación para demandar en las acciones colectivas es un problema cronológicamente anterior al de la cosa juzgada pero también es un problema lógicamente posterior.¹⁴

Ello es así ya que derivado del hecho de que algunos (o muchos) de los interesados no hayan sido escuchados individualmente, inclusive, que no hayan participado en el procedimiento colectivo, se verán afectados por la *res iudicata*.

Precisamente en atención a esa peculiaridad de no participar activamente en el proceso pero que la inmutabilidad de lo juzgado le afecte, implica que el legislador no restrinja los instrumentos para permitir la revisión de la sentencia a efecto de garantizar que se hayan protegido adecuadamente los intereses de la colectividad.

Y dicho propósito se logrará, en parte, con las facultades de control que tengan los jueces. Pues, como ya dijimos, la propia jurisprudencia ya ha reconocido que la legitimación *ad procesum* debe ser revisada en cualquier momento del juicio.

La otra parte corresponde a una definición de política legislativa que importa resolver los siguientes aspectos:

- a) A quién se le otorga
- b) Qué condiciones debe reunir el legitimado procesal
- c) Cómo controlar si es “adecuado”, apto e idóneo para la defensa de los intereses reales del grupo o de la colectividad
- d) Qué tipo de legitimación habrá de preverse: concurrente, disyuntiva, exclusiva.
- e) Facultades de supervisión durante el procedimiento
- f) Quién puede supervisar al legitimado procesal

En relación con el primer aspecto, diversas legislaciones y la doctrina han explorado múltiples alternativas, cada una con sus problemas y sus beneficios.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 107.

Las propuestas transitan desde considerar que debería ser la propia colectividad afectada, con la necesidad de determinar qué debe considerarse por “afectada”, en quien debería reposar la legitimación procesal, previa designación de un representante —regulando el procedimiento de designación de este representante—, pasando por buscar que la legitimación recaiga en algún cuerpo intermedio entre el Estado y los ciudadanos; esto es, en las organizaciones de la sociedad civil (asociaciones civiles, fundaciones, ONG’s); o en alguna persona moral de derecho público que materialmente tenga competencia para conocer de la materia que atañe al interés colectivo en juego (Profeco, Condusef, Cofeco); u otros órganos del poder estatal que velan por los intereses de la comunidad como el Ministerio Público o el Ombudsman en materia de derechos humanos.

C. Legitimación concurrente, disyuntiva y exclusiva

La iniciativa distribuye entre diversos entes la legitimación procesal, creando así una *legitimación concurrente*.

Si bien, es la propia colectividad, bien sea a través de una grupo de afectados o en una organización civil, en quien debería recaer por ser la titular también del derecho sustantivo, no se estima prudente incurrir en el riesgo de que los individuos, sin la correcta conformación y estrategia alineada de un grupo sólido, puedan ser sometidos por el poder de la contraparte.

Que sea entonces no el individuo unido esporádicamente, sino a través de una entidad más permanente, la que tenga en exclusiva la legitimación, también implica convertir a esos entes en centros de poder y de opresión.

Tal parece que la legitimación concurrente de varias entidades, públicas y privadas, de la mano de ciertos controles, constituye un acierto.¹⁵

Cabe precisar que además de ser concurrente, la legitimación procesal prevista es disyuntiva y exclusiva.

Es *disyuntiva* en la medida que cualquiera de los entes *co-legitimados* puede interponer la acción colectiva, sin necesidad de autorización de los demás entes y sin que sea necesario —aunque pudiera ser voluntario— la formación de un litisconsorcio activo.

¹⁵ Inclusive, a lo anterior puede acompañarse la supervisión del Ministerio Público garantizándose su intervención obligatoria en todos los procedimientos colectivos para velar por la prevención de fraudes y chantajes.

Se dice que la legitimación es *exclusiva* porque el legislador prevé un modelo de *númerus clausus*, conforme al cual únicamente las entidades listadas tienen legitimación para interponer la demanda.

El carácter disyuntivo se aplica entre las asociaciones, en el caso de que hubiera varias asociaciones, por ejemplo, encargadas de la tutela del consumidor. Pero también se da entre las cuatro posibilidades genéricas de legitimados. No hay preferencia entre ellos, cualquiera que la ejercite está bien. Lo que se busca es proteger al derecho violado de la mejor manera, no preferir la promoción de alguna entidad. Seguramente la que promueva primero tendrá alguna cualidad por encima de las otras. Entramos al terreno de la competencia proactiva por la defensa de los derechos colectivos, generando incentivos legislativos que la detonen.

2. Entidades de Derecho público federal

En este aspecto, la iniciativa, en su artículo 584, otorga legitimación activa a las *personas de derecho público federal* a cargo de la protección o tutela de los derechos e intereses en materia de litigio, determinación a la que habrá que dirigirse al instrumento normativo que establezca la competencia del organismo, dependencia o entidad de que se trate.¹⁶

En el texto de la iniciativa no se observa control alguno respecto de estos entes públicos. Estaríamos en el caso de una presunción *iure et de jure*, por estimarse que por pertenecer a la esfera del Estado, cumplen adecuadamente su función.

3. Asociaciones civiles sin fines de lucro

También tienen legitimación para demandar las *asociaciones civiles* legalmente constituidas y cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate la acción colectiva por proponerse.

¹⁶ Respecto de la federalización de tanto de la competencia de los jueces como de la legitimación procesal, cabe indicar que es posible encontrar una eventual violación constitucional en aquellas materias, como la ambiental y la sanitaria, que son concurrentes entre Estados y Federación.

A. Controles (material, registral, temporal, legalidad)

Respecto de estas asociaciones civiles se introducen *diversos controles*.

En el propio artículo 584 se establece la *limitación material*. Solamente las asociaciones civiles cuyo objeto social coincida con el derecho o interés objeto del litigio tendrán la posibilidad de ejercitar la acción colectiva.

El otro control se ubica en el artículo 615 que establece que las asociaciones civiles deberán *registrarse* ante el Consejo de la Judicatura Federal. Para obtener dicho registro, el artículo 616 les exige que sus estatutos se ajusten a los requisitos del objeto social antes referidos, que tengan al menos un año de haberse constituido y que acrediten haber realizado actividades inherentes al cumplimiento de su objeto social.

En relación con el requisito de la *temporalidad*, constituye una verdadera *cláusula de ingenuidad*, pues nada se garantiza por sí solo con el transcurso del tiempo. Es más, inclusive, una asociación civil puede irse enfermando con el devenir de los años, por la entrada y salida de miembros, por la falta de constante profesionalización, etc.

Para *mantener el registro*, las asociaciones deben cumplir con las obligaciones establecidas en los artículos 618 y 619 que se refieren a no incurrir en conflicto de intereses, conducirse con diligencia, probidad y legalidad, utilizar los recursos del Fondo¹⁷ para los fines a que fue afecto, y entregar un informe anual al Consejo de la Judicatura Federal, respecto de sus operaciones, finanzas, uso de recursos y actividades del año inmediato anterior, a más tardar el último día hábil de abril de cada año.

Finalmente, aunque parece que podría omitirse por ser obvio, hay un control implícito de legalidad consistente en verificar la legal constitución de la persona moral en cuestión.

4. Grupo de diez personas

En tercer lugar, se establece dentro de ese esquema de legitimación procesal concurrente a cualquier *grupo de diez miembros de la colectividad o grupo afectados*. No se regula en el proyecto cómo se definirá el elemento consistente

¹⁷ El Fondo está regulado a partir del artículo 620, y se refiere al que se constituye para pagar daños y perjuicios causados a la colectividad o grupo y, subsidiariamente, para la tutela, promoción, investigación y difusión de los derechos colectivos.

en la “afectación” ni como esos diez miembros otorgarán la representación en juicio a un titular común o si comparecerán los diez.¹⁸

5. Procurador General de la República

Por último, se establece que el procurador general de la República tendrá legitimación procesal activa.

6. Controles generales: asistencia legal

Además de los controles particulares, como acontece con las asociaciones civiles, el artículo 585 establece que los legitimados para ejercer acciones colectivas deberán contar con asistencia legal profesional que vele por los derechos e intereses de la colectividad o grupo. Sobre este control habrá de referirse en el capítulo siguiente.

IV. Representación adecuada

Observamos que en los cuatro supuestos de legitimados se desplaza al individuo por un grupo organizado que debe atender no a intereses personales, sino a los intereses reales de la colectividad afectada, lo que conforma el *interés de la colectividad*.

1. Control legislativo y control judicial

Por ello, es preciso que el legislador además del sistema de controles que existen para las asociaciones civiles (*vid. supra*) y el general de asistencia legal, complemente el modelo con algún instrumento que permita al juzgador analizar, revisar y tomar las medidas oportunas que conlleven a garantizar la representación adecuada (control judicial), y en el supuesto de constatar que no están o no estuvieron adecuadamente representados los intereses del grupo, sustituir al legitimado procesal o permitir una nueva acción.

¹⁸ Respecto del número de este grupo, la doctrina lo ha discutido hasta el cansancio. Si debe el sistema contener un mínimo de personas como requisito de entrada parece una limitante, pues bastaría que un interesado lo haga valer para que el juez nombrara, en su caso, a un representante adecuado.

La idea es, pues, permitir las condiciones para el dictado de una sentencia en el marco de un procedimiento en el que se haya tenido cuidado de que la colectividad fue adecuadamente representada en sus derechos supraindividuales, evitando así que surta efectos la cosa juzgada en el caso de una inadecuada representación.

Con el control judicial se logra que, ante la falta de aptitud, idoneidad o negligencia del representante del grupo, el juez asuma una función activa y lejos de aceptar pasivamente la situación y pronunciar sentencia (como acontece en el modelo brasileño), tenga facultades para sustituir al legitimado de entre la lista cerrada de posibilidades, acudiendo a las entidades que por efecto de la presunción *iuris et de iure* fueron seleccionadas por el legislador como idóneas.¹⁹

Insisto, pues, en la importancia que tiene para el Derecho de que se garantice la posibilidad que tiene al actor, en convertirse en un adecuado portavoz de los intereses de la comunidad, analizando de manera constante su aptitud e idoneidad, rasgos que se exteriorizan desde la presentación de la demanda. Pero también es importante que se otorgue a las partes un rol de supervisar que en todo momento se cumpla con la adecuada representación.

Pensemos en el caso del control legislativo previsto para las asociaciones civiles. ¿Bastará que tengan determinados meses de constituidas para que puedan representar adecuadamente? Responder de manera afirmativa, significaría que por ello no hay cabida para la colusión, mala fe o impericia. Recordemos que no estamos hablando de derechos individuales sino colectivos.

Si por un lado, la concepción tradicional recogida en el artículo 1º del Código Procesal Civil Federal conforme a la cual sólo puede iniciar un procedimiento quien tenga interés, por el otro lado, cuando el derecho sea colectivo (difuso, colectivo o individual de incidencia colectiva) se tendrá que reconocer, como ya se ha hecho en la iniciativa, legitimación procesal a alguien para defender en juicio a través de la acción colectiva dichos intereses y derechos.

Como en estos casos existe un titular del derecho subjetivo o material (colectividad, grupo o comunidad) y otro legitimado; es decir, hay una disociación entre titular de la acción colectiva que es el grupo y el legitimado, existen una serie de riesgos que pueden implicar, entre otras, una colusión entre las partes.

¹⁹ Sin que esto deje resuelta la problemática derivada de que la entidad pública realice una representación inadecuada, pues como dice Gidi: “una representación inadecuada perjudica los intereses del grupo, aunque esté cubierta de buena voluntad y de buena fe, y bendecida por el poder estatal”. *Vid.* Gidi, Antonio. “Representación adecuada” en *op. cit.*, p. 146.

Esa es una preocupación latente en todos los sistemas que han adoptado a las acciones colectivas como el mecanismo para hacer valer los derechos supraindividuales y está presente también en la iniciativa del Senado.

2. Control Judicial

El artículo 587 al regular los requisitos de procedencia de la acción establece los siguientes controles judiciales:

- a) Que los sujetos legitimados o quien preste la asistencia legal profesional, *representen adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo* y no se encuentren en conflicto de interés con éstos.
- b) El juez a petición de cualquier interesado podrá verificar el cumplimiento de estos requisitos durante el procedimiento.²⁰

A. Sustitución del legitimado

El artículo 588 establece el control judicial de la sustitución del legitimado en los casos en que (i) dejare de haber un legitimado activo o (ii) el legitimado o el asesor legal profesional, dejare de representar adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo.

Puede dejar de haber legitimado activo por una actitud procesal (desistimiento), por abandono, o por pérdida del registro de la asociación ante el Consejo de la Judicatura Federal, lo que puede acontecer por muchas razones, tanto de las propias de la asociación como de las derivadas de la falta de cumplimiento a los requisitos que permiten su continuidad en el registro.

También puede dejar de haber legitimado si, atentos a lo dispuesto en el artículo 591, segundo párrafo, el juez modifica la certificación de los requisitos de procedencia.

²⁰ Hubiera sido conveniente que la actuación del juez hubiera quedado *ex officio*, pues con ello tenemos un tercer vigilante comprometido con el proceso y no como un simple espectador. Y digo tercer vigilante porque el primero es el grupo o colectividad y, el segundo, es el demandado, pues aunque parezca irracional, el sujeto legitimado pasivamente tiene interés en que se analice vigorosamente durante el juicio si se está preservando la representación adecuada, pues sólo así podrá oponer *erga omnes* la cosa juzgada. Al respecto, *vid. Gidi, op. cit.*, p.149; Klonoff, *op. cit.*, p. 52.

Lo anterior, a través de un incidente de sustitución del legitimado activo. De dicho procedimiento conviene rescatar su celeridad y la posibilidad de que cualquier ente legitimado genéricamente pueda acudir, estableciéndose de manera residual para el caso de que no exista interesado o no puedan asumir la representación de manera adecuada, a juicio del juez, la legitimación activa en la entidad de derecho público federal que resulte competente por la materia del derecho colectivo involucrado.

También habrá sustitución si el legitimado o el asesor legal profesional, dejare de representar adecuadamente los derechos e intereses de la colectividad o grupo. Lo que se presentará cuando haya falta de aptitud, idoneidad o negligencia de cualquiera de ellos.

Cabe preguntarse si el juez podrá sustituir al ente público en caso de que se demuestre cualquiera de los extremos que incidan en una eventual representación inadecuada o si dado el esquema de la presunción fuerte, no se admite esta posibilidad.

B. ¿Ataque débil o ataque fuerte?

Como lo dejé indicado en la nota al pie 20, la parte demandada tiene interés en que el ataque que haga el legitimado con su asesor jurídico sea lo más fuerte posible.

Lo anterior no es un error ni de pensamiento ni de dicción. Tampoco es incongruente. Quizá en otro tipo de procedimientos, como en las peleas de box, lo que más le conviene a una de las partes es la debilidad del oponente. Aquí, no.

Al demandado le interesa asegurarse no dejar resquicio alguno para que la colectividad afectada pueda argumentar que la cosa juzgada no les afecta debido a la inadecuada representación.

Hubiera sido conveniente que, en la iniciativa, la actuación del juez hubiera quedado *ex officio*, pues con ello tendríamos un tercer vigilante comprometido con el proceso y no un simple espectador.

En términos llanos, si el demandado pierde, el grupo o colectividad gana. Si el demandado gana, tiene el riesgo de que su triunfo perezca por la inoponibilidad de la cosa juzgada.

3. La indisponibilidad de la materia

Con los controles, tanto legislativo como judicial, se pretende garantizar que los derechos colectivos hayan sido representados de manera adecuada, mediante una defensa vigorosa de los intereses del grupo, durante todas las etapas del procedimiento.

Del trabajo llevado a cabo por el actor en su demanda, podemos detenernos en analizar aspectos que van desde la redacción y claridad hasta la argumentación jurídica. La precisión del tipo de derecho colectivo puesto en riesgo o dañado, la identificación de las cuestiones comunes, la identificación de los elementos probatorios que conducirían a cerciorarse de que efectivamente hay una afectación y, por último, la petición de la mejor solución para proteger el derecho o interés afectado, constituyen algunos elementos respecto de los cuales la colectividad, quien posee la titularidad del derecho colectivo, tiene interés en que el representante legitimado lo haga de manera adecuada. No se exige perfección, sólo adecuación.²¹

Sin embargo, no sólo al grupo que participa activamente en el juicio, a través de su representante le interesa. Hay una porción de la comunidad afectada, inaudita, que también le interesará el resultado. Por tratarse de derechos colectivos, les interesa a todos. Por ello, se ha dicho en la doctrina que este tipo de derechos son indisponibles,²² por lo que no cabría siquiera una transacción judicial en tanto que se trataría de un contrato por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.

En el caso mexicano, el legislador previendo una garantía adicional a los miembros del grupo, para prevenir que el representante renuncie a algún derecho, estableció la posibilidad de que la acción colectiva sea resuelta por convenio judicial (es un paso previo a que el juicio se abra a prueba) imponiendo que el juez revise de oficio que el convenio sea procedente legalmente y que los intereses de la colectividad estén protegidos debidamente.

Además, previo a que el convenio se eleve a categoría de cosa juzgada, para garantizar la legalidad, se deberá dar vista a las entidades federales legitimadas procesalmente, para que manifiesten lo que a su derecho convenga.

²¹ Así lo han hecho constar los jueces norteamericanos. En particular, en el caso *Hansberry v. Lee*, 311, U.S. 32 (1940) se afirmó que “*requires only adequate class representatives and counsel, it does not require that the best possible plaintiffs and counsel be selected*”. Vid, Klonoff, *op. cit.*, p. 51.

²² Solamente los derechos individuales homogéneos, una vez reconocidos individual y aisladamente, podrían ser considerados disponibles.

4. La cosa juzgada

La cosa juzgada en las acciones colectivas en defensa de intereses y derechos colectivos y difusos opera *erga omnes* y *ultra partes*.

Con ello se afirma que la sentencia juzgó de manera definitiva la controversia colectiva o difusa. La misma acción colectiva, en defensa del mismo derecho colectivo, no podrá proponerse de nueva cuenta, atentos a las siguientes posibilidades terminales:

- a) *Si la reclamación fue estimada procedente*, la sentencia extenderá sus efectos, para beneficiarse de la cosa juzgada, a todos los miembros del grupo. Con esto, cualquier individuo podría acudir a solicitar una indemnización, en virtud de la habilitación otorgada en la sentencia colectiva.
- b) *Si la reclamación fue estimada improcedente, y hubo adecuada representación*, la sentencia habrá juzgado de manera definitiva la cuestión, operando la cosa juzgada respecto del infundado reclamo. Subsistirá, empero, la posibilidad de que de manera individual el que se estime afectado por el acto o hecho lo ataque a través de una acción individual. Lo que ya no se puede volver a tramitar es la pretensión grupal, pues esa ya se juzgó.
- c) *Sin embargo, si la reclamación fue estimada improcedente, y no hubo adecuada representación que haya trascendido al resultado, la sentencia no hará cosa juzgada y se podrá proponer la misma acción*. Sobre este supuesto particular nos referiremos más adelante.

Como anticipé en la Aproximación (*supra*), la tutela jurisdiccional de los derechos colectivos representa un cambio de paradigma en el proceso. En las acciones colectivas, la cosa juzgada tiene efectos *erga omnes* o *ultra partes*, alcanzando la protección de los derechos dondequiera que, por la misma causa, hayan sido violados o estén siendo vulnerados con independencia de cuántos sean los afectados materialmente.

Barbosa Moreira, autor citado por Gidi, dice al referirse a los derechos indivisibles que “la satisfacción de uno solo implica por fuerza la satisfacción de todos, asimismo como la lesión de uno constituye *ipso facto* la lesión de toda la colectividad”. En otras palabras, la decisión judicial afectará la esfera jurídica de todos los miembros de la colectividad, quienes son los verdaderos y únicos titulares del derecho en litigio.²³

²³ Gidi, Antonio, “Cosa juzgada en acciones colectivas”, en *op. cit.*, p. 261 y ss.

La extensión a terceros de la cosa juzgada es el tema que suele plantear más críticas, dudas, anticuerpos, rechazo. Pero también es el tema en el que convergen todos los comentarios positivos y de aceptación del sistema de las acciones colectivas.

Siguiendo al procesalista brasileño “si en las acciones colectivas no se autorizara la extensión de la inmutabilidad de lo juzgado a terceros, se multiplicarían innecesariamente acciones semejantes, con el mismo objetivo, con partes diferentes, pero con la misma causa de pedir y pretensiones. Esto empeoraría aún más el sistema judicial y haría inviable la efectiva prevención o reparación del daño, sin hablar de las decisiones contradictorias por todo el país [...]”.²⁴

Como dice Ada Pellegrini “es de la propia índole de las acciones colectivas la extensión de lo juzgado *ultra partes* o *erga omnes*”. Y concluye la procesalista sosteniendo que, en efecto, si con posterioridad al dictado de la sentencia, cualquier interesado tuviera que acudir a solicitar la tutela de su derecho, de nada hubiera servido la acción colectiva.

Evidentemente, cuando de extensión de la sentencia hablamos, nos referimos de los efectos que tiene sobre personas que no estuvieron directamente representadas en la acción colectiva. Entonces tenemos claramente dos grupos de personas: los que lograron meterse al proceso y los que no lo hicieron (a la mejor ni se enteraron).

Respecto de los primeros, lo que participaron junto con el legitimado o al menos conociendo que se estaba ventilando un juicio colectivo, y no ejercieron su derecho de salida (*opt-out*²⁵) el tema no representa problema alguno. La sentencia les afectará, tanto en su beneficio como en su contra.

Las inquietudes, como pueden anticipar, se presentan con el resto de los miembros de la colectividad afectada que no acudieron al procedimiento y que, con los patrones de la escuela tradicional, no tendrían por qué beneficiarse y mucho menos *perjudicarse* con una sentencia de un procedimiento en el cual no participaron ¡Si no fue oído y vencido!

Es precisamente la falta de entendimiento de la naturaleza de los derechos colectivos lo que arroja consideraciones como la anterior.

Lo que sucede es que en los procedimientos colectivos, las personas somos un mero pretexto, indispensable porque el derecho regula conductas humanas, de tal suerte

²⁴ *Ibidem*, p. 263.

²⁵ El proyecto presentado por el Senado contiene este mecanismos de *opting out* (opción de salirse), por considerarse que es el que tutela de mejor y más amplia manera los derechos colectivos. En oposición, con efectos mucho más limitados, el esquema del *opting-in* (opción de entrar), conforme al cual el que se sienta afectado tendrá que acudir al procedimiento a levantar la mano. Este último mecanismo desnaturaliza a la acción colectiva, convirtiéndola en otra cosa.

que al referirse a derechos colectivos, su carácter supraindividual implica necesariamente una decisión respecto del derecho mismo que se estima está siendo vulnerado.

En otras palabras, la sentencia no es que esté ampliando sus efectos a “personas que no litigaron”. La sentencia está protegiendo el derecho vulnerado, sea quienes sean y cuantos sean sus titulares.

En el juicio ya se acreditó que existe algún titular y, lo más importante, que existe una afectación al derecho. Luego, se justifica de manera directa su tutela, con independencia de si el titular levantó o no la mano en el juicio. De lo contrario, la tutela de los derechos colectivos quedaría en un mero deseo doctrinario o de la conciencia y la acción colectiva sería inútil.

Mi tesis es que la sentencia con efectos *erga omnes* lo único que hace es extender sus efectos naturalmente sobre el derecho afectado, reponiéndolo o indemnizando en función del mismo a sus titulares. Es una cuestión de proporcionalidad. La sentencia tendrá la magnitud del derecho colectivo violado.

Claro está que habrá de distinguir el tipo de derecho colectivo en juego. Si se trata de derechos difusos y colectivos en estricto sentido, que son de naturaleza indivisible y cuya titularidad es una colectividad de personas, determinable o indeterminada, pero relacionadas entre sí por cuestiones de hecho o de derecho, estaremos frente una sentencia que naturalmente abarca al derecho vulnerado, sea quien sea su titular.

En el caso de los derechos individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquellos de naturaleza individual de los que sean titulares los miembros de una colectividad y que, debido a su origen común, pueden reclamarse en una acción colectiva, los efectos de la sentencia abarcarán a esa colectividad.

Tratándose de derechos difusos y colectivos, ello se deja ver muy claramente en las sentencias que ordenan un dejar de hacer. Por ejemplo, si se ordena la suspensión de publicidad engañosa, se ordenará la cesación para que nadie sea víctima de ella, no solamente quienes acudieron a juicio o fueron adecuadamente representados. Si se ordena a una fábrica dejar de verter desechos contaminantes sobre las aguas de un río, el agua se dejará de contaminar para todos.²⁶ Los efectos de la sentencia alcanzan a todos aquellos miembros del grupo cuyos derechos individuales correspondan con la controversia planteada en la acción colectiva.

²⁶ De no ser así, entonces valdría preguntarse cómo le haría un juez para limitar los efectos de su sentencia para incluir la protección sólo de quienes fungieron como parte. Es decir, se ordena a la empresa radiofónica o televisora a retirar de su programación determinado comercial engañoso, pero solamente en la señal que llegue a las siguientes personas: ... No suena sensato, ¿verdad?

Habrá quien argumente que respecto de los televidentes que no hayan visto el mensaje publicitario tildado de engañoso, no hubo ninguna afectación. Sin embargo, me parece que una de las noblezas de la acción colectiva es su efecto preventivo, pues es preferible evitar daños que repararlos.

En las sentencias de condena, la determinación es más difícil. Si se ordena que determinada entidad repare un daño y siendo ello imposible a través de una indemnización por naturaleza (devolviendo las cosas al estado que guardaban), deberá indemnizar por equivalente (daños y perjuicios).

Y claro está que lo ideal sería que cada uno de los sujetos afectados en sus derechos colectivos recibiera el monto correspondiente. Sin embargo, dada la eventual posibilidad de que no sea así, o de que, por ejemplo, en el caso de acciones colectivas provenientes de derechos individuales algún miembro del grupo no acuda a tramitar su pago, ese dinero se irá al Fondo que en la iniciativa se prevé.

Sin embargo, también en las de condena, habrá una determinación respecto de los actos o hechos que generaron el daño, prohibiéndose su repetición a efecto de salvaguardar el derecho colectivo de todos.

Respecto de las sentencias desfavorables, sus efectos también son generales. Pues si el juez ya determinó que no hubo violación al derecho colectivo objeto del litigio, no lo hay para nadie. Sin embargo, el tema plantea el problema de la ausencia de adecuada representación, pues los “terceros extraños” (si se quiere para sentirnos cómodos) argumentarán que nunca tuvieron oportunidad para defender el derecho del cual son titulares.

A. La no obligatoriedad de la sentencia desfavorable

Toca ahora explicar qué debe entenderse por inadecuada representación para efectos de la regla de la falta de vinculatoriedad de los efectos de la cosa juzgada respecto de todos los miembros de la colectividad o grupo y, consecuente, estar en posibilidad de iniciar otra acción con idéntica pretensión.

En términos de la iniciativa, las sentencias en materia de acciones colectivas valen tanto en pro como en contra, tanto si se estima procedente como improcedente.

Efectivamente, la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada y vinculará a todos los miembros de la colectividad o grupo, *excepto cuando se acredite plenamente que existió inadecuada representación* de dicha colectividad o grupo *que haya trascendido al resultado del juicio* (art. 611).

En dicho supuesto, podrá iniciarse otra acción con idéntica pretensión en el plazo de 2 años contados desde el conocimiento de los hechos, actos u omisiones que hayan causado la inadecuada representación (art. 611, *in fine*).

¿Qué significa que hubo inadecuada representación? ¿Qué significa que “haya trascendido al resultado del juicio”?

Por una parte se refiere el concepto a ineptitud de la parte actora para hacer valer un derecho en la medida que tal falta de aptitud se refleje en la sentencia.

Si durante el juicio, ninguno de los interesados se percató de que había condiciones para la sustitución si el legitimado procesal por falta de aptitud, idoneidad o por negligencia (tanto del legitimado como del asesor legal), sería conveniente que tras el dictado de la sentencia, se subsanara la deficiencia.

Así, si existía una prueba que no se señaló y que sería razonable haberla señalado, habrá ineptitud. Si no se precisa de manera cierta la colectividad afectada ni se dan parámetros que permitan determinarla, o si no se identifica de manera clara cuál es el interés o derecho colectivo que se pretende proteger, habrá ineptitud.

En el apartado 3 del capítulo III, al referirnos al carácter indisponible de los derechos colectivos, mencionamos que en la actividad procesal del actor se pueden revisar aspectos tales como, *inter alia*, la redacción, la argumentación jurídica, la precisión del tipo de derecho colectivo puesto en riesgo o dañado, la identificación de las cuestiones comunes, la identificación de los elementos probatorios que conducirían a cerciorarse de que efectivamente hay una afectación y, por último, la petición de la mejor solución para proteger el derecho o interés afectado.²⁷

Sobre los elementos antes identificados, podemos válidamente determinar si la calidad del trabajo realizado por el legitimado y por su asesor jurídico profesional fue adecuada. No se exige perfección, sólo adecuación, siguiendo la estela marcada por el precedente citado por Klonoff de *Hansberry v. Lee*.

Y la adecuación se logra realizando un trabajo jurídico procesal apegado que considere el estado de la ciencia jurídica, los criterios jurisprudenciales, el conocimiento del hecho o acto que vulnera el derecho colectivo, las pruebas

²⁷ Piénsese por ejemplo el caso de que el demandado deba concurrir con otros sujetos a dar cuenta en la demanda, por tratarse de actos u omisiones con responsabilidades compartidas. Si la parte actora no señala debidamente, a todos los eventuales demandados, pudiera ser el caso de una indefensión de ese grupo de demandados potenciales. Y en este caso, al demandado no ignorado si le interesa llamar a juicio al corresponsable. Sería este quizá un caso de ineptitud del actor que daría pie a su sustitución o, en su caso, a la apertura de un nuevo procedimiento.

ofrecidas, etc., de forma similar a lo que acontece con las llamadas “obligaciones de medios” en las que el profesional no se compromete a lograr un resultado determinado sino a poner todo de su parte para que ello se dé (*lex artis*).

Así, la doctrina ha señalado algunos indicadores de falta de aptitud, idoneidad o negligencia, de los que podemos señalar la insuficiencia de pruebas, una mala instrucción en el proceso,²⁸ la aparición de nuevos documentos que eran ignorados o retenidos por un tercero o por el demandado, el avance científico (*state of the art*), el cambio de circunstancias que dieron origen al fallo, el trastocamiento de los juicios de valor políticos o morales, el error grosero y arbitrario (por ejemplo en la precisión de las cuestiones de hecho o de derecho), la desatención del orden público, y todo lo que sea una ostensible violación del derecho de defensa.²⁹

Luego, entonces, no puede extenderse los efectos de la cosa juzgada en los casos que *la reclamación fue estimada improcedente por no haber existido una adecuada representación y que dicha ausencia haya trascendido al resultado*.

En dicho caso, se podrá proponer la misma acción con idéntica pretensión. Al efecto, el artículo 611, segundo párrafo, de la iniciativa prevé un plazo de preclusión de 2 años, que se cuenta a partir del conocimiento de los hechos, actos u omisiones que hayan causado la inadecuada representación.

No es un recurso de revisión ni una acción de nulidad. Es un nuevo juicio, al que se aplican las mismas reglas que ya hemos señalado y explicado. La pregunta es ¿cuántas veces podrá abrirse un nuevo juicio en aplicación del principio de la no obligatoriedad de la sentencia desfavorable (*secundum eventum litis*)?

Tantas veces como sea necesario hasta que la cosa juzgada surta sus plenos efectos de acuerdo con los principios que inspiran a los juicios colectivos, respetándose el debido proceso en toda su magnitud.

Cerramos así el tema, retomando el trinomio fundamental integrado por legitimación, representación adecuada y cosa juzgada, elementos inescindibles de las acciones colectivas.

²⁸ Gidi, Antonio, *op. cit.*, p. 275.

²⁹ Capello, Nicolás Daniel, *Revisión de la Cosa Juzgada por Falta de Representación Adecuada*. http://www.procesalsantafe2011.com/wp-content/uploads/2011/05/Capello_Nicolas_CONSTCLyJP.pdf