

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS	7
INTRODUCCIÓN	11

CAPÍTULO PRIMERO MARCO CONTEXTUAL

1.1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: PIEDRA ANGULAR DEL PENSAMIENTO JURÍDICO	15
1.2. LOS DESC SON DERECHOS HUMANOS.....	17
1.3. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN MÉXICO	21
1.3.1. LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO UNA DE VARIAS FORMAS DE TUTELA DE DESC EN LATINOAMÉRICA	22
1.4. LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES.....	23
1.4.1. TITULARIDAD.....	23
1.4.2. SU NO PERTENENCIA AL DERECHO PÚBLICO O PRIVADO	25
1.4.3. LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES NO SON DERECHOS SUBJETIVOS	26
1.4.3.1. EL DERECHO SUBJETIVO COMO FORMA DE PROTECCIÓN DE INTERESES JURÍDICAMENTE RELEVANTES	26
1.4.3.1.1. DERECHO SUBJETIVO (INTERÉS JURÍDICO) Y LEGITIMACIÓN.....	27
1.4.3.2. INTERÉS DIRECTO	28
1.4.3.3. INTERÉS LEGÍTIMO	28
1.5. SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA PROPOSICIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS EN EUA, BRASIL Y MÉXICO	30

CAPÍTULO SEGUNDO LOS DERECHOS DIFUSOS, COLECTIVOS *STRICTO SENSU* E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS, PREVISTOS EN EL ART. 81 DEL CDC DE BRASIL

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO	33
2.2. ART. 81 DEL CDC.....	34
2.3. DERECHOS O INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS <i>STRICTO SENSU</i>	35

2.3.1. SUPRAINDIVIDUALIDAD E INDIVISIBILIDAD	35
2.3.2. EXISTENCIA DE ORGANIZACIÓN EN LOS DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS <i>STRICTO SENSU</i> Y SU FALTA EN LOS DIFUSOS	36
2.3.3. TITULARIDAD	36
2.3.4. EJEMPLOS DE TRANSGRESIÓN A DERECHOS O INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS <i>STRICTO SENSU</i>	37
2.4. DERECHOS O INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS.....	38
2.4.1. TITULARIDAD	38
2.4.2. EJEMPLOS DE VIOLACIÓN A DERECHOS O INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS	39
2.4.3. EL NÚCLEO COMÚN	39
2.5. ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO DE LAS DEFINICIONES PREVISTAS EN EL ART. 81 DEL CDC.....	41
2.5.1. LA FÓRMULA «DERECHOS O INTERESES»	41
2.5.2. LOS DERECHOS DIFUSOS.....	42
2.5.2.1. LOS DERECHOS DIFUSOS NO SON UNA SUMA DE DERECHOS SUBJETIVOS.....	42
2.5.2.2. CRÍTICA AL CONCEPTO DE INDIVISIBILIDAD.....	43
2.5.2.3. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DIFUSOS	44
2.5.3. LOS DERECHOS COLECTIVOS <i>STRICTO SENSU</i>	46
2.5.3.1. UNIÓN ENTRE LOS INTEGRANTES DEL GRUPO POR UNA RELACIÓN JURÍDICA DE BASE	46
2.5.3.2. UNIÓN ENTRE LOS INTEGRANTES DEL GRUPO Y LA PARTE CONTRARIA POR UNA RELACIÓN JURÍDICA DE BASE	48
2.5.3.3. IMPOSIBILIDAD DE REUNIR TODOS LOS ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN LEGAL DE DERECHOS COLECTIVOS <i>STRICTO SENSU</i>	49
2.5.4. LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS	50
2.5.4.1. LOS DERECHOS COLECTIVOS <i>STRICTO SENSU</i> SON DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS.....	50

CAPÍTULO TERCERO

ALGUNAS APROXIMACIONES AL PROCEDIMIENTO COLECTIVO

3.1. INSUFICIENCIA DEL DERECHO PROCESAL INDIVIDUALISTA EN LOS CASOS DE CONFLICTOS MASIVOS	53
3.2. EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO: UNA SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS MASIVOS	54
3.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y COSA JUZGADA EN EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO	57

CAPÍTULO CUARTO

LOS PROCEDIMIENTOS COLECTIVOS EN LOS EUA, BRASIL Y MÉXICO, DESDE UNA PERSPECTIVA DE *LEGE LATA*

4.1. LAS <i>CLASS ACTIONS</i> EN LOS EUA, ESPECIALMENTE LAS DEL TIPO (b)(3).....	59
---	----

4.1.1. CONTEXTO HISTÓRICO	59
4.1.2. LA REGLA 23 DE LAS REGLAS FEDERALES DE PROCEDIMIENTOS CIVILES	60
4.1.3. BREVE INTRODUCCIÓN A LAS <i>CLASS ACTIONS</i>	60
4.1.4. FINES DE LAS <i>CLASS ACTIONS</i>	61
4.1.5. EL ABOGADO DE LA CLASE.....	62
4.1.6. LOS PRERREQUISITOS CONTEMPLADOS EN LA REGLA 23(a)	64
4.1.7. TIPOS DE <i>CLASS ACTIONS</i>	66
4.1.7.1. <i>CLASS ACTIONS</i> DE LOS TIPOS (b)(1) Y (b)(2).....	66
4.1.7.1.1. <i>CLASS ACTIONS</i> DEL TIPO (b)(1)	66
4.1.7.1.2. <i>CLASS ACTIONS</i> DEL TIPO (b)(2)	67
4.1.7.2. <i>CLASS ACTIONS</i> DEL TIPO (b)(3)	69
4.1.7.2.1. DIFERENCIAS CON LOS OTROS TIPOS	69
4.1.7.2.2. LA REGLA 23(b)(3).....	70
4.1.7.2.3. PREDOMINANCIA DE LAS CUESTIONES DE HECHO O DE DERECHO COMUNES	70
4.1.7.2.4. LA <i>CLASS ACTION</i> (b)(3) COMO MÉTODO SUPERIOR A OTROS POSIBLES	72
4.1.8. LA ORDEN DE CERTIFICACIÓN.....	73
4.1.9. PROTECCIÓN DE LOS MIEMBROS AUSENTES	76
4.1.9.1. DERECHO A LA EXCLUSIÓN	77
4.1.9.2. NOTIFICACIONES.....	78
4.1.9.3. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN ..	79
4.1.9.4. INTERVENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LOS MIEMBROS AUSENTES	81
4.1.10. SENTENCIA	81
4.1.11. EJECUCIÓN DEL ACUERDO O DE LA SENTENCIA	82
4.2. EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO EN BRASIL, ESPECIALMENTE EL RELATIVO AL COBRO DE INDEMNIZACIONES INDIVIDUALES.....	83
4.2.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL	83
4.2.2. MATERIAS DE APLICACIÓN.....	84
4.2.3. LEGITIMADOS	85
4.2.4. LA ACCIÓN COLECTIVA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS INDIVIDUALMENTE CAUSADOS.....	86
4.2.5. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS.....	87
4.2.6. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN.....	89
4.2.6.1. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN INDIVIDUAL O COLECTIVA	90
4.2.6.2. EJECUCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA.....	91
4.2.7. GASTOS Y COSTAS.....	91
4.3. DIFERENCIAS ENTRE LA <i>CLASS ACTION</i> DEL TIPO (b)(3) (EUA) Y LA ACCIÓN COLECTIVA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS INDIVIDUALMENTE CAUSADOS (BRASIL).....	92
4.4. EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO PREVISTO EN EL CFPC (MÉXICO). 93	
4.4.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL	93
4.4.2. MATERIAS DE APLICACIÓN.....	95
4.4.3. TIPOS DE DERECHOS COLECTIVOS Y ACCIONES CORRELATIVAS	95

4.4.4. PROCEDIMIENTO COLECTIVO	96
4.4.4.1. LEGITIMADOS	96
4.4.4.2. ADECUADA REPRESENTACIÓN	97
4.4.4.3. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN COLECTIVA	98
4.4.4.4. CERTIFICACIÓN	99
4.4.4.5. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y NOTIFICACIONES	99
4.4.4.6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	100
4.4.4.7. AUDIENCIA PREVIA Y DE CONCILIACIÓN	100
4.4.4.8. INSTRUCCIÓN Y AUDIENCIA FINAL	101
4.4.4.9. PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA COLECTIVIDAD Y DE LOS TERCEROS	101
4.4.4.10. FACULTADES PARA MEJOR PROVEER	102
4.4.4.11. SENTENCIA Y REPARACIÓN DEL DAÑO	103
4.4.4.12. EFECTOS DE LA SENTENCIA O CONVENIO Y ADHESIÓN DE LOS AFECTADOS A LA COLECTIVIDAD	104
4.4.4.13. LIQUIDACIÓN, EJECUCIÓN Y PAGO	105
4.4.4.14. RELACIÓN ENTRE ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES	106
4.4.4.15. APELACIÓN	106
4.4.4.16. HONORARIOS, GASTOS Y COSTAS	107
4.4.4.17. MEDIDAS PRECAUTORIAS	108
4.4.4.18. MEDIOS DE APREMIO	108

CAPÍTULO QUINTO

LA ACCIÓN COLECTIVA EN CONTRA DE ENTIDADES PÚBLICAS

5.1. ¿PUEDE EJERCITARSE ACCIÓN COLECTIVA EN CONTRA DE ENTIDADES PÚBLICAS?	111
5.2. CCF	111
5.3. LFCE	113
5.4. LFPC	114
5.4.1. LA RELACIÓN DE CONSUMO	115
5.4.2. EL SERVICIO PÚBLICO	116
5.4.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN COLECTIVA EN RELACIONES DE CONSUMO DE SERVICIOS PÚBLICOS	118
5.5. LGEEPA	118
5.6. LPDUSF	120

CAPÍTULO SEXTO

EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO EN MÉXICO, UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

6.1. UBICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO EN EL CFPC	123
6.1.1. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	124
6.2. TIPOS DE DERECHOS COLECTIVOS	124
6.2.1. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	126
6.3. DERECHOS DIFUSOS	128

6.3.1. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	128
6.4. DERECHOS INDIVIDUALES DE TRATAMIENTO PROCESAL COLECTIVO	129
6.4.1. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	133
6.5. LIMITACIÓN DE LAS MATERIAS DE APLICACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.....	133
6.5.1. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	137
6.6. LA ADHESIÓN DE LOS AFECTADOS A LA COLECTIVIDAD (<i>OPT IN</i>) Y LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA	139
6.6.1. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	142
6.7. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA, EN TRATÁNDOSE DE DERECHOS INDIVIDUALES DE INCIDENCIA COLECTIVA	145
6.7.1. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	147
6.8. GASTOS Y COSTAS	149
6.8.1. PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>	151
6.9. OTROS ASPECTOS CRITICABLES DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO	152
6.9.1. LOS PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO	152
6.9.2. LA CERTIFICACIÓN	153
6.9.3. MEDIDAS CAUTELARES	154
CONCLUSIONES	155
APÉNDICE	163
I. REGLA 23. ACCIONES DE CLASE	163
II. LEY N° 8.078, DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1990	171
(CÓDIGO DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO)	171
III. LEY N° 7.347 DEL 24 DE JULIO DE 1985.....	177
IV. LIBRO QUINTO, DEL CFPC, INTITULADO: «DE LAS ACCIONES COLECTIVAS».....	181
V. CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS.....	197
PARA IBEROAMÉRICA.....	197
BIBLIOGRAFÍA	211

ABREVIATURAS Y SIGLAS

art.(s)	artículo, artículos
cap.(s)	capítulo, capítulos
CCF	Código Civil Federal
CDC	Código de Defensa del Consumidor
CFC	Comisión Federal de Competencia
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles
<i>cfr.</i>	confrontar
CMPCI	Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CONDUSEF	Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros
coord.(s)	coordinador, coordinadores
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DESC	derechos económicos, sociales y culturales
DOF	Diario Oficial de la Federación
ed.	edición
etc.	etcétera
EUA	Estados Unidos de América

fracc.(s)	fracción, fracciones
<i>ibid.</i>	en el mismo lugar
<i>idem.</i>	el mismo
<i>infra</i>	adelante, abajo, después
LA	Ley de Amparo
LACP	Ley de la Acción Civil Pública
LFCE	Ley Federal de Competencia Económica
LFPC	Ley Federal de Protección al Consumidor
LFERPE	Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado
LGEEPA	Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente
LOPJF	Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación
LPDUSF	Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros
núm.(s)	número, números
<i>op. cit.</i>	obra citada
p., pp.	página, páginas
párr.(s)	párrafo, párrafos
prgf.(s)	parágrafo, párrafos
PROFECO	Procuraduría Federal de Protección al Consumidor
PROFEPA	Procuraduría Federal de Protección al Ambiente
reimp.	reimpresión
RFPC	Reglas Federales de Procedimientos Civiles
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SJF	Semanario Judicial de la Federación
SJFG	Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

S.N.C.	Sociedad Nacional de Crédito
s.p.	sin página
<i>supra</i>	atrás, arriba, antes
t.(s)	tomo, tomos
tít.	título
trad.	traductor, traducido por
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
<i>vid.</i>	véase
vol.(s)	volumen, volúmenes

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de la presente investigación es el procedimiento colectivo previsto en el libro quinto del CFPC, especialmente las acciones para la reparación de los daños individuales causados por un origen común, con el objetivo de determinar si dicha normatividad instrumental permite o no una tutela judicial efectiva de los derechos individuales a la reparación de los daños producidos en forma masiva, es decir, nos preguntamos si dicho procedimiento puede considerarse breve, ágil, sencillo y si facilita la plena ejecución de las resoluciones de los tribunales, con la finalidad de proponer reformas y adiciones desde una perspectiva de *lege ferenda*.

Para la solución del problema, empleamos un método comparativo entre el CFPC y los procedimientos colectivos implementados en los EUA y Brasil, países que destacan por su desarrollo e influencia en la materia.

Efectivamente, el sistema estadounidense (*class actions*) es un referente obligado en la elaboración de cualquier crítica seria sobre los procedimientos colectivos de cualquier país, mientras que Brasil fue el segundo país de derecho civil (primero fue la provincia de Quebec, Canadá) en adoptar las *class actions* estadounidenses, adaptándolas con éxito a las particulares características de su sociedad.

Así, en el primer capítulo exponemos las tres generaciones de derechos humanos, enfocándonos principalmente en la segunda y tercera (derechos económicos, sociales y culturales); mencionamos los mecanismos de protección de derechos humanos existentes en México, jurisdiccionales y no jurisdiccionales; estudiamos la titularidad de los derechos supraindividuales; abordamos las teorías más representativas acerca de los intereses jurídicamente relevantes; anotamos las principales dificultades que, para su tutela, imponen las normas procesales de corte individualista en el terreno de la legitimación activa; y analizamos las situaciones legitimantes correspondientes a los distintos tipos de interés (jurídico, directo y legítimo), desde una perspectiva evolutiva.

El segundo capítulo lo destinamos al estudio de las definiciones de los tres tipos de derechos colectivos *lato sensu*, contempladas en el artículo 81 del CDC de Brasil: difusos, colectivos *stricto sensu* e individuales homogéneos, y apuntamos algunas críticas.

En el capítulo tercero abordamos lo relativo a la insuficiencia del derecho procesal individualista en los casos de conflictos masivos, principalmente por lo que ve a las figuras de la acumulación, litisconsorcio, legitimación activa y cosa juzgada, que son las cuestiones que con mayor cuidado deben regularse en el proceso colectivo, siempre tomando en cuenta las desigualdades de las partes (económicas, principalmente) y el respeto a la garantía de audiencia.

El cuarto capítulo trata acerca de los procesos colectivos en los Estados Unidos de América, Brasil y México, desde una perspectiva de *lege lata*.

En el capítulo quinto, se estudia la posibilidad de enderezar la acción colectiva en contra de entidades públicas, a la luz del CCF, LFCE, LFPC, LGEEPA y LPDUSF.

Finalmente, en el capítulo sexto analizamos, desde una perspectiva crítica y a la luz de las legislaciones estadounidense y brasileña, los aspectos torales del procedimiento colectivo previsto en el Libro Quinto del CFPC, especialmente los relacionados con la reparación de los daños individuales causados por un origen común y lanzamos las propuestas concretas que creemos necesarias para dotar de efectividad dicho procedimiento.

El tema es de primera importancia puesto que tiene que ver con la forma en que el derecho se adapta a las nuevas necesidades emergentes de una sociedad masificada, en la cual es frecuente la lesión a los derechos patrimoniales de una pluralidad de personas difícilmente identificables, dispersas en un amplio territorio y que en conjunto conforman una colectividad no organizada. En esas condiciones, difícil es que las víctimas decidan financiar juicios individuales para la obtención de indemnizaciones que, en la mayoría de los casos, no superarán siquiera los costos del proceso. La cuestión es que un conflicto global de tales características no puede hallar solución a través de las instituciones procesales tradicionales de corte individualista y entonces el derecho debe adoptar nuevos mecanismos procesales que permitan vencer los obstáculos de acceso a la justicia, principalmente los de carácter económico.

En efecto, el derecho debe ser sensible a las desigualdades económicas y culturales de las personas y no debe arrojar resultados injustos, esto es que no debe prevalecer en juicio quien detente mayores recursos económicos, sino quien tenga la razón, pues la justicia es precisamente uno de los fines del derecho.

Así, nada más lógico que el principio de justicia social (que busca igualar en el proceso a quienes en lo económico son desiguales) inspire las normas instrumentales para la aplicación del derecho social (como lo es la materia de consumo¹), lo que implica, entre otras cosas, atribuir la carga de la prueba a quien

¹ Vid. tesis de jurisprudencia I.4o.C. J/8, pronunciada por los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en la Novena Época del SJFG, t. IV, agosto de 1996, p. 475 [número de IUS 201604], de rubro: «**LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR. SOLO ES APLICABLE A LAS RELACIONES ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES**»

esté en mejores condiciones de producirla, dotar al juez de mayor dirección en el proceso y que el litigio se resuelva lo más rápido posible².

El caso es que el procedimiento colectivo previsto en el CFPC no representa una superación a los obstáculos económicos de acceso a la justicia, pues, en franca contravención al principio de justicia social, en México se otorga una injustificada protección al demandado (centros de poder económico), pues, de resultar vencido en el juicio colectivo, no deberá reembolsar a la parte actora los gastos y costas; su contraparte (la colectividad) se conforma a través de un sistema no inclusivo (*opt in*); se libera de la deuda si los perjudicados o el representante legal no promueven los incidentes de liquidación y ejecución, pues nadie más puede exigirle el pago; y no tiene que litigar fuera del lugar de su domicilio. Bajo este panorama, el Estado, las empresas, los bancos, entre otros, pueden seguir obteniendo ilícitamente de cada gobernado, consumidor o usuario, pequeñas cantidades de dinero (que sumadas representan un monto nada insignificante), pues con todo y las acciones colectivas, los grupos vulnerables siguen tan indefensos como antes.

Para nosotros es evidente que, ante la fuerte presión de un sector de la sociedad, el legislador no tuvo más remedio que comenzar un procedimiento legislativo que, como dice Roldán Xopa³, «concluyó en algo que no es más de lo que se había logrado sin ley». Percibimos pues que el legislador no quiso proteger a los grupos vulnerables y que, en los puntos fundamentales, colocó los intereses de los centros de poder económico en una zona segura.

Parece que el camino hacia un procedimiento colectivo de altura principia con la voluntad política de dar solución justa y equitativa a los conflictos jurídicos suscitados entre los centros de poder económico y los grupos vulnerables. El legislador tiene a la vista modelos extranjeros muy interesantes que puede tomar en cuenta para la elaboración de un proceso colectivo eficiente y acorde, desde luego, con las características de la sociedad mexicana. Sin embargo, no puede afirmarse que, para la confección del procedimiento colectivo previsto en el CFPC, el legislador mexicano se haya inspirado en los juicios colectivos de EUA y Brasil, pues sólo mal copió de ambos países ciertas instituciones⁴ (que no son precisamente las más relevantes) para armar un procedimiento, que, en lo vertebral, no se parece a ninguno. El legislador mexicano no quiso asimilar lo inclusivo de ambos sistemas, limitó las materias de procedencia a unas cuantas (lo que no sucede en los países de referencia), casi vedó la posibilidad de enderezar acción colectiva en contra de entidades públicas

² Ovalle Favela, José: *Teoría general del proceso*, 6ª. ed., 2ª. reimp., Oxford University Press, México, 2005, p. 63.

³ Roldán Xopa, José: «Acciones sin clase», en *El Universal*, 29 de abril de 2011, s.p. (disponible en el sitio <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/185082.html> [consultado el 4 de mayo de 2012]).

⁴ Del país sudamericano incluyó, de cierto modo, lo relativo a los legitimados para la proposición de la acción colectiva (ampliando la legitimación a los miembros del grupo), el sistema de la cosa juzgada *secundum eventum litis* (sólo para los derechos individuales de incidencia colectiva) y la terminología relativa a las definiciones legales de los derechos colectivos *lato sensu*. Del país norteamericano, importó algunos conceptos (que distan bastante de las instituciones contempladas en la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles) como la certificación, las cuestiones comunes de hecho o de derecho, la *fluid class recovery* (sólo para las acciones difusas), el principio de que cada parte debe absorber sus propios gastos y la posibilidad de resolver el litigio mediante convenio.

(lo que en los citados países es práctica común) y no estableció los mecanismos apropiados para la ejecución de la condena, por mencionar algunos aspectos.

Así, en el presente trabajo de investigación ofrecemos propuestas de *lege ferenda* para la solución de los anteriores problemas y de algunos otros igualmente importantes, propuestas para el caso mexicano, inspiradas, principalmente, en el sistema brasileño y en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

CAPÍTULO PRIMERO

MARCO CONTEXTUAL

1.1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS: PIEDRA ANGULAR DEL PENSAMIENTO JURÍDICO

El 10 de junio de 2011, se publicó en el DOF el decreto por el que se modificó la denominación del cap. I, del título primero, y se reforman diversos artículos de la CPEUM. De esta reforma constitucional en materia de derechos humanos, aquí interesan las siguientes normas:

1) Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección (art. 1o., párr. primero);

2) Todas las disposiciones normativas en nuestro sistema jurídico, relativas a los derechos humanos, deben interpretarse conforme a la constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, lo que se conoce en la doctrina como principio de interpretación conforme (art. 1o., párr. segundo);

3) La interpretación de las normas del sistema jurídico mexicano relativas a derechos humanos, debe hacerse de la forma más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona (art. 1o., párr. segundo); y

4) Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (art. 1o., párr. tercero).

Lo anterior guarda estrecha relación con la denuncia presentada el 15 de noviembre de 2001 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México, en contra del Estado mexicano, con motivo de la

desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco perpetrada por elementos del Ejército Mexicano en 1974, misma que culminó con la sentencia de 23 de noviembre de 2009 dictada por la Corte Interamericana de Derechos humanos, en la que se le fincó responsabilidad internacional al Estado mexicano por la violación a los arts. 2º, 5º, 8º y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y se le condenó a la adopción de medidas de reparación, pecuniarias y no pecuniarias. El 15 de diciembre de 2009 se le notificó la sentencia al Estado mexicano.

La SCJN, en el expediente «Varios 912/2010», se propuso dilucidar lo siguiente: a) determinar si, por lo que respecta al cumplimiento de la sentencia, se configuraba alguna de las salvedades a las cuales se condicionó el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; b) interpretar el alcance de las reservas o declaraciones interpretativas que formuló el Estado Mexicano, tanto al adherirse a la Convención Americana de Derechos Humanos, como a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y c) definir qué obligaciones concretas le resultaban al Poder Judicial de la Federación, así como la forma en que debían cumplirse.

Así, de entre los varios e importantes pronunciamientos del pleno de la SCJN en este asunto, resaltamos dos:

1) Son obligatorias para el Estado Mexicano las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los litigios en que sea parte; y

1) Todas las autoridades materialmente jurisdiccionales deben ejercer oficiosamente un control de convencionalidad⁵.

En esta línea, la SCJN⁶ estableció que «[...] todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate [...]. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107

⁵ El pleno de la SCJN, al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, determinó dejar sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: «**CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**» y «**CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN**».

⁶ Tesis aislada dictada por el Pleno de la SCJN, consultable en la Décima Época del SJFG, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 535 [número de IUS 160589], de rubro y texto siguientes: «**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD**».

de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia [...]».

Luego, es inconcuso que a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y los pronunciamientos de la SCJN en el caso Rosendo Radilla, la forma de entender y aplicar el derecho es otra. En materia de derechos humanos, las normas del sistema jurídico mexicano ya no pueden clasificarse jerárquicamente en una pirámide, donde la norma que está en el vértice superior es la que debe prevalecer. Ahora, todas las normas jurídicas (previstas en la CPEUM o en tratados internacionales) conforman un bloque constitucional, a la luz del cual, los jueces deben resolver los casos concretos (principio de interpretación conforme) y preferir las normas que más protección brinden a las personas, con independencia de su jerarquía (principio pro persona). Además, los juzgadores, sin que las partes lo soliciten, están obligados a inaplicar las normas secundarias que se opongan a las contenidas en la constitución y tratados internacionales en la materia, o bien, en palabras de la SCJN, todos los jueces están obligados a ejercer un control de convencionalidad *ex officio*.

Lo antes expuesto impacta desde luego al presente trabajo de investigación cuyo objeto de estudio se encuentra estrechamente relacionado con la materia de derechos humanos, pues, si bien trata sobre la elaboración de propuestas de *lege ferenda*, respecto del procedimiento colectivo previsto en el CFPC, desde una perspectiva comparada, a final de cuentas ello se circunscribe en el tema del derecho de los titulares de DESC (derechos humanos) al acceso a una tutela judicial efectiva.

Hemos esbozado en líneas muy generales el nuevo modelo constitucional de derechos humanos, porque creemos que a partir de su vigencia, no es posible echar a andar el razonamiento jurídico sin tenerlo presente, es decir, toda propuesta de reformas al procedimiento colectivo (o a cualquier ley referente a la materia de derechos humanos), que pueda considerarse seria, sea que se realice en un trabajo de investigación o en una iniciativa de ley, debe efectuarse teniendo presente este nuevo marco jurídico. En este sentido, creemos que sería irresponsable por parte del legislador dar vida a normas contrarias a las contenidas en la constitución y tratados internacionales en la materia, dejando a los jueces la tarea de resolver sobre su aplicación, pues el legislador debe conocer y ajustarse a este nuevo sistema.

1.2. LOS DESC SON DERECHOS HUMANOS

Los derechos del hombre son «Aquellos derechos que corresponden al hombre por su propia naturaleza como fundamentales e innatos, tales como los de propiedad, libertad, seguridad y resistencia a la opresión, formulados en la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y los llamados derechos sociales. Estos derechos se afirman como anteriores y superiores al Estado, por lo que

los gobernantes se encuentran en absoluto, obligados a mantenerlos, respetarlos y garantizarlos»⁷.

Cabe aclarar que un amplio sector de la doctrina señala que no es correcto hablar de generaciones de derechos humanos⁸, en tanto que ese criterio denota equivocadamente su distinta importancia y jerarquía. Se dice entonces que lo correcto es hablar de la integridad de los derechos humanos, que son universales, indivisibles e interdependientes y que se encuentran en un mismo nivel de importancia, por ser todos inherentes al ser humano⁹. No obstante, por lo que aquí interesa, hablaremos de las generaciones de derechos humanos puesto que, aunque igualmente importantes, su dimensión y estructura son distintas y se satisfacen de diferente modo.

Volviendo al tema, en la primera parte de la definición se comprenden los llamados derechos humanos de primera generación, reconocidos a partir de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, mismos que surgieron como reacción a los abusos del Estado absolutista, para investir al ciudadano de una esfera de derechos que el Estado debe respetar absteniéndose de interferir en ella, de modo que únicamente pueda ser vulnerada a través de los causes legales. Esta primera generación de derechos humanos se integra por los clásicos derechos individuales, civiles y políticos, tales como el derecho a la vida, seguridad, libertad, propiedad, participación en los asuntos públicos, votar y ser votado, etc. La nota distintiva de estos derechos humanos es la de concebir al individuo desde una perspectiva aislada, en consecuencia, su titular es el individuo aisladamente considerado.

La definición transcrita también contiene los derechos humanos de segunda generación. Estos derechos surgen, primeramente, como reacción a las profundas desigualdades sociales producto del liberalismo político y económico del siglo XIX. Históricamente, la clase trabajadora fue la que obtuvo los primeros logros en esta materia.

En la etapa inicial del Estado liberal, las relaciones sociales se regían por el derecho civil, mismo que partía de la supuesta igualdad y libertad de todos los hombres. Sobre esa base, patrón y obrero debían convenir las condiciones del contrato de arrendamiento de trabajo. Sin embargo, lo cierto es que los postulados liberales no correspondían a la realidad, pues en los hechos, patrón y trabajador se encontraban en desigualdad de condiciones, éste sumido en su miseria sólo tenía su fuerza de trabajo para vender, mientras que aquél, dueño del capital, veía al

⁷ De Pina Vara, Rafael: voz «derechos del hombre», en *Diccionario de derecho*, 37ª. ed., Porrúa, México, 2010, p. 242.

⁸ Moyano Bonilla, César: «Derecho a un ambiente sano», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 82 (1995), pp. 240-242 (Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/82/art/art9.pdf> [Consultado el 26 de septiembre de 2011]), afirma que en 1977 el jurista checo Karel Vasak propuso una clasificación de los derechos humanos en tres generaciones, según su reconocimiento histórico.

⁹ Hernández Cruz, Armando: *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, UNAM, México, 2010, pp. 16-17.

trabajador como un factor más de la producción, fácilmente reemplazable por otro, dado el elevado número de personas en busca de empleo. Así, el trabajador, empujado por sus necesidades, se veía obligado a aceptar jornadas de trabajo de catorce o más horas y salarios ridículos, a vivir en el lugar de trabajo o en sus cercanías, etc., en resumen, su existencia se aproximaba más a la animal que a la humana¹⁰.

La clase trabajadora no tardó en reaccionar ante la opresión capitalista. En 1848 surge la primera revolución social en Francia y en ese mismo año Marx y Engels publican el «Manifiesto del Partido Comunista», lo que, en parte, provocó que los trabajadores adquirieran conciencia de su fuerza y que los movimientos obreros, que ya convulsionaban al Estado liberal, tomaran más ímpetu, fue entonces que éste cedió un poco en beneficio de los trabajadores¹¹. De esta forma, los trabajadores encontraron en su unión (sindicatos) la forma de hacer frente a la opresión industrial.

Las constituciones de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, de Rusia de 1918 y de Weimar de 1919, consagraron derechos en favor de las clases más desprotegidas y vulnerables, la mexicana lo hizo en materia laboral, agraria y de seguridad social. En esa nueva tendencia del constitucionalismo social, durante y después de la primera guerra mundial, fueron contemplados derechos sociales en gran parte de las constituciones de los países democráticos¹² y aunque en un inicio los derechos reconocidos en las leyes fueron de carácter meramente social, a la postre se fueron incorporando a las constituciones y a las leyes diversos derechos de carácter económico y cultural, exigentes también de la realización de determinados actos estatales.

Las sociedades han cambiado drásticamente en el último cuarto del siglo XX y en los comienzos del presente, debido a diversos factores, tales como la globalización (en el terreno cultural, económico, jurídico, social, tecnológico, etc.), el crecimiento de la población¹³, la migración, la producción en serie y consumo masivo de bienes y servicios, el internet, el calentamiento global, etc. Es en el seno de esta nueva sociedad que surgieron nuevos centros de poder (empresas nacionales y transnacionales, partidos políticos, sindicatos, etc.), y nuevos grupos se vieron afectados por ellos, pero, al igual que los trabajadores, tomaron conciencia de su comunidad de intereses y que sólo uniéndose podrían defenderlos y reclamar del Estado su protección, como sucedió, por ejemplo, con los movimientos y protestas de consumidores en los EUA a principios del siglo pasado, motivados, principalmente,

¹⁰ De la Cueva, Mario: *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, t. I, 21ª. ed., Porrúa, México, 2005, pp. 6-7.

¹¹ De Buen Lozano, Néstor: *Derecho del trabajo*, t. II, 20ª. ed., Porrúa, México, 2007, pp. 600-606.

¹² Trueba Urbina, Alberto: *La primera constitución político-social del mundo. Teoría y proyección*, Porrúa, México, 1971, p. 21.

¹³ Por supuesto que México no ha sido ajeno a estos cambios sociales, por ejemplo, en 1980 la población total era de 66.8 millones de habitantes, mientras que en 2010 fue de 112.3 millones. Datos tomados de

<http://www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/contenido/DemyPob/epobla01.asp?s=est&c=17496>
[Consultado el 26 de septiembre de 2011].

por el aumento en los precios, los escritos de Upton Sinclair y los escándalos relativos a las sustancias farmacéuticas que culminaron con la aprobación de la *Pure Food and Drug Act* de 1906¹⁴. Así, se han incorporado diversos derechos a prácticamente todas las constituciones democráticas del mundo (y se siguen agregando), en materias de consumo, seguridad social, salud, educación, no discriminación, vivienda, seguridad pública, empleo, etc. Es precisamente la consagración de los mencionados derechos lo que determinó el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho, al tomar el Estado un papel activo e intervencionista en favor de los sectores sociales más vulnerables¹⁵.

Precisamente porque estos derechos son de carácter económico y cultural, además de social, es que se les denomina derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Su característica principal es que el Estado debe realizar actos positivos para su satisfacción, pues a él están encomendados. En esta segunda generación de derechos humanos se concibe al individuo en sociedad, por lo que su titular es el individuo como integrante de un grupo o de toda la sociedad.

Una tercera generación que no se toma en cuenta en la definición antes transcrita (pero que debe incluirse dado el carácter integral de los derechos humanos) se constituye por aquellos principios universales que toda la humanidad reclama, tales como el derecho a la paz, a la libre autodeterminación, al desarrollo, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y al disfrute del patrimonio cultural universal. Dado que estos derechos presentan dimensiones mundiales, para su realización requieren del concurso de la comunidad internacional, de ahí que también se les conozca como derechos de solidaridad. Su titular es el individuo como integrante de la humanidad¹⁶.

El título primero, cap. I, de la CPEUM, se intitula «DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS», lo que confirma que los DESC son derechos humanos, pues dentro de este capítulo se reconocen de las tres generaciones (también fuera de dicho capítulo, por ejemplo en los arts. 25, 26, 28 y 123). Asimismo, existen diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, donde se reconocen DESC¹⁷.

¹⁴ Ovalle Favela, José: *Derechos de los consumidores*, Oxford University Press, México, 2008, p. 4.

¹⁵ Hernández Cruz, Armando: *Los derechos económicos...*, op. cit., p. 39, explica que existen grupos que dada su condición de vulnerabilidad merecen protección por parte del Estado. Añade que un grupo es vulnerable si confluyen dos elementos: a) la existencia de características particulares que dificulten la interacción de los individuos del grupo con otros grupos o sectores sociales, y b) la existencia de otro grupo o sector de la población que, valiéndose de determinadas ventajas, perjudique al grupo vulnerable.

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7ª. ed., Porrúa, México, 2010, pp. 433-434.

¹⁷ La CPEUM reconoce DESC en los arts. 1º, 2º, 3º, 4º, 6º, 17, 21, 27, 25, 26, 28 y 123. Algunos tratados internacionales que reconocen derechos humanos (entre ellos DESC) son: Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y Convención Americana Sobre Derechos Humanos. La SCJN, en el sitio de internet <http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/> [Consultado el 16 de abril de 2012], da

1.3. LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DESC EN MÉXICO

Con absoluta razón, la última parte de la definición transcrita incluye su garantía. Claro es que de nada serviría la simple declaración de que el hombre goza de un catálogo de determinados derechos (de cualquier generación), sin la paralela previsión de los mecanismos jurídicos a través de los cuales puedan hacerse efectivos.

En México, según Hernández Cruz¹⁸, los mecanismos de protección de derechos humanos pueden dividirse en dos grandes ámbitos: nacional e internacional, que a su vez comprenden protección jurisdiccional y no jurisdiccional.

Los mecanismos nacionales jurisdiccionales son: el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, el juicio de revisión constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. Los no jurisdiccionales se constituyen por los procedimientos de investigación y las recomendaciones públicas no vinculatorias, denuncias y quejas que en términos del art. 102, apartado B, de la CPEUM y de las leyes aplicables formulen la CNDH y los organismos de protección de derechos humanos en cada entidad federativa.

Los mecanismos internacionales jurisdiccionales se conforman por el Tribunal Internacional de Derechos Humanos, con sede en la Haya, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica. Los no jurisdiccionales se constituyen por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, con sede en Ginebra, Suiza, y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Washington.

En México, comienzan a diseñarse mecanismos de protección judicial de DESC cuya efectividad está por verse¹⁹.

En el pasado se le cerró la puerta de la justicia a los DESC, no obstante su reconocimiento constitucional, pues cuando se intentaba su tutela a través del juicio de amparo²⁰ (principal mecanismo nacional jurisdiccional de protección de derechos humanos) los jueces resolvían, con apego a los rígidos moldes del individualismo

cuenta de 171 tratados internacionales en los que se reconocen derechos humanos y de los que el Estado mexicano es parte.

¹⁸ Hernández Cruz, Armando: *Los derechos económicos...*, op. cit., p. 136.

¹⁹ Vid. *supra*. apartado 1.1.

²⁰ Cabrera Acevedo, Lucio: *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2006, pp. 5-6, resalta que el juicio de amparo no siempre tuvo un carácter individualista (fórmula Otero), pues de 1868 a 1882, en numerosos casos la sentencia de amparo tuvo efectos *erga omnes*, por ejemplo, el 5 de septiembre de 1877, la SCJN amparó a una persona para que no fuera destruido el portal de una plazuela de Ciudad Guzmán, Jalisco.

jurídico, que los amparistas gozaban sólo de una mera facultad y no de un verdadero derecho²¹.

Los compromisos internacionales adquiridos por el Estado mexicano a través del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales²² no son suficientes como para considerar que tales derechos se encuentran garantizados, ya que sus normas son de carácter programático y se cumplimentan en función de las posibilidades económicas de los Estados partes. La vigilancia del cumplimiento del pacto se realiza por medio de informes anuales que presentan los Estados al Comité de DESC de la ONU, el cual formula recomendaciones a los Estados²³.

En fechas recientes, en nuestro país se avanza en materia de protección de DESC, desde dos frentes: 1) las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo, por virtud de las cuales se reconoce legitimación al titular de un interés legítimo, individual o colectivo (art. 107, fracc. I, de la CPEUM), para promover el juicio de amparo en defensa de los DESC reconocidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte; y 2) la previsión de las acciones colectivas en el art. 17, párr. tercero, de la CPEUM, que encomienda al Congreso de la Unión la emisión de la legislación secundaria en cuanto a las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño, lo que se realizó a través de diversas reformas y adiciones a distintas leyes, entre ellas el CFPC, al que se le adicionó un Libro Quinto, denominado «DE LAS ACCIONES COLECTIVAS», integrado por los nuevos arts. 578 a 625.

1.3.1. LAS ACCIONES COLECTIVAS COMO UNA DE VARIAS FORMAS DE TUTELA DE DESC EN LATINOAMÉRICA

En aras de la precisión terminológica y una vez que ha quedado sentado que el titular de los DESC es el individuo, concebido como integrante de un grupo, de la sociedad o de la humanidad y en virtud de que la doctrina dominante ubica su titularidad más allá de la esfera individual, estos derechos también se han denominado derechos supraindividuales, metaindividuales o transindividuales.

En América Latina (sin incluir a México) los principales mecanismos de protección de derechos supraindividuales, según De la Cruz Ochoa²⁴, son los

²¹ Cfr. tesis aislada de rubro «**INTERES JURIDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN**», pronunciada por el Pleno de la SCJN, consultable en la séptima época del SJF, 37ª. parte, materia común, p. 25 [Número de IUS 233516].

²² Publicado en el DOF el 12 de mayo de 1981.

²³ Arts. 16 y 17 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁴ De la Cruz Ochoa, Ramón: «Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: una visión desde la legislación comparada», en Gándara Orcí, Luís y Martínez Bullé-Goyri, Víctor Manuel (coords.): *Los Derechos Humanos económicos, sociales y culturales hacia una cultura de bienestar*, CNDH, 2007, pp. 277-295.

siguientes: mecanismos internacionales, mandamiento de seguridad colectivo, acción de tutela, recurso de amparo, contencioso administrativo, acción de inconstitucionalidad por omisión, acción colectiva, el defensor del pueblo (*ombudsman*) y el modelo socialista cubano.

De lo anterior se sigue que la acción colectiva es uno de varios mecanismos de tutela de derechos supraindividuales, mismo que, por cierto, resulta ser de los de mayor efectividad e importancia.

Las acciones colectivas son, según Ovalle Favela²⁵, «aquellas que se ejercen para proteger los intereses de toda una comunidad de personas».

En América Latina, México es de los últimos países en implementar las acciones colectivas y en «abrir» el juicio de amparo para permitir la protección de estos derechos, lo cual resulta sumamente irónico, si se tiene en cuenta que fue el primer país del mundo en elevar a rango constitucional los derechos sociales, además de que actualmente reconoce, ya en la CPEUM, ya en tratados internacionales, un amplio catálogo de derechos supraindividuales.

1.4. LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES

Siguiendo a Gutiérrez de Cabiedes²⁶, destacaremos tres notas relevantes acerca de los derechos supraindividuales, a saber: 1) su titularidad; 2) su no pertenencia al derecho público o privado; y 3) su relación con el concepto de legitimación procesal.

1.4.1. TITULARIDAD

En la década de 1970, Cappelletti²⁷ lanzaba la siguiente pregunta: ¿a quién pertenece el aire que respiro? y respondía que al mismo tiempo «a todos y a

²⁵ Ovalle Favela, José: *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 171. Por su parte, Gidi, Antonio: «Derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, p. 31, define la acción colectiva como «la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio) y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)».

²⁶ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 71-99.

²⁷ Cappelletti, Mauro: «Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil» (trad. de Raúl Brañes), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 31-32 (1978), p. 12 (Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/31/art/art1.pdf> [Consultado el 26 de septiembre de 2011]).

ninguno». Es necesario aclarar que al decir «a ninguno», se refería a ninguno en particular, o mejor dicho, a ninguno en exclusiva.

La doctrina italiana se dedicó a buscar respuesta a la interrogante referente a la titularidad de los derechos supraindividuales e inicialmente se formaron dos corrientes antagónicas: 1) la que niega su existencia y les considera derechos estrictamente individuales de agregación meramente ideal, y 2) la que los imputa directamente al grupo como entidad distinta a la de sus integrantes, por entender que el interés supraindividual no puede dividirse entre sus miembros. Como suele suceder en el debate jurídico, posteriormente surgió una tercera tesis que podría denominarse «ecléctica», la cual considera que el interés supraindividual puede atribuirse, aunque sea mediatamente, a cada uno de los miembros del grupo, sin olvidar que ese interés no es exclusivo de cada uno, aisladamente considerado, sino que es compartido por todos los miembros del grupo.

En nuestra opinión, la teoría ecléctica es la más próxima la realidad, aunque debe matizarse²⁸.

Si bien el interés metaindividual no puede considerarse estrictamente individual debido a que siempre existe en modo plural, es decir, invariablemente se presentan múltiples situaciones jurídicas, ello no permite llegar al extremo de imputarlo directamente al grupo, haciendo abstracción de sus componentes humanos, pues, como ya se dijo, los derechos supraindividuales son derechos humanos y su titular no puede ser otro que el hombre.

A la luz de lo anterior, podemos vestir de otras formas la pregunta de Cappelletti: ¿quién es el titular de los derechos indígenas reconocidos en los apartados A y B del art. 2º de la CPEUM? y responder que como el titular último de todo derecho humano es el hombre, el titular de esos derechos es el hombre como integrante de un grupo indígena; o bien, ¿quién es el titular del derecho al ambiente adecuado previsto en el cuarto párr. del art. 4º de la CPEUM? y responder que, como el medio ambiente es un concepto que no admite fronteras ni soberanías, su titular material es el hombre, como integrante de toda la humanidad, y su titular formal es el hombre como integrante de la población del Estado mexicano²⁹.

En conclusión, el titular del derecho supraindividual es la persona humana concebida en una dimensión social, es decir, como integrante de un grupo concreto y delimitado en su extensión que, por lo general, no llega a identificarse con toda la población del Estado.

²⁸ Vid. *infra* apartado 2.5.

²⁹ Cfr. Gutiérrez Nájera, Raquel: *Introducción al estudio del derecho ambiental*, 6ª. ed., Porrúa, México, 2007, pp. 167-169.

1.4.2. SU NO PERTENENCIA AL DERECHO PÚBLICO O PRIVADO

Según la doctrina dominante, los principales criterios en los que descansa la división del derecho en público y privado carecen de fundamento teórico y dicha división, obedece principalmente a fines prácticos o políticos³⁰.

Aquí estudiaremos brevemente la teoría basada en el interés, llamada «teoría del interés en juego» o «voluntarista» (Windscheid, Ihering y Jellinek), porque aparte de ser de las más importantes y difundidas, es particularmente útil para nuestra exposición³¹. Según esta teoría, son de derecho público las normas que protegen un interés comunitario (el interés del pueblo o de la generalidad encomendado al Estado) y de derecho privado las normas que protegen el interés del individuo antes que el de nadie, razón por la cual éste se halla al servicio de la voluntad de la persona y de su poder (por ejemplo el derecho de propiedad). Así, dependiendo de la índole del interés protegido, la norma pertenecerá al derecho público o al privado³².

Se critica esta teoría por partir de un dato subjetivo, pues la noción de interés se refiere necesariamente a la interioridad del ser humano. Piénsese que es el legislador quien decide cuál interés debe ser protegido por la norma jurídica y cuál no. En consecuencia, la determinación de qué interesa a la generalidad y qué al individuo, dependerá, en última instancia, de las convicciones del legislador y de una determinada coyuntura política, lo que demuestra que esta clasificación es subjetiva desde su origen.

Por otro lado, se dice que la teoría voluntarista no corresponde a la realidad, ya que es falso que un determinado bien (cosa, conducta, situación o lo que sea que se considere valioso), interese a la generalidad (a través del Estado) o al individuo, pues lo cierto es que los intereses de ambos coinciden, pues, por una parte la generalidad está interesada en que el Estado emita normas y que las haga respetar, y por otra parte, el individuo tiene intereses que desea ver protegidos por esas mismas normas.

Al conectar lo expuesto con los intereses supraindividuales, resulta evidente que el interés común que los miembros de una colectividad o grupo tienen en un determinado bien de la vida, no se ubica en el derecho público ni en el privado, porque dicho interés generalmente no coincide con el interés de toda la sociedad y tampoco es exclusivo de una persona determinada. En realidad, el interés supraindividual se ubica en un punto medio entre el público y el privado³³.

³⁰ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, 57ª. ed., reimp., Porrúa, México, 2004, p. 135.

³¹ García Máynez, *ibid.*, p. 134, afirma que otra teoría relevante es la teoría de la naturaleza de la relación, según la cual, la norma es de derecho privado cuando establece relaciones de coordinación y de derecho público cuando contempla relaciones de supra-subordinación.

³² *Ibid.*, pp. 131-132.

³³ Cappelletti, Mauro: «Formaciones sociales e intereses de grupo...», *op. cit.*, p. 12, hace notar que los derechos supraindividuales no caben en la clásica división del derecho objetivo en público y privado, la que considera irremediabilmente superada por la realidad de nuestra época.

1.4.3. LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES NO SON DERECHOS SUBJETIVOS

1.4.3.1. EL DERECHO SUBJETIVO COMO FORMA DE PROTECCIÓN DE INTERESES JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Etimológicamente, la palabra «interés» procede del latín «*interesse*» (importar), y éste a su vez de «*inter*» (entre) y «*esse*» (ser)³⁴. De lo anterior se desprende que el término «interés» denota algo que importa y que se encuentra entre dos polos. En ese sentido, Gutiérrez de Cabiedes³⁵ define al interés como «el elemento conectivo entre la necesidad (humana) y el bien apto para satisfacerla». Por su parte, Hernández Martínez³⁶ lo define como «la inclinación volitiva que se establece en virtud del imperativo de satisfacción de una necesidad, respecto de la obtención de un bien [...]».

Fuera del campo jurídico, los intereses —de suyo humanos— se encuentran dirigidos a muy variados tipos de bienes-satisfactores, de ahí que no todos los intereses sean recogidos por el derecho objetivo, sino únicamente aquellos que el legislador ha considerado de mayor relevancia y, por lo tanto, merecedores de protección jurídica. Así, al ser tutelados por la norma pasan de ser intereses simples a intereses jurídicos. Después, ya en el campo de los intereses jurídicos, el legislador debe jerarquizarlos y determinar, en los casos de conflicto, cuáles deben prevalecer sobre otros.

De esta forma, el titular del interés privilegiado se encuentra en una posición de ventaja frente al titular del interés menos digno y dependerá de su voluntad exigir del obligado la realización de su interés, en virtud de que la norma le reconoce tal facultad, misma que puede o no ejercer. En ese tenor, el derecho subjetivo es, según Jellinek³⁷, «un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual».

Kelsen³⁸ critica la teoría del interés porque ésta considera al derecho subjetivo solamente desde la perspectiva del sujeto (de su actitud mental o interna) y deja en un plano secundario su aspecto formal (derecho objetivo). Afirma que el derecho subjetivo no puede definirse a partir de la voluntad del sujeto, porque aunque ésta falte, la norma seguirá reconociendo «su derecho» al individuo y no es extraño que

³⁴ Cuervo, Rufino, José: voz «interés», en *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, t. V, nueva ed., Instituto Caro y Cuervo, Santa Fé de Bogotá, 1994, p. 695.

³⁵ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., p. 45.

³⁶ Hernández Martínez, María del Pilar: *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, UNAM, México, 1997, p. 45.

³⁷ Citado por García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 191.

³⁸ Kelsen, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Máynez), 2ª. ed., UNAM, México, 1979, pp. 92-94.

esto ocurra, pues existen numerosos casos en los que, no obstante que la ley reconozca al sujeto el poder de exigencia, éste simplemente no quiere ejercerlo.

Dice Kelsen³⁹ que el derecho subjetivo debe definirse a partir de la norma objetiva, porque en realidad, el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo, es «la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada». Explica que la norma jurídica tiene una estructura lógica: si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C, lo que significa que al actualizarse un determinado supuesto jurídico, un sujeto debe observar la conducta prescrita; si el obligado no la realiza, el Estado debe aplicarle una sanción. Entonces, concluye que el derecho objetivo se transforma en subjetivo cuando la aplicación de la sanción estatal se encuentra a disposición de una persona⁴⁰.

Lo cierto es que, sea que se atienda a la definición subjetiva (teoría del interés) o a la formal (Kelsen)⁴¹, generalmente la norma asegura el interés del sujeto imponiendo a otro el deber correlativo, y esa es la manera típica de protección, pero no la única, como expondremos en los párrafos subsecuentes.

1.4.3.1.1. DERECHO SUBJETIVO (INTERÉS JURÍDICO) Y LEGITIMACIÓN

En el Estado liberal las relaciones humanas se regularon desde una perspectiva del sujeto aisladamente considerado y se reconoció a la persona el exclusivo poder de exigir a otra la realización de su derecho, situación que también se presentó en el terreno procesal, pues el derecho de acción únicamente estaba en manos del titular del derecho y solamente se enderezaba en contra de la persona del obligado. En este sentido, Chiovenda⁴² entiende la legitimación *ad causam* como «la identidad de la persona del actor con la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)». Nótese la estrecha relación entre los conceptos de derecho subjetivo y legitimación.

³⁹ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., pp. 194-195, hace notar que la tesis de Kelsen no está exenta de objeciones. Sostiene que Kelsen confunde facultad con norma, porque el que toda facultad derive de una norma no implica que sean lo mismo.

⁴² Chiovenda, Giuseppe: *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. de E. Gómez Orbaneja), vol. I (Conceptos fundamentales. La doctrina de las acciones), editorial revista de derecho privado, Madrid, 1954, p. 208.

1.4.3.2. INTERÉS DIRECTO

La superación de la legitimación identificada con el derecho subjetivo, se presenta con la introducción del interés directo⁴³ (agravio personal y directo) que es el que surge por una lesión objetiva o real, patrimonial o moral, a la esfera jurídica de una persona concreta y determinada⁴⁴. Se trata de un interés reaccional que se presenta principalmente en el ámbito administrativo y supone que, en caso de que el agraviado obtenga una sentencia favorable, ello beneficiará directamente su esfera jurídica. Así, el interés directo es personal, inmediato y actual⁴⁵.

1.4.3.3. INTERÉS LEGÍTIMO

Existen determinados intereses que no se identifican con la legitimación tradicional, un ejemplo: el reglamento de limpia y recolección de residuos para el municipio de Guanajuato, dispone en sus arts. 2° y 6°, que es de orden público e interés social el aseo de avenidas, bulevares, calles, callejones, calzadas, plazas y plazuelas de la ciudad, y que es deber del Departamento de Limpia de la Dirección General de Servicios Municipales del Ayuntamiento de Guanajuato, o del concesionario, en su caso, la prestación de dicho servicio público. El caso es que se celebra en la ciudad el Festival Internacional Cervantino y cierta persona que vive en un determinado callejón de la ciudad, se percató que los asistentes al festival han contaminado con mucha basura el callejón donde se ubica su casa (incluyendo el frente de su domicilio), por lo que se molesta, pero tiene fe en que las autoridades municipales (supongamos que no hay concesionario) cumplirán con su deber previsto en el reglamento mencionado. Para su mala fortuna, al día siguiente descubre que el callejón no ha sido limpiado, al siguiente tampoco y así sucesivamente durante una semana, por lo que no soporta más y decide promover un juicio contra la omisión del Ayuntamiento consistente en abstenerse de limpiar el sucio callejón.

Bajo el esquema de legitimación limitada al interés jurídico (derecho subjetivo) o al interés directo (agravio personal y directo)⁴⁶ no prosperaría la acción

⁴³ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo: «Comentarios al artículo 1°», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, p. 19, enseña que después del interés directo, los siguientes grados en la evolución y ampliación de las situaciones legitimantes son el interés legítimo (individual o supraindividual) y el interés general (o en la mera legalidad), mismo que, una vez hecho propio por el Estado, toma el nombre de interés público.

⁴⁴ Serra Robles, Arturo: «El juicio de amparo en general y las particularidades del amparo administrativo», en (VV. AA.), *Manual del juicio de amparo*, 2ª. ed., 30ª. reimp., Themis, México, 2009, pp. 32-33.

⁴⁵ Anteriores arts. 107, fracc. I, de la CPEUM y 4° de la LA.

⁴⁶ Esto en el marco anterior a la reforma al art. 107, fracc. I, de la CPEUM, que establecía que «El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada» y a la luz del art. 261 del Código de Procedimiento y Justicia Administrativa para el Estado y los Municipios de Guanajuato, que dispone que el proceso administrativo es improcedente contra actos o resoluciones «que no afecten los

del sujeto del ejemplo por lo siguiente: su interés no encuadra en el interés jurídico (derecho subjetivo) porque no hay norma que le reconozca el derecho de exigir directamente del ayuntamiento la prestación del servicio público de limpia y el reglamento tampoco impone a la administración el deber de prestar dicho servicio para la satisfacción del exclusivo interés del sujeto, pues, como la misma norma lo dice, es el interés social el que se busca satisfacer, además de que el acto (en este caso omisión) del ayuntamiento, no produce efectos directos y exclusivos en la esfera jurídica individual, por lo que el agravio no puede considerarse personal y directo.

Al respecto, Jellinek⁴⁷ denominó «derechos reflejos» aquellos intereses que no se identifican con la legitimación tradicional (interés jurídico o directo), los cuales entendía en los siguientes términos: «cuando las normas jurídicas del Derecho público prescriben una determinada acción u omisión a los órganos del Estado en interés general, puede ocurrir que el resultado de esa acción u omisión favorezca a determinados individuos, sin que por ello el ordenamiento, al establecer esa norma, se haya propuesto ampliar la esfera jurídica propia de esas personas».

Por su parte, Ihering⁴⁸ negó a los derechos reflejos el carácter de «verdaderos derechos» porque, según él, aunque los intereses de los beneficiados indirectos estén protegidos a través de leyes administrativas o penales, esa protección no es mediante un derecho que les pertenezca en propiedad, pues carecen de acción para hacerlos efectivos, por faltar una de las condiciones que la hacen posible, a saber: la exacta precisión de la persona a la que ésta compete.

Cappelletti distinguía entre derecho subjetivo e interés legítimo en los siguientes términos: «un derecho (*diritto soggettivo*) se define como un interés directamente garantizado por la ley a un individuo, mientras que el interés legítimo (*interesse legittimo*) se define como un interés individual estrechamente vinculado con el interés público y protegido por la ley sólo a través de la protección legal del último»⁴⁹. Éste es el concepto clásico de interés legítimo⁵⁰.

intereses jurídicos del actor». Cfr. tesis aislada XVI.2o.A.T.4 A, materia administrativa, de rubro «**LEGITIMACIÓN PARA INTERVENIR EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. CORRESPONDE SÓLO A QUIEN TENGA UN INTERÉS JURÍDICO**», pronunciada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Decimosexto Circuito, consultable en la novena época del SJFG, t. XXX, septiembre de 2009, p. 3149 [Número de IUS 166362].

⁴⁷ Citado por Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., p. 51.

⁴⁸ Von Ihering, Rudolf: *El espíritu del derecho romano* (trad. de Enrique Príncipe y Satorres), vol. 4, Oxford University Press, México, 2001, pp. 954-955.

⁴⁹ Citado por Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil* (trad. de Lucio Cabrera Acevedo), UNAM, México, 2004, p. 46, nota 89.

⁵⁰ En nuestro país, el interés legítimo se incorporó recientemente al texto constitucional. La letra del art. 107, fracc. I, es el siguiente: «El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su

1.5. SUJETOS LEGITIMADOS PARA LA PROPOSICIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS EN EUA, BRASIL Y MÉXICO

En algunos países se concede legitimación a determinadas personas (órganos de la administración pública centralizada o descentralizada y personas físicas o jurídico-colectivas) para actuar en defensa de derechos supraindividuales, lo que ha dado pie a la discusión doctrinal relativa a si dichas personas acuden a juicio en defensa de un derecho propio (legitimación ordinaria), de un derecho ajeno (legitimación extraordinaria)⁵¹ o si cuentan con una legitimación autónoma (doctrina que constituye la superación de la división de la legitimación en ordinaria y extraordinaria)⁵².

Lo cierto es que el tema de la legitimación activa en defensa de derechos supraindividuales ha sido regulado de forma distinta en cada país.

En Brasil es el legislador quien estableció taxativamente cuáles sujetos están legitimados para erigirse como defensores de los derechos en comento, así como los requisitos que los mismos deben cumplir para tener legitimación (modelo de legitimación activa *ope legis*). Las personas físicas no pueden plantear acciones colectivas.

En los EUA, corresponde al juez analizar la cuestión relativa a la *standing* (legitimación) a la luz del caso concreto, pues debe examinar minuciosamente al promovente de la *class action* (acción colectiva) desde distintos aspectos, a fin de

especial situación frente al orden jurídico». Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo: *Hacia una nueva ley de amparo*, UNAM, México, 2002, p. 63 (Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/297/6.pdf> [Consultado el 2 de octubre de 2011]), afirma que las notas principales del interés legítimo, son: a) no da lugar a un derecho subjetivo, pues no hay potestad frente a otro; b) no es un mero interés en la legalidad o un interés simple (que es el necesario para ejercitar la acción popular prevista en la normatividad de algunos países, misma que puede promoverse por cualquier ciudadano sin necesidad de afectación a su esfera jurídica), pues el interés legítimo requiere de la existencia de un interés personal, individual o colectivo; c) debe haber una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, ya sea económica, profesional o de otra índole, de tal forma que una eventual sentencia favorable, produzca efectos positivos (o evite efectos negativos) en la esfera jurídica del promovente; y d) se trata de un interés cualificado, actual y real, no potencial o hipotético. Como puede apreciarse, el interés legítimo se encuentra entre el interés simple y el interés jurídico (derecho subjetivo).

⁵¹ Gidi, Antonio: «Legitimación para demandar en las acciones colectivas», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 110-113.

⁵² Nery Junior, Nelson: «Acciones colectivas en el derecho procesal civil brasileño. Estudios de casos de las acciones colectivas brasileñas para mejor comprensión del anteproyecto del código procesal civil colectivo modelo para Iberoamérica», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 433-436.

determinar si se encuentra en condiciones de representar adecuadamente a la clase (modelo de legitimación activa *ope judicis*)⁵³.

En México se adoptó una mixtura entre ambos sistemas, pues, para el ejercicio de acciones colectivas, el legislador concedió legitimación a determinadas entidades públicas, al representante común de un grupo de al menos treinta miembros y a las asociaciones civiles. En tratándose de estos últimos, el juez debe examinar si la representación que ejercen es adecuada.

⁵³ Venturi, Elton: «Comentarios al artículo 1º», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, pp. 30-31.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DERECHOS DIFUSOS, COLECTIVOS *STRICTO SENSU* E INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS, PREVISTOS EN EL ART. 81 DEL CDC DE BRASIL

2.1. CONTEXTO HISTÓRICO⁵⁴

En la década de 1970, la academia italiana prestó especial atención a las *class actions* estadounidenses. Los juristas brasileños recibieron la influencia italiana y se adentraron en el tema. El 24 de julio de 1985 fue publicada en Brasil la ley número 7.347, conocida como la Ley de la Acción Civil Pública (LACP) que fue la primera en regular la acción colectiva en ese país. En un inicio, por medio de dicha acción se protegieron el medio ambiente, el consumidor, así como bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico (art. 1º). Posteriormente, se amplió la protección a cualquier otro interés difuso o colectivo. La acción civil pública tiene por objeto la obtención de una sentencia de condena al cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, o bien, al pago en dinero de los daños causados al bien jurídico protegido, cantidad que se destina a un fondo especial (arts. 3º y 13). A través de esta acción no pueden cobrarse los daños sufridos individualmente por cada miembro del grupo.

La ley número 8.078 del 11 de septiembre de 1990, conocida como el Código de Defensa del Consumidor (CDC), regula el procedimiento colectivo para el cobro de los daños sufridos individualmente por los integrantes de un grupo de personas, cuando los derechos a la reparación de los daños tienen un origen común (derechos individuales homogéneos). Sin embargo, aunque esta normatividad está prevista en un código dedicado a la materia de consumo, «las reglas de la acción colectiva sirven para resolver controversias sobre el medio ambiente, el combate al monopolio, daños individuales, impuestos y cualquier otra rama del derecho»⁵⁵.

En efecto, las normas instrumentales contenidas en la LACP (para tutelar derechos difusos) y en el CDC (para la protección de derechos colectivos *stricto*

⁵⁴ Los datos históricos son tomados de Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, op. cit., pp. 17-23.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 22.

sensu e individuales homogéneos) no se excluyen, sino que se complementan y funcionan como un «Código de Procedimientos Colectivos».

Brasil fue el segundo país de derecho civil (primero fue la provincia de Quebec, Canadá) que realizó un «trasplante» de las *class actions* estadounidenses, las cuales adaptó con éxito a las particulares características de su sociedad y de su sistema jurídico, imprimiéndoles, por supuesto, características propias.

2.2. ART. 81 DEL CDC

La acción colectiva es un mecanismo de protección de derechos supraindividuales y aunque no es el único⁵⁶, sí es el más importante, dada su efectividad e implicaciones políticas.

En Brasil, los derechos supraindividuales se encuentran comprendidos en un concepto de mayor amplitud: derechos o intereses colectivos *lato sensu*, el cual se descompone en tres clases: derechos o intereses difusos, colectivos *stricto sensu* e individuales homogéneos.

Resulta conveniente transcribir el art. 81 del CDC⁵⁷:

«Art. 81. — La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente, o a título colectivo.

Parágrafo único. La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

I. Intereses [...] o derechos difusos, así entendidos, para los efectos de este código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho;

II. Intereses o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de éste código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base;

III. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los provenientes de un origen común».

⁵⁶ De la Cruz Ochoa, Ramón: «Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales...», *op. cit.*, pp. 281-282, apunta que en la Constitución de 1934 se contempló la acción popular para la anulación de actos administrativos, y en la Constitución de 1988 se instrumentó el mandado de seguridad colectivo, que es un mecanismo inmediato de protección de derechos fundamentales, subsidiario, accesorio y que no procede en lugar de otros medios de defensa judicial precisamente por su carácter accesorio.

⁵⁷ *Vid. infra*, apéndice, apartado III.

Expondremos conjuntamente las dos primeras categorías, luego la tercera.

2.3. DERECHOS O INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS *STRICTO SENSU*

2.3.1. SUPRAINDIVIDUALIDAD E INDIVISIBILIDAD

Los derechos o intereses difusos y colectivos *stricto sensu* presentan las notas comunes de la supraindividualidad e indivisibilidad (no así los derechos individuales homogéneos), por eso los exponemos conjuntamente. Ambas clases de derechos son supraindividuales porque no son exclusivos de una sola persona (individualmente considerada) sino que trascienden al sujeto y se encuentran diseminados entre todos los miembros del grupo⁵⁸ y ⁵⁹. Con el reconocimiento legal de la «supraindividualidad», el legislador brasileño consagró una nueva categoría de derechos con el fin de evitar errores de interpretación por parte de los tribunales y juristas más conservadores, quienes pudieran pretender aprisionarlos en la exclusiva individualidad del sujeto⁶⁰.

Ahora bien, el concepto de indivisibilidad se relaciona estrechamente con lo anterior, pues como los derechos o intereses supraindividuales se encuentran dispersos entre los miembros del grupo, entre ellos existe una cohesión tan fuerte, que la lesión o satisfacción al derecho o interés de uno solo, implica necesariamente la de los demás. En otras palabras, lo que afecta (positiva o negativamente) a un miembro, forzosamente ha de alcanzar a todo el grupo. La indivisibilidad se refiere pues a que no es posible concebirlos como un agregado de intereses individuales exclusivos, pues no es dable su separación en partes o cuotas individuales atribuibles a cada uno de los miembros. Así, cuando el derecho es indivisible, la protección jurisdiccional no puede, en una misma controversia, otorgarse a unos miembros y negarse a otros⁶¹.

⁵⁸ Generalmente, ese grupo es de menor extensión que la población de un Estado, lo cual dependerá del tipo de derecho o interés supraindividual de que se trate.

⁵⁹ Los derechos supraindividuales, son, según Gidi, Antonio: «Derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos», *op. cit.*, p. 32, «derechos que trascienden la esfera individual, siendo diferentes de cada uno y de la adición de los derechos subjetivos individuales».

⁶⁰ Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *op. cit.*, p. 54.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 54-55.

2.3.2. EXISTENCIA DE ORGANIZACIÓN EN LOS DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS *STRICTO SENSU* Y SU FALTA EN LOS DIFUSOS

Ovalle Favela⁶² recuerda las ideas del jurista italiano Vigoriti, quien afirmaba que, a nivel difuso, faltan los mecanismos de coordinación de las voluntades y el establecimiento de vínculos que puedan dar un carácter unitario a un conjunto de intereses iguales, contrariamente a lo que ocurre en un nivel colectivo, donde existe una organización y, por lo tanto, instrumentos de dirección y de control.

Ovalle Favela⁶³ afirma que la doctrina brasileña recogió la distinción anterior y que, en esa línea de pensamiento, Pellegrini Grinover sostiene que se consideran difusos los intereses que, sin fundarse en un vínculo jurídico, se basan en factores de hecho frecuentemente genéricos y contingentes, accidentales y mutables, tales como habitar en la misma zona, consumir el mismo producto, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, etc., y que son colectivos los intereses que tienen en común los integrantes de una colectividad, sólo si existe un vínculo jurídico entre los componentes del grupo, como ocurre en las sociedades mercantiles, el condominio, la familia, etc.

2.3.3. TITULARIDAD

Los titulares de los derechos difusos son «personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho» (art. 81, fracc. I, del CDC).

Los titulares de los derechos colectivos *stricto sensu* son «un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base» (art. 81, fracc. II, del CDC).

En virtud de que no existe una relación jurídica que vincule a los titulares de los derechos difusos, se afirma que resulta difícil o imposible su identificación, es decir, que son indeterminados e indeterminables⁶⁴. Por el contrario, dada la relación jurídica de base que une a los titulares de los derechos colectivos *stricto sensu* (ya entre sí, ya con la parte contraria) se dice que éstos se encuentran determinados o al

⁶² Ovalle Favela, José: «Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107 (2003), pp. 588-589 (Disponible en <http://juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/107/art/art6.pdf> [Consultado el 26 de septiembre de 2011]).

⁶³ *Ibid.*, pp. 589-590.

⁶⁴ Zaneti Junior, Hermes: «Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos *stricto sensu* y de los derechos individuales homogéneos», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 46-47.

menos son susceptibles de determinación y, por lo tanto, que el grupo tiene una mayor permanencia⁶⁵.

Por último, en los derechos colectivos *stricto sensu* no debe confundirse la relación jurídica de base (previa a la conducta dañina) que une a los miembros del grupo entre sí o que les vincula con la parte contraria, con la relación jurídica que nace con la lesión (derecho a la reparación del daño)⁶⁶.

2.3.4. EJEMPLOS DE TRANSGRESIÓN A DERECHOS O INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS *STRICTO SENSU*

Dos ejemplos de lesiones a derechos difusos: 1) la publicidad de un determinado producto transmitida por televisión, en la cual se le atribuye al producto una cualidad que en realidad no tiene (la circunstancia factual que identifica a los miembros del grupo es simplemente el haber mirado el anuncio); y 2) la contaminación de una bahía causada por los desechos tóxicos emitidos por una fábrica.

En ambos casos, el derecho pertenece, al mismo tiempo, a todos y a nadie en exclusiva. Además, por la naturaleza de los bienes tutelados el derecho es indivisible, ya que ninguna resolución judicial podría conseguir que la publicidad se retirara solamente de algunos aparatos televisores o que cesara la contaminación únicamente respecto de ciertos sujetos.

Ejemplo de transgresión a derechos colectivos *stricto sensu*, que evidencie la existencia de una relación jurídica previa entre los miembros de la colectividad titular del derecho y su contraparte, es el caso de una empresa de seguro médico que se niega a dar tratamiento en el caso de ciertas enfermedades, estando obligada a prestarlo⁶⁷ (la relación jurídica base es el nexo contractual entre la empresa de seguro médico y los asegurados).

⁶⁵ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo: «Comentarios al artículo 1º», *op. cit.*, pp. 25-26.

⁶⁶ Watanabe, Kazuo: «Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 6-7.

⁶⁷ Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *op. cit.*, pp. 59-60.

2.4. DERECHOS O INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

En oposición a las categorías de previo estudio, se encuentran los derechos o intereses individuales homogéneos⁶⁸, mismos que no son supraindividuales ni indivisibles.

Los derechos o intereses individuales homogéneos son una pluralidad de derechos subjetivos (en su concepción clásica). Son individuales, divisibles e indisponibles por terceros y en su defensa cada titular puede formular su propia demanda.

Ovalle Favela⁶⁹ ha expresado, citando a Barbosa Moreira, que los derechos o intereses colectivos son esencialmente colectivos, mientras que los derechos o intereses individuales homogéneos son accidentalmente colectivos.

Por definición, los derechos en estudio provienen de un origen fáctico común: hechos u omisiones causantes de lesiones, daños y perjuicios a un grupo de personas, quienes tienen derecho a la respectiva indemnización por responsabilidad civil subjetiva u objetiva⁷⁰.

2.4.1. TITULARIDAD

A diferencia de los derechos colectivos *stricto sensu* (art. 81, fracc. II, del CDC), en los que el grupo se encuentra unido (entre sí o con la parte contraria) por un nexo jurídico existente con anterioridad al hecho ilícito, en el caso de los derechos individuales homogéneos, el vínculo jurídico existente entre los individuos y la parte contraria surge como consecuencia del hecho o conducta ilícitos⁷¹. En este aspecto, los derechos individuales homogéneos se aproximan a los difusos, ya que, en ambos casos, el vínculo de derecho se produce con posterioridad al hecho o conducta ilícitos.

Entonces, por no existir una relación jurídica (anterior a la generación de los daños) que vincule (ya entre sí, ya con la parte contraria) a los titulares de los derechos individuales homogéneos, y por tratarse de una suma de derechos subjetivos, se dice que sus titulares son indeterminados pero determinables⁷².

Por tratarse de derechos subjetivos en su concepción clásica, su titularidad corresponde a cada una de las víctimas, puesto que éstas resienten una afectación

⁶⁸ Es forzoso hablar en plural ya que no puede existir un solo derecho individual homogéneo, pues dicho concepto, de suyo, es relacional.

⁶⁹ Ovalle Favela, José: *Derechos de los consumidores*, op. cit., p. 151.

⁷⁰ Venturi, Elton: «Comentarios al artículo 1º», op. cit., p. 17.

⁷¹ Watanabe, Kazuo: «Acciones colectivas: cuidados necesarios...», op. cit., p. 7.

⁷² Gidi, Antonio: «Derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos», op. cit., p. 30.

particular en su esfera jurídica y, por lo tanto, se encuentran legitimadas para perseguir en juicio la indemnización correspondiente.

2.4.2. EJEMPLOS DE VIOLACIÓN A DERECHOS O INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

Dos ejemplos de lesiones a derechos individuales homogéneos: 1) cuando varias personas, persuadidas por una publicidad engañosa, compran un producto producido en serie, al que atribuyen una cualidad que en realidad no tiene (retomamos el ejemplo mencionado con ocasión de los derechos difusos, con toda intención de hacer notar que el mismo acto —publicidad engañosa— puede generar, simultáneamente, violación a derechos difusos y a derechos individuales homogéneos), lo que causa daños a los consumidores; y 2) cuando un autobús de pasajeros participa en un accidente de tránsito provocado por la imprudencia de su conductor y, en consecuencia, los pasajeros resultan lesionados o muertos.

En ambos casos, nótese que los derechos a la reparación de los daños pertenecen en exclusiva a cada una de las víctimas o sus sucesores, quienes se encuentran legitimados para formular sus propias demandas individuales, y que la indemnización a una víctima no aprovecha a todo el grupo, lo que pone de relieve que estos derechos no son supraindividuales ni indivisibles.

2.4.3. EL NÚCLEO COMÚN

El art. 81, fracc. III, del CDC, define los derechos individuales homogéneos como los provenientes de un origen común. Ya se dijo que estos derechos no son supraindividuales ni indivisibles, sino que son auténticos derechos subjetivos en su concepción clásica, entonces, conviene abundar en su nota distintiva: el origen común.

Hay que discernir entre la situación vigente con anterioridad a la producción de los daños y las circunstancias en que se encuentran las víctimas una vez acaecido el hecho o conducta ilícitos. En un primer momento, no existen titulares a la reparación de los daños ya que no se han causado éstos y, por lo tanto, no se puede hablar de la formación de un grupo. En este estadio aún no se produce ninguna consecuencia jurídica para nadie. Es hasta un segundo momento, cuando por una «misma causa» se generan daños a varias personas, que se presentan *ipso jure*, entre cada víctima y el agente, los vínculos de derecho.

Cada individuo se encuentra en un concreto estado de hecho contrario a derecho y en aptitud de pedir judicialmente el pago de la indemnización correspondiente. Pero si se observan comparativamente las situaciones particulares de los perjudicados, se aprecia que éstas son muy parecidas entre sí, es decir, que sus

pretensiones tienen causas muy parecidas⁷³. Tenemos así una pluralidad de pretensiones de contenido semejante en contra de un mismo sujeto. Esta pluralidad puede apreciarse en su conjunto, tomando como base la semejanza en la causa de pedir, criterio que el derecho brasileño denominó «origen común».

El origen común es(son) la(s) conducta(s) o hecho(s) imputables al demandado, contrarios al derecho material y que motivan la petición de protección judicial.

Se dice que los derechos individuales homogéneos provienen de la misma causa, porque se originan con motivo de hechos *indistinguibles* entre sí, jurídicamente hablando⁷⁴.

El origen común no exige que la conducta ilícita sea exactamente la misma en cada caso. Por ejemplo, cuando una empresa vende un producto defectuoso producido en serie y con ello se producen daños a una pluralidad de consumidores, las compraventas serán por distintas cantidades y entre diversas personas, en diferentes puntos geográficos, en distintos momentos⁷⁵, etc., pero, en el terreno procesal, es posible identificar todas las pretensiones con base en elementos invariables, tales como la naturaleza de las prestaciones reclamadas y la persona del obligado, que serán los mismos en todos los casos. De esta forma, tenemos que, aunque desde una perspectiva empírica se trate de hechos diferentes en cada caso, como en lo sustancial las situaciones son tan parecidas, es posible aglutinarlas en un núcleo homogéneo, común o unitario, repulsivo de las peculiaridades de cada caso particular. Ese núcleo común es el objeto del proceso colectivo.

Tomando como referencia el concepto tradicional de derecho personal (obligación), Albino Zavaski⁷⁶ enlista los elementos que cualquier sentencia o título extrajudicial, debe necesariamente contener para que la obligación pueda hacerse efectiva, a saber:

- a) Existencia jurídica de la obligación (*an debeat*);
- b) Identidad del acreedor (*cui debeat*);
- c) Identidad del deudor (*quis debeat*);
- d) Naturaleza de la prestación (*quid debeat*); y

⁷³ Ovalle Favela, José: *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 167, explica que la causa de pedir (*causa petendi*) es el fundamento de la pretensión, es decir, el estado de hecho contrario a una norma jurídica o el estado de incertidumbre respecto de una situación jurídica.

⁷⁴ Albino Zavaski, Teori: «Introducción», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, pp. 233-234.

⁷⁵ Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, p. 61.

⁷⁶ Albino Zavaski, Teori: «Introducción», op. cit., p. 234.

e) Cantidad debida (*quantum debeatur*).

El autor en cita, refiere que, en tratándose de derechos individuales homogéneos, las relaciones jurídicas sólo tienen en común los elementos mencionados en los incisos a), c) y d), mismos que integran el «núcleo de homogeneidad». Los restantes incisos b) y e), son diferentes para cada situación individual.

Por otra parte, no todos los derechos provenientes de un mismo origen son susceptibles de conformar un núcleo común. Veamos.

El nexo causal entre la conducta (o el hecho) y los daños, puede ser muy evidente en unos casos y en otros no tanto. Es muy obvio en el caso de los daños y lesiones producidos en una explosión, pero no lo es tanto en los daños a la salud atribuidos a un producto potencialmente nocivo, pues, pudiera ser que las condiciones físicas de algunas personas hayan sido determinantes para su producción o que se deban al uso inapropiado del producto. En este último ejemplo, además de la cuestión relativa a la causalidad, puede que, en la conflictiva global, la dimensión colectiva no prevalezca sobre la individual, es decir, que las diferencias entre las situaciones de las víctimas sean tan marcadas, que no pueda conformarse un núcleo común y, por lo tanto, no sea adecuado su tratamiento procesal conjunto. No obstante, la legislación brasileña no repara en la cuestión de la conveniencia del tratamiento colectivo de aquellos derechos que, aun proviniendo de un origen común, difícilmente pueden conformar un núcleo unitario⁷⁷.

2.5. ALGUNAS REFLEXIONES RESPECTO DE LAS DEFINICIONES PREVISTAS EN EL ART. 81 DEL CDC

2.5.1. LA FÓRMULA «DERECHOS O INTERESES»

Una vez explicados los conceptos legales de los derechos o intereses difusos y colectivos *stricto sensu*, resulta conveniente abordar la discusión relativa a su caracterización como derechos, intereses o ambos. En la legislación brasileña (art. 81 del CDC) los términos «derechos» e «intereses» se emplean como sinónimos. Esto obedece a que la doctrina italiana (de fuerte influencia en Brasil por lo que hace a esta materia) denominó los referidos derechos como «*interesse legítimo*»⁷⁸, debido a la imposibilidad de comprenderlos en el concepto ortodoxo de derecho subjetivo, principalmente por tres razones: 1) su titularidad no puede atribuirse particular y exclusivamente a un sujeto; 2) la ley no otorga a sus titulares la posibilidad de exigir coercitivamente a otro su realización; y 3) su carácter extrapatrimonial, no permite

⁷⁷ Kazuo, Watanabe: «Acciones colectivas: cuidados necesarios...», *op. cit.*, pp. 9-10.

⁷⁸ Zaneti Junior, Hermes: «Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos...», *op. cit.*, p. 52.

conferir un crédito económico al individuo o grupo⁷⁹. Entonces, por esta dificultad histórica se empleó la fórmula «derechos o intereses» en el art. 81 del CDC.

Zaneti Junior⁸⁰ atribuye a Watanabe el final de la discusión relativa a si las situaciones supraindividuales son derechos, intereses o ambos, con el argumento de que en la norma brasileña, los términos «derechos» e «intereses» son utilizados como sinónimos y, desde el momento de su reconocimiento legal ambos tienen el mismo estatus, por lo que no existen razones prácticas ni teóricas para buscar diferencias ontológicas entre dichos conceptos.

En efecto, pasa a segundo término la tarea de realizar una aguda distinción entre los conceptos de derecho e interés, cuando lo importante es que, aunque diferentes, ambos se refieren a situaciones legalmente protegidas y merecedoras de tutela judicial que puede ser instada a través del derecho de acción⁸¹. Entonces, como pueden válidamente denominarse de ambas formas, en lo futuro nos referiremos a los derechos o intereses difusos y colectivos *stricto sensu* sólo como «derechos», sin perjuicio de denominarles «intereses» en ocasiones.

Por último, nótese la indebida denominación contenida en el art. 81, fracc. III, del CDC, donde se califican los derechos individuales homogéneos como «derechos o intereses», pasando por alto que la problemática terminológica concierne únicamente a las otras categorías.

2.5.2. LOS DERECHOS DIFUSOS

2.5.2.1. LOS DERECHOS DIFUSOS NO SON UNA SUMA DE DERECHOS SUBJETIVOS

Los derechos difusos no son una simple colección de derechos subjetivos, porque aunque unos y otros pertenecen al mismo género próximo: derechos, presentan sendas diferencias específicas, mismas que expondremos enseguida:

1) El derecho subjetivo y los derechos difusos pertenecen al individuo, pero considerado en una dimensión distinta: aisladamente en el primer caso y como integrante de un grupo en el segundo.

⁷⁹ Cfr. Mafra Leal, Márcio Flávio: «Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, p. 40.

⁸⁰ Zaneti Junior, Hermes: «Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos...», *op. cit.*, p. 57.

⁸¹ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo: «Comentarios al artículo 1º», *op. cit.*, pp. 20-21.

2) El derecho subjetivo es estrictamente individual, dado que su titular se encuentra en la única posición de ventaja frente al obligado y el señorío de su voluntad apenas se encuentra limitado por la ley, al igual que el aprovechamiento absoluto del bien (como sucede en el derecho de propiedad, que comprende el *jus utendi*, *jus fruendi* y *jus abutendi*)⁸².

En cambio, los derechos difusos son supraindividuales, es decir, los titulares son siempre varios porque el legislador les ha concebido en una dimensión social. No puede haber una sola situación de ventaja, sino que son siempre múltiples y análogas las situaciones de ventaja en que se encuentran sus titulares, mismos que persiguen un mismo fin⁸³.

3) Como afirma Gutiérrez de Cabiedes⁸⁴, su distinta dimensión (estrictamente individual en el derecho subjetivo e individual con relación a un grupo en los derechos supraindividuales) los hace revestir distinta relevancia.

4) En el derecho subjetivo la conducta debida interesa solamente a su titular. En los derechos difusos, el bien jurídico indivisible necesariamente interesa a varias personas⁸⁵.

2.5.2.2. CRÍTICA AL CONCEPTO DE INDIVISIBILIDAD

Estimamos que es cuestionable el concepto de indivisibilidad elaborado en Brasil.

En Brasil, tanto en la doctrina como en la ley, se dice que los intereses difusos son de naturaleza indivisible. Esa cualidad se predica, indistintamente, del objeto del proceso (derecho material), del derecho de acción y de la pretensión. Gutiérrez de Cabiedes advierte, en nuestra opinión, acertadamente, que lo anterior es erróneo. Explica que el interés supraindividual «si bien refleja una situación o aspiración *común*, esto es, *compartida* por un grupo de sujetos con relación a un mismo bien, está constituido en realidad por un conjunto de situaciones jurídico-subjetivas, cada una de las cuales es *personal*, referible a sujetos concretos. Cada una de ellas tiene su personal interés, una afección en su esfera jurídica protegida, por lo cual se les atribuye legitimación personal para demandar en defensa y tutela del mismo [...] cualquier interesado puede pretender la tutela de su interés —su necesidad sobre ese

⁸² En el mismo sentido Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., pp. 46-48.

⁸³ Este concepto de transindividualidad, difiere del concepto elaborado por la doctrina dominante en Brasil. Vid. *supra* apartado 2.3.1.

⁸⁴ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., pp. 79-80.

⁸⁵ Desde luego que, en ambos casos, existe un interés general (encomendado al Estado) en el respeto al orden jurídico (que protege tanto intereses jurídicos como difusos).

bien— estando legitimado para ello»⁸⁶, y agrega que «sería necesario matizar que la indivisibilidad habría de predicarse, en todo caso, del bien jurídico que tienen por objeto las necesidades de los sujetos, no del interés (situación o relación jurídica) de éstos, ni de sus acciones o pretensiones de tutela, que son divisibles en la titularidad»⁸⁷.

En efecto, es el bien jurídico objeto de los intereses difusos (ambiente, información veraz, cultura, etc.) el que es indivisible, en el sentido de que basta que se impida (o ponga en peligro) su disfrute a un integrante del grupo para que *ipso facto* se obstruya también su goce a los demás miembros. En otras palabras, el bien jurídico es indivisible porque la realización del interés de uno, implica necesariamente la satisfacción de los intereses de los demás. Así, la conducta o hecho ilícitos afectará por igual a todos los miembros del grupo y, en consecuencia, cada uno tendrá interés en remover los obstáculos que le impidan gozar del bien, entonces, habrá tantas posiciones de ventaja o situaciones jurídicas como miembros del grupo existan⁸⁸. Ahora bien, cierto es que, de resultar conveniente, las situaciones jurídicas pueden agruparse, pero no por eso dejan de ser individuales.

La indivisibilidad no se presenta en el caso de los derechos subjetivos.

2.5.2.3. TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DIFUSOS

Desde luego que los apuntamientos anteriores pugnan con un sector importante de la doctrina brasileña. Veamos brevemente las ideas de Gidi.

Gidi⁸⁹ afirma que es técnicamente incorrecto atribuir derechos a «personas indeterminadas» como lo hace la fracc. I, del art. 81, del CDC y prefiere la redacción de la fracc. II del mismo artículo, que imputa los derechos directamente al grupo o categoría. Opina que en los derechos difusos el titular se encuentra perfectamente determinado y también en los otros tipos, a saber: la comunidad en los derechos difusos, la colectividad en los derechos colectivos *stricto sensu* y la colectividad de víctimas indivisiblemente consideradas en los derechos individuales homogéneos. Lo indeterminado o determinable, según él, sólo puede predicarse respecto de las personas que componen el grupo. El autor en cita concluye que la insuficiencia del concepto clásico del derecho subjetivo para comprender a los novedosos derechos, no impide que éstos adquieran el estatus de derechos subjetivos⁹⁰. Así, a su entender, existen derechos subjetivos difusos, derechos subjetivos colectivos y derechos

⁸⁶ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo: «Comentarios al artículo 1º», *op. cit.*, pp. 24-25.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 25, nota 32.

⁸⁸ Por supuesto que habrá personas a las que no les importe vencer la situación contraria a derecho, pero aún en esos casos, la posibilidad legal existe y su eventual interés encontrará cabida en la ley.

⁸⁹ Cfr. Gidi, Antonio: «Derechos, difusos, colectivos e individuales homogéneos», *op. cit.*, p. 30.

⁹⁰ En el mismo sentido, Bermúdez Muñoz, Martín: «Introducción», en Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, pp. 242-243.

subjetivos individuales homogéneos, cuyos únicos titulares son una comunidad, una colectividad y una comunidad de víctimas indivisiblemente consideradas, respectivamente. Por último, Gidi estima que en estas relaciones jurídicas una no persona es titular (sujeto de derecho) de derechos, lo que dice parece romper con la tradición jurídica.

No concordamos con el pensamiento de Gidi.

Los derechos difusos no son una sola situación de ventaja o relación jurídica cuyo polo activo se constituya por una comunidad de perjudicados, entendida como una entidad distinta a la de sus miembros, pues, si así fuera, por esa sola circunstancia la comunidad sería persona, jurídicamente hablando, es decir, sería un centro de imputación de derechos. El concepto jurídico de «persona»⁹¹ no se identifica necesariamente con el término «hombre». Entonces, es inexacta la afirmación de que una no persona pueda ser titular de derechos (difusos, colectivos *stricto sensu*, individuales homogéneos o de cualquier clase), pues todo ente capaz de figurar en una relación jurídica, es persona.

Además, Gidi se equivoca en abstraer los componentes de lo compuesto⁹², pues los términos «comunidad», «colectividad», «grupo» y demás expresiones equivalentes, denotan la idea de «conjunto», que significa el «Agregado de varias personas o cosas»⁹³. Sostener que los derechos difusos pertenecen a la comunidad, entendida como una entidad autónoma a sus miembros, equivale a tratar de definir el concepto «conjunto» sin hacer referencia a los elementos que lo componen, a explicar un agregado humano olvidándose de sus integrantes, a apartarse de la noción de que los derechos supraindividuales también son derechos humanos.

Por lo que toca a la indeterminación de los titulares de los derechos difusos, opinamos que, efectivamente, en una sociedad masificada es imposible o muy difícil conocer la identidad de todos ellos, pero eso no significa que no existan. Además, para efectos de tutela jurisdiccional, resulta intrascendente determinar quiénes son los concretos titulares de los derechos difusos, pues lo realmente importante es el cese de la conducta prohibida o la observancia de la conducta debida⁹⁴. Por eso, consideramos que es dispensable incluir en la definición de derechos difusos la ausencia de un vínculo jurídico unificador y de organización, características de las que deriva la imposibilidad de identificación de los titulares de estos derechos.

⁹¹ García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, op. cit., p. 271, define a la persona como «todo ente capaz de tener facultades y deberes». Por su parte, Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de derecho civil I. Introducción, personas y familia*, 34ª. ed., Porrúa, México, 2004, p. 75, afirma que persona es «el ente capaz de derechos y obligaciones, es decir, el sujeto que puede ser susceptible de tener facultades y deberes, de intervenir en las relaciones jurídicas, de ejecutar actos jurídicos, en una palabra, el ente capacitado por el derecho para actuar jurídicamente como sujeto activo o pasivo en dichas relaciones».

⁹² Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 12-13, nota 16.

⁹³ Real Academia Española: voz «conjunto», en *Diccionario de la lengua española*, t. I, 21ª. ed., Madrid, 1992, p. 542.

⁹⁴ Cfr. Gidi, Antonio: «Derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos», op. cit., p. 29.

Por lo expuesto, entendemos los derechos difusos como los derechos supraindividuales a gozar de un bien indivisible, cuya titularidad corresponde al individuo como integrante de un grupo de personas.

2.5.3. LOS DERECHOS COLECTIVOS *STRICTO SENSU*

Los derechos colectivos *stricto sensu* son, según la ley, supraindividuales e indivisibles (art. 81, fracc. II, del CDC) y se caracterizan por la existencia de una relación jurídica de base que une a los integrantes del grupo de dos maneras: 1) entre sí, o 2) con la parte contraria.

La cuestión es que la definición de los derechos colectivos *stricto sensu* contenida en el art. 81, fracc. II, del CDC, encierra una contradicción lógica: tales derechos no pueden ser supraindividuales al mismo tiempo que sus titulares se encuentren unidos entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base, pues es precisamente ese vínculo jurídico, en ambos supuestos, lo que les imprime individualidad. Analicemos separadamente las dos formas de vinculación.

2.5.3.1. UNIÓN ENTRE LOS INTEGRANTES DEL GRUPO POR UNA RELACIÓN JURÍDICA DE BASE

Los ejemplos contenidos en los textos doctrinales consultados para la elaboración del presente trabajo de investigación, son muy escasos en este supuesto. Encontramos los siguientes: los abogados inscritos en la orden de abogados (o cualquier asociación de profesionales)⁹⁵; los miembros de una asociación de clase o accionistas de una misma sociedad⁹⁶; las sociedades mercantiles⁹⁷; el condominio⁹⁸; la familia⁹⁹; y el sindicato¹⁰⁰.

Por su parte, Gidi¹⁰¹ afirma que no encuentra ejemplos de derechos colectivos *stricto sensu* cuyos titulares se encuentren vinculados entre sí por una relación jurídica de base, porque en ese supuesto, dice, el derecho es individual de la colectividad, es decir, el derecho es propio de la persona jurídica que agrega a los interesados.

⁹⁵ Zaneti Junior Hermes: «Derechos colectivos *lato sensu*: la definición conceptual de los derechos difusos...», *op. cit.*, p. 47.

⁹⁶ Watanabe Kazuo: «Acciones colectivas: cuidados necesarios...», *op. cit.*, p. 8.

⁹⁷ Ovalle Favela, José: «Acciones populares...», *op. cit.*, p. 589, cita los ejemplos expuestos por Pellegrini Grinover.

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Idem.*

¹⁰⁰ *Idem.*

¹⁰¹ Gidi, Antonio: «Derechos, difusos, colectivos e individuales homogéneos», *op. cit.*, pp. 34-35.

En efecto, las asociaciones de profesionales, las sociedades y el sindicato son entes con personalidad jurídica propia, titulares de sus propios derechos que no deben confundirse con los de sus miembros) que ejercitan a través de las personas físicas que los representan (consejo de administración, secretario general, directiva, etc.). En estos casos no podemos hablar de derechos supraindividuales, sino de derechos individuales propios de la persona jurídico-colectiva correspondiente. De ahí que los casos mencionados no constituyan derechos colectivos *stricto sensu* donde los integrantes del grupo se encuentren unidos entre sí por una relación jurídica de base, por faltar un elemento de definición: la supraindividualidad.

Por lo que concierne al condominio, éste no es una persona jurídico-colectiva sino un régimen jurídico de copropiedad forzosa¹⁰². Para la administración de la cosa común, la asamblea general de condóminos debe nombrar un administrador, quien será el representante legal de los condóminos en todos los asuntos comunes relacionados con el condominio¹⁰³. Los derechos de los condóminos sobre las cosas comunes, se ejercen, no directamente por ellos sino a través del administrador, es decir, el administrador es el representante legal de los condóminos. Entonces, los condóminos no se encuentran unidos entre sí por una relación jurídica de base, como lo exige el art. 81, fracc. II, del CDC.

Además, el legislador no concibe a los condóminos en una dimensión social, sino individual, pues sus derechos de propiedad los ejercen, proporcionalmente (parte alícuota) sobre los mismos bienes que no admiten división.

Como es palpable, el condominio tampoco ejemplifica derechos colectivos *stricto sensu*, por faltar al menos dos elementos de definición: la relación jurídica de base que vincule entre sí a los integrantes del grupo y la supraindividualidad.

Ahora bien, por lo que se refiere a la familia, ésta es una agrupación de personas unidas por el parentesco, cuya unidad tiene fuertes implicaciones en el campo de la sociología por ser el fundamento de ciertos lazos de solidaridad¹⁰⁴. Sin embargo, la familia como tal no es persona jurídica. Luego, tampoco encontramos en la familia un ejemplo de derechos colectivos *stricto sensu*.

En conclusión, cuando los integrantes del grupo se encuentran unidos entre sí por una relación jurídica de base, falta la supraindividualidad (elemento de definición) y por tal motivo no se presentan todos los elementos contenidos en la

¹⁰² Siguiendo a Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de Derecho Civil II. Bienes, derechos reales y sucesiones* (actualizado por Adriana Rojina García), 38ª. ed., Porrúa, México, 2006, pp. 116-122, el condominio es la copropiedad forzosa que varios sujetos ejercen sobre los mismos bienes, como sucede cuando los diferentes pisos de un edificio pertenecen en propiedad a distintos sujetos, pues aunque cada uno sea dueño de un piso, todos son conductores de las cosas comunes (entrada, escaleras, patios, cimientos, etc.), es decir, habrá un condominio de las cosas comunes en el edificio.

¹⁰³ Art. 1025 del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

¹⁰⁴ Galindo Garfias, Ignacio: voz «familia», en (VV. AA.), *Diccionario jurídico mexicano*, ed. histórica, Porrúa, México, 2009, pp. 1675-1677.

definición de derechos colectivos *stricto sensu* prevista en el art. 81, fracc. II, del CDC.

2.5.3.2. UNIÓN ENTRE LOS INTEGRANTES DEL GRUPO Y LA PARTE CONTRARIA POR UNA RELACIÓN JURÍDICA DE BASE

Analicemos dos ejemplos: 1) cuando un banco cobra honorarios ilegales a sus clientes¹⁰⁵, y 2) cuando una empresa de seguro médico se niega a dar tratamiento en el caso de ciertas enfermedades, estando obligada a prestarlo¹⁰⁶.

Gidi¹⁰⁷ hace notar que es posible que el banco cobre honorarios ilegales sólo a ciertos clientes o que la empresa de seguro médico niegue el tratamiento únicamente a algunos asegurados. En ambos casos, la lesión a un miembro del grupo no se traduce en la lesión a todos. Los perjudicados podrán vindicar sus derechos a través de demandas individuales y obtener, eventualmente, sentencias favorables. De ser así, las violaciones cesarían por lo que toca a los vencedores en juicio, pero nada asegura que lo mismo suceda a los que no fueron parte en el juicio, es decir, a los perjudicados que no promovieron un juicio. Entonces, la realización de los intereses de algunos no implica, necesariamente, la satisfacción de los intereses de los demás miembros del grupo, lo que demuestra que en estos casos no existe indivisibilidad.

Siguiendo con los ejemplos mencionados, centremos la atención en dos cuestiones relevantes: a) entre el banco y los clientes hay tantas relaciones jurídicas sustantivas (contratos) como clientes existan, y b) el banco ha cometido conductas ilícitas (cobros indebidos) en perjuicio de sus clientes, por lo que cada uno se encuentra en un concreto estado de hecho contrario a derecho y en aptitud de pedir un proveimiento judicial que remedie su situación. Entonces, si todos los clientes acuden a los tribunales, tendremos una pluralidad de pretensiones de contenido semejante en contra de un mismo sujeto. La causa de pedir será muy parecida en cada caso o, empleando la terminología del derecho brasileño, tendremos una pluralidad de derechos individuales provenientes de un origen común¹⁰⁸. Aquí, la óptica plural o de conjunto de los derechos no se debe a la naturaleza indivisible del bien ni a la

¹⁰⁵ Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, op. cit., p. 59.

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 60.

¹⁰⁸ La naturaleza individual de los derechos subjetivos de los usuarios de servicios financieros no se altera por la circunstancia de que un organismo público descentralizado promueva su defensa en el procedimiento colectivo (art. 11, fracc. V bis, de la LPDUSF), pues, en virtud de un apoderamiento escrito, dicha entidad acude al juicio colectivo a defender los derechos de los primeros (art. 594, párr. segundo, del CFPC) y la sentencia sólo afecta a las partes del juicio. Téngase presente que es posible deducir derechos individuales en el procedimiento colectivo, no por la supraindividualidad de los mismos, sino gracias una ficción jurídica, consistente en hacer como si los derechos subjetivos fueran auténticos derechos supraindividuales, para así poder abordar la vía colectiva. En este sentido expresa Gidi, *ídem.*, que «La indivisibilidad de los derechos colectivos deriva solamente de la autorización legal de tratar la controversia colectivamente».

dimensión social en que se perciba a los titulares, sino únicamente a la simple conveniencia procesal de agrupar las pretensiones gracias a la semejanza en la causa de pedir (origen común). Entonces, los derechos de los clientes no son supraindividuales (la misma argumentación vale para el caso de la empresa de seguro médico).

Así, cuando los integrantes del grupo se encuentran ligados con la parte contraria por una relación jurídica de base, falta, en la mayoría de los casos la indivisibilidad¹⁰⁹ y siempre la supraindividualidad (ambos elementos de definición), por lo que en la hipótesis que se analiza tampoco es posible reunir todos los elementos de la definición de derechos colectivos *stricto sensu* contenida en el art. 81, fracc. II, del CDC.

2.5.3.3. IMPOSIBILIDAD DE REUNIR TODOS LOS ELEMENTOS DE LA DEFINICIÓN LEGAL DE DERECHOS COLECTIVOS *STRICTO SENSU*

Luego del estudio de las dos formas en que se presenta la relación jurídica de base en los derechos colectivos *stricto sensu*, podemos afirmar que dicha relación es la que imprime individualidad a tales derechos.

En el primer supuesto estudiado —vinculación de los miembros del grupo entre sí— los derechos son imputables a la persona jurídica que agrega a los interesados, es decir, son derechos individuales de la persona jurídico-colectiva. En la segunda hipótesis —vinculación de cada uno de los miembros del grupo con la parte contraria— tenemos derechos individuales homogéneos. En realidad, como ambas hipótesis encierran derechos individuales, faltará siempre al menos un elemento de definición: la supraindividualidad.

¹⁰⁹ Gidi, *ibid.*, pp. 59-60, ofrece un interesante ejemplo que pone de manifiesto la violación a los derechos de varias personas, ligadas con la parte contraria por una relación jurídica de base, donde la controversia involucra un bien auténticamente indivisible, a saber: la disminución en la calidad de la enseñanza impartida en una determinada escuela privada, con el consecuente perjuicio a los alumnos. Ahí, el bien es indivisible porque una misma instrucción no puede ser al mismo tiempo de buena y mala calidad, además de que ninguna resolución judicial podría beneficiar sólo a algunos alumnos. Sin embargo, falta aquí el elemento supraindividualidad. Lo anterior es así, porque, la pluralidad de derechos individuales no se traduce necesariamente en supraindividualidad. Los derechos supraindividuales pertenecen a varias personas, como consecuencia de la indivisibilidad del bien, pero también porque el legislador ha concebido a los titulares en una dimensión social, de ahí que los derechos supraindividuales se denominen DESC. En el ejemplo en comento, cada estudiante ha celebrado un contrato con la escuela y el contrato es fuente de derechos subjetivos. Por otra parte, recordemos que no es posible ubicar a los derechos supraindividuales en el derecho privado ni en el público y, en el particular, nos encontramos en el campo del derecho privado. Sentado lo anterior, podemos afirmar que la pluralidad de derechos subjetivos de los alumnos puede apreciarse como un conjunto, con base en el criterio relativo a su origen común: la abstención por parte de la escuela de brindar educación de calidad. En realidad, el caso que se comenta cae en la categoría de los derechos individuales homogéneos y no en otra.

2.5.4. LOS DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

En el plano sustantivo, estos derechos son una pluralidad de derechos subjetivos, independientes entre sí, cuyos titulares se encuentran en una situación concreta muy semejante.

En el terreno procesal, la semejanza entre las situaciones individuales adquiere mayor relevancia. En principio, nada impide que las controversias individuales se resuelvan de forma atomizada (en juicios separados), pero el legislador advirtió que, por razones de economía procesal, de desigualdad entre las partes (social, económica y cultural), de acceso a la justicia, de disuasión de comportamientos antijurídicos, entre otras, era posible y conveniente resolver, molecular o unitariamente, el núcleo común de los conflictos, es decir, apreciar y decidir conjuntamente y en un mismo procedimiento las cuestiones comunes, en virtud de la semejanza en la causa de pedir.

La naturaleza individual de los derechos en comento no muta por su tratamiento colectivo, pues nunca dejan de ser meros derechos individuales¹¹⁰. Lo que ocurre es que el legislador creó la ficción jurídica consistente en hacer como si fueran colectivos, para posibilitar su defensa a través de la acción colectiva¹¹¹. En este sentido, Gidi¹¹² refiere que «El nuevo concepto de derechos individuales homogéneos sólo refleja la creación de un nuevo instrumento procesal para el tratamiento unitario de los derechos individuales relacionados entre sí en una sola acción: la acción colectiva por daños individuales».

Está claro que por ser derechos subjetivos en su concepción clásica, la titularidad de los derechos individuales homogéneos corresponde a los perjudicados y no a la comunidad de víctimas indivisiblemente consideradas, como Gidi sostiene.

2.5.4.1. LOS DERECHOS COLECTIVOS *STRICTO SENSU* SON DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS

Entre los estudiosos de los novedosos derechos que hemos venido analizando hay pocos consensos. Por ejemplo, no hay acuerdo en cuanto a su denominación ni al número de categorías en las que se dividen. Algunos afirman que son tres categorías, otros que son dos. Nosotros nos inclinamos por esto último. Veamos.

La contraposición fundamental se presenta entre los derechos supraindividuales y los individuales de tratamiento procesal colectivo, de ahí que son dos y no tres las categorías de derechos colectivos *lato sensu*.

¹¹⁰ En el mismo sentido, Venturi, Elton: «Comentarios al artículo 1º», *op. cit.*, p. 18.

¹¹¹ Gidi, Antonio: «Derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos», *op. cit.*, p. 36.

¹¹² Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *op. cit.*, p. 61.

Sin embargo, aun entre los autores que apoyan la tesis anterior no hay coincidencia en cuanto al extremo en el que deben ser ubicados los derechos cuyos titulares se encuentran unidos, ya entre sí, ya con la parte contraria, por una relación jurídica de base (derechos colectivos *stricto sensu*). Al respecto, existen tres posiciones, a saber: 1) los que los ubican junto con los derechos difusos; 2) los que los identifican con los derechos individuales homogéneos; y 3) los que opinan que dichos derechos carecen de toda relevancia porque, dependiendo del caso concreto, pueden ubicarse en uno u otro polo.

La teoría que identifica los derechos difusos y los colectivos *stricto sensu* sostiene que las diferencias existentes entre ambos tipos, relativas a la agregación presente al interior de los grupos y la susceptibilidad de identificación de los titulares, no se refieren a aspectos fundamentales¹¹³, por lo que no existen diferencias ontológicas entre ambos tipos¹¹⁴. Según esta teoría, ambas categorías son esencialmente iguales porque tienen en común la supraindividualidad y la indivisibilidad, lo que justifica su colocación en una misma categoría. Los arts. 1º del CMPCI¹¹⁵ y 580 del CFPC adoptan esta postura¹¹⁶.

Sin embargo, como expusimos en los apartados precedentes, en los derechos colectivos *stricto sensu* falta siempre la supraindividualidad y con frecuencia la indivisibilidad, por lo que es inadmisiblesu identificación con los derechos difusos (primera teoría), ni siquiera dependiendo del caso concreto (tercera teoría).

Los derechos colectivos *stricto sensu* son, al igual que los derechos individuales homogéneos, un conjunto de derechos subjetivos provenientes de un origen común, que gracias a una ficción jurídica pueden ventilarse en el procedimiento colectivo. No existen diferencias esenciales entre ambas categorías y por eso deben comprenderse en una misma¹¹⁷.

¹¹³ Venturi, Elton: «comentarios al artículo 1º», *op. cit.*, p. 16.

¹¹⁴ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo: «comentarios al artículo 1º», *op. cit.*, p. 23.

¹¹⁵ *Vid. infra*, apéndice, apartado V.

¹¹⁶ Aunque con distintas denominaciones, lo mismo ocurre en Colombia, donde la contraposición fundamental se presenta entre los intereses colectivos (dentro de los cuales están comprendidos los intereses difusos y los intereses colectivos *stricto sensu*) y los intereses de grupo (que corresponden a los intereses individuales homogéneos). Los intereses citados se encuentran previstos en el art. 88 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en los diversos 3º y 4º de la Ley 472 del 6 de agosto de 1998. Las normas jurídicas citadas fueron tomadas de http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia_20100810.pdf y http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0472_1998.html [Ambas direcciones consultadas el 26 de septiembre de 2011].

¹¹⁷ *Cfr.* Mafrá Leal, Márcio Flávio: «Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos...», *op. cit.*, pp. 41-42.

CAPÍTULO TERCERO

ALGUNAS APROXIMACIONES AL PROCEDIMIENTO COLECTIVO

3.1. INSUFICIENCIA DEL DERECHO PROCESAL INDIVIDUALISTA EN LOS CASOS DE CONFLICTOS MASIVOS

Podría argumentarse que, para la defensa de derechos individuales homogéneos, resulta innecesaria la articulación de un procedimiento colectivo, en virtud de que el proceso individual tradicional ya ofrece solución a la eventual multiplicidad de conflictos individuales conexos, a través de las figuras del litisconsorcio o de la acumulación de procesos. En principio, cabría meditar acerca de la procedencia de dichas figuras procesales en tratándose de conflictos masivos en los que figuren miles o millones de víctimas dispersas en todo el territorio de un país¹¹⁸ y

¹¹⁸ Veamos la cuestión en México, primero, mediante una aproximación doctrinal y luego a la luz del CFPC. Según Gómez Lara, Cipriano: *Teoría general del proceso*, 10ª ed., 14ª. reimp., Oxford University Press, México, 2012, p. 295, existen tres especies de acumulación procesal: 1) acumulación de partes (litisconsorcio); 2) acumulación de acciones (en realidad, de pretensiones); y 3) acumulación de autos. Aquí sólo interesan la primera y la tercera. Becerra Bautista, José: voz «litisconsorcio», en (VV. AA.), *Diccionario jurídico mexicano*, ed. histórica, Porrúa, México, 2009, p. 2437, define al litisconsorcio como «el litigio en que participan de una misma suerte varias personas». Ovalle Favela, José: *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 275, precisa que hay litisconsorcio voluntario cuando una pluralidad de personas ocupa la posición de parte procesal «por la decisión espontánea de las propias personas de comparecer unidas en el proceso». Por último, Gómez Lara, Cipriano: *Teoría general del proceso*, op. cit., p. 298, explica, citando a Cabanellas, que la acumulación de autos se presenta, entre otras cosas, por la conexidad existente entre dos o más litigios, es decir, cuando hay «interdependencia de dos causas o litigios diversos, pero con el mismo objeto y entre iguales o relacionadas partes», asimismo, apunta que las causas se acumulan en un mismo proceso para evitar sentencias contradictorias. Ahora bien, en el CFPC la cuestión relativa a la acumulación de los procesos individuales ya iniciados no está tan clara. Dispone la primera parte del art. 72 del CFPC que: «Dos o más litigios deben acumularse cuando la decisión de cada uno *exige* la comprobación, la constitución o la modificación de relaciones jurídicas, derivadas, en todo o en parte, del *mismo hecho*, el cual tiene *necesariamente* que comprobarse en todo caso, o *tienden en todo o en parte al mismo efecto*, o cuando, en dos o más juicios, debe resolverse, total o parcialmente, una misma controversia» (las cursivas son nuestras). Pensemos, por ejemplo, en la compra multitudinaria de un fármaco dañino, cuyo uso ha producido lesiones, daños y perjuicios a millones de personas. Cada una de las víctimas enderezará su acción en contra del mismo demandado, pero, en rigor, las controversias particulares no tendrán su génesis exactamente en la misma causa, pues existirán múltiples contratos de compraventa y distintos hechos causarán las lesiones sufridas por cada individuo (lesiones que serán distintas en cada organismo). Sin embargo, surge la duda acerca de la acumulación de procesos, porque las

en que, incluso admitiendo su procedencia, no tendríamos otra cosa que una posibilidad legal impracticable. Veamos.

En principio, al momento de la generación de los daños, resulta difícil conocer la identidad de cada perjudicado, debido a que no hay vinculación jurídica entre los miembros del grupo y carecen de organización, pero, suponiendo que estuvieran todos identificados y que se conocieran entre ellos, en teoría, podría ser que todos los titulares de derechos «conexos» se organizaran y litigaran unidos a través del litisconsorcio voluntario (lo que desde un comienzo impone problemas no menores, tales como la necesidad de que todos firmen la demanda u otorguen representación y la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales que impedirá la concentración de todos los conflictos en un mismo foro), o bien, que se acumularan todos los procesos ya iniciados (acumulación de miles o millones de procesos). En la práctica sería imposible. En una sociedad de masas, como la actual, podemos hablar sin exagerar de miles o millones de víctimas carentes de cualquier tipo de organización y dispersas en un extenso territorio, cuestiones que desafían la viabilidad práctica de las figuras procesales en comento. Así, es evidente que, aunque procedieran, el litisconsorcio y la acumulación de procesos se muestran impotentes para responder con efectividad ante una conflictiva de dimensiones masivas.

3.2. EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO: UNA SOLUCIÓN A LOS CONFLICTOS MASIVOS

El litisconsorcio y la acumulación de procesos suelen ser viables en tratándose de conflictos que involucran un número no tan grande de personas identificadas y siempre que el monto total de las reclamaciones supere o al menos cubra los gastos inherentes al proceso. Sin embargo, debe tenerse presente que el procedimiento colectivo no se implementó pensando en esa clase de conflictos (en los EUA, uno de los prerequisites de procedencia de las acciones colectivas es precisamente la impracticabilidad del litisconsorcio), sino que, entre otras cosas, los procesos colectivos surgen para dar solución a conflictos de masas (miles o millones de víctimas) en los que, en ocasiones, el monto de las reclamaciones individuales es muy pequeño.

La principal finalidad de la defensa colectiva de derechos individuales homogéneos, es hacer efectivo el derecho de acceso a la justicia de aquellas personas que, aun teniendo (o creyendo tener) derechos merecedores de protección

reclamaciones individuales tenderán en todo o en parte al mismo efecto (cobro de daños y perjuicios). Por último, no hay ninguna duda en cuanto a la posibilidad de la defensa de derechos individuales homogéneos a través del litisconsorcio voluntario, pues, aunque el CFPC no hace referencia expresa al litisconsorcio, en el art. 5° de dicho ordenamiento se dice que «Siempre que una parte, dentro de un juicio, esté compuesta de diversas personas, deberá tener una sola representación, para lo cual nombrarán los interesados un representante común». El artículo en comento no distingue si la agregación de personas obedece a cuestiones forzosas o a su simple voluntad.

jurisdiccional, no acuden a juicio por diversos obstáculos, como los económicos¹¹⁹, pues en tratándose de reclamaciones individuales de escasa cuantía, el balance costo-beneficio entre los gastos relativos al proceso individual y el dinero que eventualmente se obtenga, torna inviable la incoación de procesos individuales.

Puesto de otro modo, si una conflictiva global (compuesta de múltiples reclamaciones individuales de pequeñas cantidades de dinero en contra de un mismo demandado) no tiene otra alternativa que presentarse ante la jurisdicción en forma atomizada o separada, debido a que la única vía de acceso a la justicia es el litigio individual, la realidad es que el poder judicial nunca (o sólo en rarísimas ocasiones) conocerá de los conflictos y eso es precisamente lo que se busca superar a través de las acciones colectivas. Pensemos, por ejemplo, en el caso en que una determinada compañía telefónica cobra quince pesos a diez millones de usuarios por una llamada que nunca hicieron. La cuestión es: ¿cuántas personas acudirán a juicio (con todos los gastos que ello implica) a reclamar quince pesos?

No pasa desapercibido que en algunos países, la defensa de los derechos de los consumidores está encomendada a organismos públicos, pero lo cierto es que, con bastante frecuencia, éstos permanecen inactivos ante la problemática social o, en el mejor de los casos, realizan su función tardía e ineficazmente¹²⁰, lo que tampoco resuelve la cuestión¹²¹.

¹¹⁹ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo: «Comentarios al artículo 1º», *op. cit.*, p. 27, expone que, además de los obstáculos de acceso a la justicia de carácter económico, se presentan aquellos de índole psicológico y cultural, tales como la deficiente información o ignorancia sobre los propios derechos, el inasequible lenguaje jurídico, el temor o incertidumbre de ser vencido o de asumir protagonismo, la desconfianza en la efectividad de los resultados, etc.

¹²⁰ Cappelletti, Mauro: «Formaciones sociales e intereses de grupo...», *op. cit.*, pp. 20-21.

¹²¹ En México, la PROFECO es, de conformidad con el art. 20 de la LFPC, el organismo descentralizado encargado de «promover y proteger los derechos e intereses del consumidor y procurar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores». La anterior redacción del art. 26 de la LFPC, establecía que la PROFECO podía ejercitar acciones de grupo en defensa de los derechos de los consumidores, sin necesidad de que éstos le otorgaran mandato, para lo cual, dicho organismo debía analizar la procedencia de la acción de grupo tomando en cuenta la gravedad del caso, el número de reclamaciones o denuncias formuladas por los consumidores en contra del proveedor o proveedores y la afectación general que pudiera causarse a los consumidores en su salud o en su patrimonio. Así, los consumidores carecían de legitimación para ejercitar acciones de grupo, pues su participación se reducía a la formulación de denuncias ante la PROFECO. Se establecía también que la PROFECO podía solicitar al juez el dictado de medidas cautelares a fin de impedir que las conductas de los proveedores ocasionaran daños o perjuicios a los consumidores. La primera fase del procedimiento concluía con la sentencia, la cual era de carácter declarativo y de condena, pues en ella se declaraba que la parte demandada (proveedor o proveedores) había causado daños a los consumidores con motivo de la enajenación de productos o de la prestación de bienes o servicios y se le condenaba a la reparación de los daños. Era hasta la segunda fase en donde, vía incidental, se liquidaba la deuda, pues ahí los interesados debían acreditar su calidad de perjudicados y el monto de los daños y perjuicios sufridos. La PROFECO podía promover el incidente mencionado en representación de los consumidores. El aludido artículo señalaba que el monto de la indemnización no podía ser inferior al 20% del monto de los daños. Ovalle Favela, José: *Derechos de los consumidores*, *op. cit.*, pp. 152-154, en cuanto a la regulación de las acciones de grupo en la LFPC, señaló algunas deficiencias, por ejemplo que no había justificación para reducir la indemnización hasta el 20% del monto de los daños, además de que la LFPC guardaba silencio respecto de importantes puntos relativos al procedimiento, ya que nada decía de los criterios para determinar la pertenencia de un

La forma de superar el obstáculo económico de acceso a la justicia es a través de la articulación de nuevos mecanismos procesales que sean verdaderamente efectivos (los cuales podrían calificarse, inclusive, de revolucionarios¹²², principalmente en lo que se refiere a la legitimación activa y al régimen de la cosa juzgada) y que permitan la defensa molecular o conjunta de los conflictos, de manera tal, que se reduzcan significativamente los costos para los individuos que conforman el grupo, para su contraparte y para el Estado (poder judicial), con ahorro de tiempo y esfuerzos para todos ellos.

Por otra parte, con el procedimiento colectivo, también se pretende la disuasión de prácticas indebidas por parte del Estado, las empresas, los bancos, y demás corporaciones que, sabedoras de que los gobernados, consumidores o usuarios difícilmente acudirán al proceso individual a deducir reclamaciones de pequeña cuantía, abusan de dicha circunstancia y obtienen de cada uno, pequeños beneficios económicos, que multiplicados por miles o millones, se traducen en cuantiosas ganancias ilícitas. Lo anterior cambiaría radicalmente en favor de la legalidad, si los que toman las decisiones capitales en las entidades colectivas antes mencionadas, adquiriesen conciencia de su deber de observar la ley, *so pena* de responder civilmente y en forma masiva por sus actos ilícitos en virtud de una demanda colectiva (con independencia de alguna otra clase de responsabilidad) que podría derivar en una condena millonaria en su contra.

concreto consumidor a la colectividad, de la vía en la cual debía encausarse el juicio, del tipo de sentencia que se podía emitir y tampoco precisaba el alcance de la cosa juzgada. El jurista en cita mencionó también que desde 1977, la PROFECO quedó ubicada bajo el control de la Secretaría de Comercio (actual Secretaría de Economía), lo que compromete su «autonomía». Ovalle Favela, refirió que, por las cuestiones antes señaladas, hasta comienzos de 2008, la PROFECO solamente ejerció una acción de grupo relevante, cuando la LFPC está en vigor desde el 25 de diciembre de 1992. Por la fecha de edición de la obra citada, no se mencionan las relevantes acciones de grupo promovidas por la PROFECO en el año 2008, a través de las cuales demandó a una determinada constructora la reparación de los daños y perjuicios causados a un grupo de personas que habían adquirido viviendas con fallas estructurales. Estos procesos fueron resueltos en amparo directo por la Primera Sala de la SCJN (expedientes 14/2009 y 15/2009) y en sentencia de 26 de mayo de 2010, dictada en el amparo en revisión 14/2009, la Sala resolutoria definió la diferencia entre derechos difusos y colectivos (fojas 73 y 74) estableciendo que la PROFECO se encontraba habilitada para defender intereses difusos y colectivos (foja 74). Resulta interesante el siguiente fragmento de la sentencia: «La finalidad de una figura procesal como la acción de grupo es que una colectividad de personas cuyos derechos son afectados o pueden verse vulnerados por un hecho común, cuenten con una herramienta procesal eficiente para solicitar ante los órganos jurisdiccionales el restablecimiento en el goce de los mismos. La defensa conjunta de tales derechos conlleva beneficios que no se obtendrían si cada uno de los afectados promoviera una acción individual, y permite el acceso a la justicia de un tipo de reclamación que los afectados no siempre tienen la capacidad económica de plantear ante los órganos judiciales estatales» (foja 75). La versión pública de la citada resolución, se encuentra disponible en el sitio <http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/09000140.001.doc> [Consultado el 2 de octubre de 2011]. Las acciones de grupo planteadas por la PROFECO y su resolución por la Primera Sala de la SCJN, constituyen un importante antecedente para la previsión de las acciones colectivas en México. El art. 26 de la LFPC fue reformado por decreto publicado en el DOF el 30 de agosto de 2011 y actualmente dispone que «Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código».

¹²² Cappelletti, Mauro: «Formaciones sociales e intereses de grupo...», *op. cit.*, p. 27.

3.3. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y COSA JUZGADA EN EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO

En tratándose de la defensa de derechos individuales de tratamiento procesal colectivo, el legislador debe definir los límites subjetivos de la cosa juzgada, es decir, debe decidir si los efectos de la sentencia definitiva alcanzarán a toda el grupo (conformado por todas las víctimas) con independencia de su participación (personal o a través de apoderado) en el proceso, o si por el contrario la sentencia debe regir solamente para las partes del juicio. En cuanto a la primera solución, en caso de sentencia desfavorable para el grupo, ¿se violaría la garantía de debido proceso de quienes a pesar de no haber participado en el proceso hayan sido privados de sus derechos en virtud de la sentencia?

Por otra parte, es justo que el titular del derecho (individual o supraindividual) se encuentre legitimado para defenderlo en juicio, pero, desde un enfoque práctico, el actor aisladamente considerado (atomizado) puede resultar un oponente muy débil frente al demandado, pues, en la mayoría de los casos, éste contará con mayores recursos económicos que aquél, lo que seguramente tendrá repercusiones en el resultado del juicio¹²³.

El legislador debe establecer cuidadosamente quiénes estarán legitimados para ejercitar las acciones colectivas (como pudieran ser los órganos de la administración pública centralizada o descentralizada, las personas jurídico-colectivas, los miembros del grupo, entre otros) así como los requisitos que deberán cumplir.

Una mala decisión del legislador podría facilitar colusiones y fraudes. Por ejemplo, si el régimen de la cosa juzgada y la legitimación activa lo permiten, una negociación mercantil que difunde publicidad engañosa podría coludirse con cualquier miembro del grupo de consumidores, a efecto de que éste no oponga resistencia en el juicio y se favorezca así una resolución en el sentido de que dicha publicidad no es engañosa. Luego, una vez que haya causado estado la sentencia, el demandado podría oponer la excepción de cosa juzgada frente a futuras demandas relacionadas con la misma controversia.

Con razón, Venturi¹²⁴ afirma que son dos los problemas capitales en torno al procedimiento colectivo: la legitimación activa y la eficacia de la cosa juzgada.

En el siguiente capítulo estudiaremos el procedimiento colectivo en los EUA, Brasil y México, y, entre otras cosas, veremos las distintas soluciones que en cada país se han dado a las cuestiones comentadas en este apartado.

¹²³ *Ibid.*, pp. 13-14.

¹²⁴ Venturi, Elton: «Comentarios al artículo 2º», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, p. 30, nota 38.

CAPÍTULO CUARTO

LOS PROCEDIMIENTOS COLECTIVOS EN LOS EUA, BRASIL Y MÉXICO, DESDE UNA PERSPECTIVA DE *LEGE LATA*

4.1. LAS *CLASS ACTIONS* EN LOS EUA, ESPECIALMENTE LAS DEL TIPO (b)(3)

4.1.1. CONTEXTO HISTÓRICO

Las *class actions* (acciones colectivas) estadounidenses tienen su origen en la institución inglesa de la *equity* (equidad), según la cual una controversia debe resolverse conforme a la equidad cuando los remedios legales normales no ofrezcan solución justa¹²⁵. En el siglo XVIII, en Inglaterra, los procesos tramitados ante *equity courts* (tribunales de equidad) requerían de la presencia de todos los interesados, pero dicha exigencia tuvo que flexibilizarse en virtud de los problemas de organización derivados de la presencia de un elevado número de personas (lo que además podía conducir a resultados inequitativos o injustos) y las dificultades para su identificación. Por ello, se adoptó el procedimiento de *bill of peace* que permitía a un afectado actuar en nombre de todos los que se encontraban en su misma condición, aunque no hubiese un expreso apoderamiento emanado de la voluntad de las partes o de la ley, quedando todos sometidos a los efectos de la resolución¹²⁶. Este procedimiento constituye el precedente de las *class actions* estadounidenses.

¹²⁵ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., pp. 448-449.

¹²⁶ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011, p. 11.

4.1.2. LA REGLA 23 DE LAS REGLAS FEDERALES DE PROCEDIMIENTOS CIVILES

En los EUA, las *class actions*¹²⁷ se encuentran previstas, en el ámbito federal, en la Rule 23 (Regla 23) de las *Federal Rules of Civil Procedures* (Reglas Federales de Procedimientos Civiles), ordenamiento al que en adelante nos referiremos sintéticamente como Regla 23¹²⁸.

La Regla 23 se compone de ocho apartados señalados con letras minúsculas que van de la (a) a la (h), mismos que se dividen en números progresivos: (1), (2), (3)... , que a su vez se subdividen en letras mayúsculas: (A), (B), (C)...

En general, la Regla 23 se encuentra estructurada de la siguiente forma: (a) prerequisites de la acción colectiva; (b) tipos de acción colectiva; (c) certificación, notificación, fallo, cuestiones, subclases; (d) sustanciación de la acción; (e) acuerdo, desistimiento o transacción; (f) apelación; (g) nombramiento del abogado de la clase; y (h) honorarios del abogado de la clase y gastos no gravables.

En el sistema estadounidense no existe la noción de derecho subjetivo (misma que es base fundamental en la teoría general del derecho de los países de derecho civil), luego, no se distinguen categorías específicas de derechos o acciones, ni existen sujetos particularmente legitimados para plantearlas. Por lo tanto, en el derecho estadounidense no existen los conceptos de derechos difusos, colectivos *stricto sensu* e individuales homogéneos¹²⁹.

4.1.3. BREVE INTRODUCCIÓN A LAS CLASS ACTIONS

La Regla 23(a) establece que uno o más miembros de la clase pueden demandar o ser demandados como partes representativas de la clase (*representative parties*).

¹²⁷ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo: «Comentarios al artículo 2º», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, p. 37, refiere que el término anglosajón «*action*» se asimila al latino de «proceso».

¹²⁸ Creada en 1938 y enmendada en 1966, 1987, 1998, 2003, 2007 y 2009, según información obtenida de <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Civil%20Procedure.pdf> [Consultado el 16 de diciembre de 2011]). López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., pp. 29-37, señala que los Estados de la unión (excepto Virginia y Mississippi) también prevén procedimientos de *class actions* en sus respectivas leyes, los cuales son, en su mayoría, semejantes a los de la Regla 23.

¹²⁹ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003, p. 11.

Por medio de las *class actions*, una persona, a la cual se le denomina parte representativa (puede haber más de una parte representativa), sin contar con ningún apoderamiento, en nombre propio y de todas las personas que se encuentran en una situación semejante a la suya (lo que implica que la parte representativa debe formar parte de la clase), reclama de otro determinada prestación. La sentencia que se dicte en el proceso colectivo (o el acuerdo aprobado por el juez) tendrá efecto vinculante (*binding effect*) para todos los miembros de la clase, independientemente de si la sentencia es favorable o adversa a sus intereses (*whether favorable or not*) (Regla 23(c)(3)), excepto para aquellos miembros que expresamente se hayan excluido de la clase (*right to opt out*)¹³⁰, cuando ello es posible, lo que dependerá del tipo de *class action* de que se trate.

La Regla 23(a) también contempla la posibilidad de que la *class action* se enderece en contra de la clase, es decir, que la clase sea demandada a través de uno o varios de sus representantes (*defendant class action*)¹³¹.

La contraparte de la clase (*adversary*) puede ser un particular o las autoridades del Estado.

La Regla 23 es muy breve y en ella se emplean fórmulas abiertas e indeterminadas que el juzgador debe aplicar a discreción en cada caso concreto (por ejemplo, la Regla 23(c)(2)(B) dispone que, respecto de determinados actos, el juez dirigirá a los miembros del grupo la mejor notificación posible, dadas las circunstancias). Como veremos más adelante, el juez tiene una fuerte intervención en los procesos colectivos y un amplio poder discrecional.

4.1.4. FINES DE LAS CLASS ACTIONS

Los fines últimos de las *class actions* son¹³²:

a) Lograr la efectividad del cumplimiento del derecho (*enforcement*)¹³³, la disuasión de comportamientos antijurídicos (*deterrence*) y la evitación del enriquecimiento ilegítimo (*disgorgement*)¹³⁴.

b) Establecer el equilibrio que extrajudicialmente las partes no tienen, debido, principalmente, al riesgo efectivo que pesa sobre la contraparte de la clase de

¹³⁰ *Ibid.*, pp. 19-20.

¹³¹ A manera de ejemplo, Gidi, *ibid.*, pp. 3 y 12-13, afirma que el dueño de una patente puede demandar colectivamente a los que violan su derecho.

¹³² *Ibid.*, pp. 1-2.

¹³³ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, p. 127.

¹³⁴ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op. cit.*, p. 475.

responder en forma masiva por sus actos ilícitos, pues la clase se integra por todos los afectados¹³⁵.

Lo anterior no ocurre en el juicio individual, donde el actor, aisladamente considerado (o atomizado), es un oponente muy débil frente al demandado, pues en la mayoría de los casos, éste contará con mayores recursos económicos que aquél, lo que habrá de repercutir en el resultado del juicio.

c) Generar ahorros. Al decidirse en un único proceso una multiplicidad de controversias como si fueran una sola, se evitan gastos de dinero y de tiempo a los miembros de la clase, a su contraparte y al poder judicial.

d) Permitir el acceso a la justicia. Con las *class actions* se busca acercar la justicia del Estado a aquellas personas que ignoran su derecho y a quienes, pese a resentir un acto ilícito, normalmente no proceden judicialmente en razón del minúsculo incentivo que representa la expectativa de obtener una pequeña cantidad de dinero, frente a los altos costos del proceso (nos referimos a las *class actions* en las que se deducen reclamaciones individuales de poca cuantía económica).

4.1.5. EL ABOGADO DE LA CLASE

En un principio, la parte representativa es la que promueve la demanda, pero una vez que el juez nombra al abogado de la clase (*class counsel*), es éste y no aquélla quien tiene a su cargo la defensa de los intereses de la clase y la llevanza del proceso¹³⁶.

El abogado de la clase, generalmente, financia los gastos inherentes al proceso a manera de inversión¹³⁷, con miras a obtener, en caso de éxito, una elevada remuneración por sus servicios¹³⁸.

Los honorarios del abogado de la clase no son acordados entre abogado y cliente¹³⁹, sino que, en principio, serán fijados por el juez al final del procedimiento.

¹³⁵ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *ibid.*, pp. 474-475, menciona que la contraparte del grupo no solamente corre el riesgo de ser condenada a la reparación de los daños causados y a devolver las ganancias ilícitas, sino también, al pago de altas compensaciones de carácter punitivo (*punitive damages*) y disuasorio (*deterrence*), así como al pago de daños morales (*damages for pain and suffering*), además de la afectación que su buena fama y prestigio pudieran sufrir derivado del pleito.

¹³⁶ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 51.

¹³⁷ Dispone la Regla 23(h) que el tribunal podrá conceder al abogado de la clase un reembolso de los gastos no gravables que estuvieren autorizados por la ley o contemplados en el acuerdo aprobado por el juez, para lo cual, deberá seguirse un procedimiento que contemple la notificación a los miembros de la clase acerca de la solicitud de reembolso, la posibilidad de que éstos impugnen dicha solicitud y la eventual celebración de una audiencia.

¹³⁸ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 52.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 56.

Para la determinación de los honorarios del abogado de la clase suele recurrirse a dos métodos principales¹⁴⁰: el *lodestar* y la fijación de un porcentaje del dinero obtenido para la clase. El primero consiste en establecer como honorarios del abogado de la clase, el producto de la multiplicación de las horas de trabajo del abogado por la cantidad a la que razonablemente se tasa la hora de servicios, de acuerdo a la naturaleza de los mismos, a la experiencia del abogado y al área geográfica de que se trate. El segundo no requiere explicación y basta decir que con dicho método se evita que el abogado de la clase provoque dilaciones innecesarias con la finalidad de acrecentar sus honorarios y, en caso de que el proceso termine por transacción, existen más probabilidades de que el abogado negocie el mejor acuerdo para la clase (pues de ello dependerá la cuantía de sus honorarios).

Cabe subrayar que, con bastante frecuencia, los procesos de *class actions* terminan por transacción¹⁴¹. Entonces, el abogado de la clase se encuentra presto a las negociaciones, pues como es él quien negocia el convenio con la parte contraria, puede conseguir mejores honorarios que los que le serían fijados judicialmente al final del procedimiento. El acuerdo también conviene a la contraparte de la clase porque así puede fijar definitivamente y en un solo proceso la totalidad de su responsabilidad, en lugar de financiar múltiples juicios¹⁴².

El acuerdo debe comprender lo relativo a los honorarios del abogado de la clase y, para su validez, requiere de la aprobación del juez (Regla 23(e))¹⁴³.

El número de interesados —especialmente en tratándose de acciones colectivas que persiguen una condena dineraria— puede llegar a ser muy elevado y la cuantía global del negocio suele ser exorbitante. Entonces, por la importancia de los intereses en juego, se ha despertado la sospecha de que el abogado de la clase puede negociar con su contraria un acuerdo que responda más a sus propios intereses que a los de los miembros de la clase¹⁴⁴. También se ha denunciado que cuando las empresas se encuentran en situaciones de riesgo, son ellas mismas las que buscan a abogados faltos de ética con la finalidad de planear el planteamiento de una acción colectiva en su contra, en el entendido de que, una vez en juicio, se «llegue» a un acuerdo (previamente concertado) conveniente para ambos, es decir, a un convenio que establezca una baja indemnización a las empresas y abultados honorarios para el abogado¹⁴⁵ —con cargo a los recursos destinados a la indemnización para la clase—. Naturalmente, de lo anterior la clase no se beneficia.

Como es palpable, la designación del abogado de la clase es una cuestión sumamente relevante. Por eso el juez, al certificar una acción como colectiva, debe hacer el nombramiento del abogado de la clase (Regla 23(g)(1)) cuidando que el

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴² *Ibid.*, p. 135.

¹⁴³ Hasta antes de la aprobación judicial, el acuerdo es sólo una propuesta de acuerdo.

¹⁴⁴ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 52.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 57.

elegido¹⁴⁶ sea un adecuado representante de la clase, para lo cual, debe tomar en cuenta su experiencia en el manejo de acciones colectivas, su conocimiento de la ley aplicable, el trabajo que hasta el momento ha efectuado en la investigación de las pretensiones a las que podría extenderse la acción colectiva, el tipo de pretensiones reclamadas, sus recursos económicos y otras cuestiones que revelen su capacidad para representar equitativa y adecuadamente los intereses de la clase (Regla 23(g)(1)(A)(i) a (iv)). Generalmente, el nombramiento del abogado de la clase recae en el abogado que asistía a la parte representativa que inicialmente presentó la demanda¹⁴⁷.

Es principio general del derecho estadounidense que cada parte debe absorber sus propios gastos y costas procesales, sin que el vencedor pueda recuperar del perdedor lo erogado por dichos conceptos¹⁴⁸. En las *class actions*, cuando la acción es estimada y se condena al demandado a la constitución de un fondo patrimonial para cubrir las indemnizaciones, los honorarios del abogado se descuentan¹⁴⁹ de dicho fondo (doctrina del *common-fund*).

Por último, es preciso mencionar que el abogado especializado en *class actions*, generalmente está atento a la actividad empresarial y, en cuanto se percata de alguna aparente ilegalidad, encuentra el modo de asistir a algún miembro de la clase, es decir, de valerse de una parte representativa con la intención de lograr la certificación de la acción, ser nombrado abogado de la clase y, después de cubrir los gastos del proceso, recibir al final cuantiosos honorarios por sus servicios¹⁵⁰. En este contexto, se ha dicho que el abogado estadounidense actúa como ministerio público privado (*private attorney general*)¹⁵¹.

4.1.6. LOS PRERREQUISITOS CONTEMPLADOS EN LA REGLA 23(a)

La división (a) de la Regla 23, contempla cuatro prerequisites (*prerequisites*) necesarios para el planteamiento de una *class action*, a saber:

(1) Impracticabilidad del litisconsorcio (*impracticability of joinder*). Para que proceda la *class action*, la práctica del litisconsorcio debe resultar difícil o inviable, lo que puede ocurrir, entre otras cosas, por el gran número y dispersión geográfica de

¹⁴⁶ López Sánchez, Javier: *ibid.*, pp. 52-53, hace notar que, lo complicado de los asuntos o la presencia de varias partes representativas asistidas de sus propios abogados, puede conducir al juez a la designación de un grupo de abogados que representen conjuntamente los intereses de la clase.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 51.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 53.

¹⁴⁹ López Sánchez, Javier: *ibid.*, pp. 55-56, expresa que, cuando la tutela concedida a la clase consiste en la emisión de cupones de descuento aplicables en las nuevas compras que los miembros de la clase hagan al demandado, los honorarios del abogado se calculan sobre un porcentaje del valor nominal de todos los cupones, sean o no utilizados.

¹⁵⁰ *Ibid.*, pp. 51-52.

¹⁵¹ Cappelletti, Mauro: «Formaciones sociales e intereses de grupo...», *op. cit.*, p. 16.

los miembros de la clase, los altos costos o por las especiales características de los integrantes de la clase (estado físico o mental, nivel económico, etc.).

Ahora bien, un elevado número de miembros de la clase no asegura que la *class action* pueda mantenerse¹⁵² en el nivel colectivo (no todas las acciones planteadas inicialmente como colectivas logran continuar como tales conforme avanza el procedimiento), aunque, es evidente que, entre más grande sea la clase, mayor será la dificultad de practicar el litisconsorcio¹⁵³.

(2) Existencia de cuestiones comunes de hecho o de derecho¹⁵⁴ (*commonality*). En el aspecto jurídico o fáctico, las situaciones de los miembros de la clase deben, en lo esencial, presentar notas semejantes, siendo intrascendentes las diferencias en lo accidental, de tal suerte que las cuestiones comunes a los miembros de la clase puedan resolverse como un todo a través de la misma sentencia (o transacción)¹⁵⁵.

Las cuestiones comunes deben buscarse en los fundamentos de las pretensiones que los miembros de la clase podrían haber presentado separadamente. Lo «común» entre las situaciones no implica «identidad»¹⁵⁶.

(3) Tipicidad (*typicality*). Que las concretas pretensiones o defensas propuestas por la parte representativa, respondan realmente a los intereses de la clase, o sea, que sean las típicas que cualquier miembro de la clase esgrimiría¹⁵⁷; y

(4) Representación adecuada (*adequacy of representation*). Que la parte representativa y el abogado de la clase (principalmente este último) sean aptos para realizar en el juicio una vigorosa defensa del interés de la clase, lo cual no podría conseguirse si éstos tuvieran un interés distinto o contrapuesto al de los miembros de la clase¹⁵⁸.

Nótese que los dos primeros prerequisites (impracticabilidad del litisconsorcio y cuestiones comunes de hecho o de derecho) se refieren a la clase, mientras que los dos últimos (tipicidad y representación adecuada), atañen a la parte representativa y al abogado de la clase.

¹⁵² Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 3, pone de manifiesto la relatividad del tamaño de la clase a efectos de la certificación y aporta el dato de que se han llegado a certificar clases integradas por trece, catorce o diecisiete miembros, mientras que grupos de trescientos o trescientos cincuenta personas no han sido certificados.

¹⁵³ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op. cit.*, pp. 451-452.

¹⁵⁴ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 5, subraya que la Regla 23 exige la presencia de cuestiones comunes de hecho o de derecho (*common questions of law or fact*), mas no la de ambas.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 4-5.

¹⁵⁶ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, *op. cit.*, p. 19, nota 5.

¹⁵⁷ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op. cit.*, p. 453.

¹⁵⁸ *Ibid.*, pp. 453-454.

Corresponde al que promovere de la *class action* probar que se colman los anteriores prerequisites, así como las exigencias que se exponen enseguida¹⁵⁹.

4.1.7. TIPOS DE CLASS ACTIONS

Para la certificación de la acción como colectiva, además de satisfacerse los anteriores prerequisites, es necesario que la situación fáctica o jurídica en que se fundamente encuentre cabida en alguna de las hipótesis previstas en la Regla 23(b), subdivisiones (1), (2) o (3).

4.1.7.1. CLASS ACTIONS DE LOS TIPOS (b)(1) Y (b)(2)

En términos generales, las *class actions* del tipo (b)(1) se utilizan para evitar riesgos a los miembros de la clase o a su contraparte y, las del tipo (b)(2), para obtener una tutela declarativa o coercitiva (mandamiento de hacer o no hacer)¹⁶⁰. Estos tipos de *class actions* no son apropiados para solicitar, predominantemente, una condena dineraria, aunque, excepcionalmente así puede ser.

Se conocen como *mandatory class actions* (acciones colectivas obligatorias o necesarias) porque los miembros de la clase no pueden desvincularse de lo que se decida en el procedimiento¹⁶¹.

4.1.7.1.1. CLASS ACTIONS DEL TIPO (b)(1)

Las razones que fundamentan las *class actions* del tipo (b)(1) son las mismas que justifican el litisconsorcio necesario¹⁶² (institución regulada en la Regla 19(a)(1)), a saber: evitar pronunciamientos contradictorios o que puedan afectar los intereses de quienes no han intervenido en el proceso. Así, en este tipo de *class actions* se encausan aquellos negocios que, de no ser por el elevado número de interesados, se conducirían a través del litisconsorcio necesario. Entonces, al no ser posible o práctico que todos los miembros de la clase se apersonen al juicio, se hace necesaria su «actuación» a través de una parte representativa y de un abogado de la clase (quien defiende los intereses de los miembros ausentes sin que exista apoderamiento). Las *class actions* de este tipo constituyen una excepción a la regla del litisconsorcio necesario.

¹⁵⁹ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, pp. 3 y 11.

¹⁶⁰ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, *op. cit.*, p. 26, nota 26.

¹⁶¹ *Ibid.*, pp. 26-27.

¹⁶² *Ibid.*, pp. 65-66.

Los conflictos individuales deben tramitarse a través de las *class actions* del tipo (b)(1), si de permitirse un tratamiento atomizado de la conflictiva, pudieran perjudicarse o ponerse en riesgo los intereses de los miembros de la clase o de su contraparte¹⁶³.

En efecto, procede este tipo de *class action* si de permitirse la formulación separada de acciones por o contra los miembros de la clase, pudieran derivarse resoluciones que:

(A) Impongan a la contraparte de la clase conductas incompatibles respecto de los miembros de la clase (sentencias contradictorias o incoherentes). En este supuesto encuentran cabida las pretensiones de los miembros de la clase frente a un mismo demandado y en relación a una misma cuestión¹⁶⁴. Pongamos por caso las acciones individuales promovidas por los titulares de bonos en contra de la entidad pública que los emitió, para la anulación o inclusión de alguna cláusula de determinación de intereses. Aquí, claro es que, de permitirse las acciones individuales, podrían generarse resoluciones que impongan al demandado modelos de conducta incompatibles respecto de personas que se encuentran en una situación semejante.

(B) Perjudiquen o pongan en peligro los derechos de los demás miembros de la clase (ajenos a los procesos individuales), o bien, que dificulten su defensa. Por ejemplo, en caso de que el fondo disponible para el pago de las indemnizaciones debidas a la clase resulte insuficiente, de permitirse el planteamiento de acciones individuales, los primeros en promoverlas disfrutarían de su indemnización completa y agotarían prematuramente los recursos en perjuicio de los demás miembros¹⁶⁵, estas acciones colectivas se conocen como *limited fund class action*.

4.1.7.1.2. CLASS ACTIONS DEL TIPO (b)(2)

Proceden las *class actions* del tipo (b)(2) cuando el acto ilícito (positivo o negativo), sea cometido por particulares u organismos públicos, afecte uniformemente a la clase y con ello resulte apropiada una sentencia que imponga al demandado el cumplimiento de un deber legal de conducta¹⁶⁶. En última instancia, con estas acciones se busca el cumplimiento de la constitución y de la ley¹⁶⁷.

Las *class actions* del tipo (b)(2) aseguran la efectividad de los derechos fundamentales (*civil rights*)¹⁶⁸. Son útiles, por ejemplo¹⁶⁹, en los casos de

¹⁶³ López Sánchez, Javier: *ibid.*, p. 67, ha destacado que las *class actions* del tipo (b)(1) fueron diseñadas principalmente para la protección del demandado por la clase.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 66.

¹⁶⁵ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 13.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 71.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 76.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 72.

discriminación racial en una escuela, ataques al medio ambiente, violación a los derechos de los presos, etc. Proceden aunque solamente determinados individuos resulten afectados por la conducta ilícita, pues se entiende que la misma tiene repercusión sobre toda la clase¹⁷⁰. Como puede observarse, a través de este tipo de acciones se protegen —en la terminología de los países de derecho civil— auténticos derechos supraindividuales¹⁷¹.

Las *class actions* del tipo (b)(2) también son útiles para combatir actos de competencia desleal¹⁷² y, en algunos casos, la tutela judicial ha llegado a extenderse al punto de comprender, complementariamente, ciertas formas de tutela dineraria¹⁷³. Así, por ejemplo, en el caso *In re Catsfish Antitrust litigation*¹⁷⁴ se logró la certificación de la clase de todos los mayoristas de pez gato en los EUA que, durante el periodo de 1981 a 1990, adquirieron el producto directamente de los distribuidores. En dicho juicio, la clase reclamaba la concertación de un acuerdo de fijación de precios y pretendía la cesación de las conductas apoyadas en dicho acuerdo.

Por último, el tipo de *class actions* en estudio también procede cuando varios sujetos impugnan o solicitan el cumplimiento de una reglamentación administrativa¹⁷⁵. A guisa de ejemplo podemos mencionar el caso *Institutionalized Juveniles in Pennsylvania & Institutions for Mentally Ill and Mentally Retarded v. Secretary of Public Welfare*¹⁷⁶, donde se impugnaron las normas relativas a la

¹⁶⁹ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., p. 456.

¹⁷⁰ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 72.

¹⁷¹ López Sánchez, Javier: *ibid.*, pp. 77-81, comenta que, respecto de los derechos supraindividuales, se ha debatido acerca de la nula necesidad o utilidad de las *class actions*, pues se afirma que basta la acción individual para dar solución a la problemática, como acontece, por ejemplo, en los casos de segregación racial, pues el fallo que estime la acción individual, necesariamente habrá de beneficiar a toda la clase, por tratarse de una pretensión individual con trascendencia supraindividual. El autor en cita anota que, si la acción individual es desestimada, tal decisión no vincula a toda la clase, contrariamente a lo que sucede con la acción colectiva donde la decisión desfavorable a la clase sí obliga a todos los miembros. El referido estudioso afirma que los anteriores argumentos son rechazados por la mayor parte de la doctrina, en virtud de que en el juicio individual, los miembros de la clase afectada no pueden controlar la adecuada representatividad del actor, y porque además, la certificación de la acción como colectiva, permite: a) una actuación indagatoria más amplia por parte del tribunal, al facilitarse la admisibilidad de pruebas provenientes de los miembros que se encuentren en situaciones algo diferentes a la del representante de la clase; b) la facilitación de la ejecución de la decisión por los miembros de la clase; y c) eliminar el riesgo de que el demandado, pese a ser condenado, desacate el fallo uniformemente frente a todos los miembros de la clase (tómese en cuenta que no siempre se deducen auténticos derechos supraindividuales en las *class actions* (b)(2)).

¹⁷² López Sánchez, Javier: *ibid.*, p. 71, hace notar que en los países de derecho civil, las actividades de los particulares en el mercado son controladas por organismos públicos, mientras que en los EUA, dichas prácticas se combaten mediante acciones civiles dirigidas a la obtención de una sentencia de condena a un hacer o no hacer.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 76.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 73.

¹⁷⁵ López Sánchez, Javier: *ibid.*, p. 71, informa que, a falta de un procedimiento jurisdiccional específico para la revisión de las decisiones administrativas, éstas se controvierten a través de los mismos causes procesales que se utilizan para los litigios entre particulares.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 75.

regulación de los trabajos voluntarios de los jóvenes con discapacidad psíquica, enderezándose la *class action* en contra de la clase integrada por todos los directores de los institutos de salud psíquica de Pennsylvania, sujetos a la regulación de la secretaría de salud pública (también demandada).

4.1.7.2. CLASS ACTIONS DEL TIPO (b)(3)

4.1.7.2.1. DIFERENCIAS CON LOS OTROS TIPOS

Las *class actions* del tipo (b)(3) resultan apropiadas cuando la tutela judicial pretendida es de carácter principalmente dinerario, no así los otros tipos¹⁷⁷.

Las *class actions* del tipo (b)(3) son las de mayor relevancia práctica y las más controversiales¹⁷⁸. Han sido calificadas por el Tribunal Supremo de los EUA como la innovación más arriesgada de la reforma de 1966¹⁷⁹. Es precisamente este tipo de *class actions* el que inspiró en Brasil la acción colectiva en defensa de los derechos individuales homogéneos¹⁸⁰.

Las *class actions* del tipo (b)(3) se contraponen marcadamente a las de los tipos (b)(1) y (b)(2) (*mandatory class actions*), pues a través de éstas últimas se defienden intereses íntimamente vinculados ((b)(1)) o se deducen pretensiones de trascendencia supraindividual ((b)(2)), mientras que en las primeras apenas si existe trabazón entre los derechos individuales de los miembros de la clase¹⁸¹.

La acción colectiva (b)(3) para la reparación de los daños individualmente sufridos se conoce como *damage class action*¹⁸².

La distinción fundamental con los otros tipos de *class actions* es que en las del tipo (b)(3), nada impide que cualquier miembro de la clase pueda desincorporarse del colectivo para defender su derecho en un juicio individual y, de ser así, no resultarían afectados los titulares de derechos semejantes ni la contraparte de la clase.

Así, por razones de conveniencia o, más precisamente, de economía procesal, la regla 23(b)(3) dispone que, de presentarse determinadas condiciones (que más

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 67-68 y 74.

¹⁷⁸ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., p. 457.

¹⁷⁹ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 91.

¹⁸⁰ Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, op. cit., pp. 60-64, afirma que la acción colectiva de responsabilidad civil por los daños individualmente causados es la acción típica para la defensa de los derechos individuales homogéneos.

¹⁸¹ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 104.

¹⁸² Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, op. cit., p. 15.

adelante expondremos), todas las situaciones individuales semejantes deben decidirse uniformemente a través de la acción colectiva¹⁸³.

4.1.7.2.2. LA REGLA 23(b)(3)

Como ya vimos, para la procedencia de cualquier tipo de acción colectiva, la Regla 23(a) exige cuatro prerequisites: 1) impracticabilidad del litisconsorcio, 2) cuestiones comunes de hecho o de derecho (*commonality*), 3) tipicidad, y 4) representación adecuada. Para el tipo en estudio, el requisito de la *commonality* se desdobra en otras exigencias de matices muy especiales.

El juez certificará la acción al amparo de la Regla 23(b)(3), si además de cumplirse los cuatro prerequisites anteriores:

«(3) el tribunal considera que hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los miembros de la clase que resultan *predominantes* sobre cualquiera otra cuestión que sólo afecte a los miembros de la clase individualmente, y siempre y cuando la acción de clase se presente como un *método superior* a otros posibles para lograr una decisión equitativa y eficiente de la controversia. Los *aspectos relevantes* para que el tribunal realice tal consideración incluyen: (A) el interés de los miembros de la clase en mantener el control del ejercicio de la acción separadamente o, en su caso, de su defensa; (B) la extensión y naturaleza de cualquier proceso ya iniciado por o contra los miembros de la clase y que guarde relación con la controversia; (C) la conveniencia o inconveniencia de concentrar el enjuiciamiento de las pretensiones en un foro particular; y (D) las probables dificultades en la llevanza de la acción de clase»¹⁸⁴ (Las cursivas son nuestras).

Básicamente, la regla transcrita contiene dos exigencias: 1) la predominancia de las cuestiones de hecho o de derecho comunes a los miembros de la clase (*predominance*), y 2) que la *class action* constituya un método superior a otros posibles (*superiority tests*).

4.1.7.2.3. PREDOMINANCIA DE LAS CUESTIONES DE HECHO O DE DERECHO COMUNES

Las cuestiones comunes (de hecho o de derecho) de los miembros de la clase deben predominar sobre las diferencias¹⁸⁵. Los autores de la enmienda a la Regla 23

¹⁸³ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., pp. 91-93.

¹⁸⁴ Vid. *infra*, apéndice, apartado I.

¹⁸⁵ El prerequisite de la *commonality* se refiere exclusivamente a la existencia de cuestiones comunes y no a su predominancia.

realizada en el año de 1966 señalaron en la nota (exposición de motivos) correspondiente, que pueden encausarse en este tipo de *class actions* las reclamaciones por daños patrimoniales (*damage class actions*) ocasionados por la actuación fraudulenta de una empresa que se vale de publicidad engañosa, porque la cuestión común (actuación fraudulenta de la empresa) reviste predominancia frente a lo heterogéneo (necesidad de cuantificar los daños sufridos por cada uno de los miembros de la clase)¹⁸⁶.

La materia de títulos valores también es apropiada para este tipo de acciones colectivas. Es ilustrativo el caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, donde Eisen, en nombre propio y de todos los operadores de pequeños lotes de acciones en el mercado de valores de Nueva York, demandó a las empresas *Carlisle & Jacquelin* y *DeCoppet & Doremusque* (que acaparaban el 99% de las transacciones de pequeños lotes de acciones) por violaciones a las leyes de *antitrust* y de títulos valores. Eisen solicitaba para sí solamente la cantidad de 70 dólares¹⁸⁷.

Las *class actions* del tipo (b)(3) han sido características en materias de consumo y de títulos valores¹⁸⁸.

Por otra parte, los autores de la reforma de 1966 dejaron claro en la nota correspondiente que, normalmente, las reclamaciones relacionadas con las lesiones ocasionadas a una pluralidad de personas en un accidente (por ejemplo, en una explosión) (*mass accident*) no son susceptibles de conducirse a través de la acción colectiva, porque aunque pudieran existir datos comunes, también podrían presentarse cuestiones relevantes relacionadas con la responsabilidad misma y con la cuantificación del daño, que podrían afectar de distinta forma a cada miembro, lo cual, a su vez, podría influir en las concretas defensas que el demandado pudiera hacer valer frente a cada uno¹⁸⁹. En otras palabras, se estimó que en esos casos podrían presentarse más divergencias que coincidencias entre las situaciones individuales de los miembros de la clase. Lo mismo se dijo respecto de los daños a la salud atribuidos a un producto potencialmente nocivo¹⁹⁰, pues las condiciones físicas de algunas personas pudieran ser determinantes para su producción o deberse al uso inapropiado del producto.

No obstante, lo anterior es historia, pues entre 1977 y 1979 el temor a la congestión y paralización del poder judicial por una exorbitante cantidad de juicios individuales, llevó a los tribunales a admitir la procedencia de las *class actions* (b)(3) para los casos de *mass accidents* o, con un carácter más general, de *mass torts* (daños en masa por responsabilidad civil extracontractual) valiéndose de una reinterpretación del requisito de la predominancia de las cuestiones comunes^{191 y 192}, a saber: en casos

¹⁸⁶ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 92.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 98.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 127.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 92.

¹⁹⁰ Cabrera Acevedo, Lucio: *El amparo colectivo...*, op. cit., p. 24.

¹⁹¹ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., pp. 130-131.

de *mass torts*, para que se considere satisfecho el requisito de la *predominance*, basta que las cuestiones comunes a los miembros de la clase sean *significativas*. Entonces, a partir de esta reinterpretación, la acción colectiva en estudio se «ensanchó» brindando mayor cobertura que cuando fue concebida en 1966¹⁹³.

4.1.7.2.4. LA *CLASS ACTION* (b)(3) COMO MÉTODO SUPERIOR A OTROS POSIBLES

El *joinder* (acumulación de partes o litisconsorcio), la *intervention* (intervención sobrevenida de partes en el proceso¹⁹⁴), la *consolidation of separate cases for common adjudication* (acumulación de procesos por conexidad¹⁹⁵), la tramitación de una de las demandas como *test case* (caso experimental que una vez resuelto supone un precedente judicial de otros casos similares¹⁹⁶), entre otros, constituyen alternativas de solución a las controversias colectivas, de modo que si estos mecanismos pueden ofrecer al caso concreto una decisión más equitativa y eficiente que la que se obtendría con la *class action*, deben preferirse aquéllos mecanismos.

Las tres primeras alternativas (*joinder*, *intervention* y *consolidation of separate cases for common adjudication*) se tornan impracticables cuando el número

¹⁹² López Sánchez, Javier: *ibid.*, pp. 127-132, menciona que, en un principio, los tribunales fueron reacios a certificar acciones colectivas en materia de *mass accidents* o, con un carácter más general, de *mass torts* (daños en masa por responsabilidad civil extracontractual), por considerar insatisfecha la exigencia prevista en la Regla 23(b)(3), relativa a la necesidad de la predominancia de las cuestiones comunes de los miembros, pero debido al temor a una avalancha de demandas de consumidores por responsabilidad del productor o de trabajadores por exposición a sustancias tóxicas —como el amianto o asbesto— orillaron a los tribunales a admitir la procedibilidad de las *class actions* (b)(3) para los casos de *mass torts*. El mencionado jurista refiere un asunto clave en esta evolución: el caso *Agent Orange* (agente naranja) de 1979, donde se logró la certificación de la clase constituida por los veteranos del ejército de los EUA que participaron en la guerra de Vietnam y que resultaron afectados en su salud por la exposición a un herbicida (agente naranja) utilizado por el ejército estadounidense como arma química (la parte demandada estaba constituida por las principales compañías productoras del químico y proveedoras del ejército). Finalmente, el referido autor menciona que esta evolución fue posible gracias a una reinterpretación del requisito del carácter predominante de las cuestiones comunes, según la cual, se entendió que si las cuestiones comunes revisten especial significancia para el asunto y admiten una solución unitaria, entonces no hay obstáculo alguno para su tramitación como acción colectiva, máxime que la letra de la Regla 23 no excluye categóricamente los casos de daños en masa por responsabilidad civil extracontractual.

¹⁹³ López Sánchez, Javier: *ibid.*, p. 137, señala que, en los casos de *mass torts*, el punto reñido del proceso no es tanto la certificación de la clase, sino la negociación del acuerdo para poner fin al mayor número de reclamaciones, de donde deduce que, en este supuesto, el procedimiento de *class actions* se aleja del principio de contradicción para convertirse en la mera sanción de un proceso de negociación.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 19.

¹⁹⁵ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., p. 458.

¹⁹⁶ R. Bossini, Francisco y Gleeson, Mary: voz «*test case*», en *Diccionario bilingüe de terminología jurídica, inglés-español/español-inglés*, 2ª. ed., McGraw-Hill, Madrid, 1998, p. 269.

de miembros de la clase es muy elevado¹⁹⁷. Por lo que toca al *test case*, una vez que se dicta el fallo favorable al actor, los sujetos que se encuentran en una situación semejante a la del promovente deben iniciar su propio juicio, lo que difícilmente ocurre en tratándose de reclamaciones de escasa cuantía. Además, en el *test case* no es posible controlar la adecuada representatividad del actor y la interposición de la demanda no interrumpe la prescripción respecto de los demás miembros de la clase¹⁹⁸.

En cambio, la interposición de la *class action* sí suspende el plazo de prescripción, lo que representa una gran ventaja para la clase, especialmente en los casos de daños a la salud por contaminación o por exposición a sustancias tóxicas (*toxic environmental torts*) donde, generalmente, es hasta después de algunos años que los síntomas se manifiestan y que es factible la determinación científica de la causa¹⁹⁹.

4.1.8. LA ORDEN DE CERTIFICACIÓN

Según la Regla 23(c)(1)(A), planteada la *class action*, el juez, oficiosamente o a petición de parte y en el momento inicial en que sea posible²⁰⁰, debe emitir una orden de certificación (*certification order*) en la que decidirá si certifica la acción como colectiva²⁰¹. Concederá la certificación si considera que se satisfacen los prerequisites contemplados en la Regla 23(a) y si además estima que la controversia colectiva encuentra cabida en alguna de las hipótesis previstas en la Regla 23(b), subdivisiones (1), (2) o (3).

Antes de la certificación, la acción planteada es sólo una acción individual con miras a proyectarse como colectiva. Si la certificación es negada, la acción seguirá teniendo alcances meramente individuales y carecerá de toda relevancia colectiva.

En cambio, si el juez otorga la certificación, la acción se eleva al plano colectivo²⁰², es decir, la pretensión deja de referirse a un sólo miembro para abarcar a toda la clase²⁰³.

¹⁹⁷ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 93.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 94.

¹⁹⁹ *Ibid.*, pp. 133-134.

²⁰⁰ López Sánchez, Javier: *Ibid.*, pp. 23-24, expresa que la orden de certificación debe producirse tempranamente, máxime cuando se hace necesaria la notificación de la acción a los miembros de la clase y que el tribunal debe disponer de tiempo suficiente para emitirla, esto es, antes de dictar la orden de certificación, los tribunales, normalmente ordenan la averiguación preliminar de los hechos a través de la *discovery*.

²⁰¹ López Sánchez, Javier: *ibid.*, p. 23, subraya que en la doctrina y tribunales estadounidenses se habla indistintamente de «certificación de la acción» y «certificación de la clase».

²⁰² Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», op. cit., pp. 16-17.

²⁰³ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 27.

Al momento de emitir la certificación, el juez debe nombrar a un abogado como representante de la clase, de conformidad con el apartado (g) de la Regla en estudio. A partir de ese momento la parte representativa deja de figurar en el proceso²⁰⁴.

La certificación es una decisión crucial, pues, si se concede, el número de sujetos implicados en el proceso y la cuantía global de la controversia se elevan considerablemente y, a partir de entonces, la contraparte de la clase se ve amenazada por el riesgo efectivo de ser condenada a pagar una considerable suma de dinero²⁰⁵.

Así, con la certificación, el poder de negociación del abogado de la clase aumenta y la contraparte de la clase (generalmente dispuesta a evitar los gastos del proceso colectivo y de los juicios individuales que promuevan los miembros que ejerciten el *opt out*) se muestra más accesible a las negociaciones de un acuerdo que ponga fin a la controversia y fije de manera definitiva su responsabilidad²⁰⁶. Como es palpable, con la certificación de la acción se alteran las fuerzas de las partes en el proceso y éste adquiere dimensiones políticas y económicas mayúsculas. Por sus implicaciones, la etapa previa a la emisión de la orden de certificación resulta ser una fase reñidísima²⁰⁷.

Por disposición de la Regla 23(c)(1)(B), el juez, al emitir la orden de certificación, debe: 1) precisar en cuál de los tres tipos certifica la acción²⁰⁸; 2) acotar la extensión de la clase, definiendo nítidamente sus contornos mediante la descripción sus rasgos característicos (en abstracto, pues, normalmente los miembros de la clase no se encuentran identificados)^{209 y 210}; 3) definir las pretensiones, cuestiones o defensas planteadas por la clase²¹¹; y 4) nombrar al abogado de la clase, de conformidad con el apartado (g) de la Regla en estudio.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 51. Por su parte, Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 8, expresa que, luego de la certificación, la parte representativa «desaparece del escenario».

²⁰⁵ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 17.

²⁰⁶ *Idem.*

²⁰⁷ *Idem.*

²⁰⁸ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, *op. cit.*, p. 23.

²⁰⁹ Cfr. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op. cit.*, p. 461.

²¹⁰ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 10, sostiene que el juez puede incluir en la clase, únicamente a aquellos miembros que presenten circunstancias comunes de hecho o de derecho, o bien, de conformidad con la Regla 23(c)(5), puede dividir la clase en subclases, cada una de las cuales será tratada como una clase autónoma. El mismo autor afirma que tal proceder tiene como finalidad la constitución de subclases más homogéneas. Por su parte, López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, *op. cit.*, p. 23, nota 18, menciona que la clase puede dividirse para determinar la caducidad o prescripción de la acción respecto de alguna subclase, o bien, para valorar de forma diferenciada la responsabilidad por negligencia o por producto defectuoso.

²¹¹ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 10, centra su atención en la Regla 23(c)(4) según la cual, una acción, cuando resulte apropiado, puede ser ejercitada o mantenida como acción colectiva con objeto limitado a solamente algunas cuestiones, lo que se conoce como acción colectiva parcial (*issue class action*). El estudioso en mención concluye que las cuestiones comunes se decidirán en el procedimiento colectivo y las individuales se sustanciarán, posteriormente, a través de acciones individuales.

Todos los sujetos cuya situación concreta encuadre en la descripción abstracta de la clase contenida en la certificación, quedarán comprendidos en el grupo²¹² y a pesar de que no participen real y efectivamente en el proceso (aunque existe la posibilidad de que lo hagan), la sentencia les vinculará independientemente de su sentido (Regla 23(c)(3))²¹³. Igualmente les obligará el acuerdo aprobado por el juez.

La certificación de la clase puede solicitarse para el único efecto de alcanzar un acuerdo (*certification for settlement purposes only*). Estas acciones se conocen como *settlement class actions*²¹⁴. La certificación así concedida, permite a la contraparte de la clase conocer el tamaño y composición de la misma y entenderse con quien haya sido nombrado abogado de la clase para negociar un acuerdo. Regularmente, en un primer momento la contraparte de la clase no se opondrá a la certificación dado que el acuerdo es viable, pero, si éste no se logra o no es aprobado por el juez, la certificación será revocada sin perjuicio de que la contraparte de la clase pueda oponerse a la solicitud de una nueva certificación²¹⁵.

La orden de certificación (sea que se conceda o se niegue) es una resolución de naturaleza eminentemente procesal que no prejuzga acerca del mérito de la pretensión²¹⁶, tiene el carácter de resolución interlocutoria²¹⁷ y no es definitiva. El juez puede revocarla o modificarla (Regla 23(c)(1)(C)) durante el procedimiento a la luz de las pruebas y hasta antes de la sentencia final²¹⁸.

La resolución que conceda o niegue la certificación no es impugnabile, sin embargo, los tribunales de apelación gozan de la facultad discrecional de admitir la apelación excepcionalmente²¹⁹, si es que estiman que la cuestión combatida es novedosa o que puede determinar materialmente el resultado del proceso²²⁰. La apelación no suspende el procedimiento salvo que así lo ordene el tribunal de apelación (Regla 23(f)).

²¹² Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., p. 461.

²¹³ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», op. cit., pp. 19-20.

²¹⁴ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 122, informa que también se denominan *settlement class actions* aquellas acciones donde las clases son certificadas si es viable la propuesta de acuerdo, lo que conlleva menos costos, pues a través de una misma notificación pueden comunicarse a la clase tanto la certificación como la propuesta de acuerdo.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 28.

²¹⁶ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», op. cit., p. 16.

²¹⁷ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 24.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 23.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 25.

²²⁰ López Sánchez, Javier: *ibid.*, p. 25, opina que la denegación de la certificación puede determinar el curso del procedimiento, principalmente en los casos de reclamaciones de escasa cuantía, pues, dados los altos costos del proceso, el balance costo-beneficio, generalmente, orillará al actor (quien aspiraba a figurar como parte representativa de la clase) a abandonar el proceso, ya que la acción permanecerá en el nivel individual. El jurista en cita precisa que la no certificación, en estos casos, representa para el proceso una «sentencia de muerte» y señala que dicho argumento se conoce como la doctrina de la sentencia de muerte (*death knell doctrine*) que es usada por los apelantes al buscar la admisión de las impugnaciones.

El procedimiento colectivo es relativamente sencillo a partir de la certificación: siguen dos fases: primero se busca llegar a un acuerdo y, de no lograrse, se sigue el juicio ante jurado²²¹.

4.1.9. PROTECCIÓN DE LOS MIEMBROS AUSENTES

La sentencia desfavorable a la clase perjudica a todos sus miembros, hayan participado o no personalmente en el proceso. Así, habrá quienes no firmaron la demanda, no otorgaron representación, no se enteraron de la existencia del proceso colectivo y, sin embargo, tengan extintos sus derechos por la fuerza vinculante de la sentencia y, por lo tanto, estén imposibilitados para formular sus propias demandas relativas a la materia de la controversia colectiva.

Bajo este contexto, en los EUA se llegó a cuestionar la constitucionalidad de las *class actions*, principalmente porque con su ejercicio podían violarse los derechos constitucionales a un debido proceso (*due process of law*) y a un proceso justo (*fair trial*)²²² de los miembros ausentes. Sin embargo, se estimó que este argumento debía ponderarse con la circunstancia de que exigir la práctica de la notificación personal a miles o quizá millones de personas podría traducirse en la negación de la tutela judicial a los derechos de muchas personas que en conjunto forman una clase, pues, en la mayoría de los casos, resultaría imposible la identificación precisa de todos ellos²²³, además, también debían considerarse los altos recursos económicos, tiempo y esfuerzos que el poder judicial y el abogado de la clase tendrían que emplear en dicho propósito. Además, aunque sea posible la proposición de demandas individuales, éstas difícilmente serán planteadas, entre otras cosas, por el balance costo-beneficio tantas veces aludido. Así, en tratándose de reclamaciones de pequeñas cantidades de dinero, las *class actions* constituyen realmente la única forma de tutela²²⁴. Entonces, de vedarse la posibilidad de las *class actions* en aras del formalismo y de la protección rigorista de los miembros ausentes, la conducta ilícita de la contraparte de la clase quedaría impune.

La solución que se dio a la problemática anterior fue práctica. Se razonó de este modo: si el abogado de la clase está en condiciones de emprender una vigorosa defensa de la clase y asegurar cabalmente la protección de los intereses de los miembros ausentes, éstos pueden válidamente ser vinculados por la sentencia²²⁵ porque el resultado del juicio colectivo será el mismo que el que se obtendría en cada juicio individual. De esta forma, en el proceso colectivo no habrá violación a los derechos a un debido proceso (*due process of law*) y a un proceso justo (*fair trial*) de

²²¹ *Ibid.*, pp. 113 y 122.

²²² Enmiendas V y XIX de 1791 y 1868 a la Constitución de los EUA. *Vid.* Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional...*, *op. cit.*, pp. 462-463.

²²³ Hernández Martínez, María del Pilar: *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, *op. cit.*, p. 128.

²²⁴ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en estados unidos», *op. cit.*, p. 21.

²²⁵ *Ibid.*, p. 6.

los miembros ausentes, porque éstos serán «oídos» y «defendidos» en el proceso colectivo a través del abogado de la clase. Entonces, siguiendo estas ideas, los miembros ausentes no son terceros propiamente hablando²²⁶, sino que son partes, partes ausentes (*abstent class members*)²²⁷ en el proceso colectivo.

Por lo anterior, no es de extrañar que la Regla 23 insista tanto en la adecuada representación de los miembros ausentes y prevea en su favor no pocas protecciones. Veamos las de mayor relevancia.

4.1.9.1. DERECHO A LA EXCLUSIÓN

En las *class actions* del tipo (b)(3), los miembros ausentes pueden optar por «salirse» de la clase (*right to opt out*), es decir, tienen derecho a desincorporarse de la clase en el plazo y la forma que el tribunal indique (Regla 23 (c)(2)(B)(v) y (vi)).

En las *class actions* de los tipos (b)(1) y (b)(2), los miembros ausentes no tienen derecho a la exclusión²²⁸. Recuérdese que con las *class actions* del tipo (b)(1) se pretende evitar los riesgos que las demandas individuales implicarían tanto para los miembros del grupo como para la contraparte de la clase, entonces sería contradictorio permitir la exclusión de los miembros para el planteamiento de demandas individuales²²⁹. Por lo que ve a las *class actions* del tipo (b)(2), en lo concerniente a la tutela de derechos supraindividuales, no tendría sentido permitir la exclusión de los miembros ausentes, porque, de cualquier forma, éstos no pueden sustraerse materialmente a los efectos de la sentencia²³⁰. Piénsese, por ejemplo, en una sentencia en la que se condena a una fábrica a dejar de contaminar el medio ambiente a través de la emisión de determinados químicos, en ese caso todos los miembros de la clase resultarían materialmente afectados por la sentencia, sean o no formalmente miembros de la clase. Es por la naturaleza de los derechos tutelados que no se prevé el derecho a la exclusión.

La cuestión es distinta en las *class actions* del tipo (b)(3), en las que se deducen derechos semejantes de naturaleza individual, entre los que apenas si existe trabazón, de ahí que en este tipo sí se contempla el derecho a la exclusión (*right to opt out*).

²²⁶ Así lo afirman Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., pp. 468-469 y Gidi, Antonio: «Cosa juzgada en acciones colectivas», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 263-264.

²²⁷ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 20, opina que, desde el punto de vista del derecho español, la clase es parte.

²²⁸ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en estados unidos», op. cit., pp. 20-23.

²²⁹ *Ibid.*, pp. 13-14.

²³⁰ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., pp. 467-468.

Entonces, una vez concedida la orden de certificación (la cual incorpora *ipso jure* a todos los sujetos ahí descritos) cada afectado puede sustraerse de la clase y defender su derecho en un juicio individual, sin que ello perjudique de forma alguna a la contraparte de la clase o a los que se encuentran en una situación semejante a la del excluido²³¹.

Así, los miembros de la clase pueden optar por litigar su propio asunto, entre otras cosas, por estimar que no hay una adecuada representación de la clase en el juicio colectivo o por creer que en el juicio individual podrían conseguir un mayor beneficio económico. En caso de que la clase resulte vencedora en el proceso colectivo, los que optaron por salirse no podrán beneficiarse de la sentencia ni podrán servirse en el proceso individual de lo actuado en el proceso colectivo²³² y, contrariamente, si la clase es vencida la sentencia no les vinculará y podrán continuar (o promover) juicios individuales donde su contraparte no podrá alegar la existencia de cosa juzgada en el proceso colectivo.

En la práctica, el porcentaje de miembros de la clase que optan por excluirse no supera el 1%²³³, aunque dicho porcentaje tiende a incrementarse entre mayor es el monto de la indemnización individual²³⁴, pero sin que dicho aumento pueda estimarse de consideración.

4.1.9.2. NOTIFICACIONES

La notificación (*notice*) es obligatoria en las acciones del tipo (b)(3) y no en los otros tipos²³⁵.

Según la Regla 23(c)(2)(B), una vez certificada la acción bajo el tipo (b)(3), debe notificarse a la clase en un lenguaje claro y comprensible lo siguiente: la naturaleza de la acción, la descripción de la clase, las pretensiones o defensas deducidas y cualquier otra cuestión relevante²³⁶.

Con la notificación se pretende que los miembros se enteren, tempranamente, que gozan del derecho a comparecer en el juicio a través de un abogado; que pueden excluirse de la clase (*right to opt out*)²³⁷ en el plazo y forma señalados por el tribunal;

²³¹ *Ibid.*, p. 91.

²³² Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, *op. cit.*, p. 473.

²³³ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en estados unidos», *op. cit.*, pp. 21-22.

²³⁴ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, *op. cit.*, pp. 104-105.

²³⁵ Dispone el apartado (c)(2)(A) de la Regla 23, que el juez puede, si lo considera necesario, ordenar que se realice la notificación en las *class actions* de los tipos (b)(1) y (b)(2).

²³⁶ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, *op. cit.*, p. 98.

²³⁷ La razón de la ausencia de obligatoriedad de la notificación en las *mandatory class actions*, se hace más evidente si se tiene en cuenta la inviabilidad del ejercicio del *opt out*.

y, que de no excluirse, quedarán vinculados por la sentencia, sea o no favorable a sus intereses²³⁸.

Para que los miembros de la clase puedan conocer efectivamente lo anterior, es fundamental que el medio a través del cual se practique la notificación sea el más idóneo.

La notificación a los miembros de la clase no se realiza con acato a las formalidades del llamamiento a juicio (pues de ser así todos los notificados serían partes formales), sino que basta con que se practique de la mejor forma posible dadas las circunstancias²³⁹.

Cuando los miembros de la clase puedan identificarse fácilmente a través de un esfuerzo razonable, la notificación deberá hacerse de forma personal (para determinadas clases se ha llegado a estimar que la notificación personal puede realizarse por correo)²⁴⁰, pero, en caso de que existan dificultades para su identificación, será suficiente, como ya se dijo, que la notificación se practique de la mejor manera posible²⁴¹, y, si así se hace, será intrascendente si algún miembro de la clase en realidad no la recibió.

4.1.9.3. AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN

El juez debe vigilar los actos de disposición, tales como la transacción²⁴² o el desistimiento (*compromise or dismissal*)²⁴³, en aras de la protección de los intereses de los miembros ausentes.

²³⁸ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en estados unidos», *op. cit.*, pp. 17-18.

²³⁹ *Ibid.*, p. 18.

²⁴⁰ *Idem.*

²⁴¹ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, *op. cit.*, pp. 98-99, indica que debe tenerse presente el principio general del derecho estadounidense consistente en que cada parte debe absorber sus propios gastos y costas procesales, sin que el vencedor pueda recuperar del perdedor lo erogado por dichos conceptos. El autor refiere que el costo de la notificación debe ser cubierto por la parte representativa de la clase (generalmente por el abogado que la representa) y debe necesariamente realizarse, aun y cuando pudiera resultar superflua, como sucede en los casos de reclamaciones de baja cuantía, donde es muy improbable que alguien decida excluirse de la clase para reclamar en juicio unos cuantos dólares. El jurista en cita señala que el costo de la notificación puede llegar a ser muy elevado, por ejemplo, en el ya mencionado caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* (*vid. supra* apartado 4.1.7.2.3.), resultaban fácilmente identificables 2,250,000 miembros de la clase y el costo de la notificación personal a todos ellos ascendía a 225,000 dólares. El mencionado doctrinista concluye que el tema de la notificación toma aún más relevancia si se tiene presente que durante el proceso pueden ser necesarias varias, por ejemplo la correspondiente a la propuesta de acuerdo (Regla 23(e)(1)) o la que pudiera ordenar el juez para informar a los miembros de la clase acerca de las oportunidades para objetar la representatividad, intervenir y formular pretensiones o defensas o para coadyuvar a la acción de algún otro modo (Regla 23(d)(1)(B)(i) a (iii)).

²⁴² Ovalle Favela, José: *Teoría general del proceso*, *op. cit.*, pp. 22-23, señala que en los países de derecho civil, se entiende que la transacción es un acto de disposición de las partes, porque éstas renuncian parcialmente a su pretensión o resistencia, respectivamente. Asimismo, refiere que la transacción se considera un medio de solución autocompositivo, porque son las mismas partes las que

Aunque en un principio las *class actions* se encaminan a la celebración de un juicio ante jurado, lo cierto es que por tal cauce raramente se encamina el procedimiento, pues la forma habitual de terminación es a través de la transacción (*compromisse*)²⁴⁴.

El abogado de la clase y su contraparte pueden alcanzar una propuesta de acuerdo (*settlement*) para poner fin al juicio. El acuerdo sólo tendrá validez si es aprobado por el juez.

El juez aprobará la propuesta de acuerdo si la considera equilibrada, razonable y adecuada²⁴⁵ para la controversia y para los intereses de los miembros ausentes²⁴⁶. El acuerdo aprobado vinculará a todos los miembros de la clase²⁴⁷.

Por último, recordemos que una vez certificada la acción aumenta el poder de negociación del abogado de la clase y, ante el peligro de enfrentar una altísima condena dineraria, la contraparte de la clase tiene que optar entre estarse a lo que el jurado determine respecto a la existencia de la responsabilidad, o bien, tasar su responsabilidad mediante acuerdo²⁴⁸. Bajo este panorama, pesa una presión considerable sobre la contraparte de la clase, lo que ha llegado a calificarse como una forma de chantaje. Apoya lo anterior el hecho de que se han presentado procesos colectivos que fueron resueltos por medio de acuerdo y, no obstante, con posterioridad fueron desestimadas las demandas individuales planteadas por los miembros que ejercitaron el *opt out*, en virtud de que los jurados determinaron la inexistencia de responsabilidad por parte de su contraria²⁴⁹. La presión se hace más evidente si se tiene presente la dependencia de las empresas norteamericanas al mercado financiero y la depreciación que sufren sus cotizaciones ante los riesgos de enfrentar una condena²⁵⁰. De cualquier forma, el punto relativo al supuesto chantaje no está definido y existen posturas encontradas al respecto.

dan solución al conflicto. López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 114, sostiene que en las *class actions* el término transacción no debe entenderse en su sentido estricto y que debe tomarse con reservas pues, en realidad, no todos los miembros de la clase realizan un acto de disposición.

²⁴³ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., pp. 469-470.

²⁴⁴ Coinciden en este punto López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 114 y Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, op. cit., pp. 42-43.

²⁴⁵ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 115, sostiene que el juez, para valorar si la propuesta de acuerdo es equilibrada, debe comparar el trato que el acuerdo brinda a los distintos miembros de la clase entre sí; para determinar si es razonable, debe atender al modo en que han sido acogidas las pretensiones formuladas; y, para decidir si es adecuada, debe contrastar la tutela que el acuerdo proporciona a los miembros con la que éstos podrían haber obtenido en caso de haber promovido juicios individuales.

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 114.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 115.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 116.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 137.

4.1.9.4. INTERVENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE LOS MIEMBROS AUSENTES

Los miembros de la clase no personados en el procedimiento (*absent class members*) pueden aguardar inactivos a la terminación del proceso, dado que sobre ellos no pesa ninguna carga procesal. Sin embargo, la Regla 23(c)(2)(B) contempla la posibilidad de su intervención en el procedimiento, siempre y cuando la acción sea certificada en el tipo (b)(3), pues en los otros tipos no se concede el mencionado derecho de intervención.

Los alcances de la intervención deben ser limitados por el tribunal, pues podría terminar por complicarse un procedimiento que el legislador ha concebido simple²⁵¹. El juez rechazará la intervención si estima que nada abona al procedimiento o si advierte que los intereses del que la propone se encuentran ya adecuadamente representados.

La intervención permite a los *absent class members* presentar pruebas en los procedimientos de *discovery*²⁵², formular o precisar las pretensiones de la clase y participar en el procedimiento de adopción de acuerdo.

4.1.10. SENTENCIA

La sentencia es vinculante para los miembros de la clase sea favorable o no a sus intereses (*whether favorable or not*), excepto respecto de quienes se hayan excluido del proceso. Sin embargo, de lo anterior no puede concluirse que las sentencias dictadas en los procesos colectivos tengan efectos *ultra partes*, es decir, que se rebasen los límites subjetivos de la cosa juzgada, pues como ya se comentó, los miembros ausentes no son terceros propiamente hablando sino partes ausentes y nada extraño hay en que la sentencia vincule a las partes del juicio. Entonces, bajo esa óptica, no es cierto que las sentencias dictadas en las *class actions* tengan efectos *ultra partes*²⁵³.

Ahora bien, que la sentencia adquiriera categoría de cosa juzgada no significa que devenga inmutable, ya que en una nueva acción (colectiva o individual), un juez diverso del que conoció del primer proceso, puede decidir nuevamente sobre las

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 60-61.

²⁵² Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, op. cit., p. 7, afirma que en el procedimiento civil estadounidense, la audiencia ante jurado exige una preparación preliminar, es decir, un sistema previo de descubrimiento de pruebas (*discovery*) para evitar la sorpresa y el atraso en el juicio. Según R. Bossini, Francisco y Gleeson, Mary: voz «*discovery*», en *Diccionario bilingüe de terminología jurídica...*, op. cit., p. 90, la *discovery* significa «descubrimiento, medios ajenos al proceso, mediante los cuales las partes pueden obtener mayor información y pruebas para un determinado litigio».

²⁵³ Cfr. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Cabiedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., pp. 473-474.

cuestiones controvertidas en el primero, si a la luz de nueva información omitida por las partes, advierte que en el juicio original se violaron los derechos a un debido proceso (*due process of law*) y a un proceso justo (*fair trial*) de los miembros ausentes (porque la clase no tuvo una representación adecuada o la notificación no se realizó debidamente)²⁵⁴.

La sentencia que acoge una acción colectiva del tipo (b)(3) en la que se reclama la reparación de los daños individualmente sufridos (*damage class action*), se limita a condenar al demandado al pago de los daños globalmente causados a la clase²⁵⁵, lo que se establece en forma líquida. Para calcular la cantidad a pagar, el tribunal se sirve de las técnicas estadísticas disponibles, las pruebas aportadas en el juicio, los recursos del demandado, el número de personas lesionadas, la frecuencia o persistencia de los actos ilícitos y la intencionalidad (*dolo*) en las conductas²⁵⁶.

Los efectos de la sentencia respecto de cada miembro de la clase, se establecen individualmente en un juicio posterior de ejecución (cuando es posible)²⁵⁷.

4.1.11. EJECUCIÓN DEL ACUERDO O DE LA SENTENCIA

Una vez que se determina la responsabilidad de la contraparte de la clase y se fija el monto global de la deuda, ya en una sentencia, ya en un acuerdo, ésta se libera de la responsabilidad haciendo el pago total.

El pago a cada miembro de la clase se realiza mediante el establecimiento de un procedimiento de cobro, que por lo general consiste en la creación de un fondo gestionado por un administrador, quien realiza los pagos a los acreedores una vez que éstos le acreditan su derecho (*proof of claim*) o su pertenencia a la clase (*proof of class membership*)²⁵⁸.

Sin embargo, no siempre es posible que las personas realmente afectadas reciban la indemnización correspondiente —principalmente en las acciones colectivas para la reparación de los daños individualmente sufridos—, pues pueden presentarse obstáculos de diversa índole, tales como dificultad para identificarlos a todos, su indisposición para sufragar los gastos inherentes a la prueba del daño, el eventual sobrecargo de los tribunales, entre otros²⁵⁹. Por lo anterior, no es extraño que los

²⁵⁴ Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, op. cit., pp. 19-20.

²⁵⁵ Dispone el apartado (c)(3)(A) de la Regla 23 que el juez debe describir abstractamente en la sentencia a los que considere miembros del grupo.

²⁵⁶ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., p. 472.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 474.

²⁵⁸ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 123.

²⁵⁹ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., p. 474.

recursos del fondo no se agoten, supuesto en el que surge la problemática relativa a qué hacer con el remanente²⁶⁰.

El pago se realiza de diversas formas, que van desde la indemnización a los miembros directamente afectados (cuando ello es posible y viable) hasta la canalización de la cantidad no cobrada a alguna actividad que, de cierto modo, redunde en un beneficio indirecto para la clase²⁶¹. A esta última y original solución se le conoce como *fluid class recovery*.

La *fluid class recovery* se inspira en la doctrina denominada *cy pres comme possible* tomada del derecho sucesorio francés, la cual consiste en que, de existir alguna disposición testamentaria de imposible cumplimiento, los recursos afectos a dicho fin deben ser empleados en algún otro que de modo indirecto satisfaga la voluntad del testador²⁶². En esa tesitura, los tribunales estadounidenses pueden destinar el remanente de los recursos del fondo a organizaciones defensoras de los derechos de la clase, a la realización por parte del Estado (o por un organismo de beneficencia) de algún proyecto de interés de la clase, al beneficio de futuros miembros de la clase (por ejemplo, mediante rebajas en los precios de determinados productos) u ordenar su ingreso al erario público.

Por último, debe tenerse presente que la tutela judicial puede extenderse a futuros miembros de la clase, pues ésta no siempre se conforma por un grupo cerrado, sino que puede ser permeable, de tal forma que sus miembros entren y salgan con el transcurso del tiempo²⁶³. A este tipo de clase se le denomina *fluid class* (clase líquida o fluida) y de su particular composición, deriva la posibilidad de que aquellos que finalmente disfruten de las indemnizaciones, no sean los mismos que sufrieron directamente el daño²⁶⁴.

4.2. EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO EN BRASIL, ESPECIALMENTE EL RELATIVO AL COBRO DE INDEMNIZACIONES INDIVIDUALES

4.2.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL²⁶⁵

La Constitución de la República Federativa del Brasil del 5 de octubre de 1988, establece en el título II, denominado «DE LOS DERECHOS Y GARANTIAS FUNDAMENTALES», concretamente en el capítulo I, intitulado «DE LOS DERECHOS

²⁶⁰ Puede consultarse un caso decisivo en este tema, en López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., pp. 54-55.

²⁶¹ Sobre otras formas de ejecución, vid. Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales...*, op. cit., pp. 474-479.

²⁶² López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., p. 124.

²⁶³ *Ibid.*, p. 95.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 124.

²⁶⁵ Vid. *infra*, apéndice, apartados II y III.

Y DEBERES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS», diversos derechos colectivos de carácter tanto sustantivo como procesal. Destacan las disposiciones relativas a la legitimación de las asociaciones civiles para la representación judicial y extrajudicial de sus socios (art. 5º, fracc. XXI), la defensa del consumidor ejercida por el Estado (art. 5º, fracc. XXXII) y la legitimación colectiva de los partidos políticos y sindicatos para promover el mandamiento de seguridad colectivo (art. 5º, fracc. LXX) así como la acción popular (art. 5º, fracc. LXXIII). Asimismo, en el cap. II, denominado «DE LOS DERECHOS SOCIALES», se autoriza a los sindicatos para emprender la defensa judicial o administrativa, de los derechos individuales o colectivos de la categoría (art. 8º, fracc. III)²⁶⁶.

Las principales normas secundarias que rigen en materia de protección de derechos colectivos *lato sensu*, son: a) la LACP del 24 de julio de 1985; b) el CDC del 11 de septiembre de 1990; y subsidiariamente, el Código de Proceso Civil en vigor desde 1974²⁶⁷.

La LACP contiene mayoritariamente normas instrumentales para la defensa de los derechos difusos y colectivos *stricto sensu*, mientras que el CDC prevé en el tít. III, denominado «DE LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN JUICIO», el procedimiento colectivo para la defensa de derechos individuales homogéneos. Sin embargo, en realidad ambas leyes funcionan como una sola, pues disponen recíprocamente su aplicación subsidiaria (arts. 21 de la LACP y 90 del CDC).

Advertimos al lector que dado que en el presente apartado nos referimos frecuentemente al CDC, para evitar repeticiones ociosas citaremos sus artículos sin indicar su pertenencia al Código.

4.2.2. MATERIAS DE APLICACIÓN

Pese a que buena parte de la regulación del procedimiento colectivo se encuentra en un código dedicado a la materia de consumo, las materias de aplicación no se limitan a dicha materia, sino que el CDC rige para la aplicación de cualquier tipo de derecho colectivo *lato sensu*.

En efecto, el art. 1º, fracc. IV, de la LACP, se refiere a todos los tipos de derechos difusos y colectivos *stricto sensu*, y el diverso 83 admite todas las especies de acciones tendientes a su protección (meramente declarativas, constitutivas, de condena, ejecutivas y cautelares). Entonces, la LACP y el CDC se aplican a cualquier

²⁶⁶ El texto constitucional fue consultado en el sitio <http://www.constitution.org/cons/brazil.htm> [visto el 26 de septiembre de 2011].

²⁶⁷ Nery Junior, Nelson: «Acciones colectivas en el derecho procesal civil brasileño...», *op. cit.*, pp. 427-428, añade que la ley número 8069/90 (conocida como el Estatuto del Niño y del Adolescente) contiene disposiciones relativas al proceso civil colectivo y afirma que también puede tener aplicación subsidiaria.

pleito en el que se controviertan derechos colectivos *lato sensu*²⁶⁸, independientemente de la materia de que se trate.

4.2.3. LEGITIMADOS

Se adopta el sistema de legitimación *ad causam ope legis*²⁶⁹. Dicho sistema consiste en el establecimiento, por parte del legislador, de una lista exhaustiva de sujetos legitimados, de tal forma que basta, para que exista legitimación *ad causam*, que cualquiera de ellos proponga la acción colectiva, sin importar la situación legitimante (interés jurídico, agravio personal y directo, interés legítimo colectivo, interés general o interés público).

Así, pueden promover acción colectiva (arts. 5° de la LACP y 82):

a) El Ministerio Público;

b) La Unión, los Estados, Municipios y el Distrito Federal;

c) Entidades y Órganos de la Administración Pública directa o indirecta, con o sin personalidad jurídica que estén destinados específicamente a la protección del derecho colectivo que pretendan defender; y

d) Asociaciones Civiles que tengan por lo menos un año de constituidas y que, entre sus fines institucionales, se encuentre la protección del derecho colectivo que pretendan defender. No es necesaria la autorización de la asamblea para que la asociación civil pueda proponer la acción colectiva. El requisito de la preconstitución puede ser dispensado por el juez, de acuerdo al interés social, la magnitud del daño y la relevancia del bien jurídico protegido (art. 82, fracc. IV, § 1°).

Destacamos tres características relevantes de la legitimación colectiva: a) la legitimación de una de las entidades no excluye la de las otras (legitimación concurrente); b) los legitimados no requieren ningún tipo de autorización para accionar y nada impide que entre ellos pueda formarse un litisconsorcio voluntario (legitimación disyuntiva); y c) sólo los legitimados pueden promover la acción colectiva (legitimación exclusiva)²⁷⁰.

En la práctica, es el Ministerio Público el legitimado que más promueve acciones colectivas²⁷¹. El Ministerio Público siempre participa en los procesos colectivos, sea como parte o como fiscal de la ley (art. 92).

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 431.

²⁶⁹ Venturi, Elton: «Comentarios al artículo 1°», *op. cit.*, pp. 30-31.

²⁷⁰ Gidi, Antonio: «Legitimación para demandar en las acciones colectivas», *op. cit.*, p. 110.

²⁷¹ Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *op. cit.*, pp. 88-91.

4.2.4. LA ACCIÓN COLECTIVA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS INDIVIDUALMENTE CAUSADOS

La acción típica para la defensa de los derechos individuales homogéneos es la acción colectiva de responsabilidad civil por los daños individualmente causados (art. 91), útil para la obtención de una sentencia en la que se condene al demandado a indemnizar individualmente a los miembros del grupo. No obstante, en defensa de estos derechos también pueden intentarse acciones cuya pretensión sea la condena a un hacer o no hacer (art. 83).

Gidi²⁷² define la acción colectiva, como «la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)».

Con base en la anterior definición, la acción es colectiva porque la propone cualquiera de los legitimados (art. 82), su objeto es una pluralidad de derechos a la reparación del daño (art. 81, fracc. III) y la sentencia favorable, que en su caso se dicte, tendrá efectos *erga omnes* (art. 103, fracc. III).

Cualquiera de los legitimados puede proponer acción colectiva de responsabilidad civil por los daños individualmente causados, en nombre propio y en interés de todos los perjudicados o sus sucesores (art. 91), sin embargo, la identidad de los titulares no se determina en el juicio colectivo, sino hasta que inician los juicios individuales de liquidación de sentencia. Lo expuesto pone de manifiesto la divisibilidad de los derechos individuales homogéneos, que se hace patente hasta la etapa de liquidación de la sentencia. Así, en teoría, habrá tantos juicios de liquidación, como miembros del grupo existan.

La acción en estudio no contiene un conjunto de pretensiones individuales, pues no existen reclamaciones a título personal fundamentadas en las circunstancias particulares de cada miembro del grupo, sino que, por el contrario, la pretensión busca la satisfacción del grupo y la causa de pedir se constituye por los hechos genéricos realizados por el demandado contra el grupo. En caso de procedencia del pedido, el juez se limitará a declarar genéricamente la responsabilidad del demandado²⁷³

²⁷² *Ibid.*, p. 31.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 60-63.

4.2.5. LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS

Liebman²⁷⁴ afirma que el Estado emite la sentencia a través de una autoridad (juez) y en ejercicio de la función jurisdiccional. Refiere que la sentencia no es otra cosa que una especie de actos del poder público y, como tal, es imperativa desde el momento que nace a la vida jurídica, es decir, es eficaz por sí misma desde que es pronunciada. Dice que la «eficacia de la sentencia» y la «autoridad de la cosa juzgada» son conceptos distintos, pues «La esencia de la cosa juzgada está precisamente en la inmutabilidad de la sentencia, de su contenido y de sus efectos»²⁷⁵. Expone que la cosa juzgada es una cualidad de los efectos de la sentencia y que es hasta el momento en que se presenta, que la sentencia, su contenido y sus efectos son estables e indiscutibles. Retoma de la doctrina alemana e italiana de finales del siglo XIX, la distinción entre la eficacia directa y refleja de la cosa juzgada, en el sentido de que la primera alcanza sólo a las partes y la segunda a terceros que indirectamente resultan afectados por la sentencia. Toma como base las ideas de Wach y Chiovenda, para sostener que si bien los terceros no se encuentran sujetos a la autoridad de la cosa juzgada (sólo las partes), sí lo están a los efectos de la sentencia. De todo lo anterior, Liebman concluye que los terceros pueden resultar beneficiados por los efectos de la sentencia pero nunca perjudicados, pues, en este caso, como para ellos no son estables ni indiscutibles los efectos de la sentencia, o en otras palabras, como para ellos no hay cosa juzgada, estarán legitimados para defender sus derechos a través del remedio procesal correspondiente²⁷⁶.

Pellegrini²⁷⁷ afirma que la teoría de Liebman es la base sobre la cual se construyó el sistema brasileño de la extensión de la cosa juzgada respecto de los terceros ajenos al proceso colectivo. Enseguida exponemos *grosso modo* dicho sistema.

Cuando los efectos de la sentencia *favorable* adquieren la cualidad de cosa juzgada, se extienden *erga omnes*²⁷⁸ para beneficiar a todos los miembros del grupo,

²⁷⁴ Liebman, Enrico Tullio: *Manual de derecho procesal civil* (traducción de Santiago Sentis Melendo), ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980, pp. 571-591.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 591.

²⁷⁶ *Ibid.*, pp. 605-611.

²⁷⁷ Pellegrini Grinover, Ada: «Eficacia y autoridad de la sentencia: el código modelo y la teoría de Liebman», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 255-258.

²⁷⁸ Didier Jr., Fredie: «Comentarios al artículo 33 [semejante al art. 103 del CDC]», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, p. 344, sostiene que los límites subjetivos de la cosa juzgada pueden ser: a) *inter partes*, cuando sólo rige respecto de las partes; b) *ultra partes*, cuando vincula a las partes y a determinados terceros; y c) *erga omnes*, cuando afecta a todos los justiciables.

lo que se conoce como extensión de la cosa juzgada *secundum eventum litis*²⁷⁹ (art. 103, fracc. III)²⁸⁰.

Los efectos de la sentencia *desfavorable* también se extienden sobre los miembros del grupo, pero pueden ser repelidos a través de la formulación de demandas individuales, es decir, la acción individual viene a ser el remedio procesal de rechazo de los efectos negativos de la sentencia. Así, la sentencia desfavorable nunca perjudica los derechos de los terceros ajenos al proceso colectivo, porque siempre estará expedita la vía individual (art. 103, § 1°).

Una vez expuestos los efectos de la sentencia respecto de los terceros ajenos, observemos cómo opera la cosa juzgada en relación con las partes del proceso colectivo.

La cosa juzgada (independientemente del sentido de la sentencia) tiene autoridad para las partes del proceso colectivo (no así para los terceros)²⁸¹. En caso de sentencia desfavorable a la clase, ninguno de los legitimados podrá proponer de nueva cuenta acción colectiva, ya que ésta puede intentarse sólo una vez y si no se tiene éxito no habrá una nueva oportunidad para plantearla, es decir, el derecho de acción habrá precluido.

No obstante, en tratándose de acciones colectivas en defensa de derechos difusos y colectivos *stricto sensu*, cuando la sentencia desfavorable se deba a la insuficiencia o falta de pruebas, cualquiera de los legitimados puede, con nueva prueba, plantear una segunda acción colectiva, con apoyo en los mismos hechos y normas de derecho que la primera²⁸², porque, en este caso, la cosa juzgada se forma *secundum eventum probationis*, privilegiándose el valor justicia en detrimento del valor seguridad jurídica.

El peculiar régimen de la cosa juzgada colectiva que se viene exponiendo, puede sintetizarse de la siguiente manera:

1) Para las *partes* que intervinieron en el proceso colectivo, la cosa juzgada opera *pro et contra* (independientemente del sentido de la sentencia) y *secundum*

²⁷⁹ Didier Jr., Fredie: *ibid.*, p. 345, afirma que hay cosa juzgada *pro et contra* cuando la cosa juzgada se produce, sea cual sea el sentido de la sentencia. Por otra parte, sostiene que la cosa juzgada *secundum eventum litis* se forma sólo en caso de que la pretensión deducida en la demanda sea acogida en la sentencia, pues en caso contrario, la acción podrá ser propuesta nuevamente (no habrá cosa juzgada material).

²⁸⁰ Gidi, Antonio: «Cosa juzgada en acciones colectivas», *op. cit.*, 265-267, afirma que, en rigor, no es la cualidad de la cosa juzgada la que se extiende, sino los efectos naturales de la sentencia.

²⁸¹ Una vez propuesta la acción colectiva, se le dará difusión a través del periódico oficial, para que los interesados puedan, si así lo desean, intervenir en el proceso como litisconsortes (art. 94). En caso de sentencia desfavorable, la cosa juzgada también abarcará a los litisconsortes y, en consecuencia, éstos no podrán formular demandas individuales respecto de la misma controversia (art. 103, § 2°).

²⁸² Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *op. cit.*, 104-107, afirma que esta posibilidad no existe para las acciones colectivas tuitivas de derechos individuales homogéneos (art. 103, fraccs. I y II).

*eventum probationis*²⁸³, es decir, se forma solamente si fueron agotados todos los elementos de prueba disponibles, pues si así no fuere, podrá ejercitarse otra acción colectiva con nueva prueba potencialmente apta para revertir el resultado del primer proceso. También podrá replantearse la acción colectiva si después de que la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, surgieran, fruto de los avances tecnológicos y científicos, nuevos medios probatorios capaces de variar la sentencia desestimatoria²⁸⁴.

b) En caso de que la sentencia acoja el pedido y una vez que haya adquirido la categoría de cosa juzgada, los sujetos titulares a la reparación del daño *que no participaron en el proceso colectivo*, podrán valerse de ella para promover el incidente de liquidación respectivo. En otras palabras, la cosa juzgada colectiva extiende sus efectos a la esfera individual *secundum eventum litis* solamente en los casos de procedencia del pedido²⁸⁵.

Así, el sistema de extensión de la cosa juzgada *secundum eventum litis* no contraviene los derechos a una amplia defensa, de debido proceso y de respeto al contradictorio (art. 5º, fraccs. LIV y LV, de la CRFB) porque, en caso de sentencia desfavorable, no se perjudican los derechos de los miembros del grupo. Entonces, la tutela colectiva no substituye a la individual, sino que se presenta como una forma de sobreprotección de derechos individuales, complementaria a la defensa que las propias víctimas pueden ejercer en el juicio individual²⁸⁶.

Por último, cabe decir que quien haya resentido un daño en su esfera jurídica, puede formular su propia demanda (art. 81), pero para que pueda beneficiarse de la sentencia que se dicte en el proceso colectivo, debe suspender el juicio individual en el plazo de treinta días, contados a partir de que tenga conocimiento del juicio colectivo (art. 104) y si así no lo hiciere, se estará a lo que se resuelva en el juicio individual sin posibilidad de beneficiarse de la sentencia colectiva.

4.2.6. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN

En caso de procedencia de la pretensión formulada a través de la acción de responsabilidad civil por los daños individualmente causados, el juez declarará solamente la responsabilidad del demandado por los daños globalmente causados y lo condenará²⁸⁷, genéricamente, a indemnizar sin realizar ningún cálculo sobre la cuantía de la deuda (art. 95).

²⁸³ Didier Jr., Fredie: «Comentarios al artículo 33 [semejante al art. 103 del CDC]», *op. cit.*, p. 344.

²⁸⁴ Gidi, Antonio: *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil...*, *op. cit.*, p. 106.

²⁸⁵ Didier Jr., Fredie: «Comentarios al artículo 33 [semejante al art. 103 del CDC]», *op. cit.*, pp. 347-348.

²⁸⁶ Gidi, Antonio: «Cosa juzgada en acciones colectivas», *op. cit.*, pp. 286-287.

²⁸⁷ Según Albino Zavaski, Teori: «Comentarios al artículo 22 [semejante al art. 95 del CDC]», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo*

4.2.6.1. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN INDIVIDUAL O COLECTIVA

En el procedimiento colectivo se busca que los directamente perjudicados obtengan su respectiva indemnización, para lo cual, es necesario que cada uno promueva, ante el juez de su domicilio o ante el que dictó la condena, un juicio de liquidación de la sentencia dictada en el proceso colectivo (arts. 97 y 98, § 2º, fracc. I), donde debe probarse, con audiencia de la contraparte, la titularidad del derecho (*cui debeatur*) y la cuantía de la deuda (*quantum debeatur*)²⁸⁸. En otras palabras, la víctima debe acreditar lo siguiente:

a) Que ha sufrido un daño.

b) La existencia del nexo causal entre el daño y el hecho ilícito. En la sentencia se declara únicamente que el reo ha causado daños en forma global a un grupo de personas indeterminadas, por lo que el liquidador debe probar que su situación concreta encuentra cabida en la situación genérica del grupo.

c) La cuantía y extensión del daño.

Una vez líquida la deuda, el titular del derecho individual debe promover un juicio de ejecución, ante el juez que conoció de la liquidación o ante el juez que dictó la sentencia condenatoria²⁸⁹.

El objeto del juicio de liquidación es la prueba de las cuestiones señaladas en los incisos anteriores con relación a la particular situación de la víctima, por eso su intervención es necesaria, pues recordemos que es en esta fase donde se manifiesta la individualidad y divisibilidad del derecho²⁹⁰. Sin embargo, puede ocurrir que las

iberoamericano. Comentarios artículo por artículo, Porrúa, México, 2008, pp. 272-275, en rigor, no podemos afirmar que la sentencia genérica (en la que se hace un juicio parcial sobre los elementos de las relaciones jurídicas) sea de condena, porque no constituye la sanción por el incumplimiento de la norma y es impotente por sí misma para desencadenar las fuerzas coactivas de la ejecución forzada. Dicho autor clasifica la sentencia genérica como declarativa y no como de condena.

²⁸⁸ Albino Zavaski, Teori: «Introducción», *op. cit.*, pp. 235-239.

²⁸⁹ Sin embargo, la ejecución individual no es la única alternativa, pues el art. 98 contempla también la ejecución colectiva (que no debe confundirse con la liquidación y ejecución de la indemnización debida, cuyo producto revertirá al fondo previsto en el art. 13 de la LACP). La ejecución colectiva podrá ser promovida por los legitimados, abarcando las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas en sentencia de liquidación, lo cual se hará con base en la certificación de las sentencias de liquidación. Albino Zavaski, Teori: «Comentarios al artículo 24 [semejante al art. 98 del CDC]», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, pp. 284-285, explica que las víctimas, una vez que han probado en el juicio individual el monto de las indemnizaciones, pueden autorizar formalmente a los legitimados del art. 81 para que promuevan la ejecución colectiva (lo que en nada difiere con el litisconsorcio activo voluntario). Para la ejecución colectiva será juez competente el que dictó la sentencia condenatoria (art. 98, 1º, fracc. II).

²⁹⁰ Así lo afirma Da Silva Araújo Filho, Luiz Paulo: «El anteproyecto de Código de Proceso Civil Colectivo modelo para Iberoamérica y los intereses o derechos individuales homogéneos», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e*

víctimas o sus sucesores no se presenten a promover el juicio de liquidación o que lo hagan apenas unos cuantos (en relación con la magnitud del daño), fracasando, por tanto, el objetivo primordial consistente en indemnizar a los realmente afectados. El CDC ofrece solución a este problema (típico en las acciones colectivas de reparación de los daños individuales) a través de la ejecución de la indemnización debida.

4.2.6.2. EJECUCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA

En el supuesto de que las víctimas o sus sucesores no se presenten a promover el juicio de liquidación o que lo hagan apenas unos cuantos (en relación con la magnitud del daño), pasado un año de la publicación de la sentencia, cualquiera de los legitimados puede, en representación de las víctimas, promover ante el juez que dictó la condena, la liquidación y ejecución de la indemnización debida (art. 100). El monto así obtenido, se revertirá a un fondo administrado por el gobierno, el ministerio público y los representantes de la comunidad, y los recursos serán destinados a la restitución de los derechos lesionados o, de no ser posible, a la realización de actividades conexas y relacionadas con ese fin (arts. 13 de la LACP y 100, prgf. único). Esta solución es para evitar que la indeterminación de los miembros del grupo favorezca al demandado.

En el procedimiento de liquidación de la indemnización debida se determina la naturaleza de los daños globalmente causados y su monto (hechos que no se abordan en el proceso colectivo precisamente por la generalidad de la condena). Para lo anterior se emplea la «liquidación por artículos» cuyo trámite se realiza, en lo conducente, de conformidad con las reglas del procedimiento civil ordinario. Dicho procedimiento consiste básicamente en lo siguiente: el promovente realiza su petición, indica los hechos objeto de prueba y ofrece medios de convicción (son admisibles todo tipo de pruebas), seguidamente, se concede un plazo al deudor para que ofrezca sus pruebas y alegue a su favor, posteriormente, se desahogan las pruebas y finalmente se dicta resolución²⁹¹.

4.2.7. GASTOS Y COSTAS

No hay condena de gastos y costas procesales para la parte actora, salvo que se compruebe que litigó de mala fe. Si el demandado es vencido, se le condenará al pago de los gastos y costas erogados por la parte actora (art. 87).

individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 90-93.

²⁹¹ Albino Zavaski, Teori: «Comentarios al artículo 27 [semejante al art. 100 del CDC]», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, pp. 296-297.

4.3. DIFERENCIAS ENTRE LA CLASS ACTION DEL TIPO (b)(3) (EUA) Y LA ACCIÓN COLECTIVA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR LOS DAÑOS INDIVIDUALMENTE CAUSADOS (BRASIL)

Con base en lo expuesto en los apartados precedentes y sin afán de exponer las notables diferencias existentes entre los sistemas jurídicos de *common law* y de derecho civil, a continuación enlistamos, por lo que se refiere a las acciones colectivas para la reparación de los daños individuales, las diferencias que a nuestro parecer son las más notables entre el sistema estadounidense y el brasileño, a saber:

a) En Brasil, los miembros del grupo carecen de legitimación para promover acciones colectivas, no así en los EUA.

b) En los EUA, el juez debe verificar que la representación sea adecuada, en Brasil esa adecuación está reconocida desde la ley a determinados sujetos.

c) El papel del juez en los EUA es activo y sus poderes muy amplios, lo que no encuentra correlativo en Brasil.

d) En los EUA el abogado de la clase juega un papel empresarial que no encuentra correlativo en Brasil.

e) En los EUA la clase puede ser demandada. En Brasil no hay acciones colectivas pasivas.

f) En los EUA la sentencia vincula a todos los miembros de la clase independientemente de su sentido (*whether favorable or not*), en Brasil existe el diverso sistema de la cosa juzgada *secundum eventum litis*.

g) Debido a que la sentencia nunca perjudica a los miembros del grupo, en Brasil no se contempla el derecho a excluirse (*right to opt out*). En cambio, como en los EUA la sentencia vincula a toda la clase, independientemente de su sentido (*whether favorable or not*), en tratándose de *class actions* del tipo (b)(3) se permite a los miembros excluirse de la clase (*right to opt out*).

h) En los EUA la deuda establecida en la sentencia se establece en forma líquida, no así en Brasil.

i) En los EUA la condena no abarca solamente los daños efectivamente causados y la devolución de las ganancias ilícitas, sino que comprende altas compensaciones de carácter punitivo (*punitive damages*) y disuasorio (*deterrence*) así como el pago de daños morales (*damages for pain and suffering*), lo que no encuentra correlativo en Brasil.

j) En los EUA, los intereses de los miembros de la clase que no participan activamente en el proceso colectivo, son defendidos por el abogado de la clase, por lo

que se les considera partes ausentes. En Brasil, son terceros los miembros del grupo que no intervienen en el proceso colectivo como litisconsortes.

k) En los EUA es común que las controversias se resuelvan por medio de transacción, en Brasil eso no es posible porque el legitimado no puede disponer del derecho de los representados.

l) En los EUA, una vez certificada la acción, las notificaciones a los miembros de la clase deben hacerse de la manera más idónea y si son fácilmente identificables, de forma personal. En Brasil la notificación a los miembros del grupo se efectúa a través de avisos publicados en el diario oficial.

4.4. EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO PREVISTO EN EL CFPC (MÉXICO)

4.4.1. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

El art. 17, párr. tercero, de la CPEUM, establece que:

«El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos»²⁹².

La reglamentación del párrafo transcrito se realizó a través de diversas reformas y adiciones a distintas leyes²⁹³, las cuales mencionamos a continuación:

1) CFPC. Se adicionó un párr. tercero al art. 1º para quedar como sigue²⁹⁴:

«Artículo 1. Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena, y quien tenga el interés contrario.

Actuarán, en el juicio, los mismos interesados o sus representantes o apoderados, en los términos de la ley. En cualquier caso, los efectos procesales serán los mismos, salvo prevención en contrario.

Se exceptúan de lo señalado en los párrafos anteriores, cuando el derecho o interés de que se trate sea difuso, colectivo o individual de incidencia

²⁹² Adicionado por decreto publicado en el DOF el 29 de julio de 2010.

²⁹³ Decreto publicado en el DOF el 30 de agosto de 2011.

²⁹⁴ *Vid. infra*, apéndice, apartado IV.

colectiva. En estos casos, se podrá ejercitar en forma colectiva, en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto de este Código».

Se reformó la fracc. IV, del art. 24, que ahora establece que es juez competente para conocer de las acciones colectivas el del domicilio del demandado.

Se adicionó un Libro Quinto denominado «De las acciones colectivas», integrado por los arts. 578 a 626.

2) CCF. Se adicionó el art. 1934 Bis, que establece:

«Artículo 1934 Bis. El que cause un daño de los previstos en este Capítulo a una colectividad o grupo de personas, estará obligado a indemnizar en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles».

3) LFCE. Se reformó el párr. primero y se adicionó un párr. segundo al art. 38, para contemplar la acción colectiva en defensa de las personas que sufran daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o concentración prohibida (con independencia de los procedimientos previstos en la propia LFCE) y establecer que las acciones colectivas se tramitarán de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del CFPC.

4) LFPC. Se reformó el art. 26 que concedía legitimación exclusivamente a la PROFECO para ejercitar la acción de grupo en defensa de los derechos de los consumidores. Ahora, se establece que cualquiera de los sujetos señalados en el art. 585 del CFPC, pueden ejercitar acción colectiva en defensa de los derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del CFPC.

5) LOPJF. Se reformaron las fraccs. VI, VII y se adicionó una fracc. VIII, todas del art. 53, para establecer que los jueces de distrito civiles federales conocerán de las acciones colectivas. Se reformaron las fraccs. XL, XLI y XLII y se adicionó la fracc. XLIII, todas del art. 81, para establecer las atribuciones del Consejo de la Judicatura Federal en materia de acciones colectivas.

6) LGEEPA. Se adicionaron los párrs. segundo y tercero al art. 202, para establecer la procedencia de la acción colectiva por hechos u omisiones que violenten la legislación ambiental, federal o local, y que lesionen los derechos e intereses de una colectividad.

7) LPDUSEF. Se adicionó la fracc. V Bis al art. 11, se adicionó un párr. segundo al art. 91 y se reformó el art. 92. Las anteriores adiciones y reformas contemplan, en lo medular, la atribución de la CONDUSEF para ejercitar acción colectiva cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos e intereses de una colectividad de usuarios. Asimismo, se establece que la acción colectiva se tramitará de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto del CFPC.

Por último, como en el resto del presente capítulo haremos constantes alusiones a los artículos que integran el Libro Quinto del CFPC, advertimos al lector que si no se especifica el cuerpo legal al que pertenece el artículo citado, debe entenderse que lo es del CFPC.

4.4.2. MATERIAS DE APLICACIÓN

Las acciones colectivas sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados (art. 578), medio ambiente, responsabilidad civil subjetiva u objetiva (cuando se causen daños a una colectividad o grupo de personas), competencia económica y servicios financieros.

La acción colectiva en defensa de los derechos de quienes hayan sufrido daños por concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, sólo procederá si éstas son declaradas existentes por resolución firme de la CFC (art. 588, fracc. I).

Las acciones colectivas no proceden contra actos que constituyan procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio o procedimientos judiciales (art. 589, fracc. II).

4.4.3. TIPOS DE DERECHOS COLECTIVOS Y ACCIONES CORRELATIVAS

En el art. 580 se prevén los tipos de derechos tutelables por medio de las acciones colectivas. En la primera fracción, se definen los derechos e intereses difusos y colectivos. En la segunda fracción, se conceptúan los derechos e intereses individuales de incidencia colectiva.

Los derechos difusos son de naturaleza indivisible (art. 580, fracc. I) y su titularidad corresponde a una colectividad indeterminada de personas. Su protección se realiza a través de la acción difusa, continente de la pretensión consistente en que el juez condene al demandado a un hacer o no hacer, a fin de restituir las cosas al estado que guardaban antes de la afectación, o bien, en su defecto, a pagar una cantidad de dinero correspondiente a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad (cumplimiento sustituto) (arts. 581, fracc. I y 604)²⁹⁵. Para la procedencia de la pretensión no se requiere la determinación de los miembros de la colectividad (art. 589, fracc. IV) ni que entre ésta y el demandado exista algún vínculo jurídico (art. 581, fracc. I).

²⁹⁵ El dinero así obtenido, se concentrará en un fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal, cuyos recursos se destinarán, entre otras cosas, al fomento de la investigación relacionada con las acciones y derechos colectivos, así como a su difusión (arts. 604, párr. segundo, 624 y 625).

Los derechos colectivos en sentido estricto son de naturaleza indivisible (art. 580, fracc. I) y su titularidad pertenece a una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes (art. 581, fracc. II) de hecho o de derecho (art. 589, fracc. VI). Su protección se ejerce a través de la acción colectiva en sentido estricto, continente de la pretensión de condena al demandado a un hacer o no hacer así como al pago de los daños causados en forma individual a los miembros del grupo (art. 605, párr. primero). Aquí, la reparación del daño se funda en «un vínculo jurídico común existente por mandato de ley»²⁹⁶ entre la colectividad y el demandado. La determinación o susceptibilidad de determinación de las personas integrantes de la colectividad, es un requisito *sine qua non* para la procedencia de la acción en comento (art. 589, fracc. IV).

Los derechos individuales de incidencia colectiva son de naturaleza divisible y su titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho comunes (arts. 580, fracc. II y 588, fracc. II). La acción tuitiva de estos derechos es la acción individual homogénea. Aquí, la pretensión consiste en que el juez condene a un tercero al cumplimiento forzoso de un contrato o en que declare su rescisión, con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable, como pudieran ser la condena a un hacer o no hacer y el pago de los daños causados en forma individual a los miembros del grupo (arts. 581, fracc. III y 605, párr. primero). Previo a la generación de los daños existen relaciones contractuales entre cada integrante de la colectividad y el demandado. La determinación o susceptibilidad de determinación de las personas integrantes de la colectividad, es un requisito *sine qua non* para la procedencia de la acción en comento (art. 589, fracc. IV).

Las acciones colectivas podrán tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena (art. 582) y prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se causen los daños, pero en caso de que se hayan generado en forma continua, dicho plazo comenzará a contar a partir del último día de su producción (art. 584).

4.4.4. PROCEDIMIENTO COLECTIVO

4.4.4.1. LEGITIMADOS

Transcribimos el art. 585:

«Artículo 585.- Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:

²⁹⁶ Art. 581, fracc. II.

I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia;

II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros;

III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y

IV. El Procurador General de la República».

Como podemos ver, se adopta una mixtura entre los sistemas de legitimación *ad causam ope legis* y *ope judicis*. Por lo que hace a las fraccs. I y IV, el legislador ha dispuesto que las entidades ahí mencionadas, son las adecuadas para erigirse como defensoras de los derechos colectivos. Por lo que ve a los sujetos señalados en las fraccs. II y III, la procedencia de la acción colectiva se encuentra supeditada a la circunstancia de que el juez, a la luz del caso concreto, considere que los promoventes son adecuados representantes de la colectividad.

4.4.4.2. ADECUADA REPRESENTACIÓN

El juez debe evaluar si existe una adecuada representación de la colectividad, para lo cual debe cuidar que el promovente de la acción: a) actúe con diligencia y pericia a lo largo del procedimiento; b) no se encuentre en conflicto de intereses con la colectividad que representa; c) no promueva la acción con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos; d) se haya conducido con probidad y pericia en procesos colectivos pretéritos; y e) no haya promovido de manera reiterada acciones colectivas frívolas o temerarias (art. 586, párr. segundo). En atención a que la adecuada representación se considera de interés público, el juez debe vigilar oficiosamente que esta cualidad se mantenga durante todo el procedimiento y, si así no fuere, deberá suspenderlo y ordenar la apertura de un incidente de remoción y sustitución²⁹⁷ (art. 586, párrs. tercero y quinto).

²⁹⁷ El incidente referido también se tramitará en caso de que por cualquier causa dejare de haber un legitimado activo en el proceso (art. 586, párr. quinto).

4.4.4.3. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN COLECTIVA

Dentro de los tres días siguientes a la presentación de la demanda, el juez ordenará que se emplaze²⁹⁸ al demandado y se le corra traslado con copia del escrito de demanda, dándole vista por cinco días para que se manifieste respecto del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción colectiva propuesta (art. 590, párr. primero). A mayor abundamiento, la vista mencionada se concede para que el demandado exprese, en su caso, el incumplimiento de los tradicionales presupuestos procesales²⁹⁹ previos al proceso, a saber:

a) Incompetencia del tribunal;

b) Falta de legitimación. Lo que se presenta si el promovente no acredita la personalidad con que se ostenta o si la asociación civil actora no tiene por lo menos un año de constituida³⁰⁰, no se encuentra registrada ante el Consejo de la Judicatura Federal o su objeto social no incluye la defensa de los derechos deducidos en juicio. También habrá falta de legitimación si la demanda no contiene el nombre y firma de al menos treinta personas³⁰¹ (arts. 585, fracc. III, 587, fracc. II, 588, fracc. III, 589, fraccs. I y VII, 619 y 620, fracc. II).

c) Litispendencia (art. 589, fracc. VI);

d) Cosa juzgada (art. 588, fracc. V); y

e) Prescripción de la acción (art. 588, fracc. VI).

Además de la falta de los anteriores presupuestos procesales comunes a otras clases de procesos, el demandado también puede denunciar la ausencia de los siguientes requisitos, tales como:

a) Inexistencia de cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate (art. 588, fracc. II);

²⁹⁸ Entiéndase «emplazar» en el sentido de conceder un plazo y no como el acto de notificación de la demanda, del auto admisorio y de la concesión de un plazo para producir su contestación, pues a esta altura del procedimiento colectivo, aún no se llega al punto de la admisión de la demanda.

²⁹⁹ El art. 588 contiene los «requisitos de procedencia de la legitimación en la causa» y el diverso 589 prevé las «causales de improcedencia de la legitimación en el proceso». No obstante, llamamos presupuestos procesales a los requisitos contenidos en ambos artículos. Los presupuestos procesales son, según Ovalle Favela, José: *Derecho procesal civil*, 9ª. ed., 8ª. reimp., Oxford University Press, México, 2008, pp. 82-83, «el conjunto de condiciones cuya presencia o ausencia es necesaria para la válida integración y desarrollo de la relación procesal».

³⁰⁰ Este requisito será exigible sólo hasta después del primer año de entrada en vigor de las normas relativas al procedimiento colectivo (art. quinto transitorio del decreto publicado el 30 de mayo de 2011 en el DOF).

³⁰¹ Requisito no exigible respecto de la acción difusa.

b) Falta de coincidencia entre las pretensiones y la afectación sufrida (art. 588, fracc. IV);

c) Inadecuada representación de la colectividad o grupo (art. 589, fracc. III);

d) Imposibilidad de determinación de los acreedores³⁰² (art. 589, fracc. IV);

e) Improcedencia del litigio en razón de su materia (art. 588, fracc. I); e

f) Inconveniencia de ventilar los conflictos en la vía colectiva (art. 589, fracc. V)³⁰³.

4.4.4.4. CERTIFICACIÓN

Una vez que el demandado desahogue la vista mencionada en el apartado que antecede o transcurrido el plazo concedido para tal efecto sin que lo haya hecho, el juez certificará, dentro del término de diez días, el cumplimiento de los requisitos de procedencia³⁰⁴ (art. 590, párr. segundo). Esta resolución no adquiere firmeza procesal, ya que puede modificarse en cualquier etapa del procedimiento si es que no se mantienen los requisitos de procedencia (art. 590, párr. último).

4.4.4.5. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y NOTIFICACIONES

Luego de la certificación, el juez resolverá sobre la admisión de la demanda. Dicha resolución admite recurso de apelación (art. 591, párrs. primero y cuarto).

En caso de admisión de la demanda, el juez:

a) Notificará en forma personal al representante, quien deberá ratificar la demanda (art. 591, párr. segundo);

b) Dará vista, en su caso, a las entidades públicas legitimadas correspondientes (excepto al Procurador General de la República), según la materia de que se trate (art. 591, párr. primero); y

³⁰² Requisito no exigible respecto de la acción difusa.

³⁰³ La idoneidad del procedimiento colectivo para el desahogo de la conflictiva, debe justificarse en la demanda con la expresión de las consideraciones y hechos que sustenten la conveniencia de la substanciación del conflicto por la vía colectiva, en lugar del juicio individual (arts. 587, fracc. XI, y 589, fracc. V). Este requisito no es exigible en la acción difusa.

³⁰⁴ Plazo prorrogable hasta por otro igual, si el juez estima que la complejidad de la demanda lo amerita.

c) Notificará a la colectividad acerca de la existencia del juicio a través de los medios que considere idóneos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de la colectividad³⁰⁵. La notificación debe ser económica, eficiente y amplia (art. 591, párr. tercero) y contendrá los puntos esenciales de la acción colectiva respectiva, así como las características que permitan la identificación de la colectividad (art. 593, párr. primero)³⁰⁶.

4.4.4.6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado deberá contestar la demanda en un término de quince días³⁰⁷. Con la contestación se dará vista a la parte actora por el término de cinco días para que manifieste lo que a su derecho convenga (art. 592).

4.4.4.7. AUDIENCIA PREVIA Y DE CONCILIACIÓN

Una vez que se haya notificado a la colectividad la existencia del juicio, el juez fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia previa y de conciliación, la cual deberá llevarse a cabo dentro de los diez días siguientes (art. 595, párr. primero)³⁰⁸. En dicha audiencia, el juzgador deberá desempeñar personalmente el papel de conciliador, para lo cual podrá auxiliarse de los peritos que considere idóneos (art. 595, párrs. primero y segundo).

En caso de que las partes llegaren a un convenio (total o parcial)³⁰⁹, el juez dará vista a las entidades públicas legitimadas por un término de diez días (art. 595, párrs. tercero a quinto).

³⁰⁵ Salvo que la ley determine que se hagan de otra forma, las notificaciones a las partes se realizarán según lo dispuesto en los arts. 303 a 321 y las que se hagan a los miembros de la colectividad o grupo se realizarán por estrados (art. 593, párrs. segundo y tercero).

³⁰⁶ El art. 593, párr. primero, establece que «La notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, contendrá una relación sucinta de los puntos esenciales de la acción colectiva respectiva, así como las características que permitan identificar a la colectividad [creemos que el legislador quiso referirse al párr. tercero del art. 591 y no al segundo, referente a la notificación a la colectividad, pues ningún caso tendría que la notificación que se le haga al representante contenga los datos mencionados en el presente artículo]».

³⁰⁷ Prorrogable hasta por otros quince días a petición del demandado.

³⁰⁸ El art. 595, párr. primero, establece que «Realizada la notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de la audiencia previa y de conciliación, la cual se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes [entendemos que el legislador quiso referirse al párr. tercero del art. 591, referente a la notificación a la colectividad, pues no podría llevarse a cabo la audiencia conciliatoria si la colectividad afectada no ha sido notificada sobre la existencia del juicio]».

³⁰⁹ Hasta antes de que la sentencia cause estado, la controversia puede resolverse por convenio judicial aprobado por el juez.

El juez, de oficio, revisará que el convenio proceda legalmente y que los intereses de la colectividad estén debidamente protegidos. Luego, tomando en cuenta las objeciones que formularen los miembros de la colectividad, en su caso, lo aprobará y lo elevará a la categoría de cosa juzgada (art. 595, párr. quinto).

4.4.4.8. INSTRUCCIÓN Y AUDIENCIA FINAL

Si las partes no logran convenir en la audiencia previa y de conciliación, el juez abrirá el juicio a prueba por un plazo común de sesenta días hábiles³¹⁰, para que ofrezcan pruebas y éstas se preparen (art. 596, párr. primero).

El representante deberá ratificar ante el juez, bajo protesta, su escrito de ofrecimiento de pruebas. En el mismo auto en que se admitan las pruebas se señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia final del juicio, en la que se desahogarán en un lapso que no exceda de cuarenta días hábiles³¹¹ (art. 596, párrs. segundo y tercero).

Una vez desahogadas las pruebas, el juez dará vista a las partes para que en el plazo de diez días hábiles formulen sus alegatos (art. 596, párr. cuarto).

El juez dictará sentencia dentro de los treinta días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia final (art. 596, párr. último).

4.4.4.9. PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA COLECTIVIDAD Y DE LOS TERCEROS

Quienes formen parte de la colectividad o grupo pueden intervenir en el procedimiento colectivo, en la forma siguiente:

1) Promover el incidente de remoción y sustitución del representante de la colectividad o grupo y solicitar asumir dicha representación (art. 586, párrs. quinto y sexto);

2) Excluirse de la colectividad, lo que equivaldrá al desistimiento de la acción colectiva siempre que se haga con posterioridad al emplazamiento del demandado. Los que se excluyan no podrán volver a participar en un procedimiento colectivo que se derive de la misma causa (art. 594, párr. séptimo);

3) Realizar manifestaciones respecto de los términos del convenio propuesto por el representante y el demandado (art. 595, párr. último).

³¹⁰ Prorrogable a instancia de parte hasta por veinte días hábiles.

³¹¹ Plazo que podrá ser prorrogado por el juez.

4) Promover incidente de liquidación dentro del año calendario siguiente a que la sentencia de condena cause ejecutoria, esto por lo que hace a los afectados que se hayan adherido a la colectividad durante la substanciación del procedimiento (arts. 594, párrs. tercero y quinto, y 605, párr. tercero).

5) Hacer llegar al representante, dentro de los dieciocho meses siguientes a que cause estado la sentencia o que el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada, su consentimiento expreso y simple para adherirse a la colectividad. El representante deberá presentar ante el juez el escrito de adhesión para que éste ordene, en su caso, la apertura del incidente de liquidación correspondiente al interesado (art. 594, párrs. segundo y cuarto).

6) Probar en el incidente de liquidación la relación causal y el daño individualmente sufrido (arts. 594, párr. sexto, 601, párr. segundo, y 605, párr. segundo).

7) Promover la ejecución de la deuda dentro del año siguiente a su liquidación (arts. 594, párr. sexto, y 605, párr. cuarto).

Los terceros ajenos al proceso colectivo que no se encuentren en conflicto de interés con alguna de las partes pueden, en calidad de *amicus curiae* o en cualquier otra, exhibir pruebas documentales y hacer manifestaciones escritas o verbales, siempre que sean relevantes (art. 598, párr. segundo).

4.4.4.10. FACULTADES PARA MEJOR PROVEER

Para mejor proveer, el juez podrá, a petición de parte o de oficio, valerse de los medios probatorios que estime necesarios, siempre que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos (art. 598, párr. primero). En uso de dichas facultades el juez podrá:

a) Requerir a las entidades públicas legitimadas (excepto al Procurador General de la República) o a cualquier tercero, la elaboración de estudios o la presentación de medios probatorios³¹² (art. 598, párr. último);

b) Solicitar a las partes la presentación de medios probatorios o información necesarios para mejor resolver el litigio o para ejecutar la sentencia (art. 599); y

c) Valerse de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia (art. 600).

³¹² Los gastos inherentes a tales actos serán cubiertos con cargo al fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal.

4.4.4.11. SENTENCIA Y REPARACIÓN DEL DAÑO

Dispone el art. 603 que «Las sentencias deberán resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho».

La sentencia contendrá:

a) Una relación sucinta de la comparecencia de los terceros ajenos al proceso ante el tribunal (art. 598, párr. tercero);

b) Los requisitos y plazos que, para promover el incidente de liquidación, deberán cumplir los afectados que se hayan adherido a la colectividad durante la substanciación del procedimiento (arts. 594, párr. quinto, y 605, párr. segundo);

c) Un plazo prudente para que el demandado cumpla con lo ordenado en la sentencia y el señalamiento de los medios de apremio que se emplearán en caso de incumplimiento (art. 607);

d) Lo relativo a los gastos y costas, si la sentencia es de condena (art. 616)³¹³; y

e) La cuantificación de la deuda (art. 618, fracc. II).

En caso de que prospere la pretensión planteada a través de la acción difusa, el juez condenará al demandado únicamente a la reparación del daño a la colectividad (art. 604).

En tratándose de las acciones colectiva en sentido estricto e individual homogénea, el juez podrá condenar al demandado a la «reparación del daño» (art. 605).

Como es palpable, la reparación del daño tiene una connotación distinta según la acción de que se trate.

En la acción difusa, la reparación del daño causado a la colectividad consistirá en la realización o abstención de una o más acciones para restituir las cosas al estado que guardaban antes de la afectación y, si esto no es posible, en el pago de una cantidad de dinero correspondiente a la transgresión a los derechos o intereses de la colectividad (arts. 581, fracc. I, y 604).

En las acciones colectivas en sentido estricto e individual homogénea, la reparación del daño consistirá en la realización o abstención de una o más acciones y

³¹³ El art. 608 establece que «La sentencia será notificada a la colectividad o grupo de que se trate en los términos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 591 de este Código [entendemos que el legislador quiso referirse al párr. tercero del art. 591 y no al segundo, pues es este párrafo y no el segundo el que trata acerca de la notificación a la colectividad]».

en el resarcimiento de los daños causados en forma individual a los miembros del grupo (art. 605, párr. primero).

4.4.4.12. EFECTOS DE LA SENTENCIA O CONVENIO Y ADHESIÓN DE LOS AFECTADOS A LA COLECTIVIDAD

En el Libro Quinto del CFPC no se precisan los límites subjetivos de la cosa juzgada, es decir, no se especifica si los efectos de la sentencia pasada en cosa juzgada se extienden *erga omnes*. Sin embargo, mediante una interpretación sistemática podemos afirmar que no es así.

En lo que aquí interesa, el art. 594, párr. penúltimo, dispone que «sólo tendrán derecho al pago que derive de la condena, las personas que formen parte de la colectividad». Entonces, resulta necesario esclarecer qué personas en concreto forman parte de la colectividad en el juicio. Esta cuestión debe relacionarse con el párr. tercero del mismo artículo, el cual establece que «Los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad»³¹⁴. De lo anterior se colige que la colectividad se integra por aquellos afectados que voluntariamente se adhieran a ella o, a *contrario sensu*, que todo afectado que no se adhiera a la colectividad no formará parte de ella y, por lo tanto, no tendrá derecho al pago que derive de la condena³¹⁵.

Los afectados que se adhieran a la colectividad³¹⁶ durante la substanciación del proceso no son terceros, en virtud de que han manifestado su consentimiento expreso de incluirse en la colectividad (art. 594, párrs. segundo y tercero), lo que equivale a un otorgamiento de poder según el art. 594, párr. último, que establece que el representante:

«[...] tendrá los poderes más amplios que en derecho procedan con las facultades especiales que requiera la ley para sustanciar el procedimiento y para representar a la colectividad y a cada uno de sus integrantes que se hayan adherido o se adhieran a la acción».

³¹⁴ Los afectados podrán adherirse a la colectividad en dos momentos: durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia cause estado o a que el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada (art. 594, párr. tercero).

³¹⁵ Los afectados, formen parte o no de la colectividad, tendrán expedita la vía individual para hacer valer sus derechos.

³¹⁶ El art. 594, párr. segundo, dispone que los afectados pueden adherirse al ejercicio de las *acciones* colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, pero no se establece algún plazo para ello ni se señalan las consecuencias de la adhesión a la *acción*. Por otra parte, los párrs. tercero y cuarto del mismo numeral, establecen la forma y los plazos en que la adhesión a la *colectividad* ha de efectuarse. Así, pareciera que la ley regula dos tipos de adhesión: a la acción y a la colectividad. En los arts. 594, párr. último, y 613, párrs. tercero y cuarto, también se habla acerca de la adhesión a la acción. En esas condiciones, apartándonos de la confusa literalidad del art. 594 y mediante una interpretación sistemática, concluimos que la adhesión a la acción y a la colectividad son una misma figura.

En efecto, la adhesión a la colectividad es el acto a través del cual el afectado, unilateralmente, por cualquier medio y en el plazo legal, manifiesta al representante su consentimiento expreso y simple para adherirse a la colectividad, lo que se traduce en un otorgamiento de poder³¹⁷.

En el supuesto de que el conflicto colectivo se resuelva por convenio aprobado por el juez, los miembros de la colectividad quedarán obligados por dicho convenio (art. 595, párr. último).

En caso de improcedencia de la pretensión deducida a través de la acción individual homogénea, los actos del representante no obligan a los representados y éstos tendrán a salvo sus derechos para ejercerlos por la vía individual (art. 613, párr. último).

4.4.4.13. LIQUIDACIÓN, EJECUCIÓN Y PAGO

Una vez que cause ejecutoria la sentencia de condena o que el convenio adquiera la calidad de cosa juzgada, el importe del daño sufrido por cada miembro de la colectividad será fijado en un incidente de liquidación (si es que no ha sido ya determinado en la sentencia, de conformidad con el art. 618, fracc. II) en el que la víctima deberá probar la relación causal y el daño sufrido (arts. 594, párrs. cuarto a sexto y octavo, 601, párr. segundo, y 605, párr. segundo).

El incidente de liquidación se insta de distinta forma, según el momento procesal en que los afectados se hayan adherido a la colectividad.

Los afectados podrán adherirse a la colectividad en dos momentos³¹⁸ (art. 594, párr. tercero): 1) durante la substanciación del procedimiento, y 2) durante los dieciocho meses siguientes a que cause estado la sentencia o que el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada. En el primer supuesto, los miembros de la colectividad tendrán un año calendario (contado a partir de que la sentencia cause ejecutoria) para, en ejecución de sentencia, promover el incidente de liquidación (arts. 594, párr. quinto, y 605, párr. tercero). En la segunda hipótesis, el juez, si procede, ordenará la apertura del incidente de liquidación al proveer sobre la adhesión (art. 594, párr. cuarto).

³¹⁷ Según Pérez Fernández del Castillo, Bernardo: *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, 12ª. ed., Porrúa, México, 2003, p. 15, el poder es un tipo de representación voluntaria consistente en el acto a través del cual una persona queda facultada por otra para actuar en su nombre y representación.

³¹⁸ Si el afectado promovió un juicio individual al cual recayó una sentencia que ha causado ejecutoria, no podrá ser incluido dentro de la colectividad en un proceso colectivo, cuyo objeto, causas y pretensiones sean las mismas que en el juicio individual (art. 615).

A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo (sea cual sea el momento de la adhesión) (art. 594, párr. sexto, y 605, párr. cuarto).

Nada impide que el representante pueda llevar a cabo la promoción del incidente de liquidación correspondiente a cada integrante de la colectividad, así como la prueba de la relación causal y del daño sufrido, puesto que cuenta con poder bastante para tales efectos (art. 594, párr. último).

El pago que resulte del incidente de liquidación será hecho a las propias víctimas y nunca al representante común (art. 605, párr. último).

4.4.4.14. RELACIÓN ENTRE ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES

No procederá la acumulación entre procedimientos individuales y colectivos (art. 613, párr. primero).

En caso de coexistencia de un proceso individual y de un proceso colectivo derivados de la misma causa, el actor del primero podrá desistirse del mismo (lo que acarreará su sobreseimiento) y adherirse a la acción colectiva planteada en el segundo (art. 613, párrs. tercero y cuarto) en un plazo de noventa días, contados a partir de que se le notifique la existencia del proceso colectivo³¹⁹.

Si con base en los mismos hechos se ejercitan simultáneamente acción difusa y acción colectiva, debe decretarse la acumulación de las acciones (art. 606).

4.4.4.15. APELACIÓN

El representante será responsable frente a la colectividad por el ejercicio de su gestión (art. 586, párr. último).

En caso de representación fraudulenta, siempre que tal circunstancia haya influido en la sentencia, las partes pueden apelar el fallo dentro del plazo de cuarenta y cinco días hábiles. La apelación versará sobre la nulidad de las actuaciones viciadas (art. 609, párr. primero).

³¹⁹ El juez del procedimiento individual debe notificar al actor acerca de la existencia del procedimiento colectivo, luego de que el propio demandado en ambos juicios cumpla con su deber de informarles acerca de la coexistencia de los dos procesos (art. 613, párrs. segundo y tercero).

En el caso de la colectividad, estará legitimado para promover la apelación el representante cuya designación haya sido autorizada por el juez. El juez informará de los hechos al ministerio público (art. 609, párr. segundo).

4.4.4.16. HONORARIOS, GASTOS Y COSTAS

Cada parte asumirá los gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes (art. 617, párr. primero).

La sentencia de condena incluirá lo relativo a los gastos y costas (art. 616).

Los honorarios que el representante legal y el representante común convengan con sus representados, quedarán sujetos al arancel máximo que se indica en la siguiente tabla (art. 617, párr. segundo):

<i>Monto líquido de la suerte principal (expresado en número de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal)</i>		<i>Honorarios del representante legal y del representante común (porcentaje del monto líquido de la suerte principal)</i>
<i>De</i>	<i>A</i>	
1	200,000	hasta el 20%
200,001	menos de 2,000,000	hasta el 20% sobre los primeros 200,000 y hasta el 10% sobre el excedente
Más de 2,000,000	-----	hasta el 11% sobre los primeros 2,000,000 y hasta el 3% sobre el excedente

Los gastos, costas y honorarios de los representantes serán cubiertos en la forma que el juez lo determine, buscando asegurar el pago correspondiente, y se liquidarán en ejecución de sentencia.

Cuando exista un interés social que lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita, los gastos, costas y honorarios de los representantes serán cubiertos con cargo al fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal (art. 618, fracc. I).

Si la sentencia establece una «cantidad cuantificable (sic)» (art. 618, fracc. II), la parte actora pagará a sus representantes, por concepto de honorarios, entre el tres y el veinte por ciento del monto total condenado, según lo determine el juez, atendiendo al arancel máximo previsto en la tabla anterior, al trabajo realizado y a su complejidad, al número de miembros de la colectividad y demás circunstancias que estime pertinentes. Si la sentencia establece una condena no cuantificable, el juez determinará el monto de los honorarios tomando en consideración, en lo conducente, los criterios anteriores.

Si el conflicto colectivo es resuelto a través de convenio, éste deberá contemplar lo relativo a los gastos y costas. Los honorarios que el representante legal y el representante común pacten con sus representados, deberán sujetarse al arancel máximo (art. 617, párr. último).

4.4.4.17. MEDIDAS PRECAUTORIAS

El art. 610 dispone que:

«En cualquier etapa del procedimiento el juez podrá decretar a petición de parte, medidas precautorias que podrán consistir en:

- I. La orden de cesación de los actos o actividades que estén causando o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;
- II. La orden de realizar actos o acciones que su omisión haya causado o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;
- III. El retiro del mercado o aseguramiento de instrumentos, bienes, ejemplares y productos directamente relacionados con el daño irreparable que se haya causado, estén causando o que necesariamente hayan de causarse a la colectividad, y
- IV. Cualquier otra medida que el juez considere pertinente dirigida a proteger los derechos e intereses de una colectividad».

4.4.4.18. MEDIOS DE APREMIO

El art. 612 contempla que:

«Artículo 612.- Los tribunales para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear, a discreción, los siguientes medios de apremio:

- I. Multa hasta por la cantidad equivalente a treinta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplimentarse lo ordenado por el juez.
- II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario.
- III. El cateo por orden escrita.
- IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

Si fuere insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia».

CAPÍTULO QUINTO

LA ACCIÓN COLECTIVA EN CONTRA DE ENTIDADES PÚBLICAS

5.1. ¿PUEDE EJERCITARSE ACCIÓN COLECTIVA EN CONTRA DE ENTIDADES PÚBLICAS?

Resulta claro que puede enderezarse acción colectiva en contra de particulares, pero ¿procede la acción colectiva en contra de entidades públicas?

La reglamentación del párr. tercero del art. 17 constitucional, se realizó a través de adiciones y reformas a las siguientes leyes: 1) CFPC, 2) CCF, 3) LFCE, 4) LFPC, 5) LOPJF, 6) LGEEPA y 7) LPDUSF.

La LOPJF no resuelve la cuestión y el CFPC arroja poca luz, pues sólo dispone que la acción colectiva procede, únicamente en tratándose de «relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados» (art. 578)³²⁰. Entonces, la respuesta debe buscarse en las demás leyes.

5.2. CCF

Para exigir la reparación de los daños previstos en el capítulo del CCF denominado «De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos»³²¹, causados a una colectividad o grupo de personas, el art. 1934 Bis del CCF remite al procedimiento colectivo del CFPC.

Por decreto publicado en el DOF el 31 de diciembre de 2004, se derogó el art. 1927 del CCF (contenido en el cap. V, relativo a los hechos ilícitos) que disponía, generalmente, la responsabilidad subsidiaria del Estado y, excepcionalmente, la

³²⁰ En el presente capítulo nos referimos frecuentemente a los artículos que integran el Libro Quinto del CFPC, por lo que si en adelante no especificamos el cuerpo legal al que pertenece el artículo citado, debe entenderse que lo es del CFPC.

³²¹ cap. V, del título Primero, Primera Parte, Libro Cuarto, del CCF.

solidaria³²². Además, en el referido decreto se publicó la LFRPE, reglamentaria del párr. segundo del art. 113 de la CPEUM.

La derogación del art. 1927 del CCF y la creación de la LFRPE, obedecen al nuevo régimen constitucional de responsabilidad directa y objetiva del Estado³²³, previsto en el párr. segundo del art. 113 de la CPEUM (adicionado por decreto publicado en el DOF el 14 de junio de 2002) que a la letra dispone:

«La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes».

El régimen de la responsabilidad directa y objetiva del Estado prescinde del elemento culpa³²⁴ y descansa en el principio de que el Estado es objetiva y directamente responsable por su actividad administrativa irregular³²⁵.

³²² La responsabilidad solidaria del Estado operaba solamente en los casos de hechos ilícitos dolosos cometidos por servidores públicos, con motivo del ejercicio de sus funciones y siempre que el servidor público directamente responsable fuera insolvente o que sus bienes fueran insuficientes para responder.

³²³ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador: *Derecho constitucional...*, op. cit., p. 445.

³²⁴ Es ilustrativa la tesis de jurisprudencia P./J. 43/2008, dictada por el Pleno de la SCJN, consultable en la Novena Época del SJFG, t. XXVII, junio de 2008, p. 719 [número de IUS 169428], de rubro y texto siguientes: «**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA.** La adición al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de junio de 2002, tuvo por objeto establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados en los bienes y derechos de los ciudadanos, otorgándole las características de directa y objetiva. La diferencia entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva radica en que mientras ésta implica negligencia, dolo o intencionalidad en la realización del daño, aquélla se apoya en la teoría del riesgo, donde hay ausencia de intencionalidad dolosa. Por otra parte, del contenido del proceso legislativo que dio origen a la adición indicada, se advierte que en un primer momento el Constituyente consideró la posibilidad de implantar un sistema de responsabilidad patrimonial objetiva amplia, que implicaba que bastaba la existencia de cualquier daño en los bienes o en los derechos de los particulares, para que procediera la indemnización correspondiente, pero posteriormente decidió restringir esa primera amplitud a fin de centrar la calidad objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado a los actos realizados de manera irregular, debiendo entender que la misma está desvinculada sustancialmente de la negligencia, dolo o intencionalidad, propios de la responsabilidad subjetiva e indirecta, regulada por las disposiciones del derecho civil. Así, cuando el artículo 113 constitucional alude a que la responsabilidad patrimonial objetiva del Estado surge si éste causa un daño al particular "con motivo de su actividad administrativa irregular", abandona toda intención de contemplar los daños causados por la actividad regular del Estado, así como cualquier elemento vinculado con el dolo en la actuación del servidor público, a fin de centrarse en los actos propios de la administración que son realizados de manera anormal o ilegal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración».

³²⁵ El art. 1º, párr. segundo, de la LFRPE, define la actividad administrativa irregular en los siguientes términos: «Para los efectos de esta Ley, se entenderá por actividad administrativa irregular, aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportar, en virtud de no existir fundamento legal o causa jurídica de justificación para legitimar el daño de que se trate».

El caso es que la normatividad relativa a la responsabilidad civil de los servidores públicos abandonó el cap. V, del CCF (relativo a las obligaciones que nacen de los actos ilícitos) para ubicarse en una ley especial: la LFRPE. Entonces, si el nuevo art. 1934 Bis del CCF prevé la procedencia de la acción colectiva, únicamente respecto de los daños previstos en el multicitado cap. V y la regulación relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado «emigró» de dicho capítulo para ubicarse en una ley especial, debe concluirse que el art. 1934 Bis del CCF no tiene el alcance de posibilitar la acción colectiva para exigir del Estado la reparación de los daños causados a una colectividad por su actividad irregular³²⁶.

Por lo expuesto, el art. 1934 Bis del CCF no autoriza la acción colectiva en contra del Estado.

5.3. LFCE

El art. 38 de la LFCE dispone que:

«Aquellas personas que hayan sufrido daños o perjuicios a causa de una *práctica monopólica* o una *concentración prohibida* podrán interponer las acciones en defensa de sus derechos o intereses de forma independiente a los procedimientos previstos en esta Ley. La autoridad judicial podrá solicitar la opinión de la Comisión en asuntos de su competencia.

Las acciones a que se refiere el párrafo anterior podrán ejercerse de forma individual o colectiva, estas últimas en términos de lo dispuesto en el Libro Quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles» (las cursivas son nuestras).

Como se aprecia, los daños grupales pueden generarse por dos causas: práctica monopólica o concentración prohibida.

³²⁶ Apoya lo anterior la tesis aislada I.7o.C.119 C, dictada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en el amparo directo 623/2008, publicada en la Novena Época del SJFG, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1079 [número de IUS 168274], de rubro y texto siguientes: **«RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y DIRECTA DEL ESTADO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1927 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN ARMONÍA CON EL ARTÍCULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** A partir de la reforma constitucional del artículo 113 en su párrafo segundo, se abandonó el sistema de responsabilidad subjetiva y subsidiaria del Estado, para ser objetiva y directa. Por lo tanto, ya no es necesario demostrar el dolo y la insolvencia del funcionario que causara los daños, sino que basta acreditar la existencia de: un daño, su imputación a la administración pública por efecto de su actividad irregular, y el nexo causal entre uno y otro. Por lo tanto, no tiene más aplicación el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal sobre la acreditación del dolo para condenar solidariamente al Estado. Pues de interpretar literalmente dicho precepto se estaría contrariando al ya citado artículo 113 constitucional. Además, representaría también un retroceso en la intención legislativa progresista, con miras a hacer efectivo el reclamo del afectado y significaría un obstáculo al derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia, infringiendo también el principio pro homine aplicable en materia de derechos humanos».

Los agentes económicos son los sujetos que pueden llevar acabo prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas. Entonces, se hace necesario esclarecer quiénes pueden fungir como agentes económicos, lo que se precisa en el art. 3º de la LFCE que transcribimos enseguida:

«Están sujetos a lo dispuesto por esta Ley todos los *agentes económicos*, sea que se trate de personas físicas o morales, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos, o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

Serán responsables solidarios los agentes económicos que hayan adoptado la decisión y el directamente involucrado en la conducta prohibida por esta Ley» (las cursivas son nuestras).

Como se aprecia, las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, pueden fungir como agentes económicos.

Entonces, cuando las dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, actúen como agentes económicos y con su actividad generen daños o perjuicios a un grupo de personas, procederán en su contra las acciones colectivas, en términos del art. 38 de la LFCE. Sin embargo, debe tenerse presente que es necesario que la concentración prohibida o la práctica monopólica de que se trate, sea declarada existente por resolución firme de la Comisión Federal de Competencia (art. 588, fracc. I)³²⁷.

5.4. LFPC

Es de llamar la atención la letra del art. 578 que establece la procedencia de la acción colectiva sólo en tratándose de «*relaciones de consumo* de bienes o servicios, *públicos* o privados»³²⁸ (Las cursivas son nuestras).

³²⁷ Como presupuesto de la acción colectiva, la Comisión Federal de Competencia debe declarar la existencia de la concentración indebida o de la práctica monopólica de que se trate y dicha declaración debe encontrarse firme. Bajo este panorama, además del tiempo necesario para la emisión de la declaración de existencia, debe considerarse el requerido para que la misma adquiera firmeza legal, lo que entorpecerá la incoación de la acción colectiva en perjuicio de los justiciables.

³²⁸ Lo que se reitera en el art. 586, fracc. I, que condiciona la procedencia de la acción colectiva a «Que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente o que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia».

En el referido artículo se mencionan la relación de consumo y el servicio público, conceptos que deben empatarse para la procedencia de la acción colectiva en contra del Estado.

5.4.1. LA RELACIÓN DE CONSUMO

La relación de consumo se da, según la LFPC, entre el consumidor y el proveedor o prestador de servicios³²⁹.

El art. 2º, fracc. II, de la LFPC, define al proveedor en los siguientes términos:

«Proveedor: la persona física o moral en términos del Código Civil Federal, que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede el uso o disfrute de bienes, productos y servicios»³³⁰.

Por su parte, el CCF dispone que son personas morales: la Nación, los Estados, los Municipios y las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley (art. 25, fracs. I y II). Relacionando los anteriores artículos, se obtiene que el Estado puede fungir como proveedor en relaciones de consumo³³¹. Entonces,

³²⁹ Ovalle Favela, José: *Derechos de los consumidores*, op. cit., p. 3.

³³⁰ La LFPC del 19 de diciembre de 1975 precedió a la actual, que data del 24 de diciembre de 1992. A manera de antecedente, cabe evocar el numeral 2º de aquélla, que establecía que estaban obligados al cumplimiento de sus disposiciones «los comerciantes, industriales, prestadores de servicios, así como las empresas de participación estatal, organismos descentralizados y los órganos del Estado en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores».

³³¹ Apoya lo anterior la tesis de jurisprudencia I.4o.C. J/8, pronunciada por los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en la Novena Época del SJFG, t. IV, agosto de 1996, p. 475 [número de IUS 201604], de rubro y texto siguientes: **«LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR. SOLO ES APLICABLE A LAS RELACIONES ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES.** Los actos jurídicos celebrados entre comerciantes, industriales o de unos con otros, en los cuales no se dé una relación de proveedor a consumidor, no se encuentran regulados por la Ley Federal de Protección al Consumidor, pues de conformidad con la exposición de motivos de ésta, tal ordenamiento recoge preceptos dispersos en la legislación civil y mercantil, buscando moderar los principios de igualdad entre las partes, de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad, les dio coherencia y unidad en un solo ordenamiento y los elevó a la categoría de normas de derecho social, con el propósito fundamental de igualar a quienes en la vida económica son desiguales, como lo son, por una parte, el proveedor y, por la otra, el consumidor, tutelando los intereses de éste, al considerarlo como parte débil frente al proveedor. En tal virtud, dicho ordenamiento crea un régimen jurídico singular y contiene disposiciones que constituyen excepciones a las reglas generales establecidas en la legislación civil y mercantil, de suerte que debe ser interpretado restrictivamente, por lo que no puede ser aplicado a caso alguno que no esté expresamente especificado en el mismo, como lo dispone el artículo 11 del Código Civil para el Distrito Federal. En consecuencia, como la Ley Federal de Protección al Consumidor es proteccionista de los intereses del consumidor, sólo es aplicable a las relaciones jurídicas en las que intervengan tanto un proveedor como un consumidor y, en consecuencia, no quedan sujetos a ella los actos en los que las partes carezcan de tales cualidades, entendiéndose por proveedor a los comerciantes, industriales, prestadores de servicios, así como las empresas de participación estatal, los organismos descentralizados y los órganos del Estado, en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución de bienes y prestación de servicios a

cuando los órganos del Estado, los organismos descentralizados o las empresas de participación estatal desarrollen actividades de producción, distribución de bienes o prestación de servicios y con dicha actividad causen daños a una colectividad de consumidores, procederán en su contra las acciones colectivas, con fundamento en lo dispuesto por el art. 26 de la LFPC, que establece:

«Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores, la Procuraduría, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código».

Así, por lo que hace a la relación de consumo, los arts. 2º, fracc. II, y 26 de la LFPC, en relación con el numeral 25, fracs. I y II, del CCF, autorizan la acción colectiva en contra del Estado.

5.4.2. EL SERVICIO PÚBLICO³³²

La noción de servicio público se relaciona con el tránsito del Estado abstencionista o liberal al Estado social, donde éste participa activamente en: a) la producción de bienes o servicios necesarios para el desarrollo del mercado y que la empresa privada no ofrece por no ser atractiva la inversión (como sucede, por ejemplo, en obras de infraestructura y de comunicaciones); y b) la satisfacción de necesidades sociales (como la educación y la salud). No obstante, aunque el servicio público se presta por el Estado (o por particulares a través de la figura de la concesión, cuando la ley lo permite), no toda actividad estatal es servicio público³³³.

Fernández Martínez³³⁴ define el servicio público como «el complejo de elementos personales y materiales, coordinados por los órganos de la administración pública o por los entes públicos o privados autorizados, para lograr la satisfacción de necesidades colectivas de interés general». Desde otra perspectiva, el servicio público se ha definido como el establecimiento de un régimen jurídico especial para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general³³⁵.

consumidores, y por consumidor a quien contrata, para su utilización, la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de servicios, de acuerdo con las definiciones contenidas en los artículos 2o. y 3o. de dicha Ley» (Las cursivas son nuestras).

³³² El adjetivo «público» empleado en el art. 578, se refiere tanto a los bienes como a los servicios. Sin embargo, no se hará consideración alguna respecto a los bienes sujetos al régimen de dominio público, en virtud de que el art. 13 de la Ley General de Bienes Nacionales, dispone, categóricamente, que dichos bienes son inalienables, imprescriptibles e inembargables, características que los hacen incompatibles con la relación de consumo a la que se refiere el artículo primeramente mencionado.

³³³ Roldán Xopa, José: *Derecho administrativo*, Oxford University Press, México, 2008, pp. 372-376.

³³⁴ Fernández Martínez, Refugio de Jesús: *Derecho fiscal*, McGraw-Hill, México, 1998, p. 134.

³³⁵ Así lo precisó la entonces Cuarta Sala de la SCJN, en la tesis consultable en el SJF, Quinta Parte, t. LXIX, p. 34 [número de IUS 274319], cuyo rubro y texto son del siguiente tenor: «**SERVICIO PUBLICO, NOCION DE.** Por servicio público debe entenderse el establecimiento de un régimen

Por la forma en que se satisfacen las necesidades sociales, los servicios públicos se han clasificado, doctrinariamente, en: a) los que colman necesidades generales sin que los particulares obtengan una prestación directa (por ejemplo el servicio de defensa nacional); b) los que de manera indirecta procuran a los administrados ventajas individuales (por ejemplo los puertos y faros, las vías generales de comunicación, etc.); y c) los que benefician individualmente a los particulares (por ejemplo los servicios de correos, telégrafos, transportes, etc.)³³⁶.

Ahora bien, es indudable que existe un mayor interés público en la prestación de los servicios señalados en el inciso a) que en la realización de los apuntados en el inciso c), por lo que el usuario de estos últimos es quien debe soportar su costo (siempre que la ley contemple la contraprestación)³³⁷ pero sin que haya lucro, pues el precio debe corresponder a los gastos que el prestador del servicio público eroga para su realización.

La contraprestación por los servicios públicos que benefician individualmente a los particulares puede ser de naturaleza tributaria o no tributaria. En el primer caso hablaremos de derechos (contribuciones contempladas en el art. 2º, fracc. IV, del Código Fiscal de la Federación) y ante su impago, el cobro correspondiente gozará de los privilegios de los tributos (ejecutividad, ejecutoriedad, autotutela y procedimiento económico coactivo). En el segundo caso, la relación entre el prestador del servicio público y el beneficiario será de coordinación (contractual) y no de autoridad-gobernado³³⁸. La ley definirá, en cada caso, el carácter de la contraprestación: derecho o ingreso no tributario³³⁹.

Pero una relación jurídica no puede ser al mismo tiempo de supra a subordinación y de consumo, pues ambos tipos se excluyen por su propia naturaleza. Entonces, sólo el servicio público cuya contraprestación sea de carácter no tributaria será compatible con la relación de consumo.

jurídico especial para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general. Organizar un servicio público es formular las reglas generales según las cuales se regirá la actividad de ciertas personas, o deberán ser administrados determinados bienes. El régimen jurídico del servicio público, puede tener variantes, ser más o menos completo, y constreñirse a la limitación de la actividad concurrente de los particulares, a la fijación de tarifas, y a la prestación del servicio a cualquier persona que lo solicite en cualquier momento. La determinación de cuando existe un servicio público corresponde fundamentalmente al Poder Legislativo».

³³⁶ Así lo indica Fraga, Gabino: *Derecho administrativo* (actualizado por Manuel Fraga), 47ª. ed., Porrúa, México, 2009, p. 244.

³³⁷ Fernández Martínez, Refugio de Jesús: *Derecho fiscal*, op. cit., pp. 198-199.

³³⁸ Se menciona un tipo de servicio público cuya contraprestación es de carácter no tributario, en la tesis de jurisprudencia P./J. 92/2001, dictada por el Pleno de la SCJN, publicada en la Novena Época del SJFG, t. XIV, julio de 2001, p. 693 [Número de IUS 189353], la cual transcribimos a continuación: **«AGUA POTABLE. CUANDO EL ESTADO PRESTA EL SERVICIO MEDIANTE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE ADHESIÓN, LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES NO CORRESPONDE A LA DE SUPRA A SUBORDINACIÓN QUE EXISTE ENTRE UNA AUTORIDAD Y UN GOBERNADO, SINO A UNA RELACIÓN DE COORDINACIÓN VOLUNTARIA ENTRE EL PRESTADOR DEL SERVICIO Y EL PARTICULAR».**

³³⁹ Roldán Xopa, José: *Derecho administrativo*, op. cit., pp. 380-381.

5.4.3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN COLECTIVA EN RELACIONES DE CONSUMO DE SERVICIOS PÚBLICOS

Por lo expuesto, debe concluirse que, con fundamento en el art. 26 de la LFPC, el Estado puede ser demandado mediante una acción colectiva, siempre que:

- a) Una entidad pública funja como proveedor de servicios en una relación de consumo, de conformidad con el art. 2º, fracc. II, de la LFPC;
- b) Los servicios prestados sean de carácter público;
- c) La contraprestación por el servicio público de que se trate sea de carácter no tributario; y
- d) Con motivo de las actividades anteriores, se vulneren los derechos e intereses de una colectividad o grupo de consumidores.

Es criticable la redacción del art. 578, que establece la procedencia de la acción colectiva en tratándose de «relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados», porque serán muy extraños los casos en los que el Estado pueda considerarse, simultáneamente, proveedor y prestador de servicios públicos cuya contraprestación sea de carácter no tributaria.

5.5. LGEEPA

Comencemos por distinguir entre dos tipos de daños, a saber: a) los daños por contaminación sufridos por patrimonios identificables y particulares, y b) los daños ecológicos propiamente tales o daños ambientales³⁴⁰. A través de la acción difusa, solamente es posible exigir el resarcimiento de los segundos, dado que la condena únicamente puede consistir en la realización o abstención de una o más acciones para restituir las cosas al estado que guardaban antes de la afectación y, si esto no fuera posible, en pagar una determinada cantidad de dinero acorde a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad (arts. 581, fracc. I, y 604).

La reparación de los daños individuales generados por hechos contrarios a la legislación ambiental, tendría que intentarse a través de la acción colectiva en sentido estricto, que es la apropiada para exigir la responsabilidad civil extracontractual³⁴¹. El punto es que el miembro de la colectividad debe probar, en el incidente de liquidación respectivo, la relación causal entre el hecho y el daño (art. 601, párr. segundo) en el marco de la legislación civil aplicable (art. 203 de la LGEEPA). Sin embargo, a la luz de los principios tradicionales de la responsabilidad civil, resultará imposible o muy

³⁴⁰ Brañes, Raúl: *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2ª. ed., Fondo de Cultura Económica y Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, México, 2000, p. 283.

³⁴¹ Vid. *infra*, apartado 6.4.

difícil para la víctima acreditar la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño, además de que éste no podrá considerarse como una consecuencia directa e inmediata de aquél³⁴².

Ahora bien, por lo que hace a la cuestión que nos ocupa, el art. 202, párr. segundo, de la LGEEPA, dispone que:

«Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código».

Entonces, se trate de daños individuales por contaminación o daños ambientales, ¿puede enderezarse acción colectiva en contra del Estado? La respuesta es en sentido negativo pues, en lo sustantivo, la LGEEPA remite a la legislación civil aplicable y ésta tuvo que adecuarse conforme al segundo párrafo del art. 113 de la CPEUM (adicionado por decreto publicado en el DOF el 14 de junio del 2002) que establece la responsabilidad patrimonial directa y objetiva del Estado, por lo que caben aquí las mismas consideraciones vertidas en el apartado correspondiente³⁴³.

³⁴² Bustamante Alsina, Jorge: *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 159, apunta que las normas tradicionales de la responsabilidad civil resultan inadecuadas en tratándose de la reparación de los daños individuales por contaminación. Por ejemplo, el art. 2110 del CCF, establece que los daños deben ser consecuencia inmediata y directa del hecho, además de que deben ser ciertos, es decir, que se hayan causado o que necesariamente deban causarse. Así, pensemos en el caso de los daños individuales ocasionados por la lluvia ácida, generada a su vez, por la contaminación emitida concurrentemente por diversos agentes durante un periodo más o menos largo, o en el caso en que determinadas compañías mineras arrojan periódicamente desechos tóxicos a un río que desemboca en una presa, provocando la contaminación de los peses que habitualmente consumen los lugareños, quienes, luego de algún tiempo, sufren graves enfermedades por esa causa. En esos y otros casos, probar la relación causal entre el hecho y los daños individuales será cuestión difícil, sino imposible, pues, aunque se acreditara pericialmente la causa del daño al medio ambiente (probanza que en esta materia es costosa y complicada) y la medida en que la contaminación afectó a las víctimas (daños individuales), los daños particulares difícilmente podrían considerarse como una consecuencia inmediata y directa de los hechos imputados a quienes desencadenaron la contaminación al medio ambiente. Además, en el ejemplo de los peces contaminados, debe tomarse en cuenta que las enfermedades por contaminación ambiental suelen presentarse luego de un largo tiempo y los afectados tendrían que esperar hasta que la enfermedad se manifestara (o al menos hasta que estuvieran en condiciones de acreditar que necesariamente habrá de producirse) para que los daños pudieran considerarse ciertos, lo que nos orilla a meditar lo relativo a la prescripción. Tomando en cuenta las anteriores consideraciones, la iniciativa de Ley de Responsabilidad Civil por el Daño y el Deterioro Ambiental, publicada el 9 de noviembre de 2000 en la Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados (disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/> [consultado el 17 de enero de 2012]), establece una regulación especial de la responsabilidad civil ambiental por daños a derechos colectivos e individuales, que se aparta de los lineamientos tradicionales y permite demandar al Estado en determinados supuestos. El procedimiento legislativo relativo a la mencionada iniciativa de ley no ha tenido avances significativos.

³⁴³ Vid. *supra*, apartado 5.2.

5.6. LPDUSF

El término «financiero» deriva del francés *finances*, que alude a los grandes negocios mercantilistas, la hacienda pública o lo bursátil³⁴⁴. En un sentido más preciso, lo financiero abarca tanto las finanzas públicas como las privadas³⁴⁵.

Las finanzas privadas se engloban en un concepto de mayor amplitud: el sistema financiero mexicano.

García Castillo³⁴⁶ afirma que la función primordial del sistema financiero es la de poner en contacto a quienes desean prestar o invertir fondos con aquellos que quieren captar nuevos recursos. Define al sistema financiero como «el conjunto de mercados e instituciones que permiten que una sociedad capte recursos desde las unidades económicas poseedoras de ahorro o unidades de gasto con superávit, y se canalicen a las unidades económicas deficitarias»³⁴⁷.

Así, las instituciones financieras³⁴⁸ prestan servicios financieros³⁴⁹ y su actuar se regula, entre otras leyes, por la LPDUSF.

Las instituciones públicas, privadas y del sector social, debidamente autorizadas, pueden fungir como instituciones financieras (art. 1º de la LPDUSF).

El Banco de México, las Sociedades Nacionales de Crédito, las Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, las Instituciones Nacionales de Seguros y Fianzas, los Fondos y Fideicomisos Públicos de Fomento, así como las

³⁴⁴ De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Tratado de derecho bancario y bursátil. Seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares de crédito, grupos financieros*, t. I, 3ª. ed., Porrúa, México, 2000, p. 3.

³⁴⁵ *Ibid.*, pp. 3-4.

³⁴⁶ García Castillo, Tonatiuh: voz «sistema financiero», en (VV. AA.), *Diccionario jurídico mexicano*, edición histórica, Porrúa, México, 2009, p. 3478.

³⁴⁷ *Idem.*

³⁴⁸ El art. 2º, fracc. IV, de la LPDUSF, establece que por Institución Financiera debe entenderse, en singular o plural, a las sociedades controladoras, instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto limitado, sociedades financieras de objeto múltiple, sociedades de información crediticia, casas de bolsa, especialistas bursátiles, sociedades de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades de ahorro y préstamo, casas de cambio, instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros, instituciones de fianzas, administradoras de fondos para el retiro, empresas operadoras de la base de datos nacional del sistema de ahorro para el retiro, y cualquiera otra sociedad que requiera de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de cualesquiera de las Comisiones Nacionales para constituirse y funcionar como tales y ofrecer un producto o servicio financiero a los usuarios.

³⁴⁹ Quintana Adriano, Elvia Arcelia: «Los servicios financieros en México y la Organización Mundial de Comercio», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111 (2004), pp. 972-973 (Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/111/art/art5.pdf> [Consultado el 25 de enero de 2012]), afirma que los servicios financieros son «aquellos que comprenden todo servicio de esa naturaleza, bien sea servicio de banca, seguros, valores, factoraje, arrendamiento financiero y finanzas; así como cualquier otro servicio conexo o auxiliar de un servicio financiero».

Entidades Paraestatales que formen parte del Sistema Financiero, son entidades públicas que prestan a los usuarios servicios financieros ³⁵⁰.

El art. 92, de la LPDUSF, dispone que:

«Cuando se realicen actos, hechos u omisiones que vulneren derechos e intereses de una colectividad de Usuarios, la Comisión Nacional, así como cualquier legitimado a que se refiere el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva de conformidad con lo dispuesto en el Libro Quinto de dicho Código».

Entonces, como el Estado participa en el sistema financiero prestando servicios financieros a través de las entidades públicas mencionadas a supralíneas, es posible que con su actividad cause daños a una colectividad de usuarios. Por ejemplo, pensemos en el caso en que el Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S.N.C. (BANJERCITO)³⁵¹ realice cobros ilegales a una colectividad de usuarios. Entonces, reunidos los requisitos previstos en el Libro Quinto del CFPC, no habría impedimento para ejercitar en su contra acción colectiva.

Sin embargo, debe tenerse presente que los servicios financieros que prestan las sociedades nacionales de crédito son actos de derecho privado y, por lo tanto, no existe una relación de autoridad-particular. En esa tesitura, es posible demandar a los órganos del Estado a través de las acciones colectivas, no en su carácter de autoridades, sino como entidades que realizan operaciones de banca y crédito.

³⁵⁰ Por lo que hace a su constitución, organización, funcionamiento, control, evaluación y regulación, dichas entidades están sujetas a su legislación específica, pero en las materias y asuntos que dichas leyes no regulen, les será aplicable la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, por disposición de su art. 4°.

³⁵¹ El art. 3° de la Ley de Instituciones de Crédito, dispone que integran el Sistema Bancario Mexicano, entre otras, las instituciones de banca de desarrollo. Por otra parte, el art. 2° de la misma ley, establece que las instituciones de banca de desarrollo pueden prestar servicios de banca y crédito, consistentes en la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados. El art. 30 de la citada ley, establece que las instituciones de banca de desarrollo son entidades de la administración pública federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito. Actualmente existen seis instituciones que constituyen el sistema de banca de desarrollo mexicano, a saber: Nacional Financiera, S.N.C. (NAFIN); Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C. (BANOBRAS); Banco Nacional del Comercio Exterior, S.N.C. (BANCOMEXT); Sociedad Hipotecaria Federal, S.N.C. (SHF); Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, S.N.C. (BANSEFI); y Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, S.N.C. (BANJERCITO). La información anterior fue obtenida del sitio <http://www.cnbv.gob.mx/BancaDesarrolloYEntidadesFomento/Paginas/DescripciondelSector.aspx> [consultado el 23 de abril de 2012].

CAPÍTULO SEXTO

EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO EN MÉXICO, UNA PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

6.1. UBICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO EN EL CFPC

El CFPC se divide en cinco libros intitulados: «Disposiciones Generales», «Contención», «Procedimientos Especiales», «De la Cooperación Procesal Internacional» y «De las Acciones Colectivas».

En nuestra opinión, por ser un procedimiento especial, la regulación del procedimiento colectivo queda mejor ubicada dentro del Libro Tercero, como se proponía en la iniciativa³⁵², en lugar de establecerse en un Libro Quinto como finalmente se hizo.

Además, la denominación del Libro Quinto es desafortunada, pues no trata acerca «De las Acciones Colectivas», sino del procedimiento colectivo. Pareciera que el legislador «importó» del sistema estadounidense el término *actio* (acción), mismo que se aproxima a los conceptos de juicio, procedimiento o proceso, pasando por alto que en la terminología de los países de derecho civil, los conceptos procesales de «acción» y «procedimiento» tienen distinto significado.

Por su parte, Revuelta Vaquero y Pérez Alonso³⁵³ rechazan el carácter civilista que el legislador imprimió al procedimiento colectivo, al ubicarlo en el CFPC, pues dada la variedad de materias de los derechos colectivos, se inclinan por la creación de una ley secundaria que goce de cierta autonomía y permita la implementación de un nuevo derecho que fije las características y naturaleza del procedimiento colectivo.

³⁵² La iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos del CFPC, CCF, LFCE, LFPC, LOPJF, LGEEPA y LPDUSF, se encuentra disponible en el sitio <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=26490> [Consultado el 23 de septiembre de 2012].

³⁵³ Revuelta Vaquero, Benjamín y Pérez Alonso, Eduardo: «LETICARE. Derechos colectivos en México: cuatro desafíos de la ley secundaria», en Revuelta Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (coords.): *Acciones colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, Porrúa, México, 2012, pp. 105-106.

Por nuestra parte creemos que es secundaria la cuestión relativa a la ubicación del procedimiento colectivo, pues lo primordial es la previsión de normas instrumentales acordes con la naturaleza del derecho sustantivo a aplicar, es decir, siempre que se regule adecuadamente lo tocante a la legitimación activa y a la eficacia de la cosa juzgada³⁵⁴, así como lo concerniente a los plazos procesales, la reparación del daño y otros aspectos importantes, no estorbará la circunstancia de la inclusión del procedimiento colectivo en el CFPC, pues estaremos ante normas especiales que deberán atenderse antes que las generales. De hecho, puede tomarse como referencia el caso brasileño, que los citados autores reconocen como uno de los más desarrollados en el continente americano, donde parte importante del procedimiento colectivo se encuentra en un código dedicado a la materia de consumo y el Código de Proceso Civil tiene aplicación supletoria³⁵⁵, sin que ello merme la eficacia del proceso colectivo.

6.1.1. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Derogar el Libro Quinto del CFPC e incluir en el Libro Tercero, un título Tercero que se denomine «Del procedimiento colectivo».

6.2. TIPOS DE DERECHOS COLECTIVOS

El art. 580³⁵⁶ (al igual que el art. 1º del CMPCI)³⁵⁷ adopta la teoría que identifica los derechos difusos con los colectivos *stricto sensu*, por entenderlos esencialmente iguales³⁵⁸. Por esa razón, ambos tipos de derechos se definen conjuntamente en la fracc. primera del art. 580.

La cuestión es que en el art. 581 se prevé una acción para la defensa de los derechos difusos (fracc. I) y otra para la protección de los derechos colectivos (fracc. II), lo que no es congruente con la fracc. I, del art. 580 (donde se asume su identidad esencial). En todo caso lo consecuente era establecer la protección de los derechos en comento a través de una misma acción y no de dos.

Por otra parte, también resulta incoherente el distinto tratamiento procesal que reciben uno y otro tipo, cuando supuestamente son esencialmente iguales.

Lo cierto es que sólo en apariencia los derechos difusos y los colectivos conforman una misma categoría, pues interpretando el art. 580, fracc. I, a la luz de las

³⁵⁴ *Vid. supra*, apartado 3.3.

³⁵⁵ *Vid. supra*, apartado 4.2.1.

³⁵⁶ Como en el presente capítulo se citan frecuentemente las normas del CFPC, en adelante, al citar cualquiera de sus normas, omitiremos especificar que pertenecen a dicho Código.

³⁵⁷ *Vid. infra*, apéndice, apartado V.

³⁵⁸ *Vid. supra*, apartado 2.5.4.1.

demás normas del procedimiento colectivo, se obtiene que, a pesar de su definición conjunta, los derechos difusos y los colectivos son dos categorías y no una.

En ese sentido es que debe entenderse el art. 580, fracc. I, que reza:

«Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes».

La anterior definición es sumamente confusa, pues no precisa cuáles son los elementos esenciales de una y otra categoría. Si bien de su letra se advierte que la naturaleza indivisible se refiere a ambos tipos de derechos, no están claras las características que distinguen al conglomerado titular de los derechos difusos y la colectividad titular de los derechos colectivos, lo que puede plantearse a través de las siguientes preguntas:

1) ¿Cuál colectividad debe ser indeterminada y cuál determinable?;

2) ¿Cuál colectividad debe estar integrada por personas relacionadas por circunstancias de hecho comunes y cuál por personas relacionadas por circunstancias de derecho comunes?; y

3) En cuanto a la colectividad que deba integrarse por personas relacionadas por circunstancias de derecho comunes, ¿las relaciones jurídicas deben existir con antelación a los daños? y, en caso afirmativo, ¿dichos vínculos de derecho deben presentarse entre los propios integrantes de la colectividad o deben establecerse entre éstos y la parte contraria?

Respecto de los derechos difusos, el art. 581, fracc. I, viene a precisar las preguntas planteadas en los anteriores incisos, pues atribuye su titularidad a una colectividad indeterminada y establece que entre la colectividad y el demandado no necesariamente debe existir un vínculo jurídico, de lo que se colige que las personas integrantes de dicha colectividad deben estar relacionadas por circunstancias de hecho (pues si la vinculación se basara en circunstancias de derecho, las personas serían determinadas o al menos determinables).

Por lo que toca a los derechos colectivos, las repuestas a las anteriores interrogantes deben buscarse en los arts. 581, fracc. II y 589, fracc. VI. Así, la titularidad de los derechos colectivos corresponde a una colectividad determinada o determinable (art. 581, fracc. II) con base en circunstancias comunes de hecho o de derecho (art. 589, fracc. VI) y, antes de la producción de los daños, entre la colectividad y el demandado no existen relaciones jurídicas, es decir, no hay violación a normas contractuales, sino a normas de observancia general (art. 581, fracc. II), pues la responsabilidad civil se finca en un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

Como se ve, la definición conjunta contemplada en el art. 580, fracc. I, es confusa, incompleta y su esclarecimiento debe buscarse en otros artículos.

Estimamos que el legislador debió procurar mayor congruencia entre las normas del procedimiento colectivo, buscando la mayor armonía entre las definiciones legales y el procedimiento. Así, debió definir separadamente los derechos difusos y los colectivos (lo que justificaría su distinto tratamiento procesal) o definirlos conjuntamente pues, pero estableciendo un mismo procedimiento para su defensa (lo cual no sería exacto, pero al menos sería consecuente).

Desafortunadamente, pareciera que el legislador se empeñó en lograr la mayor incoherencia procesal y que lo consiguió, pues, por entenderlos esencialmente iguales, hizo de los derechos difusos y los colectivos una misma categoría, pero previó dos acciones para la defensa de esa única categoría y, enredando aún más las cosas, acercó, por lo que al procedimiento se refiere, los derechos colectivos a los individuales de incidencia colectiva, en lugar de aproximarlos a los difusos³⁵⁹.

Además, creemos que la protección de los derechos colectivos *lato sensu* no debe estar limitada a tres acciones, sino que en su defensa debieran admitirse todo tipo de acciones: cautelares, declarativas, constitutivas, ejecutivas o de condena. De ahí que aceptamos el art. 582 y rechazamos el 581.

Entonces, sólo en apariencia el CFPC contempla dos categorías de derechos colectivos *lato sensu*, ya que en realidad establece tres, a saber: derechos difusos, colectivos e individuales de incidencia colectiva.

Como ya se dijo antes³⁶⁰, la contraposición fundamental se presenta entre los derechos supraindividuales y los individuales de tratamiento procesal colectivo, es decir, los derechos colectivos *lato sensu* se descomponen solamente en dos categorías.

6.2.1. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

a) Contemplar dos categorías de derechos colectivos *lato sensu*: difusos e individuales de incidencia colectiva.

b) Abandonar la fórmula «derechos o intereses» y emplear solamente el término «derechos».

³⁵⁹ Los arts. 587, fracc. XI, 588, fracc. III, 589, fraccs. I y IV, 594, párrs. segundo y penúltimo, y 605, contienen disposiciones idénticas para las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas.

³⁶⁰ *Vid. supra*, apartado 2.5.4.1.

c) Cambiar las denominaciones de las categorías de derechos colectivos *lato sensu*, previstas en las fraccs. I y II del art. 580, que son del siguiente tenor:

«I. Derechos e intereses difusos y colectivos, [...]

II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, [...]».

Para quedar así:

«I. Derechos difusos, [...]

II. Derechos individuales de incidencia colectiva, [...]».

d) Derogar el art. 581, que establece:

«Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en:

I. Acción difusa: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

III. Acción individual homogénea: Es aquélla de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable».

6.3. DERECHOS DIFUSOS

Según la ley, los derechos difusos son aquellos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad indeterminada de personas relacionadas por circunstancias de hecho (arts. 580, fracc. I y 581, fracc. I)³⁶¹. Esta definición es casi una transcripción de la contenida en el art. 81, fracc. I, del CDC de Brasil, por lo que las críticas que hicimos a ésta en su oportunidad³⁶², valen también para aquélla.

6.3.1. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

a) Atribuir su titularidad al individuo como integrante de un grupo de personas;

b) Incluir en la definición la nota de la supraindividualidad, para resaltar que su estructura es distinta a la de los derechos estrictamente individuales (lo que el legislador inexplicablemente olvidó hacer) y precisar que la indivisibilidad se refiere al bien jurídico.

c) Suprimir de la definición lo referente a las circunstancias por las cuales se cohesiona el grupo (de hecho o de derecho) y la cuestión relativa a la susceptibilidad de determinación de sus integrantes.

d) Modificar la definición contenida en el art. 580, fracc. I, que actualmente reza:

«Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes».

Para quedar del modo siguiente:

«Derechos difusos, entendidos como los derechos supraindividuales a gozar de un bien indivisible, cuya titularidad corresponde al individuo como integrante de un grupo de personas».

³⁶¹ Vid. *supra*, apartado 6.2.

³⁶² Vid. *supra*, apartado 2.5.2.

6.4. DERECHOS INDIVIDUALES DE TRATAMIENTO PROCESAL COLECTIVO

Toca pronunciarnos respecto a los derechos individuales de incidencia colectiva, para lo cual, partiremos de las bases ya sentadas, es decir, de la tesis de que los derechos individuales de tratamiento procesal colectivo no deben separarse en dos categorías (como sucede en Brasil³⁶³ con los derechos colectivos *stricto sensu* y los individuales homogéneos), sino que deben comprenderse en una sola³⁶⁴, por tratarse de derechos estrictamente individuales que, para su decisión unitaria, se agrupan con base en su origen común. En ese sentido, rechazamos las definiciones legales de los derechos colectivos *lato sensu* establecidas en Brasil y México.

Expuesto lo anterior, procedemos a entrar en materia.

La titularidad de los derechos individuales de incidencia colectiva corresponde a los «individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho» (art. 580, fracc. II). La norma no dice si las relaciones jurídicas que vinculan al grupo deben establecerse entre los propios miembros o entre éstos y la parte contraria, pero como a través de la acción correlativa sólo es dable «reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable» (art. 581, fracc. III), entendemos que los nexos jurídicos deben presentarse entre los miembros de la colectividad y el tercero³⁶⁵. Ahora bien, sea que se exija el cumplimiento o la rescisión, cuando la legislación aplicable lo permita³⁶⁶ puede además pedirse el resarcimiento de los daños y perjuicios correspondientes.

Nos apartamos brevemente de los derechos en estudio para centrarnos en los derechos colectivos. Dispone el art. 581, fracc. II, que la titularidad de los derechos colectivos corresponde a «una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes [de hecho o de derecho, precisa el diverso 589, fracc. IV]» y que la acción correlativa es útil para reclamar judicialmente del demandado, entre otras cosas, la reparación de los daños causados «en forma individual a los miembros del grupo [...] que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado».

³⁶³ No olvidemos que Brasil fue de los primeros países en «importar» desde los EUA los procedimientos colectivos para la defensa de derechos individuales (*damage class actions*) y en adaptarlos al sistema de derecho civil, por lo que en el tema del presente apartado, la referencia al modelo de ese país se torna indispensable.

³⁶⁴ *Vid. supra*, apartado 2.5.3.

³⁶⁵ Resulta muy desafortunado el término «tercero» para referirse a la parte del contrato cuyo cumplimiento o rescisión se demanda, pues si es parte del contrato, no es tercero. Por otra parte, nótese la semejanza entre las definiciones de los derechos individuales de incidencia colectiva del derecho mexicano y de los derechos colectivos *stricto sensu* del derecho brasileño, pues en ambas se contempla la hipótesis de la causación de daños a un grupo de personas, que previamente se encontraban relacionadas jurídicamente con la parte contraria.

³⁶⁶ *Vid. arts. 1949 y 2104 del CCF.*

Enlazando lo expuesto, resulta evidente que tanto la acción individual homogénea (protectora de derechos individuales de incidencia colectiva)³⁶⁷, como la acción colectiva en sentido estricto (tuitiva de derechos colectivos), sirven para lo mismo: la reparación de los daños individualmente sufridos³⁶⁸. Ambas son acciones protectoras de derechos de naturaleza estrictamente individual.

La acción individual homogénea es útil para exigir la responsabilidad civil contractual (la norma violada es la del contrato) y la acción colectiva en sentido estricto para reclamar la responsabilidad civil extracontractual (transgresión a una norma de observancia general³⁶⁹). Sin embargo, la diferencia entre ambos tipos de responsabilidad se basa en un criterio muy discutible y no es de esencia, como para justificar una regulación distinta en cada caso, pues, como afirma Bejarano Sánchez³⁷⁰, ambos tipos de responsabilidad «tienen idéntica fuente, naturaleza y contenido, están sometidas a los mismos principios rectores y producen los mismos efectos». Veamos.

El hecho ilícito es la conducta antijurídica, culpable y dañosa, que impone a su autor la obligación de reparar los daños³⁷¹. Esta obligación toma el nombre de responsabilidad civil.

Tradicionalmente, la responsabilidad civil se ha dividido en contractual y extracontractual, según la especie de norma violada. Así, habrá responsabilidad civil contractual si la norma violada es la del contrato y extracontractual si la norma transgredida es de observancia general³⁷². Lo cierto es que esta clasificación ha provocado una duplicación innecesaria de los principios de la responsabilidad civil, debido a que ambos tipos de responsabilidad tienen idéntica fuente: el hecho ilícito³⁷³.

En efecto, es antijurídica toda conducta o hecho que viola lo establecido por las normas jurídicas. La ley y el contrato son normas jurídicas. Entonces, cuando una conducta culpable transgrede una norma jurídica (ley o contrato) y con ello se causa un daño, nace para el autor la obligación de indemnizar. Así, tanto en la

³⁶⁷ Aquí cabe hacer una aclaración terminológica: a través de la acción individual homogénea se protegen derechos individuales de incidencia colectiva, sin embargo, éstos no se corresponden con los derechos individuales homogéneos del derecho brasileño, a pesar de la semejanza en las denominaciones.

³⁶⁸ El art. 605 dispone que la reparación del daño en las acciones colectivas en sentido estricto e individual homogénea, consistirá en la realización o abstención de una o más acciones y en el resarcimiento de los daños causados en forma individual a los miembros del grupo.

³⁶⁹ El art. 581, fracc. II, establece que la responsabilidad del demandado deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

³⁷⁰ Bejarano Sánchez, Manuel: *Obligaciones civiles*, 5ª. ed., 15ª. reimp., Oxford University Press, México, 2007, pp. 180-181.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 171.

³⁷² *Ibid.*, pp. 179-180.

³⁷³ *Ibid.*, p. 180.

responsabilidad civil contractual como en la extracontractual encontramos los mismos elementos esenciales: antijuridicidad, culpa y daño³⁷⁴.

Aterrizando los anteriores planteamientos en el procedimiento colectivo, advertimos que, debido a la separación habida entre los derechos individuales de incidencia colectiva y su acción protectora por una parte, y los derechos colectivos y su correspondiente acción por otra, los arts. 587, fracc. XI, 588, fracc. III, 589, fraccs. I y IV, 594, párrs. segundo y penúltimo, y 605, contemplan exactamente las mismas disposiciones para la defensa de ambos tipos de derechos. Así, debe concederse razón a Bejarano Sánchez cuando afirma que la división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual genera una innecesaria repetición normativa³⁷⁵.

Hasta ahora nos hemos enfocado en la responsabilidad civil por hecho ilícito (también denominada responsabilidad civil subjetiva)³⁷⁶. Ahora, veamos brevemente la responsabilidad civil por riesgo creado u objetiva, que es la obligación de quien se aprovecha de un aparato u objeto peligroso, consistente en reparar los daños causados con motivo de dicho aprovechamiento, sin que en ello importe el matiz o juridicidad de su conducta (art. 1913 del CCF).

Por lo que al tema interesa, nótese que al igual que en la responsabilidad civil subjetiva, cuando se causan daños a un grupo de personas por el uso de un aparato u objeto peligroso, los derechos de las víctimas son de naturaleza estrictamente individual y, por lo tanto, quedan también comprendidos en la categoría opuesta a los derechos supraindividuales.

Hasta aquí lo relativo a que los derechos individuales de incidencia colectiva y los derechos colectivos deben formar una sola categoría, lo que se justifica ante lo artificial de la división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual.

Por último, nos pronunciaremos en cuanto a cuál debe ser el criterio a partir del cual puedan aglutinarse las situaciones jurídicas individuales para su resolución unitaria.

El legislador estableció (art. 589, fracc. IV) que las personas integrantes de la colectividad presentan «circunstancias comunes de hecho o de derecho» (traducción

³⁷⁴ Bejarano Sánchez, Manuel: *ibid.*, pp. 182-183, sostiene que, debido a que surgen de la violación a normas jurídicas de distinto tipo, la responsabilidad civil contractual y la extracontractual presentan algunas diferencias accidentales, a saber: a) solamente las partes del contrato pueden adquirir responsabilidad civil contractual, mientras que toda persona puede incurrir en responsabilidad civil extracontractual; b) en la responsabilidad extracontractual no existe relación jurídica acreedor-deudor previa al daño, en cambio, en la responsabilidad civil contractual las partes se encuentran unidas por una liga jurídica antes de que el daño se genere; y c) en cuanto a la prueba de la culpa, en la responsabilidad civil extracontractual la víctima debe acreditarla, mientras que en la responsabilidad contractual basta que la víctima pruebe que su contraria incumplió con su obligación para que se tenga por acreditada.

³⁷⁵ *Ibid.*, pp. 179-181.

³⁷⁶ La responsabilidad civil subjetiva se denomina así porque para su determinación se toma en cuenta el matiz de la conducta del agente.

de la expresión *common questions of law or fact* empleada en la Regla 23(a)(2) de las Reglas Federales de Procedimientos Civiles de los EUA³⁷⁷).

La expresión «cuestiones comunes de hecho o de derecho», tiene sentido, desde luego, en los países de *common law*, donde los principios se formulan a partir de los casos precedentes, pero, puede no tener un significado preciso en los países de derecho civil, donde se va de los principios abstractos a los casos³⁷⁸. Veamos.

En los países de derecho civil, es de explorado derecho que la ley es general, abstracta e impersonal y que la norma jurídica contiene supuestos jurídicos de cuya realización depende la producción de las consecuencias de derecho, los que se actualizan a través de hechos, situaciones o actos jurídicos.

Ordinariamente, se presentan hechos, actos o situaciones impotentes para la actualización de supuestos jurídicos, que no interesan al derecho aunque tengan entre sí algo en común, es decir, aunque participen de una misma cualidad o circunstancia. No podemos hablar entonces de algún derecho material que hacer valer ni del ejercicio de alguna acción (colectiva o de cualquier tipo). En este contexto, no habrá «cuestiones comunes de hecho» que le importen al derecho.

Distinto es si los hechos, actos o situaciones comunes a varias personas, son jurídicamente trascendentes, es decir, si son aptos para la actualización de supuestos jurídicos, pues, entonces, necesariamente habrán de producirse consecuencias de derecho.

Bajo esta lógica, no pueden presentarse «cuestiones comunes de hecho» sin que *ipso jure* se generen «cuestiones comunes de derecho», o en sentido inverso, si hay «cuestiones comunes de derecho» es por que existen «cuestiones comunes de hecho», no pueden haber las unas sin la otras. Entonces, es inexacta la expresión «cuestiones comunes de hecho o de derecho» en cuanto a que da a entender que pueden presentarse de forma autónoma unas y otras.

Es inapropiado pretender la agrupación de las situaciones individuales a partir de una frase que no tiene un significado claro y preciso. Parece ser que el legislador «importó» del sistema estadounidense la expresión en comento sin meditar suficientemente acerca del significado que tendría en un país de derecho civil, como lo es México.

Por lo expuesto estimamos que lo conveniente es, como en Brasil, agrupar las situaciones individuales con base en el origen común.

³⁷⁷ *Vid. supra*, apartado 4.1.6.

³⁷⁸ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein: *Introducción al derecho comparado* (trad. de Aparicio Vázquez Arturo), 3ª. ed., Oxford University Press, México, 2002, pp. 272-274.

6.4.1. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Modificar la letra del art. 580, fracc. II, que dice:

«Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho».

Para quedar de este modo:

«Derechos individuales de incidencia colectiva, entendidos como el conjunto de derechos individuales provenientes de un origen común».

6.5. LIMITACIÓN DE LAS MATERIAS DE APLICACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

De entre los mecanismos de protección de DESC³⁷⁹ existentes en América Latina, sobresalen las acciones colectivas, entre otras cosas, porque han demostrado ser un medio efectivo para compeler a las autoridades a observar las leyes protectoras de derechos supraindividuales. Las acciones colectivas también han destacado porque, a través de ellas, un grupo de personas puede exigir del Estado el pago de las indemnizaciones correspondientes, cuando han sufrido daños con la motivo de la actividad estatal. Para estos fines, en los EUA son representativas las *class actions* de los tipos (b)(2) y (b)(3)³⁸⁰. En Brasil, las acciones colectivas han sido útiles para combatir impuestos (por ejemplo la tasa de iluminación pública) y actos municipales (permisos de ambulante, decreto de demolición de inmuebles de valor histórico y arquitectónico, etc.)³⁸¹.

En el capítulo que antecede, analizamos en cinco leyes secundarias (CCF, LFCE, LFPC, LGEEPA y LPDUSF) la posibilidad de enderezar acción colectiva en contra de entidades públicas y resolvimos que, con cortapisas, sólo tres de ellas lo permiten (LFCE, LFPC y LPDUSF). Como es palpable, el legislador mexicano no quiso servirse de la rica experiencia de otros países (como los EUA y Brasil) y obstaculizó la posibilidad de que, además de los mecanismos ya existentes, los particulares contaran con este moderno y eficaz instrumento para el control de la actividad estatal. El punto en comento se relaciona estrechamente con otro que tampoco encuentra correlativo en los EUA ni en Brasil: la limitación de las materias de procedencia. Mientras que en estos países, a través de las acciones colectivas, pueden deducirse todo tipo de derechos, de cualquier materia, siempre que encuentren cabida en algún tipo (*class action* (b)(1), (b)(2) o (b)(3) en los EUA) o definición

³⁷⁹ Vid. *supra*, apartado 1.3.

³⁸⁰ Vid. *supra*, apartados 4.1.7.1.2 y 4.1.7.2.

³⁸¹ Nery Junior, Nelson: «Acciones colectivas...», *op. cit.*, pp. 437-463.

(derechos difusos, colectivos *stricto sensu* o individuales homogéneos en Brasil), en México sólo procede la acción colectiva en materias de relaciones de consumo de bienes o servicios (públicos o privados), medio ambiente, responsabilidad civil subjetiva u objetiva, competencia económica y servicios financieros.

Conviene hacer una pausa en la exposición para dejar apuntada una cuestión importante: en nuestra opinión, el juez de distrito que conozca de una demanda en la que se haga valer un derecho distinto de los previstos en el art. 578, no debe desecharla por ese motivo, como se desprende de los numerales 588, fracc. I, y 591 párr. primero, sino que, en observancia al principio pro persona y ejerciendo oficiosamente el control de convencionalidad³⁸², debe preferir los arts. 1º, 17 y 133 de la Carta Magna, así como el numeral 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mismos que elevan a rango supremo la garantía de acceso efectivo a la justicia. Creemos pues que el juez de distrito no debe aplicar los preceptos de la ley secundaria (CFPC) antes mencionados, en razón de que se oponen a los otros artículos que brindan a la persona una protección más amplia de sus derechos fundamentales. Sin embargo, la inaplicabilidad, en nuestro concepto, de los arts. 578, 588, fracc. I, y 591 párrafo primero, no nos exime de realizar una propuesta de *lege ferenda* que respete el derecho de acceso efectivo a la justicia.

Hecho lo anterior y volviendo al discurso, no debe olvidarse que las definiciones de los tipos de derechos colectivos *lato sensu* (art. 580), de ningún modo constituyen nuevos derechos materiales, sino que solamente son fórmulas útiles para «llevar» al procedimiento colectivo todos los derechos sustantivos que encuadren en ellas. Por esa razón, el legislador no debió establecer la procedencia de la acción colectiva en distintas leyes, puesto que con el empleo de las definiciones ya les está

³⁸² Tesis aislada dictada por el Pleno de la SCJN, consultable en la Décima Época del SJFG, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 535 [número de IUS 160589], de rubro y texto siguientes: «**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.** De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia».

dando cabida a todas las materias (incluyendo la de responsabilidad patrimonial del Estado). Entonces, si las materias de aplicación de las acciones colectivas son tan pocas ¿qué sentido tiene la previsión de las definiciones legales (art. 580)? Así las cosas, hubiera sido preferible que el legislador no trabajara en la elaboración de las definiciones legales, si finalmente iba a disponer que por los enormes portales de las definiciones sólo podrían entrar unas cuantas materias³⁸³.

Queda en evidencia pues otra grave incongruencia del legislador: el empleo de definiciones y la previsión de la procedencia de las acciones colectivas en contadas leyes.

Desde luego que no proponemos que, al igual que como se hizo en las diversas leyes en las que se reglamentó el tercer párrafo del art. 17 de la CPEUM (CCF, LFCE, LFPC, LGEEPA y LPDUSF), se le adicione a la LFRPE algún artículo que contemple la procedencia de las acciones colectivas en materia de responsabilidad patrimonial del Estado y que remita al procedimiento colectivo previsto en el CFPC, porque estimamos que el establecimiento de la procedencia de las acciones colectivas en cada ley reduce su espectro protector. Entonces, sugerimos abandonar dicha técnica y que el legislador se limite a la configuración de las definiciones legales de las categorías de derechos colectivos *lato sensu* y que, como en Brasil, sean los jueces quienes, a la luz de dichas definiciones y del caso concreto, decidan sobre la procedencia de la acción colectiva. De esta forma, los particulares podrán defender sus derechos supraindividuales independientemente de la materia de que se trate y, eventualmente, enderezar acción colectiva para el pago de indemnizaciones individuales en contra de entidades públicas.

Lo anterior es imperioso, puesto que la actual regulación del procedimiento civil colectivo obstaculiza el ejercicio de acciones colectivas en tratándose de materias distintas a las previstas en el art. 578, lo que favorece la comisión de actos ilegales por parte de los particulares (principalmente de aquellos que detentan mayor poder económico) y del Estado. Además de que, fuera del procedimiento civil colectivo, otros procedimientos pudieran no ser los más adecuados para la defensa de los derechos en comento³⁸⁴.

³⁸³ No obstante los numerosos derechos supraindividuales reconocidos en la CPEUM, en normas secundarias y en tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, el legislador consideró que sólo cinco materias son merecedoras de protección jurisdiccional y no así el resto (que son la mayoría), olvidando que desde la CPEUM de 1917 quedó establecido un Estado social de derecho demandante de efectividad.

³⁸⁴ Dispone el art. 107, fracc. I, de la CPEUM, que el juicio de amparo puede promoverse por el titular de un interés legítimo, individual o colectivo (art. 5º, fracc. I, de la LA vigente a partir del 3 de abril de 2013), lo que permite la defensa de derechos supraindividuales. Afirma Cabrera Acevedo, Lucio: *El amparo colectivo...*, *op. cit.*, p. 84, que, al tutelarse el interés legítimo, es posible promover juicio de amparo contra acciones u omisiones de autoridades administrativas, tales como la emisión «de autorizaciones, licencias, permisos y concesiones que dañen el ambiente, los recursos naturales, el patrimonio cultural, artístico, histórico o arqueológico de México, o que permitan la venta de productos que dañen al consumidor o que lo engañen con publicidad errónea». El caso es que el art. 107, fracc. II, de la CPEUM conserva, en lo general, la relatividad de las sentencias de amparo (art. 73 de la LA vigente) y contempla un procedimiento para que la SCJN pueda emitir una declaratoria

Por último, resta abordar el tema relativo al monopolio del poder judicial de la federación en materia de acciones colectivas.

El párr. tercero del art. 17 constitucional, dispone que los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos (acciones colectivas). Minutti Zanatta³⁸⁵ dice no comprender la razón del monopolio federal y se pregunta acerca del estatus actual de las acciones colectivas preexistentes, tanto a nivel federal como local³⁸⁶, ante la privación de la competencia del fuero local en la materia.

general de inconstitucionalidad de normas generales (arts. 231 a 235 de la LA vigente). Sin embargo, las acciones u omisiones de autoridades administrativas que menciona Cabrera Acevedo no son normas generales y, por lo tanto, respecto de dichas acciones u omisiones no podría emitirse declaratoria general de inconstitucionalidad. Por otra parte, es claro que en tratándose de derechos supraindividuales, la sentencia que estime la pretensión de un miembro del grupo, necesariamente habrá de alcanzar materialmente a los demás (por la indivisibilidad), pero, si un gobernado demanda el amparo y protección de la justicia federal en contra de un determinado acto u omisión de autoridad administrativa y no se le concede, puede(n) otro(s) gobernado(s) promover juicio de amparo en contra del mismo acto y la sentencia desestimatoria del primer amparo no le(s) vinculará. En otras palabras, la constitucionalidad de los actos administrativos deberá ser estudiada por los jueces de amparo tantas veces como juicios se promuevan, hasta que, quizá, en alguna sentencia se resuelva conceder el amparo solicitado (caso en que se beneficiaría materialmente a todos los que se encuentren en la misma condición que el quejoso amparado). Así, parece ser que para la defensa de derechos supraindividuales a través del juicio de amparo, se hace necesario un régimen especial de la cosa juzgada. Al respecto, Cabrera Acevedo, ha sugerido la derogación total de la fórmula otero y no sólo respecto de normas generales (p. 81). Ahora, cierto es que el art. 107, fracc. I, de la CPEUM establece que el juicio de amparo puede promoverse por quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, pero eso no es bastante como para aseverar que en los arts. 103 y 107 de la CPEUM (adicionados y reformados por decreto publicado en el DOF el 6 de junio de 2011) han quedado establecidas las bases de un juicio de amparo auténticamente colectivo. Aquí es oportuno citar la autorizada voz de Gidi, Antonio: «El concepto de acción colectiva», en Gidi, Antonio y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 19-20, quien sostiene que la acción es colectiva cuando la ley permite el tratamiento colectivo de la controversia a través del mecanismo de la representación de los derechos de los miembros del grupo, sin la necesidad de evaluar cada pretensión en lo individual. Asimismo, conviene citar a Venturi, Elton: «Comentarios al artículo 2º», *op. cit.*, p. 30, nota 38, quien señala que en el procedimiento colectivo resaltan dos cuestiones capitales y complejas: la legitimación activa y la eficacia de la cosa juzgada. Entonces, en virtud de que los arts. 103 y 107 de la CPEUM (y la ley reglamentaria) no prevén disposiciones respecto de las cuestiones señaladas por los doctrinistas brasileños citados, no podemos afirmar que actualmente exista un juicio de amparo colectivo. Las anteriores reflexiones valen, desde luego, por lo que ve a los derechos supraindividuales. Por otra parte, poco hay que decir respecto a la pluralidad de derechos individuales a la reparación de los daños causados por un mismo origen y el juicio de amparo, pues éste es un mecanismo de control constitucional mediante el cual se constriñe a las autoridades y a los particulares (en ciertos casos) a respetar las garantías y los derechos humanos reconocidos en la CPEUM, así como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y no un procedimiento colectivo a través del cual pueda obtenerse una sentencia de condena al pago de las indemnizaciones debidas a un grupo de personas.

³⁸⁵ Minutti Zanatta, Rubén: «Algunas reflexiones sobre las acciones colectivas en México», en Revuelta Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (coords.): *Acciones colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, Porrúa, México, 2012, pp. 82-83.

³⁸⁶ Minutti Zanatta, Rubén: *ibid.*, pp. 84-97, estima que la regulación relativa a las acciones colectivas se encuentra, a nivel federal, en los arts. 212, 213, 226, 231 de la LA abrogada, 38 de la Ley del Mercado de Valores, 163 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, 34, 35, 45, 49 y 54 de la Ley

En efecto, los derechos colectivos *lato sensu* no se recogen únicamente en leyes federales, sino también en leyes locales y, entonces, a la luz del art. 17 constitucional ¿es inconstitucional una ley local que establece un procedimiento colectivo del que conocen los jueces del fuero común? El artículo 124 constitucional dispone que las materias no concedidas en la constitución expresamente a la federación, se entienden reservadas a los Estados, pero, en este caso, el párr. tercero del art. 17 constitucional, dice textualmente que «Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos», lo que nos inclina a responder afirmativamente a la pregunta anterior y a plantear otras: ¿qué pasa entonces con la garantía de acceso a la justicia, respecto de los derechos colectivos reconocidos en las leyes locales?, ¿el párr. tercero del art. 17 constitucional contraviene la Convención Americana de Derechos Humanos?

Los problemas anteriores se evitarían si se tiene presente que no es necesario dotar expresamente al Congreso de la Unión de la facultad para legislar sobre procedimientos colectivos relativos a materias de competencia federal, puesto que dicha facultad ya se encuentra prevista implícitamente en el art. 73, fracc. XXX, constitucional.

Así es, el artículo 104, fracc. II, constitucional dispone que los tribunales de la federación conocerán de todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, luego, debe contar para el ejercicio de esa facultad con las leyes necesarias, como lo es el CFPC³⁸⁷.

6.5.1. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

a) Derogar el párr. tercero de la CPEUM, que dice:

«El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los

General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, 26 de la LFPC, 176, 180 y 220 de la LGEEPA y 8º, fracc. I, de la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo, y a nivel local en los arts. 5º, fracc. XX, de la Ley Orgánica de la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal, arts. 105 y 106 de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, 1.8, 2.290, 2.291, 2.295 a 2.298 y 2.301 a 2.303 del Código de Biodiversidad del Estado de México.

³⁸⁷ Tena Ramírez, Felipe: *Derecho constitucional mexicano*, 36ª. ed., Porrúa, México, 2004, p. 119, sostiene al respecto que «Así ocurre que el Congreso de la Unión carece de facultad explícita para expedir, en materia federal, el Código Civil y el de Procedimientos Civiles, a diferencia de la facultad que en la misma materia federal le concede la fracción XXI del artículo 73 respecto al Código Penal; pero como el Poder judicial federal tiene, de acuerdo con las fracciones III y VI del artículo 104, la facultad de resolver las controversias judiciales que surjan de la aplicación de leyes federales, debe contar para el ejercicio de esa facultad con las leyes necesarias, que son en materia civil los códigos antes mencionados. Para hacer posible el ejercicio de la facultad conferida al Poder Judicial, el Congreso tiene, pues, la facultad implícita de expedir dichos códigos».

procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos».

b) Derogar el art. 578 que reza:

«La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente».

c) Derogar la fracc. I, del art. 588, que dispone:

«Son requisitos de procedencia de la legitimación en la causa los siguientes: Que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente o que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia».

d) Suprimir de los arts. 1934 Bis del CCF, 26 de la LFPC, 38 de la LFCE, 202 de la LGEEPA y 11, 91 y 92 de la LPDUSF, lo siguiente: 1) la procedencia de las acciones colectivas en tratándose de la materia respectiva; 2) la remisión al procedimiento colectivo previsto en el Libro Quinto del CFPC; y 3) la legitimación de determinadas entidades públicas (PROFECO, PROFEPA, CONDUSEF y CFC) para el ejercicio de las acciones colectivas.

e) Modificar la fracc. I, del art. 585, que dispone:

«Artículo 585.- Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:

I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia».

Para que ahora establezca:

«Artículo 585.- Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:

I. La entidad pública a la que esté encomendada la protección o tutela del derecho amenazado o vulnerado, de acuerdo a la legislación aplicable».

6.6. LA ADHESIÓN DE LOS AFECTADOS A LA COLECTIVIDAD (*OPT IN*) Y LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA

Como vimos oportunamente³⁸⁸, el antecedente de las *class actions* estadounidenses es el procedimiento inglés de *bill of peace*, que, bajo ciertas condiciones, permitía a un afectado actuar en nombre de todos los que se encontraban en su misma condición, aunque éstos no le hubiesen otorgado un expreso apoderamiento y sin que la ley dispusiera dicha representación, quedando todos sometidos a los efectos de la sentencia dictada en el juicio. Aún hoy, esa es la esencia de las *class actions* estadounidenses.

Para la integración de la colectividad, en tratándose de *class actions* del tipo (b)(3), se han ensayado dos técnicas principales³⁸⁹: 1) incluir en la colectividad *ipso jure* y sin su consentimiento a todos los afectados, pero concediéndoles la oportunidad de excluirse si lo solicitan, caso en que la sentencia no les afectará y quedarán a salvo sus derechos (*opt out*)³⁹⁰; y 2) incluir en la colectividad únicamente a aquellos afectados que hayan expresado formalmente su deseo de adherirse (*opt in*).

Las antiguas *class actions* contempladas en la Regla 23(a) de las RFPC de 1938, fueron clasificadas en auténticas, híbridas y espurias³⁹¹. Estas últimas recibieron tal denominación, debido a que la sentencia sólo vinculaba a aquellos miembros que habían manifestado expresamente su consentimiento para ser incluidos en el grupo (*opt in*).

La Suprema Corte de los EUA estimó que la técnica de *opt in* destruye la eficacia de las *class actions*, principalmente en tratándose de reclamaciones individuales de pequeño valor dinerario³⁹². En el mismo sentido, Gidi³⁹³ ha expresado que «un sistema procesal que adopte el sistema de *opt in* se muestra no sólo ineficiente, como moralmente discutible».

El sistema mexicano adoptó el sistema de *opt in*, pues la colectividad en juicio se integra únicamente por los afectados que voluntariamente se adhieran a ella (art. 594).

Por nuestra parte, rechazamos el sistema de *opt in* porque excluye de la tutela colectiva a los afectados que, por cualquier razón, no se adhieran a la colectividad, lo que implica la reducción del grupo y de la cuantía global del negocio³⁹⁴.

³⁸⁸ Vid *supra* apartado 4.1.1.

³⁸⁹ Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 20.

³⁹⁰ El derecho a la exclusión (*right to opt out*) es una forma de protección de los miembros ausentes en el proceso. Al respecto, *vid. supra* apartado 4.1.9.1.

³⁹¹ López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, *op. cit.*, p. 16.

³⁹² Así lo afirma Gidi, Antonio: «Las acciones colectivas en Estados Unidos», *op. cit.*, p. 21.

³⁹³ *Ibid.*, p. 22.

³⁹⁴ En el mismo sentido opina Gidi, *ibid.*, p. 21.

En efecto, el sistema de *opt in* minimiza, sino es que aniquila la efectividad de las acciones colectivas para la reparación de los daños individuales de escasa cuantía. Por ejemplo, pensemos en la acción colectiva ejercitada por una colectividad (conformada por al menos treinta miembros) o por una asociación civil, por medio de la cual se combate el cobro de la cantidad de quince pesos que determinada compañía telefónica efectuó a diez millones de usuarios por una llamada telefónica que nunca hicieron³⁹⁵.

Admitida la demanda, el juez ordenará notificar a la colectividad el inicio del ejercicio de la acción, a través de los medios que considere idóneos para tal efecto. Sin embargo, suponemos que, en cuanto a la conformación y tamaño de la colectividad, será determinante lo siguiente: a) la improbabilidad de que cada uno de los diez millones de usuarios se tomen el tiempo de verificar cuidadosamente todas las llamadas que la compañía telefónica les cobró y puedan así saber que han sufrido un daño y que, por lo tanto, forman parte de la colectividad notificada, y b) la posibilidad de que los perjudicados se abstengan de adherirse a la colectividad (pese a que hayan recibido la notificación y estén enterados del cobro ilegal), en virtud de que la cantidad de dinero que tendrían que emplear para enviar al representante el escrito de adhesión³⁹⁶ y, en su caso, la tramitación del incidente de liquidación³⁹⁷, superaría con creces lo que pudieran obtener por concepto de reparación del daño. Así, es de suponerse que muchos afectados no formarán parte de la colectividad y que ésta será extremadamente reducida.

En esas condiciones, sea cual sea el resultado del juicio «colectivo», la conducta ilícita de la compañía telefónica quedaría prácticamente impune (nos referimos a sanciones civiles) y el dinero que injustamente habría ingresado a sus arcas ahí permanecería, debido a la inviabilidad de las acciones individuales por el balance costo-beneficio. Además, téngase presente que de los quince pesos que en principio corresponden a cada afectado, debe descontarse lo correspondiente a los gastos y costas, pues el art. 617, párr. primero, dispone que cada parte debe asumir lo

³⁹⁵ Por supuesto que la PROFECO podría ejercitar acción colectiva en el caso que se comenta (art. 585, fracc. I), pero, en vista del pobre desempeño que de 1992 a la fecha ha tenido dicho organismo descentralizado en materia de defensa colectiva de derechos de los consumidores, en el mejor de los casos, cabría esperar una reacción tardía e ineficaz. Al respecto *vid. supra*, apartado 3.2., nota 4.

³⁹⁶ Aunque el art. 594, párr. segundo, dice que la comunicación que el afectado dirija al representante puede hacerse por cualquier medio (correo electrónico, teléfono, etc.), el párrafo cuarto del mismo artículo, dispone que el representante, a su vez, debe presentar al juez el consentimiento expreso y simple, entonces, se deduce que el consentimiento debe manifestarse por escrito, para que el representante esté en condiciones de presentarlo al juez.

³⁹⁷ Dado que el juez competente para conocer de las acciones colectivas es el del domicilio del demandado (art. 24, fracc. IV), imaginemos los gastos que para tramitar el incidente de liquidación tendría que erogar un afectado domiciliado en Tampico, Tamaulipas, si la empresa demandada tiene su domicilio en el Distrito Federal. Al respecto, Roldán Xopa, José: «Acciones sin clase», *op. cit.*, s.p., opina que esto es un contrasentido, porque las acciones colectivas existen precisamente para hacer posible la defensa en casos en los que no es costeable presentar demandas individuales.

erogado por tales conceptos, lo que implica que la parte vencedora no puede recuperar los gastos efectuados con motivo del proceso³⁹⁸.

Por otra parte, se advierte que el art. 594, de compleja y confusa redacción, establece una especie de litisconsorcio voluntario (o sistema de *opt in* si se prefiere) como mecanismo de integración de la colectividad. En nuestro concepto, el procedimiento para la solución de conflictos colectivos no debiera recurrir al litisconsorcio (o sus variedades), pues, por emanar del derecho procesal individualista, dicha figura no es capaz de responder con efectividad ante una conflictiva de dimensiones masivas³⁹⁹. El litisconsorcio y la acción colectiva son instituciones jurídicas distintas, que responden a necesidades también distintas.

En este punto es bastante notorio el contraste con el sistema estadounidense, donde antes del empleo de la *class action* del tipo (b)(3), deben preferirse otros medios de solución, entre ellos el *joinder* (litisconsorcio)⁴⁰⁰, y sólo en caso de que dichos mecanismos resulten impracticables, podrá plantearse la *class action*.

Así, con el establecimiento del sistema de *opt in*, el legislador alejó de los afectados la tutela judicial y otorgó una injustificada protección al responsable de la generación de daños individuales en forma colectiva, especialmente, cuando importan una escasa cuantía.

Por lo que hace al diverso sistema de *opt out*, creemos que también debe descartarse por ser inviable en nuestro sistema jurídico. Lo anterior es así, porque la sentencia desfavorable a la colectividad no puede extinguir los derechos de aquellos que no participaron formalmente en el juicio, debido a que la garantía a un debido proceso, prevista en el art. 14 de la CPEUM, establece que antes del acto de privación, deben ser observadas, indefectiblemente, las formalidades esenciales del procedimiento.

Si bien el sistema de *opt in* no presenta problemas de inconstitucionalidad (pues cada miembro de la colectividad ha otorgado su consentimiento expreso para ser representado en el juicio colectivo), lo cierto es que resulta sumamente ineficiente, como ya se expuso.

Bajo este panorama, proponemos adoptar, en lo esencial, el sistema brasileño de extensión de la cosa juzgada *secundum eventum litis* establecido en los arts. 16 de la LACP y 103 del CDC⁴⁰¹, pues dicho sistema es inclusivo (al igual que el sistema de *opt out*) y no transgrede el art. 14 de la CPEUM, ya que los justiciables sólo podrán obtener beneficios del juicio colectivo y nunca perjuicios.

³⁹⁸ El art. 618 prevé la posibilidad de que, tanto los honorarios de los representantes de la parte actora como los gastos y costas, puedan ser cubiertos con cargo al fondo administrado por el Consejo de la Judicatura Federal, pero sólo cuando exista un interés social que lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita.

³⁹⁹ *Vid. supra*, apartado 3.1.

⁴⁰⁰ *Vid. supra*, apartado 4.1.7.2.4.

⁴⁰¹ *Vid. supra*, apartado 4.2.5.

Sin embargo, a diferencia del sistema brasileño, sugerimos que no se contemple la posibilidad del ejercicio de una segunda acción colectiva, propuesta por cualquier legitimado, con idéntico fundamento que la primera, pero valiéndose de nueva prueba, porque es injusto para el demandado realizar una exitosa defensa en juicio, obtener una sentencia en la que se declare que no es responsable de los daños, que dicha sentencia cause estado y que aun así, tenga que volver a participar en un segundo proceso respecto de hechos ya juzgados.

Asimismo, proponemos que, en la medida de lo posible, la extensión de la cosa juzgada se regule conjuntamente y no según cada categoría de derechos colectivos (como se hace en el sistema brasileño), pues, de esta forma, se emplean menos palabras sin sacrificar contenido.

Por último, debe señalarse que al adoptar el sistema de extensión de la cosa juzgada *secundum eventum litis*, se extingue la posibilidad de resolver el litigio colectivo a través de la transacción, pues el representante de la colectividad no defiende derechos propios y no cuenta con un apoderamiento, por lo que no puede disponer de los derechos materiales.

6.6.1. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

a) Modificar el art. 584, que establece:

«Artículo 584.- Las acciones colectivas previstas en este título prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación».

Para quedar así:

«Artículo 584.- Las acciones colectivas previstas en este Título prescribirán a los cinco años [plazo igual al contemplado en el artículo 203 de la LGEEPA, para demandar la responsabilidad ambiental] contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua, el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el hecho causante de la afectación.

La presentación de la demanda interrumpe el plazo de prescripción de las pretensiones individuales y transindividuales directa o indirectamente relacionadas con la controversia⁴⁰²».

b) Derogar el art. 594 que reza:

⁴⁰² Redacción inspirada en el art. 17 del CMPCI. *Vid. infra*, apéndice, apartado V.

«Artículo 594.- Los miembros de la colectividad afectada podrán adherirse a la acción de que se trate, conforme a las reglas establecidas en este artículo.

En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, la adhesión a su ejercicio podrá realizarse por cada individuo que tenga una afectación a través de una comunicación expresa por cualquier medio dirigida al representante a que se refiere el artículo 585 de este Código o al representante legal de la parte actora, según sea el caso.

Los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.

Dentro de este lapso, el interesado hará llegar su consentimiento expreso y simple al representante, quien a su vez lo presentará al juez. El juez proveerá sobre la adhesión y, en su caso, ordenará el inicio del incidente de liquidación que corresponda a dicho interesado.

Los afectados que se adhieran a la colectividad durante la substanciación del proceso, promoverán el incidente de liquidación en los términos previstos en el artículo 605 de este Código.

Los afectados que se adhieran posteriormente a que la sentencia haya causado estado o, en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada, deberán probar el daño causado en el incidente respectivo. A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

En tratándose de la adhesión voluntaria, la exclusión que haga cualquier miembro de la colectividad posterior al emplazamiento del demandado, equivaldrá a un desistimiento de la acción colectiva, por lo que no podrá volver a participar en un procedimiento colectivo derivado de o por los mismos hechos.

Tratándose de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas sólo tendrán derecho al pago que derive de la condena, las personas que formen parte de la colectividad y prueben en el incidente de liquidación, haber sufrido el daño causado.

El representante a que se refiere el artículo 585 de este Código tendrá los poderes más amplios que en derecho procedan con las facultades especiales que requiera la ley para sustanciar el procedimiento y para representar a la colectividad y a cada uno de sus integrantes que se hayan adherido o se adhieran a la acción».

c) Derogar el art. 595 que dispone:

«Artículo 595.- Realizada la notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de la audiencia previa y de conciliación, la cual se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia el juez personalmente propondrá soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos.

La acción colectiva podrá ser resuelta por convenio judicial entre las partes en cualquier momento del proceso hasta antes de que cause estado.

Si las partes alcanzaren un convenio total o parcial, el juez de oficio revisará que proceda legalmente y que los intereses de la colectividad de que se trate estén debidamente protegidos.

Prevista vista por diez días a los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código y al Procurador General de la República, y una vez escuchadas las manifestaciones de los miembros de la colectividad, si las hubiere, el juez podrá aprobar el convenio elevándolo a la categoría de cosa juzgada».

d) Modificar el art. 614 que dispone:

«Artículo 614.- La sentencia no recurrida tendrá efectos de cosa juzgada».

Para que establezca lo siguiente:

«Artículo 614.- La sentencia que se dicte con motivo de las acciones colectivas de que trata este Título, hará cosa juzgada *erga omnes*⁴⁰³.

En caso de procedencia del pedido, los efectos de la sentencia beneficiarán a las víctimas o a sus sucesores, quienes podrán solicitar la liquidación y ejecución, en términos del artículo 605⁴⁰⁴.

Tratándose de derechos individuales de incidencia colectiva, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados que no hayan interviniendo en el proceso como litisconsortes podrán ejercitar acción de indemnización a título individual⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Redacción inspirada en los arts. 16 de la LACP y 103, fracs. I a III, del CDC. *Vid. infra*, apéndice, apartados II y III.

⁴⁰⁴ Redacción inspirada en el art. 103, fracc. III, § 3º, del CDC. *Vid. infra*, apéndice, apartado II.

⁴⁰⁵ Redacción inspirada en el art. 103, fracc. III, § 2º, del CDC. *Vid. infra*, apéndice, apartado II.

Tratándose de derechos difusos, en caso de rechazo de la pretensión, los afectados podrán ejercitar acción, individual o colectiva, de reparación de los daños personalmente sufridos⁴⁰⁶».

6.7. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA, EN TRATÁNDOSE DE DERECHOS INDIVIDUALES DE INCIDENCIA COLECTIVA

La ley dispone que el juez determinará, en incidente de liquidación, la indemnización correspondiente a cada afectado, quien deberá probar la relación causal y el daño sufrido. Norman lo relativo al incidente de liquidación los arts. 594, párrs. cuarto a sexto, octavo y noveno, 601, párr. segundo y 605, párrs. segundo a quinto.

La apertura del incidente de liquidación dependerá del momento procesal en que los miembros se hayan adherido a la colectividad⁴⁰⁷. Así, unas veces el afectado lo promoverá dentro del año calendario siguiente a que la sentencia cause ejecutoria y, en otras ocasiones, el juez ordenará su apertura al proveer sobre el escrito de adhesión presentado por el representante. En todo caso, la ejecución de la deuda deberá solicitarse dentro del año siguiente a que se haya liquidado.

Desde luego que al eliminar el sistema de *opt in*, como se propone, pierden sentido las reglas que hacen depender el inicio y trámite del incidente de liquidación, del momento de la adhesión, puesto que no habrá tal. Entonces, sugerimos derogar el art. 594 y suprimir de los arts. 601 y 605 lo relativo al incidente de liquidación y a la ejecución.

Ahora bien, en las controversias de valor económico global significativo, pero de cuantía mínima en lo individual, puede suceder que, a pesar de que exista sentencia condenatoria, un número considerable de afectados no gestionen la obtención de las indemnizaciones, en razón de varias dificultades, a saber: la ignorancia de su derecho, la imposibilidad de producir la prueba que acredite la conexión del daño con el evento generador, su indisposición para sufragar los gastos inherentes al proceso dado el balance costo-beneficio, entre otras⁴⁰⁸. El caso es que el legislador mexicano es ciego a esta problemática y no ofrece ninguna solución, olvidando así, que una de las principales finalidades de las acciones colectivas es precisamente la superación de los obstáculos económicos de acceso a la justicia. En este contexto, el demandado no tendrá que responder de la condena en su contra ante la inactividad de los directamente afectados.

⁴⁰⁶ Redacción inspirada en el art. 103, fracc. III, § 3º, del CDC. *Vid. infra*, apéndice, apartado II.

⁴⁰⁷ El art. 594, párr. tercero, establece dos plazos para que los perjudicados puedan adherirse a la colectividad, a saber: 1) durante la substanciación del procedimiento; y 2) dentro de los dieciocho meses siguientes a que cause estado la sentencia o a que el convenio judicial adquiriera la calidad de cosa juzgada.

⁴⁰⁸ Así lo expone Albino Zavaski, Teori: «Comentarios al artículo 27 [semejante al art. 100 del CDC]», *op. cit.*, p. 292.

Entonces, para evitar esa injusticia, proponemos que al igual que en el sistema brasileño, pasado un tiempo prudente sin que un número representativo de víctimas (en relación con la magnitud del daño global) gestionen las indemnizaciones correspondientes, los legitimados puedan promover la liquidación y ejecución del daño global a favor del fondo previsto en el art. 624 (que actualmente se integra únicamente con los recursos provenientes de las condenas derivadas de las llamadas «acciones difusas»).

Con la solución propuesta se busca que la conducta ilícita no quede sin sanción civil, que el demandado no conserve en su activo patrimonial las ganancias ilegítimamente obtenidas y la disuasión de comportamientos antijurídicos, pasando a segundo término la averiguación de la identidad de las víctimas. Esta solución representa, ciertamente, la superación del principio civilista que establece que no hay obligación si el acreedor (los acreedores, en este caso) no es determinado o determinable⁴⁰⁹.

Por otra parte, siguiendo en lo esencial el art. 22 del CMPCI, proponemos que, siempre que sea posible, el juez señale en la sentencia el monto de las indemnizaciones individuales o la fórmula matemática mediante la cual puedan calcularse, lo que simplificaría sobremanera la segunda fase del proceso, pues sólo en caso de que la sentencia previera fórmula matemática habría liquidación, ya individual, ya colectiva.

⁴⁰⁹ Bejarano Sánchez, Manuel: *Obligaciones civiles*, op. cit., pp. 8-10, afirma que no puede existir obligación (derecho personal) si falta alguno de los dos sujetos de la relación jurídica, a saber: acreedor y deudor. Explica que, ocasionalmente, en las obligaciones uno de los sujetos (acreedor o deudor) puede encontrarse provisionalmente indeterminado, como sucede en las obligaciones creadas por la declaración unilateral de voluntad o en la emisión de un cheque al portador, lo que parecieran ser obligaciones sin acreedor. Estudia el primer caso mediante el ejemplo de la promesa de recompensa, donde es posible que ningún sujeto cumpla con la conducta solicitada y no se engendre entonces la obligación, porque nadie estaría en aptitud de exigir la recompensa y el promitente tendría el deber de sostener la oferta sólo por el deber jurídico que le impone la norma general, porque la obligación es una especie de deber jurídico. Sin embargo, sostiene que no debe olvidarse que el acreedor es determinable y que una persona concreta puede, si satisface la conducta solicitada, exigir del deudor la recompensa, caso en que sí habría obligación. En ese orden de ideas, el tratadista afirma que «cuando falta definitivamente el acreedor, como ocurre en una promesa de recompensa donde la conducta solicitada es improbable, no existe obligación sino deber jurídico, esto es, la forma de necesidad jurídica que no presupone la liga interpartes, sino el puro respeto a la norma de derecho, respeto que no se impone necesariamente en provecho de alguien, sino en beneficio del orden jurídico, o sea de la comunidad» (p. 10). El autor en cita concluye que «En resumen, creo en la vigencia del concepto clásico de la obligación como una relación jurídica entre dos extremos, el deudor y el acreedor, uno de los cuales puede estar provisionalmente indeterminado» (p. 10). Por nuestra parte estimamos que en las controversias colectivas de escaso valor individual, el demandado no debe beneficiarse del anonimato o indeterminación de los acreedores (lo que no es igual a su inexistencia). Por su parte, Albino Zavaski, Teoría: «Introducción», op. cit., p. 234, toma como referencia el concepto tradicional de obligación (derecho personal), y refiere que, para que la misma pueda ejecutarse, necesariamente deben conocerse cinco datos, a saber: 1) existencia jurídica de la obligación (*an debeat*); 2) identidad del acreedor (*cui debeat*); 3) identidad del deudor (*quis debeat*); 4) naturaleza de la prestación (*quid debeat*); y 5) cantidad debida (*quantum debeat*). Entonces, en tratándose de la ejecución del daño global, no es necesario conocer el dato señalado en el inciso 2).

En efecto, cuando la sentencia contenga una fórmula matemática, no podrá pasarse por alto el procedimiento de liquidación, en virtud de que aún faltarán las pruebas que arrojen los datos útiles para el empleo de la fórmula. De ahí que cuando no le sea posible al juez indicar en la sentencia el monto de las indemnizaciones individuales, las víctimas necesariamente tendrán que comparecer y allegar los medios de convicción relativos a su situación particular.

Por último, consideramos acertado que en los procesos colectivos el juzgador cuente con amplias facultades para mejor proveer y que el daño global pueda acreditarse a través de todas las pruebas en derecho admitidas (incluida la prueba estadística, actuarial o cualquier otra derivada del avance de la ciencia). Sin embargo creemos que si a pesar del empleo de dichas facultades, no fuera posible la cuantificación del daño global a la luz del caudal probatorio disponible, entonces no podría fijarse cantidad alguna y no podría pasarse a la ejecución⁴¹⁰.

6.7.1. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

a) Cambiar la redacción del art. 603, que dice:

«Artículo 603.- Las sentencias deberán resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho».

Para que establezca lo siguiente⁴¹¹:

«Artículo 603.- Tratándose de acciones colectivas ejercidas en defensa de derechos individuales de incidencia colectiva, en caso de procedencia de la pretensión, el juez condenará al demandado al pago de los daños causados.

Siempre que fuere posible, el juez determinará, en la propia sentencia, el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo. En la sentencia el juez establecerá los requisitos que deberán cumplir los miembros del grupo para recibir las indemnizaciones y los plazos correspondientes.

Si el juez no puede calcular el valor de los daños individuales, indicará la fórmula matemática a través de la cual puedan calcularse, y si esto tampoco fuere posible, la condena será genérica fijando la responsabilidad del

⁴¹⁰ En este punto coincidimos con Bermúdez Muñoz, Martín: «Comentarios al artículo 27 [semejante al art. 100 del CDC]», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, pp. 299-300, quien rechaza que el daño global sea fijado pericialmente, ante la imposibilidad de calcularlo con base en las pruebas rendidas (como se propone en el art. 27 del CMPCI), porque entiende que los peritos, al igual que los jueces, sólo pueden cuantificar el daño a partir de bases ciertas y no con base en su prudente arbitrio, pues argumenta que no se trata de cuantificar daños morales, sino patrimoniales. El jurista en cita añade que, de permitirse lo anterior, se correría el riesgo de que la cantidad fijada no correspondiera a la suma de los daños individuales causados.

⁴¹¹ Redacción inspirada en el art. 22 del CMPCI. *Vid. infra*, apéndice, apartado V.

demandado por los daños causados y el deber de indemnizar. En ambos casos, la liquidación de los daños individuales se efectuará vía incidental. El incidente de liquidación deberá promoverse por cada víctima dentro del año siguiente a que la sentencia cause ejecutoria, en el que deberá probarse únicamente el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización⁴¹².

La liquidación y ejecución podrán promoverse ante el juez del domicilio de la víctima.

El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación».

b) Modificar el art. 605, que dispone:

«Artículo 605.- En el caso de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo conforme a lo establecido en este artículo.

Cada miembro de la colectividad podrá promover el incidente de liquidación, en el que deberá probar el daño sufrido. El juez establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover dicho incidente.

El incidente de liquidación podrá promoverse por cada uno de los miembros de la colectividad en ejecución de sentencia dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria.

A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

El pago que resulte del incidente de liquidación será hecho a los miembros de la colectividad en los términos que ordene la sentencia; en ningún caso a través del representante común».

Para que ahora prescriba lo siguiente⁴¹³:

«Artículo 605.- Una vez transcurridos los plazos previstos en el artículo 603, párrafos segundo y tercero, sin la comparecencia de los interesados en número representativo y compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 585 fracción I, promover la liquidación y ejecución colectiva de la

⁴¹² Redacción inspirada en el art. 23 del CMPCI. *Vid. infra*, apéndice, apartado V.

⁴¹³ Redacción inspirada en el art. 27 del CMPCI. *Vid. infra*, apéndice, apartado V.

indemnización debida por los daños causados, o solo la ejecución, según sea el caso, y la cantidad resultante será destinada al Fondo previsto en el artículo 624.

La cuantía del daño globalmente causado se fijará con base en las pruebas rendidas».

La liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados se tramitará ante el Juez que conoció del proceso principal».

c) Modificar el art. 624, que reza:

«Artículo 624.- Para los efectos señalados en este Título, el Consejo de la Judicatura Federal administrará los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas y para tal efecto deberá crear un Fondo».

Para quedar del siguiente modo:

«Artículo 624.- Para los efectos señalados en este Título, el Consejo de la Judicatura Federal administrará los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas y para tal efecto deberá crear un Fondo».

6.8. GASTOS Y COSTAS

Desde una óptica doctrinal, Ovalle Favela⁴¹⁴ afirma que el término «costas» comprende los honorarios de los abogados y que el concepto «gastos» abarca las demás erogaciones legítimas comprobables que se originen con motivo del proceso.

Desde un ángulo normativo, las costas del proceso se definen del siguiente modo (art. 7º, párr. cuarto):

«Las costas del proceso consisten en la suma que, según la apreciación del tribunal y de acuerdo con las disposiciones arancelarias, debió o habría debido desembolsar la parte triunfadora, excluido el gasto de todo acto y forma de defensa considerados superfluos».

Es claro que las costas del proceso incluyen los honorarios de los abogados, pero en los arts. 617 y 618 el legislador habla de gastos, costas y honorarios del representante legal y del representante común, como si estos últimos no estuvieran ya comprendidos en las costas. Creemos que el legislador debió emplear una terminología acorde con el art. 7º.

⁴¹⁴ Ovalle Favela, José: *Derecho procesal civil*, op. cit., p. 219.

Ahora bien, en el art. 614 de la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos del CFPC y otras leyes⁴¹⁵, se propuso que la condena incluyera lo relativo a los gastos y costas, con la salvedad de que la parte actora sólo fuera condenada al pago correspondiente «si utilizare documentos falsos durante el juicio o si presentare la acción colectiva con mala fe».

El producto legislativo fue en otro sentido, pues en el art. 617, párr. primero, quedó establecido que cada parte debe asumir los gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes.

No entendemos por qué el legislador estableció en el procedimiento colectivo una excepción al principio contenido en el art. 7°, consistente en que la parte que pierde debe rembolsar a su contraria las costas del proceso.

Pudiera ser que sin mayor meditación, el legislador trasladara al procedimiento colectivo el principio general del derecho estadounidense que establece que cada parte debe absorber sus propios gastos y costas procesales, sin que el vencedor pueda recuperar del perdedor lo erogado por tales conceptos.

Lo cierto es que, también en este tema, el legislador dejó plasmado su afán proteccionista hacia el demandado, pues resulta injusto y ridículo que los perjudicados tengan que soportar los gastos que les haya originado una defensa judicial exitosa⁴¹⁶.

Tal vez, con la disposición en comento el legislador quiso evitar que los principales beneficiados del procedimiento colectivo fueran los abogados, como se ha dicho que sucede en los EUA y, por eso, además de imposibilitar el cobro de gastos y costas a la parte demandada, cuando ésta ha sido vencida, sujetó a un arancel máximo (art. 617, párr. segundo) los honorarios que el abogado de la colectividad (al que unas veces llama representante legal y otras representante común) puede pactar con sus representados.

Si lo que el legislador buscaba era que el abogado de la colectividad no obtuviera cuantiosas ganancias, el arancel máximo debió establecerlo respecto de los honorarios que el abogado de la colectividad pactara con su *contraparte*, que es quien es debe pagar los gastos y costas procesales. Esta solución tiene sentido en la

⁴¹⁵ La iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos del CFPC, CCF, LFCE, LFPC, LOPJE, LGEEPA y LPDUSF, se encuentra disponible en el sitio <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=26490> [Consultado el 23 de septiembre de 2012].

⁴¹⁶ Coincidimos totalmente con la opinión de Minutti Zanatta, Rubén: «Algunas reflexiones sobre las acciones colectivas en México», en Revuelta Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (coords.): *Acciones colectivas...*, op. cit., p. 98, quien escribe que la «legislación secundaria parece haber cedido a la fuerza del cabildeo de los llamados “poderes salvajes del mercado” (ferrajoli dixit), y mediante una reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) con diversas deficiencias que no parecen casuales sino causadas».

legislación actual (que imita a la estadounidense), pero no en el sistema que proponemos, donde el conflicto colectivo no puede resolverse mediante convenio.

No existen razones para liberar al demandado del pago de gastos y costas procesales. Además, este tema se encuentra suficientemente regulado en los arts. 7° a 11, por lo que no hay necesidad de abordarlo en los artículos relativos al procedimiento colectivo. Sin embargo, estimamos pertinente dejar apuntado que únicamente se condenará a la parte actora a pagar los gastos y costas procesales a la demandada, cuando no prevalezca en el juicio y litigara con mala fe.

6.8.1. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

a) Se propone modificar el art. 616 que establece:

«Artículo 616.- La sentencia de condena incluirá lo relativo a los gastos y costas que correspondan».

Para quedar en los siguientes términos⁴¹⁷:

«Artículo 616.- En la sentencia se condenará al demandado, si fuere vencido, al pago de gastos y costas a la parte actora.

No habrá condena de gastos y costas procesales para la parte actora, salvo que se compruebe que litigó de mala fe».

b) Se sugiere derogar el art. 617 que dice:

«Artículo 617.- Cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes.

Los honorarios del representante legal y del representante común, que convengan con sus representados, quedarán sujetos al siguiente arancel máximo:

I. Serán de hasta el 20%, si el monto líquido de la suerte principal no excede de 200 mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal;

II. Si el monto líquido de la suerte principal excede 200 mil pero es menor a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 20% sobre los primeros 200 mil y de hasta el 10% sobre el excedente, y

⁴¹⁷ Inspirado en el art. 87 del CDC. *Vid. infra*, apéndice, apartado II.

III. Si el monto líquido de la suerte principal excede a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 11% sobre los primeros 2 millones, y hasta el 3% sobre el excedente.

Si las partes llegaren a un acuerdo para poner fin al juicio antes de la sentencia, los gastos y costas deberán estar contemplados como parte de las negociaciones del convenio de transacción judicial. En cualquier caso, los honorarios del representante legal y del representante común que pacten con sus representados deberán ajustarse al arancel máximo previsto en este artículo».

c) Se propone derogar el art. 618 que prescribe:

«Artículo 618.- Los gastos y costas se liquidarán en ejecución de sentencia de conformidad con las siguientes reglas:

I. Los gastos y costas así como los honorarios de los representantes de la parte actora referidos en el artículo anterior, serán cubiertos en la forma que lo determine el juez, buscando asegurar el pago correspondiente. Dicho pago se hará con cargo al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título, cuando exista un interés social que lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita.

II. En el caso de las sentencias que establezcan una cantidad cuantificable, la parte actora pagará entre el tres y el veinte por ciento del monto total condenado por concepto de honorarios a sus representantes según lo previsto en el artículo anterior.

El juez tomará en consideración el trabajo realizado y la complejidad del mismo, el número de miembros, el beneficio para la colectividad respectiva y demás circunstancias que estime pertinente.

III. Si la condena no fuere cuantificable, el juez determinará el monto de los honorarios, tomando en consideración los criterios establecidos en el segundo párrafo de la fracción anterior».

6.9. OTROS ASPECTOS CRITICABLES DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO

6.9.1. LOS PLAZOS DEL PROCEDIMIENTO COLECTIVO

El derecho a la tutela jurisdiccional consagrado en el art. 17, párr. segundo, de la CPEUM, va más allá del derecho a acceder a los tribunales, pues implica, además,

el derecho a un proceso equitativo y razonable así como el derecho a que se ejecute lo resuelto⁴¹⁸.

Ese derecho humano conlleva, entre otras cosas, la previsión de procedimientos ágiles y sencillos que incluyan la plena ejecución de las resoluciones de los tribunales⁴¹⁹.

Pero el procedimiento colectivo no es un procedimiento ágil, pues contempla extensos plazos, a saber: diez días para que el juez emita la certificación de los requisitos de procedencia de la acción (prorrogable hasta por otros diez días, si el juez estima que la complejidad de la demanda lo amerita) (art. 590, párr. segundo), quince días para la contestación de la demanda (prorrogable por otros quince a petición del demandado) (art. 592, párr. primero), sesenta días hábiles para el ofrecimiento y preparación de las pruebas (prorrogable por veinte días hábiles a petición de parte) (art. 596 párr. primero), cuarenta días hábiles para el desahogo de las pruebas (plazo prorrogable por el juez) (art. 596, párr. tercero) y treinta días hábiles para el dictado de la sentencia (art. 596 párr. último), por mencionar algunos. Además, llama la atención lo previsto en el art. 597 que permite la ampliación de los términos contenidos en los caps. IV y V, del tit. Primero, del Libro Segundo, si existieren causas justificadas para ello.

En estas condiciones tomará su tiempo llegar a una sentencia definitiva, pues a la acostumbrada demora en la impartición de justicia, habrá que sumar los amplios plazos antes apuntados (prorrogables, en términos del art. 597) así como los recursos, incidentes y juicios de amparo que, en su caso, se interpongan.

6.9.2. LA CERTIFICACIÓN

La admisión de la demanda se desdobra en dos momentos: la certificación y la admisión propiamente dicha. La certificación de los requisitos de procedencia de la acción colectiva es un acto inútil, otra imitación del sistema estadounidense carente de sentido, pues, como bien dicen Revuelta Vaquero y Pérez Alonso⁴²⁰, al momento de proveer respecto de la admisión de una demanda, la autoridad judicial no puede ir más allá del examen de los presupuestos procesales previos al proceso, tales como la competencia, legitimación y cosa juzgada, y será hasta que se resuelva el fondo del asunto que se estudien las excepciones opuestas por el demandado. Además, la certificación puede ser modificada en el transcurso del procedimiento, lo que atenta contra la seguridad jurídica de las partes, pues los tribunales no pueden, de modo propio, revocar sus propias determinaciones,

⁴¹⁸ Cfr. Ovalle Favela, José: *Garantías constitucionales del proceso*, 3ª. ed., Oxford University Press, México, 2007, pp. 152-153.

⁴¹⁹ Lo que se establece en el del art. 17, párr. sexto de la CPEUM, que dice: «Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones».

⁴²⁰ Revuelta Vaquero, Benjamín y Pérez Alonso, Eduardo: «LETICARE...», *op. cit.*, p. 115.

6.9.3. MEDIDAS CAUTELARES

Por último, es de llamar la atención que las medidas cautelares se dictan sin audiencia de la contraparte, pero el art. 611 dispone que el juez dará vista por tres días a la parte demandada para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la solicitud de medidas cautelares.

CONCLUSIONES

1. La reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos y los pronunciamientos de la SCJN en torno al cumplimiento de la sentencia dictada por el Tribunal de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco, han modificado la forma de entender y aplicar el derecho, entonces, toda actividad jurídica relacionada con los derechos humanos debe circunscribirse en este nuevo modelo constitucional.

2. En la primera generación de derechos humanos se percibe al hombre aisladamente considerado y el Estado debe respetarlos absteniéndose de intervenir en la esfera jurídica protegida.

3. El tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho, se caracteriza por el reconocimiento de los derechos de segunda generación, donde se contempla al hombre como integrante de un grupo social y, para su satisfacción, el Estado debe realizar determinados actos positivos.

4. En la tercera generación de derechos humanos se concibe al hombre como integrante de la humanidad y su realización requiere de la participación de la comunidad internacional.

5. En México, hasta hace poco, se dificultó la defensa judicial de los DESC, debido, principalmente, al carácter individualista de la legitimación y de la cosa juzgada. Actualmente se cuenta con diversos mecanismos (juicio de amparo, acciones colectivas, procedimiento contencioso administrativo, etc.), a través de los cuales es posible su defensa judicial. Sin embargo, dichos mecanismos no resultan apropiados para el ejercicio de acciones colectivas relativas al cobro de indemnizaciones individuales.

6. La titularidad de los derechos supraindividuales no puede imputarse directamente al grupo ni exclusivamente al individuo, sino que corresponde al hombre como integrante de una colectividad, de ahí que estos derechos no pueden ubicarse por completo en el derecho público o en el privado, sino en un punto intermedio.

7. El derecho subjetivo es la potestad que la ley reconoce a un sujeto para exigir de otro la realización de su interés.

8. Cuando la norma jurídica tutela el interés general mediante la regulación de la actividad estatal, ciertos individuos resultan beneficiados de un modo indirecto y, ante una real afectación a su esfera jurídica, dichos sujetos tienen, dada su especial situación, interés legítimo en remover los obstáculos que les impida permanecer en su situación de goce, aunque la ley no les reconozca potestad de exigirle a otro determinada conducta, de forma tal que una eventual sentencia favorable producirá efectos positivos en su esfera jurídica o evitará efectos negativos.

9. El interés legítimo se encuentra en un punto medio entre el interés simple y el interés jurídico.

10. Las acciones colectivas relativas al cobro de indemnizaciones individuales no pueden deducirse en el juicio individual a través de las figuras del litisconsorcio y la acumulación.

11. Para la solución de los conflictos colectivos, se requiere de la implementación de nuevos mecanismos procesales que permitan la defensa molecular o conjunta de todos los perjudicados y que representen una superación de los obstáculos de acceso a la justicia, principalmente los económicos.

12. No es necesario establecer en el texto constitucional, la facultad expresa del congreso de la unión para legislar en materia de procedimientos colectivos relativos a materias de competencia federal (art. 17, párr. tercero, de la CPEUM), puesto que dicha facultad ya se encuentra prevista implícitamente en el artículo 70, fracc. XXX, constitucional.

13. No se justifica el monopolio del poder judicial federal para conocer de las acciones colectivas, en virtud de que, tanto las leyes federales, como las locales, protegen DESC.

14. El procedimiento colectivo debe inspirarse en el principio de justicia social.

15. La legitimación activa y la cosa juzgada son los aspectos que deben regularse con mayor cuidado en el proceso colectivo, pues el promovente de la acción colectiva para la reparación de los daños individuales, debe encontrarse en condiciones de ejercer una adecuada representación de los intereses de toda la colectividad, y los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, determinan el alcance protector de las acciones colectivas.

16. Son dos las categorías de derechos colectivos *lato sensu*: 1) los derechos supraindividuales (difusos), y 2) los individuales de tratamiento procesal colectivo (colectivos e individuales de incidencia colectiva).

17. El Libro Quinto del CFPC debe denominarse «Del procedimiento colectivo» y, por ser un procedimiento especial, debe ubicarse no en el Libro Quinto, sino en un tít. Tercero, del Libro Tercero, del propio ordenamiento.

18. Si bien el artículo 580, fracc. I, del CFPC, define conjuntamente los derechos difusos y colectivos, no se trata de una sola categoría sino de dos.

19. La definición prevista en el artículo 580, fracc. I, del CFPC, es confusa e incompleta, pues no establece los elementos esenciales de los derechos difusos y los colectivos, de forma tal que puedan distinguirse nítidamente ambos tipos.

20. Los derechos difusos deben definirse por separado y sin confundirlos con la categoría opuesta.

21. No debe limitarse la defensa de derechos colectivos *lato sensu* a tres acciones (difusa, colectiva en sentido estricto e individual homogénea), sino que deben ser admisibles todo tipo de acciones (cautelares, declarativas, constitutivas o de condena).

22. La denominación correcta de los llamados «derechos e intereses difusos» es «derechos difusos».

23. La denominación correcta de los llamados «derechos e intereses colectivos» es «derechos individuales de incidencia colectiva».

24. La denominación correcta de los llamados «derechos e intereses individuales de incidencia colectiva» es «derechos individuales de incidencia colectiva».

25. Los derechos difusos no son una colección de derechos subjetivos.

26. Los derechos difusos no constituyen una sólo situación de ventaja donde la comunidad de perjudicados es su titular, sino que pertenecen a cada uno de los miembros del grupo.

27. Los titulares de los derechos difusos se encuentran en análogas situaciones de ventaja respecto de un mismo bien indivisible.

28. En las situaciones transindividuales, el derecho material, la acción y la pretensión no son indivisibles, lo que es indivisible es el bien jurídico protegido.

29. La indivisibilidad significa que si un miembro disfruta del bien jurídico, entonces los demás necesariamente también.

30. La supraindividualidad es consecuencia de la indivisibilidad, pues la especial naturaleza del bien jurídico impone la satisfacción de los intereses de varias personas que conforman una colectividad y que tienen una aspiración común.

31. Los titulares de los derechos difusos son difícilmente identificables, debido a la ausencia de vínculos jurídicos que unifiquen al grupo y a la falta de organización, pero, para efectos de tutela jurisdiccional eso no es trascendente, pues

lo que importa es el cese de la conducta prohibida o la observancia de la conducta debida y no la averiguación de la identidad de los perjudicados.

32. Los derechos difusos son los derechos supraindividuales a gozar de un bien indivisible, cuya titularidad corresponde al individuo, como integrante de un grupo de personas.

33. Los llamados derechos colectivos (art. 580, fracc. I, del CFPC) no son de naturaleza indivisible, son perfectamente divisibles y tampoco son supraindividuales, sino una pluralidad de derechos subjetivos.

34. A través de la acción colectiva en sentido estricto es exigible la responsabilidad civil extracontractual.

35. Antes de la violación a la norma general, los titulares de los derechos colectivos no se encuentran unidos entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base.

36. Los derechos colectivos son un conjunto de derechos individuales, cuyo núcleo común se decide unitariamente en el proceso y que se aglutinan en razón de la semejanza en la causa de pedir (origen común).

37. Los derechos individuales de incidencia colectiva (art. 580, fracc. II, del CFPC) no son supraindividuales ni indivisibles.

38. A través de la acción individual homogénea se exige la responsabilidad civil contractual.

39. Antes de la violación a la norma contractual, los titulares de los derechos individuales de incidencia colectiva se encuentran unidos con la parte contraria por una relación jurídica de base.

40. Los derechos colectivos y los derechos individuales de incidencia colectiva conforman una misma categoría y no dos, pues son un conjunto de derechos subjetivos provenientes de un origen común que, por razones de economía procesal, se ventilan en el proceso colectivo gracias a una ficción jurídica, consistente en hacer como si fueran auténticos derechos supraindividuales, para la decisión de su núcleo común.

41. Tanto la acción colectiva en sentido estricto, como la acción individual homogénea, sirven para lo mismo: vindicar derechos individuales provenientes de un origen común.

42. Existe una innecesaria repetición en la normatividad instrumental, respecto de los derechos colectivos y los individuales de incidencia colectiva, derivada de lo artificial de la división de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual,

que no toma en cuenta que una y otra tienen los mismos elementos esenciales: antijuricidad, culpa y daño.

43. Así como no hay diferencias esenciales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual, tampoco las hay entre los derechos individuales de incidencia colectiva y los derechos colectivos, pues ambos son un conjunto de derechos subjetivos provenientes de un origen común.

44. Puede ejercitarse acción colectiva de reparación de los daños individuales en contra de entidades públicas, sólo en materias de servicios financieros, competencia económica y de consumo.

45. No es posible ejercitar acción colectiva para exigir del Estado las indemnizaciones correspondientes a los daños causados por su actividad irregular, ni para la reparación de los daños ambientales.

46. No se justifica la limitación de las materias de procedencia de las acciones colectivas, dada la cantidad de DESC reconocidos en la CPEUM, tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte y leyes ordinarias.

47. No tiene sentido establecer la procedencia de la acción colectiva en contadas leyes (CCF, LFCE, LFPC, LGEEPA y LPDUSF), pues con el empleo de las definiciones de los derechos colectivos *lato sensu* ya se les está dando cabida a todos los derechos sustantivos, de cualquier materia, siempre que encuadren en ellas.

48. En acatamiento al principio pro persona y ejerciendo oficiosamente el control de convencionalidad, el juez de distrito debe inaplicar los arts. 578, 588, fracc. I, y 591 párr. primero, del CFPC, que establecen la limitación de materias de aplicación de las acciones colectivas, y preferir los arts. 1º, 17 y 133 de la CPEM y 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que elevan a rango supremo la garantía de acceso a la justicia y que brindan a la persona una protección más amplia de sus derechos fundamentales.

49. Para abarcar un mayor espectro protector, el legislador debe limitarse a establecer las definiciones de los derechos colectivos *lato sensu* y dejar a los jueces la tarea de decidir sobre la procedencia de las acciones colectivas en cada caso concreto, a la luz de aquéllas.

50. Los derechos individuales de incidencia colectiva no deben aglutinarse con base en la presencia de cuestiones comunes de hecho o de derecho, pues en un sistema de derecho civil, no pueden presentarse, separadamente, cuestiones de hecho y cuestiones de derecho.

51. El criterio de integración de los derechos individuales de incidencia colectiva, debe ser el origen común, que es la semejanza en la causa de pedir de las reclamaciones de indemnización.

52. Debe concederse legitimación para ejercitar acción colectiva a la entidad pública a la que esté encomendada la protección o tutela del derecho amenazado o vulnerado, de acuerdo a la legislación aplicable.

53. El CFPC adopta el sistema de *opt in*, pues sólo forman parte de la colectividad los afectados que formalmente se adhieran a ella.

54. El sistema de *opt in* no permite una tutela judicial efectiva, principalmente en los casos de reclamaciones de escasa cuantía, pues impide que todos los perjudicados puedan beneficiarse de la sentencia colectiva y reduce significativamente la cuantía global del negocio.

55. La colectividad debe integrarse por todos los perjudicados y sin necesidad de que se adhieran formalmente a ella.

56. El sistema de *opt out* es inviable en nuestro sistema jurídico porque la sentencia no puede perjudicar a quienes no han sido oídos y vencidos en juicio, es decir, antes del acto de privación deben ser observadas, indefectiblemente, las formalidades esenciales del procedimiento (art. 14, de la CPEUM).

57. Debe adoptarse el sistema brasileño de la cosa juzgada *secundum eventum litis*, pues dicho sistema es inclusivo al igual que el sistema de *opt out* y no transgrede el artículo 14 de la CPEUM.

58. A diferencia del sistema brasileño, no debe contemplarse la posibilidad del ejercicio de una segunda acción colectiva, propuesta por cualquier legitimado, con idéntico fundamento que la primera, pero valiéndose de nueva prueba.

59. La presentación de la demanda debe interrumpir el plazo de prescripción de las pretensiones individuales y transindividuales directa o indirectamente relacionadas con la controversia.

60. Para evitar que el demandado se beneficie de la circunstancia de que los perjudicados no promuevan el incidente de liquidación y ejecución, debe preverse la liquidación y ejecución del daño global a favor del fondo previsto en el artículo 624 del CFPC.

61. Siempre que sea posible, el juez debe señalar en la sentencia el monto de las indemnizaciones individuales o la fórmula matemática mediante la cual puedan calcularse.

62. Debe posibilitarse a las víctimas la tramitación de la liquidación y la ejecución ante el juez de su domicilio.

63. Cuando la parte actora prevalezca en el juicio, debe poder cobrar a su contraria los gastos y costas procesales, pero, en caso de que no obtenga sentencia

favorable, sólo debe ser condenada al pago de dichos conceptos cuando se demuestre que ha litigado de mala fe.

64. El procedimiento colectivo, como está regulado en el Libro Quinto del CFPC, no permite una tutela judicial efectiva de los derechos individuales de incidencia colectiva, principalmente en tratándose de daños de escasa cuantía.

APÉNDICE

I. REGLA 23. ACCIONES DE CLASE⁴²¹

(a) Requisitos

Sólo podrán demandar o ser demandados en nombre de todos los miembros de la clase, en su condición de partes representativas, uno o más de sus miembros, si:

(1) la clase es tan numerosa que la incorporación de todos sus miembros al proceso es impracticable,

(2) hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a la clase

(3) las pretensiones o defensas de las partes representativas son las pretensiones o defensas típicas de la clase; y

(4) las partes representativas protegerán los intereses de la clase de un modo equitativo y adecuado.

(b) Tipos de acciones de clase

Podrá mantenerse una acción de clase siempre que se cumpla lo establecido en la Regla 23(a) si además:

(1) el ejercicio de acciones separadas por los miembros de la clase o contra ellos crearía un riesgo de:

(A) decisiones incoherentes o contradictorias respecto de miembros de la clase que estableciesen, para la parte contraria a la clase, patrones incompatibles de conducta; o

(B) decisiones respecto miembros de la clase que, en la práctica, llegasen a disponer de los intereses de otros miembros de la clase que no hubiesen sido parte en los procesos en que aquellas hubiesen recaído y que vendrían a dificultarles o impedirles de un modo substancial la posibilidad de tutelar tales intereses;

⁴²¹ Traducción al español realizada por López Sánchez, tomada de López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions...*, op. cit., pp. 157-163.

(2) la parte que se opone a la clase ha actuado o se ha negado actuar en razón de un fundamento que pudiera ser aplicado, con carácter general, a toda la clase, de tal modo que una tutela coercitiva o la correspondiente tutela declarativa se presente como apropiada para la clase como un todo; o

(3) el tribunal considera que hay cuestiones de hecho o de derecho comunes a todos los miembros de la clase que resultan predominantes sobre cualquiera otra cuestión que sólo afecte a los miembros de la clase individualmente, y siempre y cuando la acción de clase se presente como un método superior a otros posibles para lograr una decisión equitativa y eficiente de la controversia. Los aspectos relevantes para que el tribunal realice tal consideración incluyen:

(A) el interés de los miembros de la clase en mantener el control del ejercicio de la acción separadamente o, en su caso, de su defensa;

(B) la extinción y naturaleza de cualquier proceso ya iniciado por o contra los miembros de la clase y que guarde relación con la controversia;

(C) la conveniencia o inconveniencia de concentrar el enjuiciamiento de las pretensiones en un foro particular; y

(D) las probables dificultades en la llevanza de la acción de clase

(c) Certificación; comunicación a los miembros de la clase; sentencia; cuestiones; subclases

(1) Certificación

(A) Momento para ordenarla. Una vez que se haya demandado o sido demandado como representante de una clase, en un momento inicial en que sea posible, el tribunal deberá determinar por medio de una orden si se certifica la acción como una acción de clase.

(B) Definición de la clase; designación del letrado de la clase. La certificación de la clase deberá definir la clase, las pretensiones, cuestiones o defensas que plantee y deberá designar un letrado de la clase, de conformidad con la Regla 23(g).

(C) Alteraciones o modificaciones de la certificación. La resolución que acoja o deniegue la certificación de la clase podrá ser alterada o modificada antes de la sentencia final.

(2) Comunicación

(A) Para las clases (b)(1) ó (b)(2). En los casos de clases certificadas al amparo de las Reglas 23(b)(1) ó 23(b)(2), el tribunal podrá dirigir una comunicación adecuada a la clase.

(B) Para las clases (b)(3). En los casos de clases certificadas al amparo de la Regla 23(b)(3), el tribunal deberá dirigir a los miembros de la clase la mejor comunicación que pueda llevar a cabo, dadas las circunstancias, que deberá entenderse que comporta una comunicación personal a todos aquellos miembros de la clase que pudieran ser identificados mediante un esfuerzo razonable. La comunicación deberá contener de modo conciso y claro, en un lenguaje llano y fácilmente comprensible.

(i) la naturaleza de la acción;

(ii) la definición de la clase certificada;

(iii) las pretensiones, cuestiones o defensas planteadas por la clase;

(iv) que cualquier miembro de la clase, si así lo desea, podrá personarse, lo que deberá hacer mediante abogado;

(v) que el tribunal excluirá de la clase a aquellos de sus miembros que soliciten su exclusión;

(vi) el momento y forma para solicitar la exclusión; y

(vii) la eficacia vinculante de la sentencia que decida la acción de clase respecto de los miembros, al amparo de la Regla 23(c)(3).

(3) Sentencia.

Sea o no favorable a la clase, la sentencia que decida una acción de clase deberá:

(A) incluir y describir a aquellos que el tribunal considere que son miembros de la clase, en los supuestos de las clases certificadas al amparo de las Reglas 23(b)(1) ó 23(b)(2); y

(B) en los supuestos de clases certificadas al amparo de la Regla 23(b)(3) incluir y especificar o describir a aquellos a quienes fue dirigida la comunicación señalada en la Regla 23(c)(2), que además no hubieran solicitado su exclusión y a quienes el tribunal considera que son miembros de la clase.

(4) Cuestiones particulares.

Cuando se considera apropiado, la acción podrá ser ejercitada o mantenida como una acción de clase sólo respecto a algunas cuestiones particulares.

(5) Subclases.

Cuando se considere apropiado, la clase podrá ser dividida en subclases cada una de las cuales será tratada como una clase al amparo de esta Regla.

(d) Sustanciación de la acción

(1) Con carácter general.

Para la sustanciación de una acción de las contempladas en esta regla, el tribunal podrá dictar resoluciones que:

(A) determinen el curso del procedimiento o establezcan medidas para evitar la indebida repetición o la complicación en la presentación de la prueba o las argumentaciones;

(B) requieran dirigir a algunos o todos los miembros de la clase -para protegerlos y conducir la acción de un modo equitativo- una comunicación adecuada de:

(i) cualquier paso dado en la sustanciación de la acción

(ii) la extensión de los efectos de la sentencia que se ha propuesto; o

(iii) las oportunidades de que disponen los miembros de la clase para poner de manifiesto si consideran equilibrada y adecuada la representación, para intervenir y formular pretensiones o defensas o para coadyuvar a la acción de cualquier otra manera;

(C) impongan las condiciones para la actuación de las partes representativas o los intervinientes;

(D) exijan una modificación de la demanda para eliminar lo que hubiere sido aducido en representación de quienes no se han personado de modo que la acción se sustancie en esos términos; o

(E) traten de cuestiones procesales semejantes a las señaladas.

(2) Coordinación y enmienda de resoluciones.

Las resoluciones dictadas al amparo de la Regla 23(d)(1) podrán ser alteradas o modificadas cuando resulte oportuno, también podrán coordinarse con las dictadas al amparo de la Regla 16.

(e) Acuerdo, desistimiento o transacción

Las pretensiones, cuestiones o defensas de una acción de clase que hubiere sido certificada como tal sólo podrán ser objeto de acuerdo, desistimiento o transacción con la aprobación del tribunal. En caso de que se formule una proposición de acuerdo, desistimiento o transacción habrán de observarse las siguientes actuaciones:

(1) El tribunal deberá dirigir una comunicación directa, por un cauce razonablemente eficaz, a todos los miembros de la clase que quedarían vinculados por la propuesta.

(2) Si la propuesta resultara vinculante para los miembros de la clase, el tribunal sólo podrá aprobarla tras la celebración de una audiencia y la verificación de que es equilibrada, razonable y adecuada.

(3) Quienes persigan la aprobación de la propuesta deberán presentar una declaración en la que identifiquen cualquier otro acuerdo adoptado en relación con la propuesta.

(4) Si la acción de clase fue certificada al amparo de la Regla 23(b)(3), el tribunal podrá condicionar la aprobación del acuerdo a que éste ofrezca una nueva oportunidad para solicitar su exclusión a los miembros de la clase a quienes ya se ofreció anteriormente tal facultad y no hicieron uso de ella.

(5) Cualquier miembro de la clase podrá formular objeciones a la propuesta si esta requiere aprobación judicial al amparo de esta subdivisión (3); la objeción sólo podrá ser retirada con la aprobación del tribunal.

(f) Apelación

El tribunal de apelaciones podrá autorizar la apelación de la certificación de una acción de clase o de su denegación, al amparo de esta regla, si la solicitud de autorización para apelar se presenta ante el oficial del circuito dentro de los 14 días siguientes a la emisión de la resolución sobre la certificación. La apelación no paralizará las actuaciones del tribunal del distrito salvo que el juez del distrito o el tribunal de apelaciones así lo ordene.

(g) Letrado de la Clase

(1) Designación del letrado de la clase.

Salvo que se establezca legalmente de otro modo, el tribunal que certifique una clase deberá designar un letrado de la clase. En la designación del letrado de la clase, el tribunal:

(A) deberá considerar necesariamente:

(i) el trabajo que ya hubiera realizado el letrado en la identificación o investigación de las pretensiones a las que potencialmente podría extenderse la acción;

(ii) la experiencia del letrado en la llevanza de acciones de clase u otros procesos complejos y el tipo de pretensiones deducidas en la acción;

(iii) el conocimiento del letrado del derecho aplicable; y

(iv) los recursos que el letrado comprometerá para representar a la clase;

(B) podrá tomar en consideración cualquier otra cuestión que guarde relación con la capacidad del letrado para representar equitativa y adecuadamente los intereses de la clase;

(C) podrá ordenar a posibles letrados de la clase que le faciliten información sobre cualquier cuestión que guarde relación con la designación y que le propongan las condiciones de la remuneración de la asistencia letrada y los gastos no gravables.

(D) podrá incluir en la designación previsiones sobre la remuneración de los honorarios del abogado y los gastos no gravables, al amparo de la Regla 23(h); y

(E) podrá adoptar cualesquiera otras decisiones en relación con la designación.

(2) Criterios para la designación del letrado de la clase.

Cuando se dirija al tribunal una solicitud instando la designación como letrado de la clase, el tribunal sólo podrá designar al solicitante si resulta adecuado al amparo de lo establecido en las Reglas 23(g)(1) y (4). Si la solicitud fuese presentada por más de uno, el tribunal deberá designar al solicitante que resultase más capaz de representar los intereses de la clase.

(3) Letrado provisional.

El tribunal puede designar un letrado provisional para que actúe en nombre de una clase putativa antes de determinar la procedencia de la certificación de la acción como una acción de clase.

(4) Deberes del letrado de la clase

El letrado de la clase deberá representar los intereses de la clase de un modo equitativo y adecuado.

(h) Honorarios del letrado y gastos no gravables

En una acción de clase certificada, el tribunal podrá conceder al letrado un reembolso de los honorarios razonables y los gastos no gravables que estuvieren

autorizados por la ley o admitidos por el acuerdo de las partes. Serán de aplicación las siguientes previsiones:

(1) La pretensión de un reembolso deberá realizarse mediante una solicitud presentada, en el momento en que el tribunal fije, al amparo de la Regla 54(d)(2) y sometida a las previsiones de esta subdivisión (h). Deberá notificarse a todas las partes la presentación de la solicitud y, en el caso de la solicitud presentada por el letrado de la clase, deberá dirigirse la notificación a todos los miembros de la clase por un cauce razonable.

(2) Podrá formular objeciones a la anterior solicitud cualquier miembro de la clase o cualquier parte de quien se pretenda el pago.

(3) El tribunal podrá convocar una audiencia, verificar los hechos y fijar sus conclusiones al amparo de lo establecido en la Regla 52(a).

(4) El tribunal podrá remitir las cuestiones relativas a la cantidad que ha de satisfacerse a un auxiliar de apoyo o un juez de apoyo en la forma establecida en la Regla 54(d)(2)(D).

II. LEY N° 8.078, DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1990

(CÓDIGO DEL CONSUMIDOR BRASILEÑO)⁴²²

TÍTULO I

CAPÍTULO III

De los Derechos Básicos del Consumidor

ART. 6°.- Son derechos básicos del consumidor:

VII. el acceso a los órganos judiciales y administrativos con vistas a la prevención o reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos o difusos, asegurada la protección jurídica, administrativa y técnica a los necesitados;

VIII. la facilitación de la defensa de sus derechos, inclusive con la inversión de la carga de la prueba, a su favor, en el proceso civil, cuando, a criterio del juez, fuera verosímil la alegación o cuando fuera ella insuficiente, según las reglas ordinarias de la experiencia;

TÍTULO III

De La Defensa del Consumidor en Juicio

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

ART. 81.- La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente, o a título colectivo.

Parágrafo único. La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

I. intereses individuales o derechos difusos, así entendidos, a los efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho;

II. intereses o derechos colectivos, así entendidos, a los efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica de base;

III. intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los provenientes de un origen común.

⁴²² Traducción al español realizada por Leandro J. Giannini, en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004, pp. 720-724.

ART. 82.- A los fines del art. 100, parágrafo único, están legitimados concurrentemente:

I. el Ministerio Público,

II. la Unión, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal;

III. las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos en este código;

IV. las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por este código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea.

§ 1° El requisito de la pre-constitución puede ser dispensado por el juez, en las acciones previstas en los arts. 91 y siguientes, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico protegido.

§ 2° (Vetado).

§ 3° (Vetado).

ART. 83.- Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este código son admisibles todas las especies de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 84.- En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o dictará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

§ 1° La conversión de la obligación en pérdidas y daños solamente será admisible si por ella optara el actor o fuera imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente.

§ 2° La indemnización por pérdidas y daños se hará sin perjuicio de la multa (art. 287, del Código de Proceso Civil).

§ 3° Siendo relevante el fundamento de la demanda y habiendo justificado peligro de ineficacia del proveimiento final, es lícito al juez conceder la tutela liminarmente o con posterioridad justificación previa (sic), citado el demandado.

§ 4° El juez podrá, en la hipótesis del § 3° o en la sentencia, imponer multa diaria al demandado, independientemente de (sic) pedido del actor, si fuera suficiente

o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento del precepto.

§ 5° Para la tutela específica o para la obtención de resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar las medidas necesarias, tales como búsqueda y embargo, remoción de cosas y personas, destrucción de obra, prohibición de actividad nociva, además de la requisitoria de la fuerza policial.

ART. 85.- (Vetado).

ART. 86.- (Vetado).

ART. 87.- En las acciones colectivas de que trata este código no habrá anticipo de costas, emolumentos, honorarios periciales y cualesquiera otros gastos, ni condena a la asociación actora, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales.

Parágrafo único. En caso que litigue de mala fe, la asociación actora y los directores responsables por la proposición de la acción serán solidariamente condenados al pago de los honorarios de los letrados y al doble de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por pérdidas y daños.

ART. 88.- En la hipótesis del art. 13, parágrafo único de este código, la acción de regreso podrá ser entablada en proceso autónomo, siendo posible proseguirla en los mismos autos, cuando estuviere vedada la integración de la litis.

ART. 89.- (Vetado).

ART. 90.- Aplícanse a las acciones previstas en este título las normas del Código de Proceso Civil y de la Ley n° 7.347, del 24 de julio de 1985, inclusive en lo que respecta al instrucción (sic) civil, en aquello que no contraríe sus disposiciones.

CAPÍTULO II

De las Acciones Colectivas para la Defensa de Intereses Individuales Homogéneos

ART. 91.- Los legitimados de que trata el art. 81 podrán proponer, en nombre propio y en el interés de las víctimas o sus sucesores, acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes.

ART. 92.- El Ministerio Público, si no entablara la acción, actuará siempre como fiscal de la ley.

Parágrafo único. (Vetado).

ART. 93.- Sin perjuicio de la competencia de la Justicia Federal, es competente para la causa la justicia local:

I. en el fuero del lugar donde ocurrió o deba ocurrir el daño, cuando sea de ámbito local;

II. en el fuero de la Capital del Estado o en el del Distrito Federal, para los daños de ámbito nacional o regional, aplicándose las reglas del Código Procesal Civil a los casos de competencia concurrente.

ART. 94.- Propuesta la acción, se publicarán edictos a través del órgano oficial a fin de que los interesados puedan intervenir en el proceso como litisconsortes, sin perjuicio de la amplia divulgación por los medios de comunicación social por parte de los órganos de defensa del consumidor.

ART. 95.- En caso de procedencia del pedido, la condena será genérica, fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados.

ART. 96.- (Vetado).

ART. 97.- La liquidación y la ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados de que trata el art. 82.

Parágrafo único. (Vetado).

ART. 98.- La ejecución podrá ser colectiva siendo promovida por los legitimados de que trata el art. 81, abarcando a las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas en sentencia de liquidación, sin perjuicio de la promoción de otras ejecuciones.

1° La ejecución colectiva se hará con base en certificación de las sentencias de liquidación, de la cual deberá constar si se encuentran firmes.

2° Es competente para la ejecución el juez:

I. de la liquidación de sentencia o de la acción condenatoria, en caso de ejecución individual;

II. de la acción condenatoria, cuando sea colectiva la ejecución.

ART. 99.- En caso de concurso de créditos provenientes de condena prevista en la Ley n° 7.347, del 24 de julio de 1985 y de indemnizaciones por los perjuicios individuales resultantes del mismo evento dañoso, éstas tendrán preferencia de pago.

Parágrafo único. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, el destino de los importes recogidos para el fondo creado por la ley n° 7.347 del 24 de julio de 1985, quedará suspendido mientras se hallen pendientes de decisión de segundo

grado las acciones indemnización (sic) por los daños individuales, salvo en la hipótesis que el patrimonio del deudor sea manifiestamente suficiente para responder por la integridad de las deudas.

ART. 100.- Transcurrido el plazo de un año sin habilitación de interesados en número compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del art. 82 promover la liquidación y ejecución de la indemnización debida.

Parágrafo único. El producto de la indemnización debida revertirá para el fondo creado por la Ley n° 7.347, del 24 de julio de 1985.

CAPÍTULO IV De la Cosa Juzgada

ART. 103.- En las acciones colectivas de que trata este código, la sentencia hará cosa juzgada:

I. *erga omnes*, excepto si el pedido fuera juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento valiéndose de nueva prueba, en la hipótesis del inciso I del parágrafo único del art. 81;

II. *ultra partes*, pero limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas, en los términos del inciso anterior, cuando se trate de la hipótesis prevista en el inciso II del parágrafo único del art. 81;

III. *erga omnes*, sólo en el caso de procedencia del pedido, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores, en la hipótesis del inciso III del parágrafo único del art. 81.

§ 1° Los efectos de la cosa juzgada previstos en los incisos I y III no perjudicarán intereses o derechos individuales de los integrantes de la colectividad, del grupo, categoría o clase.

§ 2° En la hipótesis prevista en el inciso III, en caso de improcedencia del pedido, los interesados que no hubieren intervenido en el proceso como litisconsortes podrán entablar acción de indemnización a título individual.

§ 3° Los efectos de la cosa juzgada de que trata el art. 16, combinado con el art. 13 de la Ley n° 7.347, del 24 de julio de 1985, no perjudicarán las acciones de indemnización por los daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este código, pero, si procede el pedido, beneficiarán a las víctimas y sus sucesores, que podrán proceder a la liquidación y a la ejecución, en los términos de los arts. 96 a 99.

§ 4° Aplícase lo dispuesto en el parágrafo anterior a la sentencia penal condenatorias (sic).

ART. 104.- Las acciones colectivas, previstas en los incisos I y II y (sic) del párrafo único del art. 81, no producen litispendencia para las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada *erga omnes* (sic) o *ultra partes* a que aluden los incisos II y III del artículo anterior no beneficiará a los actores de las acciones individuales, si no fuera requerida su suspensión en el plazo de treinta días, a contar desde el conocimiento en los autos de la promoción de la acción colectiva.

TÍTULO IV Disposiciones Finales

ART. 118.- Este código entrará en vigor dentro de ciento ochenta días a contar desde su publicación.

ART. 119.- Revócanse las disposiciones en contrario.

Brasilia, 11 de septiembre de 1990; 169° de la Independencia y 102° de la República.

III. LEY N° 7.347 DEL 24 DE JULIO DE 1985⁴²³

ART. 1°.- Rígense por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de la acción popular, las acciones de responsabilidad por daños causados:

I. al medio ambiente;

II. al consumidor;

III. a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico;

IV. a cualquier otro interés difuso o colectivo.

ART. 2°.- Las acciones previstas por esta ley serán entabladas en el fuero del lugar donde ocurre el daño, cuyo juez tendrá competencia funcional para tramitar y juzgar la causa.

ART. 3°.- La acción civil podrá tener por objeto la condena en dinero o el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer.

ART. 4°.- Podrá ser iniciada acción cautelar para los fines de esta ley, procurando, inclusive, evitar el daño al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico. (VETADO).

ART. 5°.- La acción principal y la cautelar podrán ser propuestas por el Ministerio Público, por la Unión, por los Estados y Municipios. Podrán también ser propuestas por entidad autárquica, empresa pública, fundación, sociedad de economía mixta, o por asociación que:

I. esté constituida desde por lo menos un año en los términos de la ley civil; (sic)

II. incluya, entre sus finalidades institucionales, la protección al medio ambiente, al consumidor, al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, o a cualquier otro interés difuso o colectivo.

§ 1° El Ministerio Público, si no interviene en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

§ 2° Queda facultado el Poder Público y otras asociaciones legitimadas en los términos de este artículo para habilitarse como litisconsortes de cualquiera de las partes.

⁴²³ Traducción al español realizada por Leandro J. Giannini, en *ibid.*, pp. 724-727.

§ 3° En caso de desistimiento infundado o abandono de la acción por la asociación legitimada, el Ministerio Público u otro legitimado asumirá la titularidad activa.

§ 4° El requisito de la pre-constitución podrá ser dispensado por el juez, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

§ 5° Se admitirá el litisconsorcio facultativo entre los Ministerio (sic) Públicos de la Unión, del Distrito Federal y de los Estados en la defensa de los intereses y derechos de que cuida esta ley.

§ 6° Los órganos públicos legitimados podrán tomar de los interesados compromiso de ajustar su conducta a las exigencias legales, mediante combinaciones, que tendrá (sic) eficacia de título ejecutivo extrajudicial.

ART. 6°.- Cualquier persona podrá y el funcionario público deberá provocar la iniciativa del Ministerio Público, suministrándole informaciones sobre hechos que constituyan objeto de la acción civil e indicándole los elementos de convicción.

ART. 7°.- Si en el ejercicio de sus funciones, los jueces y tribunales tuvieren conocimiento de hechos que pudieran dar cabida a la proposición de la acción civil, remitirán las actuaciones al Ministerio Público, para las providencias pertinentes.

ART. 8°.- Para la instrucción preliminar, el interesado podrá requerir a las autoridades competentes las certificaciones e informaciones que juzgue necesarias, las que serán suministradas en el plazo de 15 (quince) días.

§ 1° El Ministerio Público podrá instaurar, bajo su presidencia, instrucción civil, o requerir, de cualquier organismo público o particular, certificaciones, informaciones, exámenes o pericias, en el plazo que señale, el cual no podrá ser inferior a 10 (diez) días hábiles.

§ 2° Solamente en los casos en que la ley impusiera sigilo, podrá ser negada la certificación o información, hipótesis en que la acción podrá ser propuesta sin acompañar aquellos documentos, correspondiendo al juez requerirlos.

ART. 9°.- Si el órgano del Ministerio Público, agotadas todas las diligencias, se convenciera de la inexistencia de fundamento para la proposición de la acción civil, dispondrá el archivo de los autos de instrucción civil o de las actuaciones informativas, haciéndolo fundadamente.

§ 1° Los autos de instrucción civil o de las actuaciones de información archivadas serán remitidos, bajo pena de incurrirse en falta grave, en el plazo de 3 (tres) días, al Consejo Superior del Ministerio Público.

§ 2° Hasta que, en sesión del Consejo Superior del Ministerio Público sea homologada o rechazada la resolución de archivo, podrán las asociaciones legitimadas presentar razones escritas o documentos, que serán adjuntados a los autos de instrucción o anexados a las actuaciones de información.

§ 3° La resolución de archivo será sometido a examen y deliberación del Consejo Superior del Ministerio Público, conforme disponga su reglamento.

§ 4° Dejando el Consejo Superior de homologar la resolución de archivo, designará, inmediatamente, otro órgano del Ministerio Público para la promoción de la acción.

ART. 10.- Constituye delito, punido con pena de reclusión de 1 (uno) a 3 (tres) años, más multa de 10 (diez) a 1.000 (mil) Obligaciones Reajustables del Tesoro Nacional OTRN, la negativa, el retardo o la omisión de datos técnicos indispensables para la promoción de la acción civil, cuando fueran requeridos por el Ministerio Público.

ART. 11.- En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer, el juez determinará el cumplimiento de la prestación de la actividad debida o la casación de la actividad nociva, bajo pena de ejecución específica, o de imposición de multa diaria, si ésta fuera suficiente o compatible, independientemente de requerimiento del actor.

ART. 12.- Podrá el juez conceder mandato liminar, con o sin justificación previa, en decisión sujeta a agravio.

§ 1° A pedido de persona jurídica de derecho público interesada, y para evitar grave lesión al orden, la salud, la seguridad, y la economía pública, podrá el Presidente del Tribunal al que compete el conocimiento del respectivo recurso suspender la ejecución liminar, en decisión fundada, de la cual cabrá recurso para una de las partes, en el plazo de 5 (cinco) días a partir de la publicación del acto.

§ 2° La multa fijada liminarmente sólo será exigible al demandado con posterioridad al tránsito en cosa juzgada de la decisión favorable al actor, pero será debida desde el día en que se hubiere configurado el incumplimiento.

ART. 13.- Habiendo condena en dinero la indemnización por los daños causados revertirá a un fondo administrado por un Consejo Federal o por Consejos Estaduales de los que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados.

Parágrafo único. En tanto el fondo no sea reglamentado, el dinero quedará depositado en un establecimiento oficial de crédito, en cuenta con actualización monetaria.

ART. 14.- En (sic) juez podrá conferir efecto suspensivo a los recursos, para evitar daño irreparable a una parte.

ART. 15.- Transcurridos sesenta días desde el tránsito de la sentencia condenatoria en cosa juzgada, sin que una asociación actora promueva su ejecución, deberá hacerlo el Ministerio Público estando autorizada igual iniciativa a los demás legitimados.

ART. 16.- La sentencia civil hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto si la acción fuera juzgada improcedente por deficiencia de pruebas, hipótesis en que cualquier legitimado podrá intentar otra acción con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba.

ART. 17.- En caso de que litigue de mala fe, la asociación actora y los directores responsables por la proposición de la acción serán solidariamente condenados al doble de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por pérdidas y daños.

ART. 18.- En las acciones de que trata esta ley, no habrá anticipo de costas, emolumentos, honorarios periciales y cualesquiera otros gastos, en condena de la asociación actora, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales.

ART. 19.- Aplícase a la acción civil pública, prevista en esta ley, el Código de Proceso Civil, aprobado por la Ley n° 5.869, del 11 de enero de 1973, en aquello que no contrarie sus disposiciones.

ART. 20.- El fondo de que trata el art. 13 de esta Ley será reglamentado por el Poder Ejecutivo el en (sic) plazo de 90 (noventa) días.

ART. 21.- Aplícanse a la defensa de los derechos e intereses difusos, colectivos e individuales, en lo que fuera pertinente, las disposiciones del Título III de la ley que instituye el Código de Defensa del Consumidor.

ART. 22.- Esta ley entra en vigor desde la fecha de su publicación.

ART. 23.- Revócanse las disposiciones en contrario.

Brasília, en 24 de julio de 1985; 164° de la Independencia y 97° de la República.

IV. LIBRO QUINTO, DEL CFPC, INTITULADO: «DE LAS ACCIONES COLECTIVAS»⁴²⁴

Título Único Capítulo I Previsiones Generales

Artículo 578.- La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.

Artículo 579.- La acción colectiva es procedente para la tutela de las pretensiones cuya titularidad corresponda a una colectividad de personas, así como para el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a los miembros de un grupo de personas.

Artículo 580.- En particular, las acciones colectivas son procedentes para tutelar:

I. Derechos e intereses difusos y colectivos, entendidos como aquéllos de naturaleza indivisible cuya titularidad corresponde a una colectividad de personas, indeterminada o determinable, relacionadas por circunstancias de hecho o de derecho comunes.

II. Derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, entendidos como aquéllos de naturaleza divisible cuya titularidad corresponde a los individuos integrantes de una colectividad de personas, determinable, relacionadas por circunstancias de derecho.

Artículo 581.- Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en:

I. Acción difusa: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una

⁴²⁴ Decreto publicado en el DOF el 30 de agosto de 2011.

colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

III. Acción individual homogénea: Es aquélla de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

Artículo 582.- La acción colectiva podrá tener por objeto pretensiones declarativas, constitutivas o de condena.

Artículo 583.- El juez interpretará las normas y los hechos de forma compatible con los principios y objetivos de los procedimientos colectivos, en aras de proteger y tutelar el interés general y los derechos e intereses colectivos.

Artículo 584.- Las acciones colectivas previstas en este título prescribirán a los tres años seis meses contados a partir del día en que se haya causado el daño. Si se trata de un daño de naturaleza continua el plazo para la prescripción comenzará a contar a partir del último día en que se haya generado el daño causante de la afectación.

Capítulo II De la Legitimación Activa

Artículo 585.- Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas:

I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia;

II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros;

III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y

IV. El Procurador General de la República.

Artículo 586.- La representación a que se refieren las fracciones II y III del artículo anterior, deberá ser adecuada.

Se considera representación adecuada:

I. Actuar con diligencia, pericia y buena fe en la defensa de los intereses de la colectividad en el juicio;

II. No encontrarse en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza;

III. No promover o haber promovido de manera reiterada acciones difusas, colectivas o individuales homogéneas frías o temerarias;

IV. No promover una acción difusa, colectiva en sentido estricto o individual homogénea con fines de lucro, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos, y

V. No haberse conducido con impericia, mala fe o negligencia en acciones colectivas previas, en los términos del Código Civil Federal.

La representación de la colectividad en el juicio se considera de interés público. El juez deberá vigilar de oficio que dicha representación sea adecuada durante la substanciación del proceso.

El representante deberá rendir protesta ante el juez y rendir cuentas en cualquier momento a petición de éste.

En el caso de que durante el procedimiento dejare de haber un legitimado activo o aquéllos a que se refieren las fracciones II y III del artículo 585 no cumplieran con los requisitos referidos en el presente artículo, el juez de oficio o a petición de cualquier miembro de la colectividad, abrirá un incidente de remoción y sustitución, debiendo suspender el juicio y notificar el inicio del incidente a la colectividad en los términos a que se refiere el artículo 591 de este Código.

Una vez realizada la notificación a que se refiere el párrafo anterior, el juez recibirá las solicitudes de los interesados dentro del término de diez días, evaluará las solicitudes que se presenten y resolverá lo conducente dentro del plazo de tres días.

En caso de no existir interesados, el juez dará vista a los órganos u organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código, según la materia del litigio de que se trate, quienes deberán asumir la representación de la colectividad o grupo.

El juez deberá notificar la resolución de remoción al Consejo de la Judicatura Federal para que registre tal actuación y en su caso, aplique las sanciones que correspondan al representante.

El representante será responsable frente a la colectividad por el ejercicio de su gestión.

Capítulo III Procedimiento

Artículo 587.- La demanda deberá contener:

- I. El tribunal ante el cual se promueve;
- II. El nombre del representante legal, señalando los documentos con los que acredite su personalidad;
- III. En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto y las individuales homogéneas, los nombres de los miembros de la colectividad promoventes de la demanda;
- IV. Los documentos con los que la actora acredita su representación de conformidad con este Título;
- V. El nombre y domicilio del demandado;
- VI. La precisión del derecho difuso, colectivo o individual homogéneo que se considera afectado;
- VII. El tipo de acción que pretende promover;
- VIII. Las pretensiones correspondientes a la acción;
- IX. Los hechos en que funde sus pretensiones y las circunstancias comunes que comparta la colectividad respecto de la acción que se intente;
- X. Los fundamentos de derecho, y
- XI. En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, las consideraciones y los hechos que sustenten la conveniencia de la substanciación por la vía colectiva en lugar de la acción individual.

El juez podrá prevenir a la parte actora para que aclare o subsane su demanda cuando advierta la omisión de requisitos de forma, sea obscura o irregular, otorgándole un término de cinco días para tales efectos.

El juez resolverá si desecha de plano la demanda en los casos en que la parte actora no desahogue la prevención, no se cumplan los requisitos previstos en este Título, o se trate de pretensiones infundadas, frívolas, o temerarias.

Artículo 588.- Son requisitos de procedencia de la legitimación en la causa los siguientes:

I. Que se trate de actos que dañen a consumidores o usuarios de bienes o servicios públicos o privados o al medio ambiente o que se trate de actos que hayan dañado al consumidor por la existencia de concentraciones indebidas o prácticas monopólicas, declaradas existentes por resolución firme emitida por la Comisión Federal de Competencia;

II. Que verse sobre cuestiones comunes de hecho o de derecho entre los miembros de la colectividad de que se trate;

III. Que existan al menos treinta miembros en la colectividad, en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;

IV. Que exista coincidencia entre el objeto de la acción ejercitada y la afectación sufrida;

V. Que la materia de la litis no haya sido objeto de cosa juzgada en procesos previos con motivo del ejercicio de las acciones tuteladas en este Título;

VI. Que no haya prescrito la acción, y

VII. Las demás que determinen las leyes especiales aplicables.

Artículo 589.- Son causales de improcedencia de la legitimación en el proceso, los siguientes:

I. Que los miembros promoventes de la colectividad no hayan otorgado su consentimiento en el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas;

II. Que los actos en contra de los cuales se endereza la acción constituyan procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio o procedimientos judiciales;

III. Que la representación no cumpla los requisitos previstos en este Título;

IV. Que la colectividad en la acción colectiva en sentido estricto o individual homogénea, no pueda ser determinable o determinada en atención a la afectación a sus miembros, así como a las circunstancias comunes de hecho o de derecho de dicha afectación;

V. Que su desahogo mediante el procedimiento colectivo no sea idóneo;

VI. Que exista litispendencia entre el mismo tipo de acciones, en cuyo caso procederá la acumulación en los términos previstos en este Código, y

VII. Que las asociaciones que pretendan ejercer la legitimación en el proceso no cumplan con los requisitos establecidos en este Título.

El juez de oficio o a petición de cualquier interesado podrá verificar el cumplimiento de estos requisitos durante el procedimiento.

Artículo 590.- Una vez presentada la demanda o desahogada la prevención, dentro de los tres días siguientes, el juez ordenará el emplazamiento al demandado, le correrá traslado de la demanda y le dará vista por cinco días para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto del cumplimiento de los requisitos de procedencia previstos en este Título.

Desahogada la vista, el juez certificará dentro del término de diez días, el cumplimiento de los requisitos de procedencia previstos en los artículos 587 y 588 de este Código. Este plazo podrá ser prorrogado por el juez hasta por otro igual, en caso de que a su juicio la complejidad de la demanda lo amerite.

Esta resolución podrá ser modificada en cualquier etapa del procedimiento cuando existieren razones justificadas para ello.

Artículo 591.- Concluida la certificación referida en el artículo anterior, el juez proveerá sobre la admisión o desechamiento de la demanda y en su caso, dará vista a los órganos y organismos referidos en la fracción I del artículo 585 de este Código, según la materia del litigio de que se trate.

El auto que admita la demanda deberá ser notificado en forma personal al representante legal, quien deberá ratificar la demanda.

El juez ordenará la notificación a la colectividad del inicio del ejercicio de la acción colectiva de que se trate, mediante los medios idóneos para tales efectos, tomando en consideración el tamaño, localización y demás características de dicha colectividad. La notificación deberá ser económica, eficiente y amplia, teniendo en cuenta las circunstancias en cada caso.

Contra la admisión o desechamiento de la demanda es procedente el recurso de apelación, al cual deberá darse trámite en forma inmediata.

Artículo 592.- La parte demandada contará con quince días para contestar la demanda a partir de que surta efectos la notificación del auto de admisión de la demanda. El juez podrá ampliar este plazo hasta por un periodo igual, a petición del demandado.

Una vez contestada la demanda, se dará vista a la actora por 5 días para que manifieste lo que a su derecho convenga.

Artículo 593.- La notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, contendrá una relación sucinta de los puntos esenciales de la

acción colectiva respectiva, así como las características que permitan identificar a la colectividad.

Las demás notificaciones a los miembros de la colectividad o grupo se realizarán por estrados.

Salvo que de otra forma se encuentren previstas en este Título, las notificaciones a las partes se realizarán en los términos que establece este Código.

Artículo 594.- Los miembros de la colectividad afectada podrán adherirse a la acción de que se trate, conforme a las reglas establecidas en este artículo.

En el caso de las acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, la adhesión a su ejercicio podrá realizarse por cada individuo que tenga una afectación a través de una comunicación expresa por cualquier medio dirigida al representante a que se refiere el artículo 585 de este Código o al representante legal de la parte actora, según sea el caso.

Los afectados podrán adherirse voluntariamente a la colectividad durante la substanciación del proceso y hasta dieciocho meses posteriores a que la sentencia haya causado estado o en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada.

Dentro de este lapso, el interesado hará llegar su consentimiento expreso y simple al representante, quien a su vez lo presentará al juez. El juez proveerá sobre la adhesión y, en su caso, ordenará el inicio del incidente de liquidación que corresponda a dicho interesado.

Los afectados que se adhieran a la colectividad durante la substanciación del proceso, promoverán el incidente de liquidación en los términos previstos en el artículo 605 de este Código.

Los afectados que se adhieran posteriormente a que la sentencia haya causado estado o, en su caso, el convenio judicial adquiera la calidad de cosa juzgada, deberán probar el daño causado en el incidente respectivo. A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

En tratándose de la adhesión voluntaria, la exclusión que haga cualquier miembro de la colectividad posterior al emplazamiento del demandado, equivaldrá a un desistimiento de la acción colectiva, por lo que no podrá volver a participar en un procedimiento colectivo derivado de o por los mismos hechos.

Tratándose de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas sólo tendrán derecho al pago que derive de la condena, las personas que formen parte de la colectividad y prueben en el incidente de liquidación, haber sufrido el daño causado.

El representante a que se refiere el artículo 585 de este Código tendrá los poderes más amplios que en derecho procedan con las facultades especiales que requiera la ley para sustanciar el procedimiento y para representar a la colectividad y a cada uno de sus integrantes que se hayan adherido o se adhieran a la acción.

Artículo 595.- Realizada la notificación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 591 de este Código, el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de la audiencia previa y de conciliación, la cual se llevará a cabo dentro de los diez días siguientes.

En la audiencia el juez personalmente propondrá soluciones al litigio y exhortará a las partes a solucionarlo, pudiendo auxiliarse de los expertos que considere idóneos.

La acción colectiva podrá ser resuelta por convenio judicial entre las partes en cualquier momento del proceso hasta antes de que cause estado.

Si las partes alcanzaren un convenio total o parcial, el juez de oficio revisará que proceda legalmente y que los intereses de la colectividad de que se trate estén debidamente protegidos.

Previo vista por diez días a los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código y al Procurador General de la República, y una vez escuchadas las manifestaciones de los miembros de la colectividad, si las hubiere, el juez podrá aprobar el convenio elevándolo a la categoría de cosa juzgada.

Artículo 596.- En caso de que las partes no alcanzaren acuerdo alguno en la audiencia previa y de conciliación, el juez procederá a abrir el juicio a prueba por un período de sesenta días hábiles, comunes para las partes, para su ofrecimiento y preparación, pudiendo, a instancia de parte, otorgar una prórroga hasta por veinte días hábiles.

Una vez presentado el escrito de pruebas, el representante legal deberá ratificarlo bajo protesta ante el Juez.

El auto que admita las pruebas señalará la fecha para la celebración de la audiencia final del juicio en la cual se desahogarán, en un lapso que no exceda de cuarenta días hábiles, el que podrá ser prorrogado por el juez.

Una vez concluido el desahogo de pruebas, el juez dará vista a las partes para que en un periodo de diez días hábiles aleguen lo que a su derecho y representación convenga.

El juez dictará sentencia dentro de los treinta días hábiles posteriores a la celebración de la audiencia final.

Artículo 597.- Los términos establecidos en los capítulos IV y V del Título Primero del Libro Segundo podrán ser ampliados por el juez, si existieren causas justificadas para ello.

Artículo 598.- Para mejor proveer, el juzgador podrá valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, siempre que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de *amicus curiae* o en cualquier otra, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes.

El juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal conforme a lo establecido en el párrafo anterior y de los argumentos o manifestaciones por ellos vertidos.

El juez podrá requerir a los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código o a cualquier tercero, la elaboración de estudios o presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al Fondo a que se refiere este Título.

Artículo 599.- Si el juez lo considera pertinente, de oficio o a petición de parte, podrá solicitar a una de las partes la presentación de información o medios probatorios que sean necesarios para mejor resolver el litigio de que se trate o para ejecutar la sentencia respectiva.

Artículo 600.- Para resolver el juez puede valerse de medios probatorios estadísticos, actuariales o cualquier otro derivado del avance de la ciencia.

Artículo 601.- No será necesario que la parte actora ofrezca y desahogue pruebas individualizadas por cada uno de los miembros de la colectividad.

Las reclamaciones individuales deberán justificar en su caso, la relación causal en el incidente de liquidación respectivo.

Artículo 602.- Cuando la acción sea interpuesta por los representantes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 585 de este Código, estarán obligados a informar a través de los medios idóneos, a los miembros de la colectividad sobre el estado que guarda el procedimiento por lo menos cada seis meses.

Los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código, deberán llevar un registro de todos los procedimientos colectivos en trámite, así como los ya concluidos, en los que participan o hayan participado, respectivamente, como parte o tercero interesado. Dicho registro contará con la

información necesaria y deberá ser de fácil acceso al público, de conformidad con la legislación aplicable.

Capítulo IV Sentencias

Artículo 603.- Las sentencias deberán resolver la controversia planteada por las partes conforme a derecho.

Artículo 604.- En acciones difusas el juez sólo podrá condenar al demandado a la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, si esto fuere posible. Esta restitución podrá consistir en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas.

Si no fuere posible lo anterior, el juez condenará al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad. En su caso, la cantidad resultante se destinará al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título.

Artículo 605.- En el caso de acciones colectivas en sentido estricto e individuales homogéneas, el juez podrá condenar al demandado a la reparación del daño, consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo conforme a lo establecido en este artículo.

Cada miembro de la colectividad podrá promover el incidente de liquidación, en el que deberá probar el daño sufrido. El juez establecerá en la sentencia, los requisitos y plazos que deberán cumplir los miembros del grupo para promover dicho incidente.

El incidente de liquidación podrá promoverse por cada uno de los miembros de la colectividad en ejecución de sentencia dentro del año calendario siguiente al que la sentencia cause ejecutoria.

A partir de que el juez determine el importe a liquidar, el miembro de la colectividad titular del derecho al cobro tendrá un año para ejercer el mismo.

El pago que resulte del incidente de liquidación será hecho a los miembros de la colectividad en los términos que ordene la sentencia; en ningún caso a través del representante común.

Artículo 606.- En caso de que una colectividad haya ejercitado por los mismos hechos de manera simultánea una acción difusa y una acción colectiva, el juez proveerá la acumulación de las mismas en los términos de este Código.

Artículo 607.- La sentencia fijará al condenado un plazo prudente para su cumplimiento atendiendo a las circunstancias del caso, así como los medios de apremio que deban emplearse cuando se incumpla con la misma.

Artículo 608.- La sentencia será notificada a la colectividad o grupo de que se trate en los términos de lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 591 de este Código.

Artículo 609.- Cuando una vez dictada la sentencia, alguna de las partes tenga conocimiento de que sus representantes ejercieron una representación fraudulenta en contra de sus intereses, éstas podrán promover dentro del plazo de cuarenta y cinco días hábiles la apelación que habrá de resolver sobre la nulidad de las actuaciones viciadas dentro del procedimiento colectivo, siempre que dicha representación fraudulenta haya influido en la sentencia emitida.

En el caso de la colectividad, la apelación podrá promoverla el representante cuya designación haya sido autorizada por el juez. En este supuesto, el juez hará del conocimiento de los hechos que correspondan al Ministerio Público.

Capítulo V Medidas Precautorias

Artículo 610.- En cualquier etapa del procedimiento el juez podrá decretar a petición de parte, medidas precautorias que podrán consistir en:

I. La orden de cesación de los actos o actividades que estén causando o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;

II. La orden de realizar actos o acciones que su omisión haya causado o necesariamente hayan de causar un daño inminente e irreparable a la colectividad;

III. El retiro del mercado o aseguramiento de instrumentos, bienes, ejemplares y productos directamente relacionados con el daño irreparable que se haya causado, estén causando o que necesariamente hayan de causarse a la colectividad, y

IV. Cualquier otra medida que el juez considere pertinente dirigida a proteger los derechos e intereses de una colectividad.

Artículo 611.- Las medidas precautorias previstas en el artículo anterior podrán decretarse siempre que con las mismas no se causen más daños que los que se causarían con los actos, hechos u omisiones objeto de la medida. El juez deberá valorar además que con el otorgamiento de la medida, no se cause una afectación ruinosa al demandado.

Para el otorgamiento de dichas medidas se requerirá:

I. Que el solicitante de la medida manifieste claramente cuáles son los actos, hechos o abstenciones que estén causando un daño o vulneración a los derechos o intereses colectivos o lo puedan llegar a causar.

II. Que exista urgencia en el otorgamiento de la medida en virtud del riesgo de que se cause o continúe causando un daño de difícil o imposible reparación.

Para decretar estas medidas, el juez dará vista por tres días a la parte demandada para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto de la solicitud de medidas cautelares y solicitará opinión a los órganos y organismos competentes a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este Código o de cualquier otra autoridad en los términos de la legislación aplicable.

Si con el otorgamiento de la medida se pudiera ocasionar daño al demandado, éste podrá otorgar garantía suficiente para reparar los daños que pudieran causarse a la colectividad, salvo aquellos casos en los que se trate de una amenaza inminente e irreparable al interés social, a la vida o a la salud de los miembros de la colectividad o por razones de seguridad nacional.

Capítulo VI Medios de Apremio

Artículo 612.- Los tribunales para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear, a discreción, los siguientes medios de apremio:

I. Multa hasta por la cantidad equivalente a treinta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, cantidad que podrá aplicarse por cada día que transcurra sin cumplimentarse lo ordenado por el juez.

II. El auxilio de la fuerza pública y la fractura de cerraduras si fuere necesario.

III. El cateo por orden escrita.

IV. El arresto hasta por treinta y seis horas.

Si fuere insuficiente el apremio, se procederá contra el rebelde por el delito de desobediencia.

Capítulo VII Relación entre Acciones Colectivas y Acciones Individuales

Artículo 613.- No procederá la acumulación entre procedimientos individuales y procedimientos colectivos.

En caso de coexistencia de un proceso individual y de un proceso colectivo proveniente de la misma causa, el mismo demandado en ambos procesos informará de tal situación a los jueces.

El juez del proceso individual notificará a la parte actora de la existencia de la acción colectiva para que en su caso, decida continuar por la vía individual o ejerza su derecho de adhesión a la misma dentro del plazo de noventa días contados a partir de la notificación.

Para que proceda la adhesión de la parte actora a la acción colectiva, deberá desistirse del proceso individual para que éste se sobresea.

Tratándose de derechos o intereses individuales de incidencia colectiva, en caso de la improcedencia de la pretensión en el procedimiento colectivo, los interesados tendrán a salvo sus derechos para ejercerlos por la vía individual.

Capítulo VIII Cosa Juzgada

Artículo 614.- La sentencia no recurrida tendrá efectos de cosa juzgada.

Artículo 615.- Si alguna persona inició un procedimiento individual al cual recayó una sentencia que causó ejecutoria no podrá ser incluida dentro de una colectividad para efectos de un proceso colectivo, si el objeto, las causas y las pretensiones son las mismas.

Capítulo IX Gastos y Costas

Artículo 616.- La sentencia de condena incluirá lo relativo a los gastos y costas que correspondan.

Artículo 617.- Cada parte asumirá sus gastos y costas derivados de la acción colectiva, así como los respectivos honorarios de sus representantes.

Los honorarios del representante legal y del representante común, que convengan con sus representados, quedarán sujetos al siguiente arancel máximo:

I. Serán de hasta el 20%, si el monto líquido de la suerte principal no excede de 200 mil veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal;

II. Si el monto líquido de la suerte principal excede 200 mil pero es menor a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 20% sobre los primeros 200 mil y de hasta el 10% sobre el excedente, y

III. Si el monto líquido de la suerte principal excede a 2 millones de veces el salario mínimo diario en el Distrito Federal, serán de hasta el 11% sobre los primeros 2 millones, y hasta el 3% sobre el excedente.

Si las partes llegaren a un acuerdo para poner fin al juicio antes de la sentencia, los gastos y costas deberán estar contemplados como parte de las

negociaciones del convenio de transacción judicial. En cualquier caso, los honorarios del representante legal y del representante común que pacten con sus representados deberán ajustarse al arancel máximo previsto en este artículo.

Artículo 618.- Los gastos y costas se liquidarán en ejecución de sentencia de conformidad con las siguientes reglas:

I. Los gastos y costas así como los honorarios de los representantes de la parte actora referidos en el artículo anterior, serán cubiertos en la forma que lo determine el juez, buscando asegurar el pago correspondiente. Dicho pago se hará con cargo al Fondo a que se refiere el Capítulo XI de este Título, cuando exista un interés social que lo justifique y hasta donde la disponibilidad de los recursos lo permita.

II. En el caso de las sentencias que establezcan una cantidad cuantificable, la parte actora pagará entre el tres y el veinte por ciento del monto total condenado por concepto de honorarios a sus representantes según lo previsto en el artículo anterior.

El juez tomará en consideración el trabajo realizado y la complejidad del mismo, el número de miembros, el beneficio para la colectividad respectiva y demás circunstancias que estime pertinente.

III. Si la condena no fuere cuantificable, el juez determinará el monto de los honorarios, tomando en consideración los criterios establecidos en el segundo párrafo de la fracción anterior.

Capítulo X De las Asociaciones

Artículo 619.- Por ser la representación común de interés público, las asociaciones civiles a que se refiere la fracción II del artículo 585, deberán registrarse ante el Consejo de la Judicatura Federal.

Artículo 620.- Para obtener el registro correspondiente, dichas asociaciones deberán:

I. Presentar los estatutos sociales que cumplan con los requisitos establecidos en este Título, y

II. Tener al menos un año de haberse constituido y acreditar que han realizado actividades inherentes al cumplimiento de su objeto social.

Artículo 621.- El registro será público, su información estará disponible en la página electrónica del Consejo de la Judicatura Federal, y cuando menos deberá contener los nombres de los socios, asociados, representantes y aquellos que ejerzan cargos directivos, su objeto social, así como el informe a que se refiere la fracción II del artículo 623 de este Código.

Artículo 622.- Las asociaciones deberán:

I. Evitar que sus asociados, socios, representantes o aquellos que ejerzan cargos directivos, incurran en situaciones de conflicto de interés respecto de las actividades que realizan en términos de este Título;

II. Dedicarse a actividades compatibles con su objeto social, y

III. Conducirse con diligencia, probidad y en estricto apego a las disposiciones legales aplicables.

Artículo 623.- Para mantener el registro las asociaciones deberán:

I. Cumplir con lo dispuesto en el artículo anterior;

II. Entregar al Consejo de la Judicatura Federal, un informe anual sobre su operación y actividades respecto del año inmediato anterior, a más tardar el último día hábil del mes de abril de cada año, y

III. Mantener actualizada en forma permanente la información que deba entregar al Consejo de la Judicatura Federal en los términos de lo dispuesto por el artículo 621 de este Código.

Capítulo XI Del Fondo

Artículo 624.- Para los efectos señalados en este Título, el Consejo de la Judicatura Federal administrará los recursos provenientes de las sentencias que deriven de las acciones colectivas difusas y para tal efecto deberá crear un Fondo.

Artículo 625.- Los recursos que deriven de las sentencias recaídas en las acciones referidas en el párrafo anterior, deberán ser utilizados exclusivamente para el pago de los gastos derivados de los procedimientos colectivos, así como para el pago de los honorarios de los representantes de la parte actora a que se refiere el artículo 617 de este Código, cuando exista un interés social que lo justifique y el juez así lo determine, incluyendo pero sin limitar, las notificaciones a los miembros de la colectividad, la preparación de las pruebas pertinentes y la notificación de la sentencia respectiva. Los recursos podrán ser además utilizados para el fomento de la investigación y difusión relacionada con las acciones y derechos colectivos.

Artículo 626.- El Consejo de la Judicatura Federal divulgará anualmente el origen, uso y destino de los recursos del Fondo.

V. CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS

PARA IBEROAMÉRICA⁴²⁵

Capítulo I Disposiciones generales

Art. 1º. Ámbito de aplicación de la acción colectiva.- La acción colectiva será ejercida para hacer valer pretensiones de tutela de:

I. Intereses o derechos difusos, así entendidos los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría (sic) o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;

II. Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría (sic) o clase.

Art. 2º. Requisitos de la demanda colectiva.- Son requisitos de la demanda colectiva:

I. La adecuada representatividad del legitimado;

II. La relevancia social de la tutela colectiva, caracterizada por la naturaleza del bien jurídico afectado, por las características de la lesión o por el elevado número de personas perjudicadas.

Par. 1º. Para la tutela de los intereses o derechos individuales homogéneos, además de los requisitos indicados en los n. I y II de este artículo, es también necesaria la demostración del predominio de las cuestiones comunes sobre las individuales y de la utilidad de la tutela colectiva en el caso concreto.

Par. 2º. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

a) La credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;

b) Sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;

c) Su conducta en otros procesos colectivos;

⁴²⁵ Aprobado en Caracas el 28 de octubre de 2004, en las XIX jornadas iberoamericanas de derecho procesal, consultable en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008, pp. 429-439.

d) La coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;

e) El tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de ésta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase.

Par. 3°. El Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, y aplicará, si fuere el caso, lo dispuesto en el parágrafo 4° del art. 3°.

Art. 3°. Legitimación activa.- Están legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

I. Toda persona física, para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría (sic) o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho;

II. Cualquier miembro del grupo, categoría o clase para la defensa de intereses o derechos difusos de que sea titular un grupo, categoría (sic) o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base y para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos;

III. El Ministerio Público, el Defensor del Pueblo y la Defensoría (sic) Pública;

IV. Las personas jurídicas de derecho público interno;

V. Las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aun aquellos sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este Código;

VI. Las entidades sindicales, para la defensa de los intereses y derechos de la categoría;

VII. Las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este Código, sin que sea necesaria la autorización de la asamblea;

VIII. Los partidos políticos, para la defensa de derechos e intereses ligados a sus finalidades institucionales.

Par. 1°. El requisito de la pre-constitución puede ser dispensado por el juez, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

Par. 2°. Será admitido el litisconsorcio facultativo entre los legitimados.

Par. 3°. En caso de interés social relevante, el Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

Par. 4°. En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o de abandono de la acción por la persona física, entidad sindical o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

Par. 5°. El Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán requerir de los interesados el compromiso administrativo de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial.

Capítulo II De los proveimientos jurisdiccionales

Art. 4°. Efectividad de la tutela jurisdiccional.- Para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este Código son admisibles todas las acciones aptas para propiciar su adecuada y efectiva tutela.

Art. 5°. Tutela jurisdiccional anticipada.- El juez podrá, a requerimiento de la parte interesada, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, siempre que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y:

I. Exista fundado temor de la ineficacia del proveimiento final o

II. Esté comprobado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado.

Par. 1°. No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de un bien jurídico relevante.

Par. 2°. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.

Par. 3°. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada.

Par. 4°. Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y proseguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda.

Art. 6°. Obligaciones de hacer y de no hacer.- En el proceso que tenga por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará las medidas que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento.

Par. 1°. El juez podrá, en la hipótesis de anticipación de la tutela o en la sentencia, imponer una multa diaria al demandado, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento de la resolución.

Par. 2°. El Juez podrá, de oficio, modificar el valor o la periodicidad de la multa, en el caso de que verifique que se tornó insuficiente o excesiva.

Par. 3°. Para la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar las medidas necesarias, tales como la búsqueda y la aprehensión, la remoción de cosas y personas, la demolición de obra, la prohibición de actividades nocivas y podrá requerir el auxilio de la fuerza policial.

Par. 4°. La conversión de la obligación en daños y perjuicios solamente será admisible si por ella optare el actor o si fuere imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente.

Par. 5°. La indemnización por daños y perjuicios procederá independientemente de la multa.

Art. 7°. Obligaciones de dar.- En el proceso que tenga por objeto la obligación de entregar cosa, determinada o indeterminada, se aplican, en lo pertinente, las disposiciones del artículo anterior.

Art. 8°. Acción indemnizatoria.- En la sentencia que condene a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, el juez dispondrá que la indemnización sea vertida al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos, administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad, sus recursos serán destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que benefician el bien jurídico perjudicado.

Par. 1°. El Fondo será notificado sobre la deducción de toda acción colectiva y sobre las decisiones más importantes en tales procesos y podrá intervenir en los procesos colectivos en cualquier tiempo y grado de la jurisdicción para demostrar la inadecuación del representante o para auxiliarlo en la tutela de los derechos del grupo, categoría o clase.

Par. 2º. El Fondo llevará registros que discriminen el origen y destino de los recursos, e indicará la variedad de bienes jurídicos a ser tutelados y su ámbito (sic) regional.

Par. 3º. En atención a la especificidad del bien jurídico dañado, a la extensión territorial afectada y a otras circunstancias consideradas relevantes, el juez podrá determinar, en decisión fundamentada, el destino de la indemnización; dictará las providencias que deban ser tomadas para la reconstitución de los bienes afectados; podrá ordenar la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras, que beneficien el bien jurídico tutelado.

Par. 4º. La decisión que especifique el destino de la indemnización indicará, de modo claro y preciso, las medidas que deberán ser tomadas por el Consejo Gestor del Fondo, así como el plazo razonable para que tales medidas sean practicadas.

Par. 5º. Terminado el plazo fijado por el juez, el Consejo Gestor del Fondo presentará un informe de las actividades realizadas, siéndole posible, según sea el caso, requerir la prórroga del plazo para complementar las medidas fijadas en la decisión judicial.

Capítulo III De los procesos colectivos en general

Art. 9º. Competencia territorial.- Es competente para la causa el juez:

I. Del lugar donde hubiere ocurrido o pudiera ocurrir el daño, cuando sea de ámbito local;

II. De la Capital, para los daños de ámbito regional o nacional, aplicándose las reglas pertinentes de organización judicial.

Art. 10. Objeto y fundamento.- En los procesos colectivos, el pedido y la causa de pedir serán interpretados extensivamente.

Par. 1º. Oídas las partes, el juez permitirá la enmienda de la demanda inicial para alterar o ampliar su objeto o la causa de pedir.

Par. 2º. El juez permitirá la alteración del objeto de proceso (sic) en cualquier tiempo y en cualquier grado de jurisdicción, siempre que sea realizada de buena fe, no represente perjuicio injustificado para la parte contraria y el contradictorio sea preservado.

Art. 11. Audiencia preliminar.- Cerrada la fase postulatoria, el juez convocará a la audiencia preliminar, a la cual comparecerán las partes o sus procuradores, habilitados para transigir.

Par. 1º. El juez oír a las partes sobre los motivos y fundamentos de la demanda y de la contestación e intentará la conciliación, sin perjuicio de sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto, como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral de tercero.

Par. 2º. La evaluación neutral de tercero, obtenida dentro del plazo fijado por el juez, será reservada, inclusive para éste, y no vinculante para las partes, pues su finalidad exclusiva es la de orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.

Par. 3º. Preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación.

Par. 4º. Obtenida la conciliación, será homologada por sentencia, que constituirá título ejecutivo judicial.

Par. 5º. Si no se obtuviere la conciliación, si ésta fuere parcial, o si, por cualquier motivo, no fuere adoptado otro medio de solución del conflicto, el juez, en forma fundada:

I. Decidirá si el proceso tiene condiciones de proseguir en la forma colectiva;

II. Podrá separar los pedidos en procesos colectivos distintos, tendientes a la tutela, respectivamente, de los intereses o derechos difusos e individuales homogéneos, siempre que la separación represente economía procesal o facilite la conducción del proceso;

III. Fijará los puntos controvertidos, decidirá las cuestiones procesales pendientes y determinará las pruebas a ser producidas, y convocará a la audiencia de instrucción y juzgamiento, si fuere el caso.

IV. Esclarecerá a las partes en cuanto a la distribución de la carga de la prueba, de acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo 1º del art. 12.

Art. 12. Pruebas.- Son admisibles en juicio todos los medios de prueba, incluida la prueba estadística o por muestreo, siempre que sean obtenidos por medios lícitos.

Par.1º. La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, pudiendo requerir pericias a entidades públicas cuyo objeto estuviere ligado a la materia en debate, condenándose al demandado perdidoso al reembolso de los emolumentos devengados. Si a pesar de lo anterior, no es posible

aportar la prueba respectiva, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos.

Par. 2º. Durante la fase de instrucción, si surgieren modificaciones de hecho o de derecho relevantes para el juzgamiento de la causa, el juez podrá rever, en decisión fundada, la distribución de la carga de la prueba, y conceder a la parte a quien le fue atribuida un plazo razonable para la producción de la prueba, respetando las garantías del contradictorio en relación a la parte contraria.

Par. 3º. El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio.

Art. 13. Anticipación de la decisión de fondo.- El juez decidirá sin más la demanda en cuanto al mérito, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba.

Parágrafo único. El juez podrá decidir sin más trámite, parte de la demanda, cuando no hubiere necesidad de producción de prueba, siempre que ello no implique prejuzgamiento directo o indirecto del litigio que quede pendiente de decisión. En este caso el proceso continuará para la instrucción y juzgamiento de los demás pedidos que se decidirán en resoluciones complementarias.

Art. 14. Legitimación para la liquidación y ejecución de condena.- Transcurridos 60 (sesenta) días desde que la sentencia condenatoria quedare firme, sin que el demandante promueva la liquidación o la ejecución, deberá hacerlo el Ministerio Público, cuando se trate de interés social relevante, quedando facultados, asimismo, para dicha iniciativa, en todos los casos, los demás legitimados.

Art. 15. Costas y honorarios.- En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia condenará al demandado, si fuere vencido, en las costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, así como en los honorarios de los abogados de la parte actora.

Par. 1º. Para el cálculo de los honorarios, el juez tendrá en consideración la ventaja para el grupo, categoría o clase, la cantidad y calidad del trabajo desempeñado por el abogado de la parte actora y la complejidad de la causa.

Par. 2º. Si el legitimado fuere persona física, sindicato o asociación, el juez podrá fijar una gratificación financiera cuando su actuación hubiera sido relevante en la conducción y éxito del proceso colectivo.

Par. 3º. Los actores en los procesos colectivos no adelantarán costas, emolumentos, honorarios periciales y cualquier otro gasto, ni serán condenados, salvo comprobada mala fe, en honorarios de abogados, costas y gastos procesales.

Par. 4º. El litigante de mala fe y los responsables de los respectivos actos serán solidariamente condenados al pago de los gastos del proceso, de los honorarios

de los abogados de la parte contraria y al décuplo de las costas, sin perjuicio de la responsabilidad por daños y perjuicios.

Art. 16. Procesos de trámite prioritario.- El juez deberá dar prioridad al trámite de los procesos colectivos, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión del daño o por la relevancia del bien jurídico que deba ser protegido.

Art. 17. Interrupción de la prescripción.- La citación válida en los procesos colectivos interrumpe el plazo de prescripción de las pretensiones individuales y transindividuales directa o indirectamente relacionadas con la controversia, y retrotrae sus efectos a la fecha de la presentación de la demanda.

Art. 18. Efectos de la apelación.- La apelación de la sentencia definitiva tendrá efecto meramente devolutivo, salvo cuando la fundamentación fuere relevante y pudiere resultar para la parte una lesión grave y de difícil (sic) reparación, caso en el cual el juez podrá atribuir al recurso efecto suspensivo.

Art. 19. Ejecución definitiva y ejecución provisional.- La ejecución es definitiva cuando la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada; es provisoria cuando están pendientes los recursos admisibles.

Par. 1º. La ejecución provisoria corre por cuenta y riesgo del ejecutante, quien responderá por los perjuicios causados al ejecutado, en caso de que la sentencia recurrida fuere modificada.

Par. 2º. La ejecución provisoria permite la práctica de actos que importen la enajenación del dominio o el levantamiento de depósito en dinero.

Par. 3º. A pedido del ejecutado, el juez podrá suspender la ejecución provisoria cuando de ella pudiere resultar una lesión grave o de difícil reparación.

Capítulo IV

De los procesos colectivos para la defensa de intereses o derechos individuales homogéneos.

Art. 20. Pretensión colectiva de responsabilidad civil.- Los legitimados podrán proponer, en nombre propio y en el interés de las víctimas o de sus sucesores, entre otras (art. 4º), la pretensión civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos siguientes.

Parágrafo único.- La determinación de los interesados podrá producirse en el momento de la liquidación o ejecución de lo juzgado, por lo que no será necesario que la petición inicial esté acompañada de la relación de miembros del grupo, clase o categoría. Según el caso, el juez podrá exigir, al demandado o al tercero, la presentación de la relación y datos de las personas que integran el grupo, categoría o clase.

Art. 21. Citación y notificaciones.- Estando en forma la petición inicial, el juez ordenará la citación del demandado y la publicación de edictos en el Órgano Oficial, con la finalidad de que los interesados puedan intervenir en el proceso como asistentes o coadyuvantes.

Par. 1º. Sin perjuicio de la publicación de edictos, el juez ordenará que sean notificados los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, acerca de la existencia de la demanda colectiva y de su trámite a fin de que cumplan con lo dispuesto en el acápite de este artículo.

Par. 2º. Cuando fuere posible la ejecución de lo juzgado, incluso en forma provisoria, o estuviere precluida la decisión anticipatoria de los efectos de la tutela pretendida, el juez ordenará la publicación de edictos en el Órgano Oficial, a costa del demandado, a quien impondrá, también, el deber de divulgar nueva información por los medios de comunicación social, observando el criterio del costo reducido. Sin perjuicio de las referidas providencias, el juez dispondrá la comunicación a los órganos y entidades de defensa de los intereses o derechos protegidos en este Código, para los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior.

Par. 3º. Los intervinientes no podrán discutir en el proceso colectivo de conocimiento sus pretensiones individuales.

Art. 22. Sentencia de condena.- En caso de procedencia del pedido, la condena podrá ser genérica y fijará la responsabilidad del demandado por los daños causados así como el deber de indemnizar.

Par. 1º. Siempre que fuere posible, el juez determinará en la propia sentencia colectiva el monto de la indemnización individual debida a cada miembro del grupo.

Par. 2º. Cuando el valor de los daños individuales sufridos por los miembros del grupo fuere uniforme, prevalentemente uniforme o pudiere ser reducido a una fórmula matemática, la sentencia colectiva indicará el valor o la fórmula de cálculo de la indemnización individual.

Par. 3º. El miembro del grupo que no esté de acuerdo con el monto de la indemnización individual o la fórmula para su cálculo establecidos en la sentencia colectiva, podrá deducir una pretensión individual de liquidación.

Art. 23. Liquidación y ejecución individuales.- La liquidación y la ejecución de la sentencia podrán ser promovidas por la víctima y sus sucesores, así como por los legitimados para la acción colectiva.

Parágrafo único.- En el proceso de liquidación de la sentencia, que podrá ser promovido ante el juez del domicilio del ejecutante, corresponderá a éste probar, tan sólo, el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización.

Art. 24. Ejecución colectiva.- La ejecución podrá ser colectiva si es promovida por los legitimados en el proceso colectivo y abarcará a las víctimas cuyas indemnizaciones ya hubieran sido fijadas en liquidación, sin perjuicio del trámite de otras ejecuciones.

Parágrafo único. La ejecución colectiva se hará en base a las decisiones de liquidación certificadas, en las cuales constará si se encuentran o no firmes.

Art. 25. Competencia para la ejecución.- Es competente para la ejecución el juez:

I. De la liquidación de la sentencia o de la pretensión condenatoria, en el caso de ejecución individual;

II. De la pretensión condenatoria, cuando sea colectiva la ejecución.

Art. 26. De los pagos.- El pago de las indemnizaciones o el levantamiento del depósito será hecho personalmente a los beneficiarios.

Art. 27. Liquidación y ejecución por los daños globalmente causados.- Transcurrido el plazo de un año sin la comparecencia de los interesados en número representativo y compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3 promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados.

Parágrafo único.- El valor de la indemnización será fijado en atención al daño globalmente causado, que será demostrado a través de todas las pruebas en derecho admitidas. Si fuere difícil o imposible la producción de pruebas, en razón de la extensión del daño o de su complejidad, la cuantía de la indemnización será fijada por peritaje arbitral.

Art. 28. Concurrencia de créditos.- En caso de concurso de créditos derivados de la condena de que trata el artículo 6° y de indemnizaciones por los perjuicios individuales resultantes del mismo evento dañoso, éstas tendrán preferencia en el pago.

Parágrafo único.- Para los efectos de lo dispuesto en este artículo, la entrega de las cantidades que deba percibir el Fondo quedará suspendida mientras estén pendientes de decisión de segundo grado las acciones de indemnización por los daños individuales, salvo en la hipótesis de que el patrimonio del deudor sea manifiestamente suficiente para responder por la totalidad de las deudas.

Capítulo V

De la conexión, de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Art. 29. Conexión.- Si hubiere conexión entre las causas colectivas, se produce prevención en favor del juez que conoció del primer proceso, quien de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la acumulación de todos los litigios, aun cuando en éstos no actúen la totalidad de los mismos sujetos procesales.

Art. 30. Litispendencia.- El primer proceso colectivo produce litispendencia respecto de los posteriores en los que se hagan valer pretensiones sobre el mismo bien jurídico, aún cuando sean diferentes los legitimados activos o las causas de pedir.

Art. 31. Relación entre la acción colectiva y las acciones individuales.- La acción colectiva no genera litispendencia respecto de las acciones individuales, pero los efectos de la cosa juzgada colectiva (art. 33) no beneficiarán a los actores en los procesos individuales, si no fuera requerida la suspensión del proceso individual en el plazo de 30 (treinta) días, a contar desde el conocimiento efectivo del proceso colectivo.

Parágrafo único.- Corresponde al demandado informar en el proceso por la acción individual sobre la existencia de una acción colectiva con el mismo fundamento bajo la pena de que, de no hacerlo, el actor individual se beneficiará de la cosa juzgada colectiva aún en el caso de que la demanda individual sea rechazada.

Art. 32. Conversión de las acciones individuales en una acción colectiva.- Si el juez tuviere conocimiento de la existencia de diversos procesos individuales tramitados contra el mismo demandado, con el mismo fundamento, notificará al Ministerio Público y en la medida de lo posible, a otros representantes adecuados, a fin de que si lo desearan propongan una acción colectiva, pero quedará a salvo para los actores individuales la facultad prevista en el artículo anterior.

Art. 33. Cosa juzgada.- En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba.

Par. 1º. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso.

Par. 2º. Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual.

Par. 3°. Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los artículos 22 a 24.

Par. 4°. Lo dispuesto en el párrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria.

Par. 5°. La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*.

Art. 34. Relaciones jurídicas continuadas.- En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia.

Capítulo VI

De las acciones contra un grupo, categoría o clase.

Art. 35. Acciones contra el grupo, categoría o clase.- Cualquier clase de pretensión puede ser propuesta contra una colectividad organizada o que tenga representante adecuado, en los términos del párrafo 2° del artículo 2° de este Código, siempre que el bien jurídico a ser tutelado sea supraindividual (artículo 1°) y esté revestido de interés social.

Art. 36. Cosa juzgada pasiva: intereses o derechos difusos.- Cuando se trate de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase.

Art. 37. Cosa juzgada pasiva: intereses o derechos individuales homogéneos.- Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual.

Parágrafo único.- Cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia *erga omnes* y vinculará individualmente a todos los miembros, aún en el caso de procedencia del pedido.

Art. 38. Aplicación supletoria a las acciones pasivas.- Es aplicable complementariamente a las acciones colectivas pasivas lo dispuesto en este Código para las acciones colectivas activas, en lo que no fuera incompatible.

Capítulo VII

Disposiciones finales

Art. 39. Principios de interpretación.- Este Código será interpretado de forma abierta y flexible, compatible con la tutela colectiva de los intereses y derechos de que trata.

Art. 40. Especialización de los magistrados.- Siempre que sea posible, los procesos colectivos serán procesados y juzgados por magistrados especializados.

Art. 41. Aplicación subsidiaria de las normas procesales generales y especiales.- Aplícanse subsidiariamente, en lo que no fueren incompatibles, las disposiciones del Código de Proceso Civil y de la legislación especial pertinente.

BIBLIOGRAFÍA

- Albino Zavaski, Teori: «Comentarios al artículo 22», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- «Comentarios al artículo 24», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- «Comentarios al artículo 27», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- «Introducción», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- Becerra Bautista, José: voz «litisconsorcio», en (VV. AA.), *Diccionario jurídico mexicano*, ed. histórica, Porrúa, México, 2009.
- Bejarano Sánchez, Manuel: *Obligaciones civiles*, 5ª. ed., 15ª. reimp., Oxford University Press, México, 2007.
- Bermúdez Muñoz, Martín: «Comentarios al artículo 27», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- «Introducción», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- Brañes, Raúl: *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2ª. ed., Fondo de Cultura Económica y Fundación Mexicana para la Educación Ambiental, México, 2000.

- Bustamante Alsina, Jorge: *Derecho ambiental. Fundamentación y normativa*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Cabrera Acevedo, Lucio: *El amparo colectivo protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, 2ª. ed. Porrúa, México, 2006.
- Cappelletti, Mauro: «Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil» (trad. de Raúl Brañes), en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 31-32 (1978).
- Chiovenda, Giuseppe: *Instituciones de derecho procesal civil* (trad. de E. Gómez Orbaneja), vol. I (Conceptos fundamentales. La doctrina de las acciones), editorial revista de derecho privado, Madrid, 1954.
- Cuervo, Rufino, José: voz «interés», en *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, t. V, nueva ed., Instituto Caro y Cuervo, Santa Fé de Bogotá, 1994.
- Da Silva Araújo Filho, Luiz Paulo: «El anteproyecto de Código de Proceso Civil Colectivo modelo para Iberoamérica y los intereses o derechos individuales homogéneos», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- De Buen Lozano, Néstor: *Derecho del trabajo*, t. II, 20ª. ed., Porrúa, México, 2007.
- De la Cruz Ochoa, Ramón: «Exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: una visión desde la legislación comparada», en Gándara Orcí, Luís y Martínez Bullé-Goyri, Víctor Manuel (coords.): *Los Derechos Humanos económicos, sociales y culturales hacia una cultura de bienestar*, CNDH, México, 2007.
- De la Cueva, Mario: *El nuevo derecho mexicano del trabajo. Historia, principios fundamentales, derecho individual y trabajos especiales*, t. I, 21ª. ed., Porrúa, México, 2005.
- De la Fuente Rodríguez, Jesús: *Tratado de derecho bancario y bursátil. Seguros, fianzas, organizaciones y actividades auxiliares de crédito, grupos financieros*, t. I, 3ª. ed., Porrúa, México, 2000.
- De Pina Vara, Rafael: voz «derechos del hombre», en *Diccionario de derecho*, 37ª. ed., Porrúa, México, 2010.
- Didier Jr., Fredie: «Comentarios al artículo 33», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.

- Fernández Martínez, Refugio de Jesús: *Derecho fiscal*, McGraw–Hill, México, 1998.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador: *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7ª. ed., Porrúa, México, 2010.
- Fraga, Gabino: *Derecho administrativo* (actualizado por Manuel Fraga), 47ª. ed., Porrúa, México, 2009.
- Galindo Garfias, Ignacio: voz «familia», en (VV. AA.), *Diccionario jurídico mexicano*, ed. histórica, Porrúa, México, 2009.
- García Castillo, Tonatiuh: voz «sistema financiero», en (VV. AA.), *Diccionario jurídico mexicano*, ed. histórica, Porrúa, México, 2009.
- García Máynez, Eduardo: *Introducción al estudio del derecho*, 57ª. ed., reimp., Porrúa, México, 2004.
- Gidi, Antonio: «Cosa juzgada en acciones colectivas», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- «Derechos difusos, colectivos, e individuales homogéneos», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- «El concepto de acción colectiva», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- «Las acciones colectivas en Estados Unidos», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos en una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003.
- *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil* (trad. de Lucio Cabrera Acevedo), UNAM, México, 2004.
- «Legitimación para demandar en las acciones colectivas», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos*,

- colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- Gómez Lara, Cipriano: *Teoría general del proceso*, 10ª ed., 14ª. reimp., Oxford University Press, México, 2012.
- Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo: *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Pamplona, 1999.
- «Comentarios al artículo 1º», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- «Comentarios al artículo 2º», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- Gutiérrez Nájera, Raquel: *Introducción al estudio del derecho ambiental*, 6ª. ed., Porrúa, México, 2007.
- Hernández Cruz, Armando: *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, UNAM, México, 2010.
- Hernández Martínez, María del Pilar: *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, UNAM, México, 1997.
- Kelsen, Hans: *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Máynez), 2ª. ed., UNAM, México, 1979.
- Liebman, Enrico Tullio: *Manual de derecho procesal civil* (traducción de Santiago Sentis Melendo), ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1980.
- López Sánchez, Javier: *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Comares, Granada, 2011.
- Mafrá Leal, Márcio Flávio: «Notas sobre la definición de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos en el código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- Minutti Zanatta, Rubén: «Algunas reflexiones sobre las acciones colectivas en México», en Revuelta Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (coords.): *Acciones colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, Porrúa, México, 2012.

- Moyano Bonilla, César: «Derecho a un ambiente sano», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 82 (1995).
- Nery Junior, Nelson: «Acciones colectivas en el derecho procesal civil brasileño. Estudios de casos de las acciones colectivas brasileñas para mejor comprensión del anteproyecto del código procesal civil colectivo modelo para Iberoamérica», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- Ovalle Favela, José: «Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107 (2003).
- *Derechos de los consumidores*, Oxford University Press, México, 2008.
- *Derecho procesal civil*, 9ª. ed., 8ª. reimp., Oxford University Press, México, 2008.
- *Garantías constitucionales del proceso*, 3ª. ed., Oxford University Press, México, 2007.
- *Teoría general del proceso*, 6ª. ed., 2ª. reimp., Oxford University Press, México, 2005.
- Pellegrini Grinover, Ada: «Eficacia y autoridad de la sentencia: el código modelo y la teoría de Liebman», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- Pérez Fernández del Castillo, Bernardo: *Representación, poder y mandato. Prestación de servicios profesionales y su ética*, 12ª. ed., Porrúa, México, 2003.
- Quintana Adriano, Elvia Arcelia: «Los servicios financieros en México y la Organización Mundial de Comercio», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 111 (2004).
- R. Bossini, Francisco y Gleeson, Mary: voz «discovery», en *Diccionario bilingüe de terminología jurídica, inglés-español/español-inglés*, 2ª. ed., McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- voz «test case», en *Diccionario bilingüe de terminología jurídica, inglés-español/español-inglés*, 2ª. ed., McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- Real Academia Española: voz «conjunto», en *Diccionario de la lengua española*, t. I, 21ª. ed., Madrid, 1992.

- Revuelta Vaquero, Benjamín y Pérez Alonso, Eduardo: «LETICARE. Derechos colectivos en México: cuatro desafíos de la ley secundaria», en Revuelta Vaquero, Benjamín y López Ramos, Neófito (coords.): *Acciones colectivas. Un paso hacia la justicia ambiental*, Porrúa, México, 2012.
- Rojina Villegas, Rafael: *Compendio de derecho civil I. Introducción, personas y familia* (actualizado por Adriana Rojina García), 34ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- *Compendio de Derecho Civil II. Bienes, derechos reales y sucesiones* (actualizado por Adriana Rojina García), 38ª. ed., Porrúa, México, 2006.
- Roldán Xopa, José: *Derecho administrativo*, Oxford University Press, México, 2008.
- «Acciones sin clase», en *El Universal*, 29 de abril de 2011.
- Serra Robles, Arturo: «El juicio de amparo en general y las particularidades del amparo administrativo», en (VV. AA.), *Manual del juicio de amparo*, 2ª. ed., 30ª. reimp., Themis, México, 2009.
- Tena Ramírez, Felipe: *Derecho constitucional mexicano*, 36ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- Trueba Urbina, Alberto: *La primera constitución político-social del mundo. Teoría y proyección*, Porrúa, México, 1971.
- Venturi, Elton: «Comentarios al artículo 1º», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- «Comentarios al artículo 2º», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *Código modelo de procesos colectivos. Un diálogo iberoamericano. Comentarios artículo por artículo*, Porrúa, México, 2008.
- Von Ihering, Rudolf: *El espíritu del derecho romano* (trad. de Enrique Príncipe y Satorres), v. 4, Oxford University Press, México, 2001.
- Watanabe, Kazuo: «Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo: *Hacia una nueva ley de amparo*, UNAM, México, 2002.

Zaneti Junior, Hermes: «Derechos colectivos lato sensu: la definición conceptual de los derechos difusos, de los derechos colectivos stricto sensu y de los derechos individuales homogéneos», en Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.): *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*, 2ª. ed., Porrúa, México, 2004.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein: *Introducción al derecho comparado* (trad. de Aparicio Vázquez Arturo), 3ª. ed., Oxford University Press, México, 2002.

TESIS DE JURISPRUDENCIA Y AISLADAS

«AGUA POTABLE. CUANDO EL ESTADO PRESTA EL SERVICIO MEDIANTE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE ADHESIÓN, LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PARTES NO CORRESPONDE A LA DE SUPRA A SUBORDINACIÓN QUE EXISTE ENTRE UNA AUTORIDAD Y UN GOBERNADO, SINO A UNA RELACIÓN DE COORDINACIÓN VOLUNTARIA ENTRE EL PRESTADOR DEL SERVICIO Y EL PARTICULAR». Tesis de jurisprudencia P./J. 92/2001, dictada por el Pleno de la SCJN, publicada en la novena época del SJFG, t. XIV, julio de 2001, p. 693 [Número de IUS 189353].

«CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD». Tesis aislada dictada por el Pleno de la SCJN, consultable en la décima época del SJFG, Libro III, t. 1, diciembre de 2011, p. 535 [número de IUS 160589].

«INTERES JURIDICO. INTERES SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN». Tesis aislada pronunciada por el Pleno de la SCJN, consultable en la séptima época del SJF, vol. 37, primera parte, materia común, p. 25 [Número de IUS 233516].

«LEGITIMACIÓN PARA INTERVENIR EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ESTADO DE GUANAJUATO. CORRESPONDE SÓLO A QUIEN TENGA UN INTERÉS JURÍDICO». Tesis aislada XVI.2o.A.T.4 A, pronunciada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del decimosexto circuito, visible en la novena época del SJFG, t. XXX, septiembre de 2009, p. 3149 [Número de IUS 166362].

«LEY FEDERAL DE PROTECCION AL CONSUMIDOR. SOLO ES APLICABLE A LAS RELACIONES ENTRE PROVEEDORES Y CONSUMIDORES». Tesis de jurisprudencia I.4o.C. J/8, pronunciada por los Tribunales Colegiados de Circuito, consultable en la novena época del SJFG, t. IV, agosto de 1996, p. 475 [número de IUS 201604].

«RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y DIRECTA DEL ESTADO. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1927 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN ARMONÍA CON EL ARTÍCULO 113, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL». Tesis aislada I.7o.C.119 C, dictada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del primer circuito, publicada en la novena época del SJFG, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1079 [número de IUS 168274].

«RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. DIFERENCIA ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA». Tesis de jurisprudencia P./J. 43/2008, dictada por el Pleno de la SCJN, consultable en la novena época del SJFG, t. XXVII, junio de 2008, p. 719 [número de IUS 169428].

«SERVICIO PUBLICO, NOCION DE». Tesis aislada dictada por la Cuarta Sala de la SCJN, consultable en la Sexta Época del SJF, vol. LXIX, quinta parte, p. 34 [número de IUS 274319].

PÁGINAS DE INTERNET

www.constitution.org/cons/brazil.htm [Consultada el 26 de septiembre de 2011].

www.cnbv.gob.mx/BancaDesarrolloYEntidadesFomento/Paginas/DescripciondelSector.aspx [consultada el 23 de abril de 2012].

www.eluniversal.com.mx/nacion/185082.html [consultado el 4 de mayo de 2012].

www.inegi.org.mx/Sistemas/temasV2/contenido/DemyPob/epobla01.asp?s=est&c=17496 [consultada el 26 de septiembre de 2011].

www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1998/ley_0472_1998.html [consultada el 26 de septiembre de 2011].

www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/2010%20Rules/Civil%20Procedure.pdf [consultada el 16 de diciembre de 2011].

www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=26490 [consultada el 23 de septiembre de 2012].

www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/publico/09000140.001.doc [consultada el 2 de octubre de 2011].

www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/ [consultada el 16 de abril de 2012].

wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/ConstitucionPoliticaColombia_20100810.pdf [consultada el 26 de septiembre de 2011].

<http://gaceta.diputados.gob.mx/> [consultada el 17 de enero de 2012]).