

# LA CONVENIENCIA DE INCORPORAR NUEVAS FORMAS DE TUTELA JUDICIAL EN ORDEN A CONSEGUIR UN PROCESO CIVIL MÁS EFICAZ

DAVID VALLESPÍN PÉREZ  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de Barcelona

## Abstract

El presente estudio se centra en analizar la conveniencia de incorporar a nuestro enjuiciamiento civil nuevas formas de tutela que permitan dar una respuesta más eficaz a los nuevos retos que se le plantean al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la actual sociedad globalizada. Esta opción, posible en atención a la propia dicción literal del art. 5 LEC, debe conducir al análisis, entre otras cuestiones, de la “tutela mandamental”, la “tutela anticipada”, “la atenuación de la instrumentalidad de las medidas cautelares”, la “tutela urgente”, y una adecuada y completa regulación de los “procesos colectivos”.

## I.- Introducción

En atención a una correcta interpretación del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el párrafo primero del artículo 24 de la Constitución Española de 1978, el proceso civil (así como también el resto de manifestaciones procesales), presidido por la demanda de justicia social, ante el desafío de la globalización, debe dar una respuesta eficaz ante las muchas dificultades prácticas que siguen existiendo para que este derecho fundamental sea una realidad en Europa y América. Y de ahí, precisamente, el gran acierto del Director principal de este Congreso, Dr. Pérez-Cruz Martín, a la hora de escoger su título: "Los retos del Poder Judicial ante la Sociedad Globalizada".

Sin detenernos en el examen de las cuestiones actuales que plantea *el derecho de acceso a la justicia* (resulta muy gráfico ilustrar la referencia a las dificultades -grupos sociales marginales, personas analfabetas, grupos étnicos marginados, fenómenos migratorios- a las que se enfrenta este derecho, tan pomposamente proclamado, con la metáfora que en su día utilizó un notable procesalista con ocasión del VIII Congreso Mundial y en la que comparó el *acceso a la justicia* con el *acceso al Hotel Ritz*, pues también el Hotel Ritz está abierto a *todos*, pero *todos* son sólo quienes puedan llegar a pagar el elevado coste de instalarse en él); la configuración del llamado *juez constitucional* (vg. buena parte de las sentencias de

condena pronunciadas por las Cortes Internacionales de Derechos Humanos, así como por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se han fundado, precisamente, en vulneraciones del *debido juez* -asunto Sogecable-); la toma en consideración de un *juez director activo del proceso*, con importantes iniciativas probatorias (vg. la conveniencia de recuperar la regulación de nuestras tradicionales *diligencias para mejor proveer* en orden a sustituir a las actuales *diligencias finales*; los nuevos desafíos de *la motivación* (dudas interpretativas acerca de la motivación *per relationem*), *la congruencia* (el “fallo corto o incompleto” en expresión del TS o la incongruencia “por error u omisión” en palabras del TC constituyen una clara “denegación de justicia”) y *el derecho a los recursos* (el doble grado jurisdiccional, pese a la jurisprudencia constitucional, debería entenderse también como una garantía constitucional en el proceso civil, a pesar de los vientos que soplan con motivo de la Ley de Agilización Procesal de nuestro enjuiciamiento civil, que incorpora la exclusión del recurso de apelación en los juicios verbales por razón de la cuantía); las ventajas de la técnica de la cognición “sumaria o diferenciada” (esta técnica supone, sin duda, una tutela eficaz, pues, de una parte, el hecho de que después de lo resuelto en el proceso de cognición sumaria pueda acudir al juicio plenario es una magnífica garantía que evita todo atisbo de indefensión o atropello; y, de otra, lo que se resuelve en un proceso de cognición sumaria, en un porcentaje elevadísimo, viene consentido por los interesados y acaba por convertirse en definitivo); o la necesidad de conseguir que el proceso se desarrolle en un “plazo razonable” (una justicia excesivamente tardía no sólo es una *mala justicia*, sino que, además, un proceso con dilaciones indebidas no se corresponde con las exigencias de nuestro modelo constitucional de juicio justo); voy a centrar mi comunicación en la conveniencia de incorporar, a nuestro enjuiciamiento civil, nuevas formas de tutela judicial que permitan dar una respuesta más eficaz a los retos que se le presentan.

Esta opción resulta posible porque si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 reconoce en su art. 5 las cuatro clásicas clases de tutela jurisdiccional que cabe reclamar: la de condena, la mero declarativa, la constitutiva y la de ejecución, a las que se añade ahora la cautelar; es lo cierto que este mismo precepto también deja abierta la vía para el reconocimiento de nuevas formas de tutela judicial: “cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley”.

En concreto, voy a referirme a la conveniencia de incorporar la “tutela mandamental”, la “tutela anticipada”, la “atenuación de la instrumentalidad de las medidas cautelares”, y la “tutela urgente”, así como a la necesidad de contar con una adecuada y actual regulación de los “procesos colectivos”.

## II.- La “tutela mandamental” (acciones y sentencias de “mandamiento”)

En contra de lo que pudiere creerse las “acciones y sentencias de mandamiento” no son del todo desconocidas en la clásica doctrina española (véanse, por todos, ALCALÁ-ZAMORA y PRIETO-CASTRO, con cita de KUTNER y GOLDSCHMIDT). Hasta fechas recientes (ejemplos paradigmáticos pueden observarse en las reflexiones de PROTO PISANI y VÁZQUEZ SOTELO), sin embargo, nadie ha vuelto a mostrar interés por esta categoría de la “tutela mandamental”.

No obstante, situando la función y cometido de la Jurisdicción y del Proceso en la solución de los conflictos planteados, resulta innegable su utilidad para conseguir un proceso civil presidido por la nota de “eficacia”. Ello es así, porque a través de una “sentencia mandamental” el juez que conoce de un asunto dirige una orden o mandamiento a una autoridad o funcionario de una oficina pública o registro, para que éste adopte alguna medida concreta para la seguridad o mayor eficacia de la resolución.

Ilustraré mi argumento, con un ejemplo tomado de la experiencia: *Hace un año un ciudadano de una pequeña localidad costera situada en la Costa Brava tenía la sana costumbre de dirigirse cada día a su trabajo caminando. Una jornada lluviosa de primavera, al cruzar la calle por un paso de cebra recién pintado con un producto muy deslizante en contacto con el agua, cayó lesionado y su tobillo resultó maltrecho. El peatón interpuso la correspondiente reclamación administrativa, que no fue atendida. Acudió, entonces, al juez, que sí acogió su demanda y condenó al Ayuntamiento en cuestión a pagarle una pequeña indemnización por haber pintado el paso de cebra con un producto inadecuado y peligroso.*

De este modo concluyó el proceso y cabe suponer que la sentencia se cumplió o ejecutó, pero el conflicto no se resolvió, pues el Ayuntamiento no repintó el paso de cebra con la pintura adecuada (no resbaladiza en contacto con el agua) y tiempo después cualquier otro peatón pudo volver a caer en idéntico lugar y circunstancias.

En consecuencia, en estos casos, la “sentencia mandamental”, próxima a la constitutiva y a la de condena, puede resultar un magnífico complemento para alcanzar una mayor eficacia de éstas, ya que no es lo mismo aplicar la ley que resolver el conflicto. En el ejemplo tomado de la realidad cotidiana, para que el juez al otorgar la tutela solicitada por el particular –generalmente una indemnización– pueda resolver la controversia, habría que autorizarle también para que pudiese dirigir una orden o mandamiento a una autoridad o funcionario, para que éste fuese el encargado de adoptar alguna medida concreta –*repintar el paso de cebra con pintura antideslizante y no resbaladiza en contacto con el agua*– que reforzase la mayor eficacia de la resolución.

### III.- La “tutela anticipada”

Para alcanzar una tutela procesal más eficaz también resulta conveniente autorizar técnicas de “tutela anticipada”. A diferencia de la realidad española que desconoce por completo estos instrumentos, ya en los últimos años del siglo pasado algunas legislaciones (vg. el art. 273 del Código brasileño y el art. 2697 del Código Civil italiano), especialmente preocupadas por el retraso en la respuesta judicial de los conflictos que deriva tanto del aumento de la litigiosidad como de las oposiciones de mala fe, optaron por incorporar estas técnicas de tutela a aquellos casos en los que el derecho del actor presenta una fuerte probabilidad de existencia, es decir, una “verosimilitud cualificada”.

Si una petición de tutela (o parte de ella) resulta evidenciada en el curso de un procedimiento que aún debe seguir para dilucidar –mediante la práctica de pruebas– acerca de otra petición (o parte de ella), no parece nada razonable obligar al actor a esperar el tiempo necesario para la finalización del procedimiento, para solamente entonces obtener la tutela del derecho que se volvió incontrovertido y, que en esos términos, era un “derecho evidente”.

Así, por ejemplo, cuando el actor acumula dos peticiones, postulando en la primera que el demandado se inhiba de usar una marca comercial, y en la segunda, que éste sea condenado a pagar por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de su uso; si el demandante posee pruebas documentales del registro de la marca a su nombre (la que está utilizando el demandado en su publicidad), pero, sin embargo, es precisa prueba pericial para demostrar su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos, podría resultar posible concluir que ya en la audiencia previa, por no existir necesidad de otras pruebas en relación a la petición que persigue la inhibición de utilización de la marca por el demandado, ésta ya estará lista para ser juzgada, dando oportunidad a una decisión fundada. Y ello, sin perjuicio, como es lógico, de que la petición relativa a la indemnización de daños y perjuicios aún exigirá más tiempo de “justicia”, obligando a la producción de prueba pericial.

En aras de un proceso civil más eficaz no parece justo obligar al actor a esperar la práctica de la prueba pericial para poder obtener la tutela que implica la inhabilitación para el demandado del uso de su marca comercial. La “tutela anticipada” permite, en estos casos, la realización anticipada del derecho, evitando que el tiempo del proceso que sirve al demandado, tenga que ser soportado por el demandante.

Esta nueva modalidad de tutela requiere no sólo la evidencia de los hechos constitutivos del derecho del actor, sino también, al mismo tiempo, que la excepción sustancial se muestre infundada. Ello es así, porque esta “tutela anticipada” (también llamada por algunos de “condena con reserva de las excepciones”, puesto que el juez, conocidos los hechos constitutivos concede una tutela relativa al fondo, remitiendo a una etapa procesal sucesiva la cogni-

ción de las excepciones del demandado) otorga la oportunidad de distribuir el tiempo en la medida en que el demandado abusa de su derecho de defensa, presentando una excepción sustancial infundada con el único objetivo de dilatar el momento de realización del derecho.

#### **IV.- La “atenuación de la instrumentalidad de las medidas cautelares” y la “tutela urgente”**

Como es sabido, para lograr la efectividad de la tutela judicial es necesario contar con un afinado y eficiente sistema de tutela cautelar, máxime en una sociedad como la de nuestros días caracterizada no sólo por la masificación, sino también por el dinamismo de las relaciones jurídicas y económicas del tráfico jurídico y mercantil. Tan es así, que la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, después de reunir por primera vez en la historial multiseccular de nuestra legislación toda la materia cautelar en un único pasaje, en lugar de reconocer sólo medidas cautelares típicas, opta por un sistema de *numerus apertus*, admitiendo posibles medidas cautelares no tipificadas, alegando que están apareciendo nuevas medidas de cautela ante las exigencias de tutela que van surgiendo a diario.

Sin embargo, la LEC se aferra a los presupuestos tradicionales de toda medida cautelar (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*), y a la exigencia de la “instrumentalidad” de la medida respecto del proceso principal, al cual, en todo caso, ha de estar preordenada y sin el que la medida no puede acordarse o no puede subsistir.

La instrumentalidad exige que lo que se acuerde sea sólo provisional, nunca definitivo, porque el conocimiento judicial ha sido superficial y lo resuelto cautelarmente vale hasta que no se resuelva en definitiva. La instrumentalidad impone, inevitablemente, que el proceso cautelar vaya seguido o acompañado de otro proceso principal del cual el cautelar sólo es instrumento para su eficacia. Y todo ello con la drástica consecuencia de que, si ese proceso principal no se instaura en el plazo perentorio legalmente establecido, la medida cautelar, en caso de haber sido acordada, no puede mantenerse y decae por ministerio de la ley (arts. 730.2 y 731.1 LEC).

Un ejemplo ilustrativo de las consecuencias drásticas de la instrumentalidad pudo constatarse en la década de los ochenta en Barcelona cuando se siguió un proceso mercantil de gran valor entre dos grandes multinacionales, una americana Procter & Gamble y otra alemana (Benkiser). El juicio se refería a la venta de las acciones de los entonces muy famosos y populares en España "Jabones Camp", una empresa familiar. Benkiser trataba de impugnar la venta a la otra sociedad sosteniendo que habían sido burlados sus derechos a comprar (parecía que existía un precontrato o compromiso previo de venta con ella). Se interpusieron varios procedimientos y en el más importante, antes de presentar

la demanda (muy complicada y que precisaba la aportación de mucha documentación), Benkiser solicitó y obtuvo una importante medida cautelar al amparo del art. 1429 de la LEC entonces vigente. La medida consistía en un "depósito de las acciones" enajenadas, que quedaban secuestradas judicialmente hasta ver lo que se resolvería en el juicio declarativo principal o de fondo. El abogado que atendía el asunto era de Madrid y se supone que al recibir la notificación del auto del Juzgado acordando el depósito inmediato de las acciones, debió sentir tal alegría que cabe pensar que decidió celebrarlo con una semana de descanso. Entre tanto, el letrado de la otra empresa vigilaba día a día el procedimiento y para su asombro comprobó que habían transcurrido más de diez hábiles desde la notificación del auto cautelar sin que la demandante que había obtenido la medida cautelar referida presentase la demanda principal ante el Juzgado. Al undécimo día compareció ante el Juzgado alegando que la parte actora había dejado transcurrir el plazo que le señalaba el art. 1429 de la vieja LEC si haber interpuesto la demanda principal, con lo cual la medida, fundada sólo en la apariencia de derecho, había quedado sin soporte y sin efecto, por ministerio de la ley, debiendo el órgano judicial proceder a su cancelación o alzamiento con la condena en costas y el resarcimiento de los daños y perjuicios. A partir de este fracaso, la empresa demandante encomendó la dirección de sus intereses a un abogado de Barcelona y el asunto al final concluyó con una transacción económica.

Tradicionalmente, a las medidas cautelares se les ha atribuido una finalidad exclusivamente asegurativa de la ejecución de la futura sentencia favorable al demandante (tal es el ejemplo del embargo preventivo o de la anotación preventiva de la demanda, ambas de utilización muy frecuente). Estas medidas se consideran conservativas porque tratan de asegurar la permanencia o conservación de los bienes del supuesto deudor para que, si se dicta la sentencia que se espera, no desaparezca la base patrimonial de este último, necesaria para que la ejecución resulte eficaz.

Modernamente, en el nuevo tráfico jurídico (derechos de los consumidores, derecho ambiental, derecho de seguros, contratos de larga duración, contratos de asistencia, consulta, factoring, multipropiedad, franquicia, leasing o renting), han surgido nuevas medidas que se caracterizan porque su contenido coincide con la tutela sustantiva que va a pretender el actor. En estos casos, la tutela cautelar y la tutela definitiva son prácticamente coincidentes, de modo que la medida cautelar lo que hace es adelantar la definitiva.

De ahí, que estas medidas sean conocidas como "cautelares anticipatorias". En diferentes artículos, la LEC reconoce estas nuevas medidas (vg. el art. 726.2 admite la posibilidad de adoptar medidas cautelares innominadas, facultando al Juez a acordar, con carácter provisional o cautelar, medidas consistentes en "órdenes o prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso"; y el art. 727 no sólo regula como medidas cautelares específicas la

“orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad”, la de “abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta”, o la “prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación”, sino que en su núm. 11 también admite como medidas cautelares aquellas otras “que para la protección de ciertos derechos prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”).

En los casos en que la medida cautelar concede una tutela equivalente a la que se solicitará en la demanda definitiva, como la protección cautelar puede suponer el pleno reestablecimiento del derecho del actor, surge la cuestión del fundamento y utilidad del proceso definitivo o principal una vez reestablecido el derecho del actor por medio de la medida cautelar.

Las legislaciones procesales obligan a instaurar en todo caso el proceso definitivo con fundamento en la instrumentalidad de toda medida cautelar que, por definición, tiene sólo un sentido provisional y es instrumento al servicio de otro proceso principal, en el cual debe decidirse, con el necesario reposo, sobre la procedencia definitiva de la providencia cautelar. Desde el punto de vista de la lógica procesal, la conclusión es irreprochable.

Sin embargo, sucede a menudo, cuando se trata de medidas anticipatorias o de cautela sustancial, que si se concedió la medida ni el actor ni el demandado tienen interés en la incoación del proceso principal.

El actor puede no tener interés porque la medida cautelar le ha reestablecido plenamente en el ejercicio de su derecho, de modo que para él, ha desaparecido el conflicto (pensemos, por ejemplo, en una junta de una sociedad que el juez ordenó convocar en contra del acuerdo de los administradores sociales y que, cuando se convoca y celebra, para el actor ya no existe situación conflictiva alguna). Pero es que, a su vez, el demandado puede carecer también de interés en el pleito principal. Si se ha opuesto a la medida con todos sus argumentos y, pese a ello, la medida ha sido concedida, puede suceder que no tenga el más mínimo interés en proseguir la lucha en el proceso principal, porque ya agotó todos sus argumentos y todas sus pruebas. De ese modo, evitará una condena en las costas del proceso principal, que pueden ser de elevado contenido económico.

La innovación de las recientes reformas legislativas consiste en que en tales casos se “atenúa o flexibiliza la exigencia de instrumentalidad”, que pasa de ser una exigencia rigurosamente impuesta por la ley procesal, establecida con la drástica consecuencia de la decadencia de la medida acordada, a constituir sólo una posibilidad de actuación sometida al interés y a la iniciativa de cualquiera de las dos partes.

En consecuencia, como bien ha señalado VÁZQUEZ MORAGA, un joven abogado de Barcelona integrado en el prestigioso despacho Pintó Ruiz & Del

Valle, no se trata, en estos supuestos, de defender la desaparición de la instrumentalidad, sino tan sólo “la atenuación del funcionamiento de las medidas cautelares” que, por su contenido material o sustancial, son medidas anticipatorias de la tutela definitiva, cuya concesión cautelar puede hacer desaparecer el conflicto entre las partes.

Y todo ello, además, sin perjuicio de que las legislaciones procesales deban contar también con procesos de “tutela urgente”, no cautelar, a semejanza del art. 700 del Código de procedimiento italiano; de aquella protección urgente que la legislación francesa permite obtener en la jurisdicción del référé; y de las medidas autosatisfactivas propias de Hispanoamérica.

Todos ellos son claros ejemplos de la necesidad de contar con una “tutela judicial urgente”, oportuna temporalmente, que permita adelantar provisionalmente la tutela judicial en aquellos casos extremos en los que no es posible esperar a que se sustancie un proceso declarativo o plenario, ni un proceso cautelar, sino que la providencia de tutela debe ir por delante para que la justicia no llegue tarde. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 muestra, a mi juicio, una clara carencia al no incorporar esta nueva modalidad de tutela (la urgente) que también persigue un proceso civil mucho más eficaz.

## **V.- Los "procesos colectivos"**

El gran cambio social de las últimas décadas (masificación, sociedad de consumo, innovaciones tecnológicas y científicas) y la demanda de justicia social que reclama la sociedad globalizada obligan también a examinar, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, las nuevas estructuras procesales que exigen las “litis colectivas”.

En un momento de tránsito de lo individual a lo colectivo, la efectividad de la tutela judicial va a depender en buena medida (así ya lo contemplaron en su día, entre otros, ALMAGRO NOSETE, BUJOSA VADELL y LOZANO-HIGUERO PINTO) de su capacidad de adaptación a la nueva realidad social en que se ve reclamada, pues como puede leerse en el Preámbulo del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, el proceso tradicional no sirve para la defensa de los derechos e intereses transindividuales.

Ante los grandes desafíos colectivos que han propiciado “conflictos colectivos” con gran número de afectados (vg. los casos Enron o Word.com en EEUU, el caso Parmalat en Italia, y los casos relativos, en España, a la Presa de Tous, el síndrome tóxico por aceite de colza desnaturalizado, el incendio del edificio Windsor en Madrid, el hundimiento del barrio del Carmel en Barcelona, la estafa colectiva de un grupo de academias de idiomas, el caso Gescartera o el caso Afinsa y Forum Filatélico) se suele intentar la vía penal, pero ésta no siempre es viable y tampoco en ocasiones resulta la más conveniente para alcan-



zar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos perjudicados (pensemos, por ejemplo, que en el caso de la estafa masiva a través de las academias de idiomas antes referido, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 dictó un auto, de 17 de septiembre de 2004, declarando que los hechos son un incumplimiento de contrato sin tipicidad penal, de tal forma que no cabe plantear la responsabilidad criminal, debiendo proseguirse el procedimiento a través del proceso civil). Y éste es, precisamente, el problema que está en el punto de partida de los llamados “procesos colectivos”.

Como es sabido, además de la acción interpuesta por parte legítima, en ejercicio de derechos e intereses propios o por sustitución, son compatibles con nuestro sistema constitucional las acciones de grupo, para la tutela de los intereses colectivos o difusos. Sin embargo, frente a esta realidad y la completa regulación de esta problemática en otros ordenamientos jurídicos, en España, junto a algunas disposiciones que contemplan fundamentalmente la tutela administrativa, la LEC de 2000 ha optado por fraccionar el tratamiento legal de los muy variados problemas que derivan de las acciones colectivas, insertando en las correspondientes instituciones procesales, como ha señalado VÁZQUEZ SOTELO, una serie de normas paralelas (contraregulación) a aquellas que vienen fijadas en orden a las controversias intersubjetivas (arts. 6, 7, 13, 15, 221 y 222.3).

Nuestro legislador debería haber dejado esta materia, al igual que sucede con el Derecho Concursal, fuera de la LEC, dejando su regulación para una ley o código específico o, en todo caso, puestos a incorporar la regulación de los intereses colectivos y difusos en la LEC debería haberse creado a tal efecto un proceso civil especial para estas acciones, con una regulación completa reunida en un mismo pasaje legal. Sólo así se habrían evitado regulaciones tan contradictorias, una para las controversias individuales y otra para las colectivas, en temas tan relevantes para el Derecho Procesal como la legitimación y la cosa juzgada. La insuficiencia de esta regulación legal se pone de relieve, además, si tenemos presente, de una parte, que sólo dos años después de ser promulgada, para dar cumplimiento a algunas directivas de la Unión Europea, hubo de dictarse la Ley 39/2002, de 28 de octubre, por la que añadieron otros preceptos para imponer y regular el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los usuarios y consumidores; y, de otra, que la vigente regulación procesal civil sólo contempla a los "consumidores y usuarios" pero se olvida, de forma inexplicable, de los intereses vinculados con la tutela del medio ambiente, los ahorradores y los titulares de prestaciones sociales.

En esta línea, nuestro legislador debería tomar como punto de partida las bases institucionales que derivan en esta materia del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (vg. requisitos de la acción colectiva, intereses dignos de protección en atención a su relevancia social, cláusula de la representatividad adecuada, control de los presupuestos de la admisión de la

demanda, adaptación de las instituciones del proceso civil de litigios individuales, reconocimiento al juez de amplias iniciativas probatorias, incorporación de la técnica de la tutela “anticipada”, especialidades de la litispendencia y flexibilización de la cosa juzgada, y regulación de la acción colectiva pasiva).

La cuestión que encierra acaso las mayores dificultades en la regulación de los procesos colectivos viene referida a la extensión y límites de la cosa juzgada según cual sea el sentido y fundamento de la sentencia que finalmente se dicte. Entre los nuevos desafíos de la cosa juzgada, como ya tuve oportunidad de señalar con motivo de un artículo que tuve el honor de publicar en los *Studi di Diritto Processuale Civile in Onore di Giuseppe Tarzia*, Giufrè, Milano, 2005, se encuentra el de reinterpretar sus límites subjetivos.

Siguiendo la posición tradicional que ha llegado hasta nuestros días, la cosa juzgada desarrolla sus efectos *inter partes et non secundum eventum litis*. En la actualidad, aún conservándose todavía esta regla general respecto a la eficacia subjetiva de la cosa juzgada, cabe apreciar que dicha regla viene sujeta a numerosas y variadas excepciones (vg. art. 222 LEC), pues existen acciones en las que la eficacia de la sentencia firme, como ya observó en su día ALLORIO, no sólo afecta a las partes (de un lado, se ha tenido que admitir la cosa juzgada con efectos "erga omnes", es decir, ilimitados respecto a las acciones de estado, de tal forma que en estos casos se ha previsto la intervención del Ministerio Fiscal y la inscripción de la sentencia en el Registro Civil; y, de otro, se ha contemplado también la legitimación de cualquier copropietario para accionar el derecho en el interés de toda la comunidad, pues cuando fallece una persona es posible que su heredero asuma la defensa de todo el patrimonio, aun cuando no sea el exclusivo titular, con el efecto consecuente de que la cosa juzgada que deriva de la sentencia vendrá reflejada también respecto a aquellos que no hayan sido parte en el proceso).

Así, entre los problemas que afectan a los intereses de grupo ocupa, sin duda, un lugar destacado, el relativo a la determinación de los efectos que la sentencia deba tener frente a las “partes ausentes”. En las sentencias que definen los procesos en que se ejercitan acciones colectivas se reconocen, además del tradicional efecto *inter partes*, otros muy variados reconducibles a la noción de cosa juzgada. Cuando la sentencia acoge la demanda y la acción versa sobre intereses o derechos individuales de muchas personas, pero con intereses homogéneos, la sentencia produce efectos *erga omnes*. Si la acción viene referida a intereses o derechos colectivos, la sentencia produce sus efectos *ultra partes*, si bien limitados a los sujetos que pertenecen al grupo, clases o categoría de interesados. Finalmente, si la acción tiene por objeto los intereses difusos, la sentencia producirá efectos *erga omnes* para todos los interesados, siendo imposible su determinación individual.

Todavía más problemática se plantea la hipótesis en que la sentencia dictada en un proceso colectivo rechace la demanda. Frente a los peligros

derivados tanto de la existencia de sentencias contradictorias, como de la posibilidad de presentar “demandas simuladas” e incluso “fraudulentas” (vg. el caso de una multinacional que llegase a utilizar “consumidores amigos” con el objetivo de afectar a todos los consumidores de sus productos beneficiándose de una demanda “mal propuesta”), parece razonable y necesario admitir la extensión de la eficacia subjetiva de la cosa juzgada según el “resultado del proceso”. Las sentencias emitidas en estos casos tendrían eficacia de cosa juzgada *secundum eventum litis*, de tal forma que mientras que aquellas que acojan la demanda producirán dicho efecto, las que la rechacen en función de la inexistencia del derecho por falta de fundamento de la demanda o por falta de prueba, no tendrán valor de cosa juzgada material.

El hecho de que una sentencia no acoja una demanda puede obedecer tanto a la existencia de una “maquinación fraudulenta”, como a la impericia profesional, o a la falta de pruebas. Si bien en la hipótesis de “fraude” podría ser oportuno recurrir a los motivos de revisión de la sentencia firme, parece más razonable admitir en estos casos que cualquier sujeto integrante del grupo interesado venga legitimado a promover otra acción fundada sobre los mismos razonamientos, pero con la posibilidad de ofrecer pruebas que no hayan sido utilizadas en el proceso anterior. En esta línea de flexibilización de la cosa juzgada, una vez más, resulta aconsejable seguir las directrices que incorpora en la materia el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (concretamente sus Capítulos V y VI).