

PODERES DEL JUEZ Y EFICACIA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS: ENTRE LA DOGMÁTICA Y LA PRAXIS *

Por

FRANCISCO ORTEGO PÉREZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona

fortego@ub.edu

Revista General de Derecho Procesal 52 (2020)

RESUMEN: El acceso a la justicia de consumidores y usuarios supuso un vuelco en los esquemas tradicionales del proceso civil. Los procesos colectivos requieren una nueva interpretación o formulación de categorías y principios procesales hasta ahora clásicos para dar respuesta a los retos que plantea la litigación masiva. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 reguló solo parcialmente la tutela jurisdiccional de derechos e intereses supraindividuales. El presente artículo analiza la necesaria adaptación legislativa y procesal con la propuesta de conceder mayores poderes al Juez en el control de los requisitos de la acción colectiva como medio de aumentar la eficacia en estos procesos.

PALABRAS CLAVE: Procesos colectivos, Acciones colectivas, Principio dispositivo. Poderes del Juez, Eficacia del proceso, Consumidores y usuarios.

SUMARIO: I. La búsqueda de la eficacia en los procesos colectivos frente a la parquedad normativa de la LEC 1/2000.- II. ¿Incremento de poderes del juez vs. principio dispositivo? Ideología, dogmática y praxis.- III. Propuestas de reforma: el necesario aumento de los poderes del juez respecto a la acción colectiva.- IV. Bibliografía.

POWERS OF THE JUDGE AND EFFECTIVENESS IN COLLECTIVE PROCESSES: BETWEEN DOGMATICS AND PRAXIS

ABSTRACT: Access to justice for consumers and users represented a change in the traditional patterns of the civil process. Collective processes require a new interpretation or formulation of hitherto classical categories and procedural principles to respond to the challenges posed by mass litigation. However, the Spanish Civil Procedure Law 1/2000 only partially regulates the jurisdictional protection of supra-individual rights and interests. This article analyzes the necessary legislative and procedural adaptation with the proposal to grant greater powers to the Judge in the control of the requirements of the collective action as a means of increasing the efficiency in these processes.

* Este trabajo se ha realizado como parte integrante del Proyecto de I+D DER 2017-82146-P, "Acciones colectivas, una nueva regulación".

KEYWORDS: Collective processes, Collective actions, Dispositive principle, Powers of the judge, Process effectiveness, Consumers and users.

SUMMARY: I. The search for efficiency in collective processes against the normative paucity of LEC 1/2000.- II. Increased powers of the judge vs. device principle? Ideology, dogmatic and praxis.- III. Proposals for reform: the necessary increase in the powers of the judge over collective action.- IV. Bibliography.

I. LA BÚSQUEDA DE LA EFICACIA EN LOS PROCESOS COLECTIVOS FRENTE A LA PARQUEDAD NORMATIVA DE LA LEC 1/2000

La importante renovación que supuso el modelo de litigación supraindividual mediante el ejercicio de acciones colectivas ha acrecentado significativamente en estos procesos una incesante búsqueda no solo de la eficacia, sino también de una mayor eficiencia. Se trata de un reto que en la actualidad se ha convertido en una constante para los juristas ya que sus cometidos no se reducen únicamente al estudio del Derecho, sino que también han de favorecer su adaptación a la realidad de los tiempos acorde con las nuevas demandas sociales.

En ese contexto resultan cada vez más frecuentes las alusiones a la eficacia y a la eficiencia del proceso civil moderno¹, lo que nos lleva a recordar su asimilación con una máquina jurídica tan compleja que todos sus mecanismos tienen que marchar perfectamente ajustados, de forma que basta con que tan solo uno de ellos falle para que se imponga revisar la totalidad del artificio². El símil es válido para sostener, de la misma manera que GOLDSCHMIDT se refería al proceso penal acusatorio como una «construcción técnica artificial»³ diseñada por el legislador para satisfacer unos fines concretos, que el proceso civil ideado para la solución de conflictos intersubjetivos de carácter individual exige hoy un nuevo diseño para ser eficaz, o cuando menos, precisa de ciertos ajustes técnicos y orgánicos. Debe construirse técnicamente para que sea capaz de satisfacer las exigencias que plantea la litigación colectiva, dado que los esquemas del proceso civil tradicional entre partes conocidas y determinadas muestran un difícil encaje para tutelar eficazmente los derechos e intereses supraindividuales lesionados en situaciones caracterizadas por la masificación, lo que exige someter a los procesos colectivos al tamiz de la eficacia y de la eficiencia.

¹ AMRANI MEKKI, S., *Garantías frente a eficiencia. ¿Es lo racional siempre razonable?*, en "Justicia: garantías versus eficiencia?", (dir. F. Jiménez Conde y R. Bellido Penadés), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 33.

² CARRERAS LLANSANA, J., *Las fronteras del Juez*, en "Estudios de Derecho Procesal", (con M. Fenech), Bosch, Barcelona, 1962, pág. 106.

³ GOLDSCHMIDT, J., "Problemas políticos y jurídicos del proceso penal", Bosch, Barcelona, 1935, págs. 7 y 28.

El término *eficacia* aparece definido en el Diccionario de la Lengua Española como la "*capacidad de lograr el efecto esperado*", lo que aplicado al proceso exige sentar las bases para conseguir que éste cumpla con su función de justicia social procurando satisfacer los derechos de los justiciables en el sentido proclamado en la Constitución, esto es, tratando de garantizar de forma real la efectividad de la tutela solicitada (art. 24. 1 C.E.). Por su parte, la *eficiencia* se refiere al empleo u optimización de los recursos existentes respecto a la consecución del resultado final, lo que trasladado al proceso civil exige valorar previamente la idoneidad y operatividad de los recursos disponibles por la jurisdicción, no sólo desde el punto de vista normativo sino también orgánico.

Aplicadas ambas categorías a la regulación –o dicho con mayor propiedad–, al intento de regulación de los procesos colectivos en la LEC 1/2000, y una vez cumplidos ya veinte años desde su promulgación, resulta obligado concluir que dado su carácter asistemático y disperso en esta materia el panorama normativo presenta expectativas de ser susceptiblemente mejorado. Su Exposición de Motivos comienza apuntando en sus primeros párrafos que "*la efectividad de la tutela judicial civil debe suponer un acercamiento de la Justicia al justiciable*", pero luego en su tibio intento de regular los procesos colectivos ha evidenciado importantes carencias prácticas, que en su mayor parte traen causa del rechazo mostrado hacia su regulación como un auténtico proceso especial.

Es obvio que la inclusión fragmentaria de "*una serie de normas especiales en los lugares oportunos*"⁴ en la práctica no ha producido los resultados esperados, tal como evidencian las acciones ejercitadas por productos bancarios tóxicos como las participaciones preferentes, o las acciones por cláusulas abusivas en la contratación como las de cesación por cláusulas suelo, o las que puedan interponerse respecto al índice IRPH en las hipotecas tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18, *Gómez del Moral Guasch c Bankia*). De ahí que como acertadamente se ha dicho, para esa hipotética y deseable mejora de los procesos colectivos, de *lege ferenda* será preciso tener en cuenta los mimbres con que cuenta nuestro Derecho así como su ductilidad para recibir elementos nuevos que puedan reputarse necesarios para una efectiva tutela judicial de los intereses de grupo, valorando si con tales mimbres aparecería justificada una alteración del reparto de potestades, facultades y deberes a lo largo del devenir jurisdiccional, para en el caso afirmativo determinar cómo y en qué medida deberían modificarse⁵.

Ciertamente, la singularidad que entrañan los procesos colectivos obliga a plantearse qué aspectos podrían contribuir a ese anhelado logro de un proceso civil más eficaz desde el punto de vista de los «justiciables», y también más eficiente, empresas por otra parte

⁴ Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 (apartado VII).

⁵ BUJOSA VADELL, L., "La posición del juez en los procesos colectivos", *Diario La Ley*, núm. 6379, de 15 de diciembre de 2005 (edición digital) y t. 2005 - 5, págs. 1341 a 1362.

nada sencillas cuando en la práctica se trata de afrontar los diversos problemas que comporta esta nueva forma de litigación. Las dificultades se acrecientan por la propia dimensión de los procesos colectivos y los múltiples efectos que conllevan, al producirse lo que VIGORITI califica como «agregación de situaciones subjetivas», reconocida individualmente en la ley y coordinada al logro de un propósito común⁶ debido al nexo que presentan dichas pretensiones por el origen del daño causado.

Ante la posición desigual de los consumidores y usuarios frente a las empresas de bienes y servicios, las acciones colectivas aparecen como el instrumento jurídico con el que responder a los desafíos de la economía de masas desde las posiciones más débiles de las relaciones contractuales, posibilitando la litigación conjunta de los individuos afectados⁷. Es un fenómeno que muestra una evolución en ocasiones tan vertiginosa, que desborda regulaciones positivas y exige una rápida respuesta legislativa ante la cada vez más creciente globalización⁸ y las constantes demandas de justicia social que se producen en ese contexto por la potencial lesividad del mercado, como bien ilustra MARCUS al referirse a las «*mass actions*» y cómo en la actualidad internet ha hecho posible la reunión como demandantes afectados de un gran número de consumidores con intereses similares en el caso del *dieselgate* de Volkswagen⁹.

Estas circunstancias patentizan la importancia de contar con una normativa adecuada a estas nuevas situaciones. En nuestro ordenamiento procesal civil la regulación se ha centrado en el acceso a la Justicia y la protección de consumidores y usuarios como desarrollo de lo dispuesto en el art. 51 C.E. y en la escueta y genérica disposición del art. 7. 3 LOPJ. En esa línea, la litigación supraindividual comprende las acciones ejercitadas para la defensa de derechos e intereses colectivos y difusos (según la terminología de la LEC),

⁶ VIGORITI, V., "Interessi collettivi e proceso. La legittimazione ad agire", Ed. Giuffrè, Milano, 1979, pág. 59.

⁷ ARMENTA DEU, T., "Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 9 - 10. En idénticos términos CUENA CASAS, M., para quien las acciones colectivas amplían la puerta de entrada a la Justicia de aquellos consumidores y usuarios que masivamente han visto lesionados sus derechos, y también la puerta de salida, dando solución a personas que incluso no litigaron. Vid. *Defensa colectiva de los consumidores ante prácticas abusivas en préstamos hipotecarios. Propuestas de solución*, en "La acción judicial colectiva en España", ADICAE, diciembre de 2014, pág. 103. http://blog.adicae.net/consumidores-2014/files/2015/02/Libro-accion-colectiva-2014_web.pdf

⁸ VÁZQUEZ SOTELO se refiere a la «masificación», señalando que la realidad del desarrollo económico y de las comunicaciones en algunos países del mundo desde mediados del siglo pasado supera indiscutiblemente la profecía del filósofo español Ortega y Gasset plasmada en su conocida obra "*La rebelión de las masas*", lo que exige intuir y adivinar en la medida de lo posible cómo diseñar el futuro proceso civil. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "El proceso civil y su futuro", en *Cuadernos Procesales*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), núms. 17 - 18, 2002, págs. 31 - 32. También publicado en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 56, 2003, págs. 175 - 176.

⁹ MARCUS, R., "Revolution v. evolution in class action reform", *North Carolina Law Review*, (N.C.L.) 96, 903, (2018), págs. 939 a 942.

así como los intereses individuales homogéneos (categoría recogida en el art. 1 del *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica* de 2004), en referencia a aquellos intereses divisibles que pese a ser ejercitados normalmente mediante acciones colectivas pueden presentar un tratamiento distinto entre sí que obliga a salvaguardar la tutela individual del interés o derecho mediante la *acción individual* de cada titular¹⁰. De este modo se protegen diversos intereses plurisubjetivos, tal como establece la SAP de Madrid (Sección 14ª) de 29 de enero de 2002, [AC 2002/860], al señalar que *"la acción de grupo se caracteriza por la presencia del interés propio y específico de cada uno de los integrantes de un determinado colectivo, cuyos miembros individuales en principio indeterminados, son fácilmente determinables e identificables, carácter que la distingue de la acción por intereses difusos en los que el interés es el genérico, homogéneo, y concurrente de una masa invertebrada y sin rostro, en el que identificación personal y la idea de perjuicio patrimonial están muy diluidos"*.

Como afirma la Circular 2/2010 de la F.G.E., *"las llamadas acciones colectivas no pretenden proteger tan solo los derechos subjetivos de cada afectado por una conducta de origen profesional o empresarial; no constituyen, por tanto, una mera acumulación de acciones individuales, sino que tienen la finalidad de reaccionar frente a conductas ilícitas que pueden lesionar a una pluralidad de consumidores, siendo su propósito último evitar la extensión del perjuicio y disuadir de la realización en lo sucesivo de comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores"*. Son acciones –continúa diciendo la precitada Circular de la F.G.E.–, que además de facilitar el acceso a la justicia de pequeños y múltiples demandantes, mejoran la protección jurídica de los intereses de los ausentes, avalan la homogeneidad de las resoluciones respecto de toda la colectividad de perjudicados y garantizan la eficiencia y la economía procesales al evitar la proliferación de procedimientos con un mismo objeto¹¹. A tenor de la enumeración sintética de las finalidades de estas acciones parece describir un panorama utópico, que sin embargo, no está exento de problemas prácticos como demuestran las cuestiones prejudiciales ante el TJUE para determinar la relación de prejudicialidad o de litispendencia respecto a las acciones individuales.

La verdadera acción colectiva se define como *"la acción promovida por un representante para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas, y cuya sentencia obligará al grupo como un todo"*, por lo que sus elementos esenciales vienen

¹⁰ GIANNINI, L. J., "La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos", Librería Editora Platense, La Plata, 2007, págs. 29 a 43. VÁZQUEZ SOTELLO, J. L., "El proceso de acciones colectivas (necesidad de su implantación en España)", Actualidad Civil, núm. 16/2011, (edición digital).

¹¹ Circular 2/2010 de la F.G.E. de 19 de noviembre, acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de consumidores y usuarios.

constituidos por la existencia del representante, la protección finalista de un derecho del grupo o de la clase y el efecto de la cosa juzgada de la sentencia que se dicte en el proceso colectivo¹². Este último constituye uno de los aspectos de mayor trascendencia en esta materia, tal como se desprende de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (*caso Gutiérrez Naranjo y otros*)¹³ y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la fijación de los efectos de las sentencias dictadas en el ejercicio de acciones colectivas de cesación por contratos bancarios que incluían cláusulas suelo en los pleitos individuales posteriores¹⁴.

Resulta fundamental precisar, que la genuina acción colectiva se refiere a aquellos supuestos de actuación procesal en defensa de derechos e intereses de personas que se encuentran en una situación jurídica igual o similar ante la lesión producida por una infracción del ordenamiento que les afecta, lo que incluye las acciones ejercitadas en defensa de derechos o intereses supraindividuales (caso de las de cesación y retractación), como las que pueden afectar a una pluralidad de intereses individuales (como las de indemnización por daños y perjuicios)¹⁵. De ahí que su elemento vertebrador sea la homogeneidad, que propicia tanto la actuación procesal conjunta como la extensión de la cosa juzgada.

Estas categorías ponen de relieve la amplitud e incluso la ambigüedad del término «colectivo» aplicado a la tutela jurisdiccional, al mostrar las diversas facetas que presenta la litigación en masa en cuanto aglutina derechos e intereses propiamente colectivos e indivisibles para el grupo afectado, como a las pretensiones de tutelas colectivas individuales pero conexas entre sí por el origen común del perjuicio a los miembros del grupo¹⁶. Esa misma amplitud explica la referencia *lato sensu* al concepto de «justiciables» como comprensivo no solo de quienes litigan en el pleito, sino también de aquellos a quienes legalmente se les reconoce legitimación para intervenir como demandantes en el proceso, bien sumándose a la acción colectiva o bien de manera

¹² GIDI, A., "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil", U.N.A.M., México, 2004, pág.31.

¹³ Asuntos acumulados C-154/15, Francisco Gutiérrez Naranjo c. Cajasur Banco, S.A.U., C-307/15, Ana María Palacios Martínez c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., y C-308/15, Banco Popular Español, S.A. c. Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu.

¹⁴ SSTS núm. 367/2017 de 8 de junio, [R.J. 2017/2509] y núm. 705/2015 de 23 de diciembre [R.J. 2015/5714]. Vid. asimismo las STC 207/2016 y 208/2016, ambas de 12 de diciembre.

¹⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Acciones colectivas: pretensiones y legitimación*, en "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)", (coord. T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 23 - 24.

¹⁶ ORTELLS RAMOS, M., *Litigios en masa y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica*, conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el día 19/12/2019, con motivo de la inauguración de la Cátedra Manuel Serra Domínguez. Vid. también "Derecho Procesal Civil", 16ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 132.

individual, e incluso de aquellos otros que aun ostentando idéntica legitimación optan por mantenerse ausentes del proceso colectivo pero que pueden verse afectados por su resolución.

Ante estas consideraciones es obvio que por más que la E. de M. de la LEC 1/2000 reflejase expresamente la preocupación por abordar la realidad de la tutela de los «*intereses jurídicos colectivos llevados al proceso*», no terminó de regular un genuino proceso por acciones colectivas. Pese a la afirmación de que el reconocimiento legal de los intereses colectivos, difusos (e individuales homogéneos) comporta la instauración del mecanismo procesal para su tutela mediante la acción colectiva¹⁷, no basta con la flexibilización amplia del concepto de legitimación para contar con un auténtico proceso colectivo que en la práctica no pasa de ser un simple esbozo.

Ese déficit normativo contrasta con la importancia de los efectos de los procesos colectivos, que por sus dimensiones conllevan una gran cantidad de intereses en juego, tanto para las propias partes como para sus abogados, e incluso hasta para el poder público encargado de administrar justicia¹⁸ por la posibilidad de dispensar una tutela unitaria ante pretensiones homogéneas, sin olvidar la trascendencia de los efectos estrictamente jurídicos de la sentencia. Son premisas que reclaman una regulación más precisa para evitar que como ha venido sucediendo hasta la fecha, hayan tenido que ser los tribunales los que integrasen las muchas dudas que plantea la regulación parcial de la LEC, y aún así, no siempre con acierto. E incluso a veces, desaconsejando en cierto modo el ejercicio de acciones colectivas, no solo por los problemas prácticos que suscita la parquedad normativa de la LEC, sino también "*por sobreentender que difícilmente responderá a la pretensión de una tutela judicial efectiva*"¹⁹.

Así las cosas, la contraposición entre la vigente regulación parcial de los procesos colectivos en la LEC y el desiderátum del precitado binomio *eficacia y eficiencia*, apunta en la dirección de un aumento de los poderes materiales del juez en estos procesos como uno de los factores a tener en cuenta en una futura reforma legislativa. El grado de eficacia podría incrementarse con una intervención judicial más activa, distinta a la de los cánones del tradicional proceso civil de carácter individual, aunque para ello es preciso determinar previamente qué tipo de regulación se precisa para que el proceso realice su objetivo último

¹⁷ CARBALLO PIÑEIRO, L., "La tipicidad de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3 - 4, 2007, pág. 63.

¹⁸ ORTELLS RAMOS, M., "Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, 2016, págs. 7 y 9.

¹⁹ ARMENTA DEU, T., *Introducción*, en "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)", (coord. T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 10.

de justicia social²⁰ permitiendo alcanzar la efectividad de la tutela. Con razón se ha señalado que el papel de un juez pasivo o meramente receptor de alegaciones y pruebas no sirve para estos retos, pues los procesos colectivos son tan importantes y complejos que nadie que tenga una mínima información sobre esta materia pondría en duda la conveniencia de contar con una regulación *ad hoc*²¹.

En su conocido ensayo sobre el acceso a la Justicia, CAPPELLETTI y GARTH ya pusieron de relieve que la protección jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos requería de una transformación o nuevo alcance de conceptos procesales básicos, como los de legitimación y cosa juzgada, pero también del papel del juez ante la acción colectiva. La singularidad de las acciones para la tutela jurisdiccional de derechos e intereses supraindividuales enlaza con aspectos procesales tan relevantes como la notificación a los interesados y el derecho de aquellos a integrarse en la acción de grupo, sin olvidar que en algunos sistemas jurídicos se exige como presupuesto previo para accionar la acreditación de una representación adecuada que permita actuar en nombre de la colectividad, por lo que la eficacia del proceso también depende en gran medida del control judicial previo de la acción colectiva y de su representatividad²².

II. ¿INCREMENTO DE PODERES DEL JUEZ VS. PRINCIPIO DISPOSITIVO? IDEOLOGÍA, DOGMÁTICA Y PRAXIS

Los poderes materiales del Juez en el proceso civil constituyen uno de los aspectos más destacados de la arquitectura procesal, habiendo merecido tradicionalmente por ello una especial atención de la doctrina, pues como afirma VÁZQUEZ SOTELO, el proceso es un producto cultural en el que se reflejan los valores políticos de cada etapa histórica²³.

Se trata además de una cuestión imbuida por una considerable carga ideológica y política por lo que respecta al intervencionismo del Estado, como demuestran las ya clásicas ponencias sobre liberación y socialización del proceso civil en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en México en 1972²⁴. De entre ellas, la de

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro, *Libertad individual y justicia social*, ponencia presentada en el V Congreso Internacional de Derecho Procesal (México, 12 a 19 de marzo de 1972), sintetizada por BAUR, Fritz, en "Liberalización y socialización del proceso civil", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, núms. 2 - 3, pág. 322.

²¹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "El proceso civil y su futuro", *Cuadernos Procesales*, núms 17 - 18, 2002, Universidad Nacional Autónoma de México, págs. 40 y 50.

²² CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos", Fondo de Cultura Económica, México, 1978, págs. 35-36.

²³ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Los principios del proceso civil", *Justicia*, 1993, núm. IV, pág. 600.

²⁴ BAUR, Fritz, "Liberalización y socialización del proceso civil", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, núms. 2-3, págs. 303 - 333.

SERRA DOMÍNGUEZ se hacía eco de unas palabras del *Anteproyecto de Bases para un Código Procesal Civil* de 17 de julio de 1970, en cuya Exposición de Motivos se afirmaba que el prevailecimiento de la justicia individual y social reclaman una intervención del Juez en la dirección del proceso en el grado que requieran su economía y eficacia; intervención que no debe rebasar tales exigencias y que siempre debe estar ordenada al fin supremo de la justicia como efecto de la ideología social imperante acorde a los tiempos²⁵. En ese contexto, los poderes del juez en el proceso civil son una consecuencia indefectible y tradicionalmente vinculada al principio dispositivo en cuanto principio que rige la tutela de los derechos privados, pero en la actualidad también han de ser sometidos al contraste de la eficacia del instrumento jurídico.

El principio dispositivo es fundamental cuando se trata de abordar un mayor intervencionismo del juez en el proceso civil, aspecto que ha solido proyectarse más con un incremento de facultades en materia probatoria que con otros poderes de dirección. En cualquier caso, situados en la esfera de los derechos privados, la contraposición entre la figura de un juez civil que no rebase su papel de conductor del proceso y el modelo de un juez más intervencionista supone un dilema ante el que siempre se recomienda proceder con mucha prudencia. De ahí que el principio dispositivo haya sido invocado como el principal argumento para la primera opción, siendo justamente ese el motivo por el que en otras épocas no llegó a considerarse conveniente el aumento de facultades procesales del Juez²⁶.

Se esgrime entonces este principio como la esencia del proceso civil, o como un dogma frente a quienes preconizan ese mayor aumento de facultades judiciales. Una especie de intangible que actúa como dique frente a cualquier intento que pretenda sacar al juez de una posición pasiva, que sin embargo, no tiene por qué ser aplicable a todos los casos sino tan solo ante aquellas situaciones en las que realmente las necesidades de la Justicia lo requieran, y sin que ello deba suponer necesariamente desvirtuar parte de la ortodoxia secular del proceso civil.

Surgen de este modo posturas antagónicas entre la privatización del proceso civil frente a concepciones publicistas que a priori parecen ser difícilmente conciliables con el significado del principio dispositivo, cuya *ratio* reside en el principio de la demanda o idea de la justicia «rogada» como máxima manifestación del ejercicio de los derechos por su titular, y en la efectiva disposición en juicio de los mismos, hallando su complemento idóneo desde el punto de vista de la técnica procesal en la aportación por las partes de los materiales

²⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales)", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, núms. 2-3, pág. 516.

²⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales)", *ob. cit.*, pág. 527.

fácticos precisos para la cognición judicial. Mientras que el dispositivo rige la tutela de los derechos privados, la aportación de "*hechos, pruebas y pretensiones de las partes*" (art. 216 LEC), más que obedecer al ideal de justicia rogada es –como bien explicó CARNACINI–, un principio técnico que responde únicamente a la propia construcción del proceso civil²⁷ para evitar que el juez se erija en una especie de «inquisidor» de oficio de los derechos privados y ponga en riesgo su imparcialidad.

El principio dispositivo se basa fundamentalmente en el derecho de acción y en el poder exclusivo de las partes para delimitar el objeto del proceso del modo que mejor convenga a sus intereses, vinculando así con sus pretensiones de tutela al juez, que encuentra en ese poder de las partes un límite absoluto a la hora de decidir congruentemente²⁸. La actuación procesal de los derechos privados e intereses legítimos se realiza mediante la acción que con carácter exclusivo se otorga a su titular para reclamar su tutela, lo que además de pertenecer a la esencia misma del derecho se erige en la premisa que explica conceptos como los de legitimación y representación en cuanto presupuestos de actuación procesal válida²⁹.

Son cuestiones fundamentales que han de tenerse en consideración cuando se trata del ejercicio de acciones colectivas, pues el fundamento político del principio dispositivo hunde sus raíces en un determinado modelo económico y jurídico que implica una clara distinción entre intereses privados y públicos como consecuencia del reconocimiento de los propios derechos subjetivos e intereses legítimos³⁰. De ahí la afirmación de que este fundamental principio se funda en la noción de que el juez no debe ir más allá de la voluntad de las partes en sus pretensiones de tutela de intereses privados, al contrario de lo que sucede cuando existe o predomina un interés público o social³¹.

Llegados a este punto, el principio dispositivo y los poderes del juez en los procesos colectivos enlazan con su requerida pasividad frente al litigio. Pero los poderes que se reconocen al juez en la dirección del proceso deben establecerse en términos que no menoscaben su imparcialidad, concepto y garantía que no debe confundirse erróneamente con la neutralidad, pues esta última no es más que una exasperación de la imparcialidad

²⁷ CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Redenti", t. II, Giuffrè, Milano, 1951, págs- 695 - 772.

²⁸ ALMAGRO NOSETE, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*, en "Para un proceso civil eficaz", Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pág. 12. CORDÓN MORENO, F., "En torno a los poderes de dirección del Juez civil", *Revista de Derecho Privado*, vol. 63, 1979, pág. 808.

²⁹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Iniciativas probatorias del Juez en el proceso civil", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2009, núms. 1 - 2, págs. 40 - 41.

³⁰ BERZOSA FRANCOS, M^a V., "Principios del proceso", *Justicia*, 1992, núm. III, pág. 577.

³¹ BORTHWICK, A. E., "Principios formativos de los procesos", Mave Editor, Corrientes, 2005, pág. 42.

que convierte al juez en un simple espectador de lo que sucede en el proceso sin poder tomar ningún tipo de iniciativas³². Pero incluso hoy se afirma que ni siquiera es obvio que el principio dispositivo se oponga a cualquier forma de actuación oficial del Juez³³. De ahí que la pregunta que cabe formularse es qué modelo de Juez, o qué modelo procesal es el más idóneo para los procesos colectivos.

Resulta fácil advertir que no es este un asunto baladí, pues más allá del principio relativo al derecho material es una cuestión que guarda relación directa con las garantías procesales. Incluso mucho antes de promulgarse la Constitución Española de 1978, cuando ni tan siquiera era imaginable la dimensión actual de la litigación colectiva, FAIRÉN GUILLÉN ya apuntó que en el caso de aumentarse los poderes del juez en el proceso civil siempre debería hacerse de tal modo que ni redundasen en perjuicio de su imparcialidad, ni de forma que pudieran resultar afectadas las garantías de las partes. Con todo, pese a fijar estos dos umbrales infranqueables para evitar caer en el riesgo de un juez autoritario, se mostraba partidario del incremento de las facultades del juez respecto al control *ad limine* la demanda³⁴, en una situación que recuerda cómo bastantes años después la jurisprudencia del TJUE ha establecido la obligación de los jueces nacionales de controlar de oficio cláusulas abusivas en perjuicio de los consumidores como valoración previa a la admisión a trámite de una demanda³⁵. No han faltado luego quienes han visto en esa jurisprudencia del TJUE un ataque frontal al principio dispositivo por la falta de previsión normativa expresa, pero a la vez también han querido ver un argumento de peso para regular en la LEC un procedimiento especial para la tutela colectiva de consumidores y usuarios que contemple expresamente esta forma de control³⁶.

La propuesta de aumentar los poderes o iniciativas judiciales como medio para lograr una mayor eficacia en los procesos colectivos no tiene por qué implicar una limitación de las garantías procesales, como en ocasiones se afirma cuando se polariza radicalmente entre «*activismo judicial vs. garantismo procesal*», so pretexto de que una postura activa del juez

³² VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Los principios del proceso civil", ob. cit., pág. 605.

³³ NIEVA FENOLL, J., *La actuación de oficio del juez nacional europeo*, en "Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales", (dir. F. Jiménez Conde), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 202.

³⁴ FAIRÉN GUILLÉN, V., "El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites", *Revista de Derecho Procesal*, 1951, núm. 2, págs. 187 - 188.

³⁵ STJUE de 27 de junio de 2000, *Caso Océano Grupo Editorial, S.A. y Salvat Editores, S.A. c. Rocío Murciano Quintero y Otros*, asuntos C-240/98 a 244/98, [JUR 2018783004] y STJUE de 26 de octubre de 2006, *Caso Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium S. L.*, asunto C-168/05.

³⁶ GONZÁLEZ GARCÍA, S., "El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?", *Diario La Ley*, núm. 9100, 15 de diciembre de 2017 (edición digital).

lo situaría como un conductor del proceso capaz de interferir en el mismo para concretar la justicia que le parezca más adecuada³⁷.

Ni que decir tiene que una actuación de ese tipo supondría una manifiesta desviación de la correcta actuación del juez, que además de quebrantar el principio dispositivo incurriría en vulneración de garantías de las partes, resultando por ello incompatible con el ideal de la pretendida eficacia. Comparto la opinión de que la constitucionalización del proceso ha mostrado una mayor incidencia para las garantías procesales de las propias partes que en lo que atañe a los modelos o sistemas procesales en sí³⁸. Por ello, la cuestión que ocupa este estudio debe desligarse de cualquier tipo de polémica artificial que apele a un exacerbado componente ideológico del proceso como obstáculo a posibles cambios o reformas del modelo procesal.

Ni se trata de instaurar un juez con poderes excesivos que anule radicalmente las exigencias derivadas del principio dispositivo, ni de apostar por un minimalismo judicial, pues en su forma más radical ambos modelos ideológicos del proceso presentan serios inconvenientes. Mientras que un mayor intervencionismo judicial en pos de la eficacia podría poner en riesgo garantías fundamentales del proceso, el modelo ultra liberal en pos de un garantismo mal entendido, "que niega todo tipo de iniciativa material del juez, supone restar eficacia al proceso como instrumento del Estado para la justa tutela judicial de los intereses litigiosos"³⁹. El debate debe plantearse a medio camino, en forma de postura ecléctica que armonice la eficacia del proceso con el respeto a las garantías, pues en definitiva, qué es el proceso civil sino un instrumento jurídico que incorpora un sistema de garantías con la finalidad de hacer posible un concreto modelo de litigación⁴⁰. Con razón y rotundidad se ha dicho que *garantistas* en realidad somos hoy todos los procesalistas, aunque algunas posturas radicales sostengan que si se atribuyen al juez determinadas iniciativas el resultado sería un proceso civil autoritario⁴¹.

³⁷ GUMERATO RAMOS, G., *Poder del juez: activismo (= autoritarismo) o garantismo (= libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil*, en "El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango", (coord. J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar y P. Calderón Cuadrado), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 369. O desde otro punto de vista, que la eficiencia se logre a costa del sacrificio de las garantías por el incremento de un mayor activismo judicial. ALVARADO VELLOSO, A., *¿Hacia una justicia eficiente?*, en "El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango", ob. cit., pág. 156.

³⁸ PICÓ i JUNOY, J., "Ideología y proceso... *in medio virtus*", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2016, núm. 2, págs. 82 - 83.

³⁹ PICÓ i JUNOY, J., "Ideología y proceso... *in medio virtus*", ob. cit., págs. 84 - 85.

⁴⁰ LORCA NAVARRETE, A. M^a, "Litigación civil", Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2016, pág. 1.

⁴¹ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Iniciativas probatorias del Juez en el proceso civil", ob. cit., pág. 30.

En los procesos colectivos la solución pasa por flexibilizar el principio dispositivo, o como también se ha dicho, por mitigar su vigencia pese a tratarse del principio cardinal del proceso civil por la propia relevancia de las situaciones protegibles, en los que uno solo o varios de los miembros del grupo de afectados puede disponer sobre la iniciación de un proceso para la defensa de derechos e intereses de los que no es titular exclusivo. De ahí que el ejercicio de la acción colectiva exija una mayor elasticidad, pese a que debe evitarse cualquier intento de activismo judicial peligroso tanto para las partes como para la propia función jurisdiccional⁴².

Del mismo modo que en los procesos civiles sobre relaciones indisponibles los poderes del Juez se ven reforzados (art. 752 LEC), y dichos procesos siguen estando regidos por el principio de la demanda pese a las restricciones al poder de disposición de las partes sobre su objeto porque se entiende necesario para tutelar adecuadamente aquellas cuestiones, en los procesos colectivos ni tan siquiera sería preciso incurrir en alteraciones sustanciales del principio dispositivo. No se trata pues de subvertir ni de erosionar principios constitutivos fundamentales del proceso civil, pero las singularidades de la tutela colectiva reclaman aquellas nuevas funciones del juez que ya apuntaban CAPPELLETTI y GARTH. Así se infiere de la jurisprudencia del TJUE, e incluso el Derecho comparado enseña como en el modelo de las *class actions* estadounidenses se encuentra plenamente justificada la atribución al juez de amplio poderes de control sobre la actuación de las partes, que no se limitan a la mera dirección del proceso sino que van mucho más allá, pues se extienden tanto a la determinación del propio objeto como a la inactiva probatoria⁴³.

III. PROPUESTAS DE REFORMA: EL NECESARIO AUMENTO DE LOS PODERES DEL JUEZ RESPECTO A LA ACCIÓN COLECTIVA.

Ante la importancia y complejidad de los procesos colectivos sería erróneo considerar que un aumento de prerrogativas judiciales vaya a constituir una inaceptable intromisión estatal en la esfera de los derechos privados, por lo que las concepciones privatistas del proceso han de entenderse superadas en este punto, dejando atrás rigorismos ideológicos para dar paso a una visión publicista o social del mismo como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdiccional y la tutela eficaz de los derechos de los *justiciables*⁴⁴.

⁴² BUJOSA VADELL, L., "La posición del juez en los procesos colectivos", ob. cit., págs. 6 - 7 (edición digital). En parecidos términos vid. NEIRA PENA, A. M^a, para quien el principio dispositivo no es transversal, lo que exige matizarlo o reinterpretarlo a las exigencias de la litigación supraindividual. "Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos", *Revista Ius et Praxis*, núm. 1, 2019, pág. 243.

⁴³ NEIRA PENA, A. M^a, "Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos", ob. cit., pág. 203.

⁴⁴ Vid. PICÓ I JUNOY, J., "El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal

En ocasiones parece olvidarse que el proceso no es más que un medio civilizado y racional cuya verdadera finalidad no es otra que alcanzar la solución justa al fondo de la disputa, y que el impacto de los procesos colectivos ha sacudido la *santabárbara* de la tradicional dogmática procesal⁴⁵. Los procesos colectivos exigen relativizar el rigor pretendidamente absoluto y cerrado de los principios, y conceder un nuevo protagonismo al Juez para que mediante un aumento de sus poderes materiales los resultados de la jurisdicción sean más justos y útiles⁴⁶.

Acostumbrados como estábamos a un juez pasivo, que asistía silente a las alegaciones y pruebas de ambas partes tratando de no interferir en el proceso, hemos pasado ahora a un juez algo más activo, fundamentalmente por obra de la jurisprudencia del TJUE que ha sido la causante de ese giro «aparentemente radical» del principio dispositivo que tanto ha llamado la atención de buena parte de la doctrina⁴⁷. En el contexto de la protección a los consumidores la jurisprudencia del Tribunal europeo ha posibilitado el control judicial de oficio de la posible abusividad de cláusulas contractuales cuando puedan reputarse contrarias a las normas nacionales de «orden público»⁴⁸, pese a no estar expresamente previstas en la legislación procesal interna (STJUE de 14 de junio de 2012, *Caso Calderón Camino c. Banco Español de Crédito S. A.*, asunto C-618/10, ap. 48).

En este nuevo orden es preciso tener en cuenta que si la LEC brindó la posibilidad de actuación procesal a las asociaciones legalmente constituidas para la defensa en juicio de consumidores y usuarios (art. 11), lo hizo desde el reconocimiento implícito de que los litigios en masa responden a un interés «general» que prevalece sobre el interés individual de cada afectado, tratando de alcanzar así una solución más rápida y unitaria, sin perjuicio de la legitimación individual reconocida a estos últimos⁴⁹. El mismo interés general que ha supuesto el acceso a la Justicia de los consumidores y usuarios es el que explica a su vez la legitimación del Ministerio Fiscal en el proceso civil, primero reconocida solo para el

planteado", *Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, vol. VI, núm. 1, 2012, págs. 24 - 25.

⁴⁵ MORELLO, A. M., "El proceso civil colectivo", *Themis: Revista de Derecho*, núm. 30, 1994, pág. 263.

⁴⁶ MORELLO, A. M., "El proceso civil colectivo", ob. cit., pág. 262.

⁴⁷ NIEVA FENOLL, J., *La actuación de oficio del juez nacional europeo*, en "Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales", ob. cit., págs. 189 - 190

⁴⁸ STJUE de 6 de octubre de 2009, *caso Asturcom Telecomunicaciones S.L. c. Cristina Rodríguez Nogueira*, asunto C.40/08; STJUE de 30 de mayo de 2013, *caso Erika Joros c. Aegon Maguarország Hitel Zrt.*

⁴⁹ En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas*, en "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)", (coord. T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, págs. 67.

ejercicio de la acción de cesación, y más tarde ampliada para ejercer «*cualquier acción*» en defensa de los intereses de aquellos (art. 11. 5 LEC).

Pero el legislador español no ha sabido realizar una adaptación plena de las normas procesales para ser realmente consecuente con la protección jurisdiccional de los consumidores y usuarios afectados por daños masivos.

La regulación de la LEC 1/2000 ha fracasado en la práctica, y en ese sentido se apunta hacia un problema estructural en el que quizás por un exceso de dogmatismo, se sigue viviendo de espaldas a lo que debe ser un nuevo Derecho procesal volcado en la configuración del proceso como un marco de garantías efectivas. Esta nueva concepción pasa por la propuesta de dotar al juez de los instrumentos procesales oportunos para paliar la situación de desequilibrio entre los consumidores y los profesionales, tales como el control de oficio en el momento de admisión a trámite de la demanda y el aumento de sus facultades probatorias⁵⁰ en el sentido ya establecido en la STJUE de 9 de noviembre de 2010 (*caso VB Pénzügyi Lízing Zrt contra Ferenc Schneider, asunto C-137/08*) pese a no encontrarse expresamente previsto en el Derecho nacional.

Un verdadero sistema de acciones colectivas y procesos colectivos debe confiar en la figura del juez y potenciar sus poderes en pos de la efectividad de la tutela. Tampoco se trata ni mucho menos de caer rendidos ante sugerentes manifestaciones del Derecho comparado para acabar instaurando un modelo de juez con tan amplísimos poderes que su efecto pudiera resultar perturbador.

El sistema norteamericano de las *class actions* sí se encuentra efectivamente articulado sobre el papel preponderante del juez, quien puede incluso dividir la acción o el proceso en grupos para facilitar su tramitación y hasta disponer de un hipotético sobrante de las indemnizaciones para que redunde en beneficio de la clase, además de otros aspectos de mayor calado como son el control de la concurrencia de los presupuestos legales para dar viabilidad a la acción de clase y la fiscalización de los actos dispositivos del representante para impedir que se produzcan fraudes o perjuicios para los interesados⁵¹. Y siendo las *class actions* uno de los principales referentes jurídicos en esta materia bien es verdad que pueden servir de guía frente a algunas de las carencias más apreciables en el modelo de acciones colectivas de la LEC, pese a las

⁵⁰ FERNÁNDEZ SEIJO J. M^a, "Lo que se sabe y lo que no se sabe: la prueba en los procedimientos que afectan a los consumidores", *Diario La Ley*, núm. 9236, de 11 de julio de 2018, (edición digital), págs. 2 - 3.

⁵¹ ORTEGO PÉREZ, F., *Las acciones colectivas en la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de lege ferenda*, en "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)", (coord. T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 144.

notables diferencias existentes respecto a un sistema de *common law* basado en esas amplias iniciativas del juez dimanantes de la *equity*⁵².

Como primera premisa, cualquier previsible mejora respecto a la regulación actual de los procesos colectivos pasa por establecerlos como un verdadero proceso especial. Pero incluso en el caso de rechazarse esa opción y optara por acudir al *parcheo* legislativo como tantas veces sucede, y con independencia de otras cuestiones ineludibles por más tiempo como es el establecimiento expreso de la facultad de autoexclusión de los miembros del grupo (*opt- out*), un verdadero sistema de acciones colectivas reclama que se dote al juez de una mayor relevancia en la dirección del proceso de la que hasta ahora tiene. Para ello es preciso superar barreras dogmáticas, pues el incremento de nuevas facultades no ha de entenderse necesariamente como un ataque a la esencia del principio dispositivo, que en el caso de los procesos colectivos tan solo se ve matizado en parte.

En el terreno mismo de los principios procesales BERIZONCE se refiere al «principio dispositivo atenuado»⁵³, y PELLEGRINI alude al «principio de instrumentalidad de las formas» para señalar que la técnica procesal ha de contemplarse al servicio de los fines de la jurisdicción, por lo que puede ser flexibilizada siempre que sirva a la correcta solución del litigio y se respeten las garantías de las partes⁵⁴, en una clara muestra de la instrumentalidad del proceso al servicio de la justicia social⁵⁵.

Referidas exclusivamente a los poderes del juez, las propuestas de reforma para lograr una tutela eficaz en estos procesos pasarían principalmente por establecer el control de oficio de los presupuestos para ejercer la acción colectiva, así como sobre los poderes dispositivos de la entidad representante⁵⁶, sin perjuicio de que también pudieran verse reforzadas sus facultades probatorias⁵⁷.

⁵² ORTEGO PÉREZ, F., *Las acciones colectivas en la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de lege ferenda*, ob. cit., pág. 141.

⁵³ BERIZONCE, R. O., "Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos)", *Anales*, núm. 42, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2012, pág. 263.

⁵⁴ PELLEGRINI GRINOVER, A., *Direito processual coletivo*, en "Processo coletivo. Do surgimento à atualidade", (AA.VV.), Revista dos Tribunais, Ed. Thomson Reuters, Sao Paulo, 2014, págs. 399 - 400.

⁵⁵ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "El proceso civil y su futuro", en *Cuadernos Procesales*, ob. cit., págs. 38 - 39.

⁵⁶ ORTEGO PÉREZ, F., ob. cit., págs. 148 - 150.

⁵⁷ El art. 12. 3º del *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, de 2004*, establece expresamente que "El juez podrá ordenar de oficio la producción de pruebas, con el debido respeto de las garantías del contradictorio".

Respecto a la primera de las cuestiones apuntadas, debería facultarse al juez para realizar el control preliminar de los presupuestos para ejercer una acción colectiva, que necesariamente habrían de regularse de modo expreso. La concurrencia de dichos presupuestos, al estilo de las *class actions*, hace referencia a aspectos tan relevantes como constatar en primer término la impracticabilidad del litisconsorcio, el requisito basilar de la homogeneidad o intereses comunes entre los miembros del grupo, y muy especialmente, verificar la representatividad adecuada de los intereses del grupo.

Para que la acción colectiva pueda prosperar es necesario que el Juez controle a *limine* que la asociación sea «suficientemente» representativa, al estilo de lo dispuesto en el art. 2 del *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*. En la actualidad esta circunstancia se asocia a su pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios en cuanto asociaciones "legalmente constituidas", y como tales, legitimadas para defender en juicio los derechos del grupo de afectados. Únicamente al referirse a las entidades habilitadas conforme a la normativa europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios, la LEC sí que contempla el control judicial respecto a si la finalidad de la asociación y los intereses de los afectados legitiman el ejercicio de la acción colectiva (art. 11. 4 LEC).

Ya en el *caso Opening* la SAP de Sevilla (Sección 5ª), de 22 de enero de 2004⁵⁸, señaló que ante la falta de cualquier mención expresa de la LEC en torno al concepto de la representatividad, "*parece lógico que tal noción vaya unida al número de asociados que se tiene dentro del ámbito en el cual se pretende ejercer la acción, de modo que el mismo pueda considerarse como suficientemente significativo o relevante*". Pero hay que tener en cuenta que en su condición de representante las asociaciones ejercitan la acción en el interés mayoritario del colectivo de afectados sin necesidad que todos ellos formen parte de la misma. De ahí que junto al control del cumplimiento específico de los fines de la asociación, su número de asociados y grado de operatividad en el ámbito territorial en el que se manifieste la lesión por el hecho dañoso, cabría añadir la declaración sobre su financiación y los fondos que vaya a utilizar para respaldar la acción colectiva como criterios con los que acreditar la "suficiencia" de la representatividad.

Por último, no hay que olvidar que el fundamento de las acciones colectivas consiste precisamente en que son acciones ejercidas por representación, en nombre e interés de cada uno de los legitimados individuales. Por esa razón los poderes para realizar cualquier acto dispositivo de la asociación representante como parte actora también

⁵⁸ Recurso de apelación núm. 5231/2003. 17

deben poder someterse al control o supervisión judicial, para evitar que puedan realizarse en perjuicio de los intereses de los propios representados, de forma que el Juez podría rechazar cualquier decisión que considerarse lesiva o injustificada tanto para los miembros del grupo como para los legitimados ausentes. De este modo, el control judicial sobre dichos actos dispositivos respondería también a la promoción de la eficacia y eficiencia del proceso⁵⁹.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ALMAGRO NOSETE, J., *Garantías constitucionales del proceso civil*, en "Para un proceso civil eficaz", Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982.

ALVARADO VELLOSO, A., *¿Hacia una justicia eficiente?*, en "El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango", (coord. J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar y P. Calderón Cuadrado), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

AMRANI MEKKI, S., *Garantías frente a eficiencia. ¿Es lo racional siempre razonable?*, en "Justicia: garantías versus eficiencia?", (dir. F. Jiménez Conde y R. Bellido Penadés), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

ARMENTA DEU, T., "Acciones colectivas: reconocimiento, cosa juzgada y ejecución", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

ARMENTA DEU, T., *Introducción*, en "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)", (coord. T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

BAUR, Fritz, en "Liberalización y socialización del proceso civil", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, núms. 2 - 3.

BERIZONCE, R. O., "Nuevos principios procesales y su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales (influencias del Derecho internacional de los Derechos humanos)", *Anales*, núm. 42, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata, 2012.

BERZOSA FRANCOS, M^a V., "Principios del proceso", *Justicia*, 1992, núm. III.

BORTHWICK, A. E., "Principios formativos de los procesos", Mave Editor, Corrientes, 2005.

BUJOSA VADELL, L., "La posición del juez en los procesos colectivos", *Diario La Ley*, núm. 6379, de 15 de diciembre de 2005 (y vol. 2005 - 5).

⁵⁹ BUJOSA VADELL, L., "La posición del juez en los procesos colectivos", ob. cit., pág. 9 (edición digital).

CAPPELLETTI, M. y GARTH, Bryant, "El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos", Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

CARBALLO PIÑEIRO, L., " La tipicidad de las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español", *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3 - 4, 2007.

CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, en "Studi in onore di Redenti", t. II, Giuffrè, Milano, 1951.

CARRERAS LLANSANA, J., *Las fronteras del Juez*, en "Estudios de Derecho Procesal", (con M. Fenech), Bosch, Barcelona, 1962.

CORDÓN MORENO, F., "En torno a los poderes de dirección del Juez civil", *Revista de Derecho Privado*, vol. 63, 1979.

CUENA CASAS, M., *Defensa colectiva de los consumidores ante prácticas abusivas en préstamos hipotecarios. Propuestas de solución*, en "La acción judicial colectiva en España", ADICAE, diciembre de 2014.

FAIRÉN GUILLÉN, V., "El principio de autoridad del Juez en el proceso civil y sus límites", *Revista de Derecho Procesal*, 1951, núm. 2.

FERNÁNDEZ SEIJO J. M^a, "Lo que se sabe y lo que no se sabe: la prueba en los procedimientos que afectan a los consumidores", *Diario La Ley*, núm. 9236, de 11 de julio de 2018.

GIANNINI, Leandro, J., "La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos", Librería Editora Platense, La Plata, 2007.

GIDI, Antonio, "Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil", U.N.A.M., México, 2004.

GOLDSCHMIDT, J., "Problemas políticos y jurídicos del proceso penal", Bosch, Barcelona, 1935.

GONZÁLEZ GARCÍA, S., "El control de oficio, un ataque frontal al principio dispositivo del proceso civil: ¿Hacia un proceso especial de consumidores?", *Diario La Ley*, núm. 9100, 15 de diciembre de 2017.

GUMERATO RAMOS, G., *Poder del juez: activismo (= autoritarismo) o garantismo (= libertad) en el Proyecto de nuevo CPC de Brasil*, en "El Derecho Procesal español del siglo XX a golpe de tango", (coord. J.L. Gómez Colomer, S. Barona Vilar y P. Calderón Cuadrado), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *Acciones colectivas: pretensiones y legitimación*, en "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)", (coord. T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Acciones colectivas y ejercicio de facultades dispositivas*, en "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)", (coord. T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

LORCA NAVARRETE, A. M^a, "Litigación civil", Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2016.

MARCUS, R., "Revolution v. evolution in class action reform", *North Carolina Law Review*, (N.C.L.) 96, 903, (2018).

MORELLO, A. M., "El proceso civil colectivo", *Themis: Revista de Derecho*, núm. 30, 1994.

NEIRA PENA, A. M^a, "Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos", *Revista Ius et Praxis*, núm. 1, 2019.

NIEVA FENOLL, J., *La actuación de oficio del juez nacional europeo*, en "Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los Tribunales", (dir. F. Jiménez Conde), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ORTEGO PÉREZ, F., *Las acciones colectivas en la Ley de Enjuiciamiento Civil: propuestas de lege ferenda*, en "Acciones colectivas (cuestiones actuales y perspectiva de futuro)", (coord. T. Armenta Deu y S. Pereira Puigvert), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.

ORTELLS RAMOS, M., "Derecho Procesal Civil", 16^a ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

ORTELLS RAMOS, M., "Tratamiento de litigios masivos. A propósito de la litigiosidad por la OPS de Bankia", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 38, 2016.

PELLEGRINI GRINOVER, A., *Direito processual coletivo*, en "Processo coletivo. Do surgimento à atualidade", (AA.VV.), Revista dos Tribunais, Ed. Thomson Reuters, Sao Paulo, 2014.

PICÓ I JUNOY, J., "El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", *Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, vol. VI, núm. 1, 2012.

PICÓ i JUNOY, J., "Ideología y proceso... *in medio virtus*", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2016, núm. 2.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Liberalización y socialización del proceso civil (Las facultades del Juez en la legislación y en la realidad procesales)", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1972, núms. 2-3.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "El proceso civil y su futuro", en *Cuadernos Procesales*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), núms. 17 - 18, 2002. También

publicado en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 56, 2003.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "El proceso de acciones colectivas (necesidad de su implantación en España)", *Actualidad Civil*, núm. 16/2011.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Iniciativas probatorias del Juez en el proceso civil", *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, 2009, núms. 1 - 2.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Los principios del proceso civil", *Justicia*, 1993, núm. IV.

VIGORITI, V., "Interessi collettivi e proceso. La legittimazione ad agire", Ed. Giuffré, Milano, 1979.