

CAPÍTULO SÉPTIMO LITISPENDENCIA

I. Dos tipos de litispendencia	115
II. Acciones colectivas idénticas	115
III. Acción colectiva y acciones individuales correspondientes . .	117

CAPÍTULO SÉPTIMO

LITISPENDENCIA

I. DOS TIPOS DE LITISPENDENCIA

Un concepto esencial para entender el sistema brasileño de la acción colectiva es la regla de litispendencia, que demuestra la importancia que el legislador brasileño otorga al derecho de los miembros del grupo para proponer una demanda individual. Dos clases de litispendencia pueden encontrarse en el litigio de la acción colectiva: la litispendencia entre dos acciones colectivas idénticas y la llamada “litispendencia” entre una acción colectiva y una acción individual correlativa.

II. ACCIONES COLECTIVAS IDÉNTICAS

El primer tipo es la verdadera litispendencia. Ocurre cuando un grupo exige un proveimiento colectivo idéntico en dos o más acciones colectivas, que se basan en la misma causa de pedir.²⁸² Las leyes brasileñas de la acción colectiva no previeron este tipo de litispendencia, porque el legislador creyó que la regla convencional del litigio individual ya había establecido una solución adecuada al problema. En consecuencia, un juez debe aplicar la regla tradicional del derecho civil (*civil law*) de las acciones individuales, o sea que la primera acción propuesta tiene primacía y procederá, y todas las otras deben ser rechazadas. Al contrario de lo que ocurre en el sistema de *common law*, los jueces del derecho civil automáticamente aplican esta regla —tal como en la mayoría de las reglas procesales del sistema— sin considerar hechos que puedan estar relacionados y sin ninguna discrecionalidad para el juez.²⁸³

282 Que estas acciones pueden ser promovidas por diferentes representantes es irrelevante a la caracterización de litispendencia. Lo que es importante es que el derecho y el grupo representado en el tribunal sean los mismos en ambas acciones (triple identidad de sujetos, causa de pedir y pedido).

283 En contraste, en un sistema de *common law* “cada juez tiene discrecionalidad para suspender los procedimientos ante él, si considera al otro juez más adecuado para resolver la controversia”. Frie-

Este enfoque recompensa al que presenta la acción antes en el tribunal, pero puede no ser la solución más apropiada para la protección de los intereses de los miembros ausentes. De acuerdo con las estrictas reglas en el derecho civil, la demanda determina la pretensión deducida y restringe el objeto del proceso: el tribunal no puede decidir más allá de las reclamaciones presentadas en las peticiones.²⁸⁴ Puesto que las reglas brasileñas del procedimiento son extremadamente restrictivas para modificar la demanda (*amendment of pleadings*),²⁸⁵ los miembros ausentes pueden ser perjudicados si la primera acción no está correctamente solicitada o si el grupo no está tan bien representado como en la segunda acción.

Las reglas tradicionales del derecho civil sobre litispendencia deben adaptarse en interés de los miembros ausentes. La mejor solución sería crear un mecanismo flexible para unir las acciones, escoger la acción co-

dential *et al.*, *Civil Procedure*, 1999, pp. 194 y 195. La misma regla se aplica en Inglaterra, a menos que el problema caiga bajo las Convenciones de Bruselas o Lugano, en cuyo caso el primero en tiempo prevalece excluyendo otras jurisdicciones. Véase Andrews, Neil, *Principles of Civil Procedure*, 1994, pp. 103-105 (advierte que “solamente la acción que es primeramente comenzada es efectiva”).

²⁸⁴ Véase Código de Proceso Civil brasileño, artículos 460 y 128 (establece que el juez decidirá la controversia dentro de los límites establecidos por el actor o por el contrademandante y que el tribunal tiene prohibido conceder un proveimiento diferente o una cantidad más alta de la que fue exigida). Esta prohibición de decisión *extra petita* y *ultra petita* en las sentencias es desconocida en el procedimiento norteamericano, pero es la regla general en todos los países de derecho civil. Véase la ZPO alemana, 308(1) (que dice que “el juez no está facultado para conceder en la sentencia a una de las partes nada que no se haya demandado”). El Código de Procedimientos Civiles francés, artículos 4o. y 5o. (establece que “el objeto del litigio está determinado por las demandas de las partes” y que “el juez se pronunciará sobre todo lo que es demandado y solamente sobre lo que es demandado”); el Código de Procedimientos Civiles italiano, artículo 112 (“El juez debe pronunciarse sobre todo lo demandado, no más allá de los límites de la demanda”). Esta es la regla tradicional con pedigrí en el derecho romano. Véase Wenger, Leopold, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, 1986, p. 207 (nota que “el contenido de la sentencia está determinado por la formulación de la controversia sometida por las partes al juez en sus demandas”).

²⁸⁵ Véase Código de Proceso Civil brasileño, artículos 264 y 294 (establece que el actor puede libremente añadir reclamaciones o cambiar la causa de pedir antes del emplazamiento. Después que el demandado es notificado, cualquier reforma es permitida solamente con el permiso discrecional del demandado. No hay posibilidad de reforma una vez que la etapa de los escritos ha terminado).

Estas reglas restrictivas tienen una razón en la estructura del procedimiento del derecho civil. Como no hay una fase previa a la audiencia (*pretrial*) en los sistemas de derecho civil, la audiencia final (*trial*) inicia justamente después que la etapa de los escritos (*pleadings*) ha concluido y el tribunal reúne pruebas “en abonos” (*in installments*) hasta la sentencia final. En consecuencia, cambiar la demanda o la causa de pedir durante la fase de instrucción es comparable a cambiarla durante la audiencia final (*trial*) en el procedimiento del *common law*. No hay razón, sin embargo, para que los sistemas de derecho civil sean tan restrictivos y nieguen discrecionalidad judicial para permitir el cambio de la demanda en ausencia de un perjuicio a las partes. Por estos motivos, el enfoque del derecho civil de la cosa juzgada no es tan restrictivo como el del *common law*; el actor puede presentar la demanda que descuidó en una acción posterior.

lectiva con el objeto más amplio, permitir al representante de una acción colectiva que intervenga en la otra y añadir una nueva pretensión si es necesario, o una combinación de ellas.²⁸⁶

III. ACCIÓN COLECTIVA Y ACCIONES INDIVIDUALES CORRESPONDIENTES

El segundo tipo de “litispendencia” surge cuando una acción colectiva es iniciada sobre la misma situación de hecho de una acción individual correlativa. Como ya fue expuesto, hay casos en los que una acción colectiva se dirige al mismo conflicto que las acciones individuales presentadas por los miembros del grupo.²⁸⁷ Esta situación puede describirse mejor como una acción colectiva que contiene (*overlap*) una acción individual, más que un caso real de litispendencia. Sin embargo, analizando la situación como una “litispendencia parcial” puede ser útil si se considera que, en la práctica, la acción individual está absorbida por la colectiva.

Un ejemplo puede ser una acción colectiva contra un anuncio publicitario engañoso y una acción individual presentada por un consumidor que exige daños basado en el mismo anuncio. El artículo 104 del Código del Consumidor brasileño establece la regla general de que una acción individual presentada por un miembro del grupo siempre tendrá primacía sobre la acción colectiva. Más específicamente, si un miembro del grupo desea proteger su derecho individual a través de una acción individual puede hacerlo sin importar que exista o qué solución pueda tener una acción colectiva.²⁸⁸

Sin embargo, si el demandado notifica al actor en la acción individual de la existencia de una acción colectiva correspondiente que está pendiente de resolución, el miembro del grupo debe decidir en 30 días si per-

286 Un enfoque semejante sería particularmente útil en el contexto norteamericano, al cual le faltan mecanismos formales para consolidar o dar prioridad a acciones colectivas propuestas en forma simultánea en tribunales estatales y federales. Esta es una práctica de peligrosas consecuencias. Véase Silberman, Linda, “The Vicissitudes of the American Class Action with a Comparative Eye”, *Tulane J. of Int'l & Comp. Law*, núm. 7, 1999, pp. 201, 215 y 216.

287 *Vid. supra*, capítulo quinto, sección IV.3, “Derechos individuales homogéneos”.

288 Véase Código del Consumidor brasileño, artículo 104, traducido *infra*, capítulo décimo, sección I. Esta regla puede ser una imposición de la Constitución brasileña, la que garantiza el acceso a la justicia. Véase Constitución brasileña, artículo 5o., XXXV (establece que “la ley no puede excluir de la apreciación judicial el daño o amenaza a cualquier derecho”). Véase también Constitución de los Estados Unidos, enmienda I (que establece que “el Congreso no hará ley... limitando el derecho del pueblo... para pedir al gobierno la reparación de agravios”).

siste en la acción individual o si solicita una suspensión del procedimiento individual. Si el miembro del grupo continúa con la acción individual ya no puede salir beneficiado en una posible sentencia favorable en la acción colectiva. Si el actor individual solicita suspensión de su procedimiento individual, saldrá beneficiado con una sentencia favorable con efectos de cosa juzgada, pero no estará obligado por una sentencia desfavorable de la acción colectiva. El miembro del grupo es generalmente bien aconsejado para adoptar esta última opción, porque si fracasa la acción colectiva éste puede aún proceder con su acción individual que estaba suspendida.

El enfoque brasileño contrasta con la práctica de la transacción en las acciones colectivas norteamericanas, las que pueden tener primacía y absorber a las acciones individuales de los miembros ausentes del grupo.²⁸⁹

289 Véase Silberman, Linda, “The Vicissitudes of the American Class Action With a Comparative Eye”, *Tulane J. of Int'l & Comp. Law*, núm. 7, 1999, pp. 201 y 202 (opina que “sin embargo, más recientemente, la colectivización (*aggregation*) en los Estados Unidos ha tenido el efecto de restringir a los individuos el poder de comenzar su propio litigio, con objeto (a menudo se dice) de estimular el acceso a la justicia”); Burbank, Stephen y Silberman, Linda, “Civil Procedure Reform in Comparative Context: The United States of America”, *Am. J. Comp. L.*, núm. 45, 1997, pp. 675, 685 y 686 (¿estarán siendo usadas las “acciones colectivas de transacciones” (*settlement class actions*) para privar de poder a los individuos más que para darles más poder?).