



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Deficiencias y propuestas de mejora del sistema español de acciones colectivas: análisis a la luz del Derecho comparado

Autor:

Samuel Fau Sánchez

Director:

Alberto Lafuente Torralba



ÍNDICE

1. Resumen y palabras clave	3
2. Consideraciones previas	5
3. Introducción	8
4. La legitimación	12
5. El proceso civil y la acción colectiva: llamamientos e intervención	16
6. La constitución de la parte demandante	18
7. La sentencia del proceso colectivo	20
7.1 Ámbito subjetivo de la cosa juzgada	20
7.2 El importe de la condena	24
7.3 Publicidad de la sentencia	25
8. Financiación de las acciones colectivas	26
9. Las ADR y la intervención de las administraciones públicas	28
10. Visión comparada	30
10.1 Estados Unidos	30
10.2 Brasil	36
10.3 Alemania	39
10.4 Países Bajos	42
11. Conclusiones	45
12. Bibliografía	46

1. RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

Resumen: El Estado del bienestar ha traído consigo la masificación de las relaciones jurídicas entre grandes empresas por un lado, y consumidores y usuarios por otro. Estas relaciones se repiten día a día y todas ellas tienen a menudo las mismas características, de manera que es habitual encontrar que, cuando se produce un hecho dañino hacia los particulares, todos los miembros del grupo son afectados de la misma forma. Prácticamente todos los países de nuestro entorno han pretendido incorporar (con más o menos acierto) normativas tendentes a proteger a los consumidores y usuarios en el marco de estas relaciones. Pero esta protección no será operativa si no se incorporan al mismo tiempo mecanismos procesales que permitan a los particulares ver defendidos sus derechos de forma ágil, eficaz y eficiente.

En este trabajo se analiza la regulación española de tutela colectiva de intereses de consumidores y usuarios, así como algunas instituciones propias de otros ordenamientos jurídicos. Se intenta a través de dicho análisis resaltar algunos problemas de nuestra regulación y señalar posibles soluciones a los mismos planteadas por autores nacionales o extranjeros, o ya existentes en otros ordenamientos de nuestro entorno.

Palabras clave: Acción colectiva, intereses supraindividuales, legitimación, cosa juzgada, autoinclusión voluntaria, autoexclusión voluntaria, consumidores y usuarios, proceso colectivo.

Abstract: The welfare state has introduced the massification of relationships between big companies and customers. This kind of relationships take place every single day and they are quite similar, so we often find that the damages or losses suffered by the customers are almost the same. Almost all our neighbouring countries have tried to introduce (someones better than others) rules in order to protect customers in their relationships with companies. But these rules won't be operational if there aren't specific ways to properly protect the rights of private citizens.

In this paper I tried to analyze spanish regulation for customers and users, as well some of the most notorious institutions in other countries about this subjetc. I tried to highlight some of our actual regulation troubles and to point some possibles solutions to them. Some of them are contemplated by national and international writers or already exists on our neighbouring countries.

Keywords: Class action, collective interests, legitimation, res judicata, opt-in, opt-out, customers and users, collective trial.

2. CONSIDERACIONES PREVIAS

Justificación del tema

Hoy en día es casi imposible encontrar un contrato de consumo singular. El Estado del bienestar y la sociedad de consumo han hecho que las formas de contratación evolucionen notablemente con respecto a otras épocas. La contratación en masa, las condiciones generales de contratación y los contratos de adhesión son el reflejo de las nuevas relaciones jurídico-económicas, que tienen un marcado carácter colectivo. Estas relaciones son muy similares entre sí desde el punto de vista fáctico y jurídico, y a menudo ocurre que las diferencias individuales entre ellas son sólo cuantitativas o anecdóticas, cuando no absolutamente irrelevantes.

Como señala ORTELLS¹, hemos pasado de un estadio en el que predominaban las relaciones jurídicas singularizadas y aisladas entre sí, hacia otro caracterizado por el predominio de las relaciones jurídicas masivas, de situaciones jurídicas que afectan a conjuntos más o menos amplios de personas.

Según DÍEZ PICAZO², esta masificación social se caracteriza por el gran número de individuos que participan en ella, que muy a menudo lo hacen de forma transitoria o esporádica, y la enorme despersonalización de las relaciones generadas como consecuencia del gran número de participantes y de la fugacidad de esas relaciones. Podemos encontrar efectos de este fenómeno tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual del derecho procesal civil.

En este marco socioeconómico, es necesario indagar en los mecanismos procesales que mejor garanticen una tutela jurisdiccional eficaz y eficiente, capaz de adaptarse a las particularidades de las relaciones colectivas propias del nuevo contexto social.

Estado de la cuestión

Los ordenamientos jurídicos propios de los Estados occidentales han reaccionado con más o menos intensidad a este fenómeno, con el objetivo de garantizar una tutela judicial que fuese al mismo tiempo ágil y efectiva. En el ámbito civil, bajo el paradigma de la eficiencia, se han buscado diferentes instituciones procesales que, yendo más allá

¹ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección." En *Ius et Praxis*, Año 17 N°2, 2011, pp 419-482.

² DÍEZ PICAZO, L. *Derecho y masificación social*. Tecnología y Derecho Privado. Civitas. Madrid, 1979, pág 25.

de herramientas clásicas como la sustitución o acumulación procesal, permitan satisfacer las pretensiones de una pluralidad de individuos en un único proceso. Se han buscado formas de tutela colectiva que, a través de un único proceso, permitan resolver una controversia que afecta a un conjunto de personas. Las *class actions* estadounidenses (en la *Rule 23* de las *Federal Rules of Civil Procedure*) son tal vez el mecanismo más conocido a este respecto.

En España, la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil no recoge un genuino proceso especial para este tipo de controversias colectivas, pero contiene una veintena de preceptos que son aplicables a los procesos en que se ejercitan acciones colectivas.

La falta de sistematicidad de esta regulación y los silencios de la LEC acerca de cuestiones puntuales han generado problemas prácticos de diversa índole a la hora de defender intereses colectivos en el proceso civil (señalados por autores como ORTELLS, MONTESINOS, LAFUENTE...)³. Estos problemas que deben ser solventados para asegurar la tutela judicial efectiva que garantiza nuestra Constitución y para dotar a las herramientas de tutela colectiva de la suficiente eficiencia, agilidad y rigor para que su uso tenga sentido en el marco de las relaciones entre particulares y empresas.

Objetivos

Este trabajo pretende analizar, desde la óptica civil, los medios jurisdiccionales más adecuados para resolver las controversias propias del nuevo marco socioeconómico. Está centrado en las acciones colectivas y trata de poner de relieve los principales problemas de esta regulación en nuestro ordenamiento jurídico, y algunas posibles opciones de mejora ateniendo a la regulación propuesta por países de nuestro entorno jurídico.

³ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos..." cit p 5 2. MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas de ADR." en *Redur*. 2014, pp 87-112. LAFUENTE TORRALBA, JA. "¿Es nuestro sistema de acciones colectivas una herramienta eficaz frente a los abusos en la contratación bancaria? Reflexiones al hilo de la "macrodemanda" contra la cláusula suelo". En *Vivienda, Préstamo y Ejecución*, 2016, pp 857 y ss.

Metodología aplicada

Para la realización del trabajo he analizado los textos de diversos autores europeos y americanos. He buscado un enfoque comparado que permita contrastar distintas regulaciones, así como algunos pronunciamientos judiciales de algunos casos especialmente representativos en cuestiones concretas.

Para la primera parte del trabajo he empleado distintos textos académicos que analizan la regulación española, procurando contrastarlos y trabajarlos de forma conjunta. Algunos de estos textos me han servido también como aproximación a las instituciones de tutela colectiva de otros países, pues es frecuente encontrar breves referencias a los sistemas de nuestros países vecinos.

Para el análisis del derecho brasileño he empleado fundamentalmente la obra del profesor GIDI, y para el de las *class actions* estadounidenses me he basado sobre todo en la monografía del profesor LÓPEZ SÁNCHEZ. Con respecto a los sistemas de Alemania y de los Países Bajos he buscado información en artículos de autores procedentes de esos países y también referencias de autores españoles que han estudiado estos sistemas.

He procurado trabajar todo ello sin perder de vista que el punto de referencia es el sistema procesal español, su problemática específica y las opciones de mejora de la tutela colectiva.

3. INTRODUCCIÓN

En este marco de masificación de las relaciones jurídicas, es muy habitual que las partes susceptibles de entrar en conflicto sean, de un lado, un empresario que dirige su producto o servicio al mercado en unas condiciones *standard* poco negociadas y que tiene por destinatario la categoría abstracta de "consumidor" (a menudo, con condiciones generales de contratación), y de otro lado el particular que adquiere el producto o el servicio en cuestión.

Este tipo de relaciones se repiten, dentro de nuestro modelo de consumo, a gran escala e incontables veces al día, y no es por ello inusual que surjan desavenencias entre las partes cuando una de ellas (muy a menudo, el consumidor) considera que su contraparte no ha cumplido con sus obligaciones contractuales. También puede ocurrir que en el contexto de estas relaciones se generen daños extracontractuales como consecuencia de supuestos vicios presentes en el bien adquirido o de una prestación defectuosa del servicio contratado. Y como señala MONTESINOS⁴, el hecho de que los mercados de consumo crezcan cada vez más y sean de carácter transfronterizo implica que un elevado número de consumidores puede verse perjudicado por la misma infracción, convirtiéndose en víctimas de prácticas idénticas por parte de un mismo operador de mercado.

Sin embargo estas controversias no siempre son sometidas a la decisión de órganos judiciales, de forma que la efectividad real de los derechos de los consumidores puede verse comprometida. La razón de que estos derechos no se defiendan con el rigor necesario se debe, según GASCÓN⁵, a la enorme desigualdad de las partes fuera del proceso: un consumidor, normalmente poco familiarizado con el mundo jurisdiccional y sin grandes recursos, frente a un empresario provisto a menudo de servicios jurídicos y mucha más capacidad para litigar. Este desequilibrio de posiciones hace que nuestro ordenamiento contenga abundante normativa de protección al consumidor, incentivada a menudo por Directivas y Recomendaciones europeas. El mismo autor pone de relieve otro hecho que dificulta el planteamiento de litigios por parte de los consumidores: la escasa cuantía económica de la mayoría de litigios en materia de consumo. Es decir, no tiene sentido, desde el punto de vista de la eficiencia individual, el planteamiento de una

⁴ MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea...", cit., p 2.

⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F. "La protección de los consumidores en el proceso civil español." En la página web del *Institut André Tunc de la Université Paris I - Panthéon-Sorbonne* (2005), disponible en <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/texteINCHAUSTI.pdf>.

demanda civil porque no es en absoluto rentable. Únicamente lo tiene la acumulación cuantitativa de la pretensión indemnizatoria da sentido al ejercicio de la acción.

Pues bien, teniendo en cuenta la enorme cantidad de conflictos (de origen contractual o extracontractual) susceptibles de generarse en el marco de relaciones jurídicas que pueden considerarse similares o que, al menos, comparten elementos característicos determinantes, no es de extrañar que los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno hayan recogido figuras de tutela concretas que tiendan a compensar este desequilibrio extraprocesal de las partes para garantizar la efectiva tutela judicial. Por ejemplo, la agrupación de todas las demandas en un solo procedimiento colectivo, o incluso, como plantean ORTELLS, MONTESINOS Y LAFUENTE⁶ abrir la posibilidad de que una sola demanda que reúna elementos representativos de todas las demás actúe como "sonda" y sea determinante para el resto de los procesos (como ya se hace en otros Estados, siendo el más característico Alemania). El desarrollo de este tipo de figuras tiene como beneficio directo la reducción considerable de los costes del proceso para los particulares y para la administración y la garantía de cierta coherencia en las decisiones judiciales para supuestos esencialmente iguales. Pero además tiene beneficios indirectos como el desincentivar, por parte de algunos empresarios, prácticas comerciales abusivas o la comisión de pequeñas infracciones de forma masiva a sabiendas de que es muy improbable que un particular litigue contra ellos para obtener cantidades muy modestas (el "incumplimiento eficiente", conductas ilegales pero económicamente rentables y por lo tanto deseables desde la óptica de la eficiencia).

Queda así justificada la necesidad de estudiar y mejorar el régimen de las acciones colectivas en nuestro sistema, enfocándolo a la protección de la parte débil en las relaciones las relaciones jurídico-económicas masivas: los consumidores y usuarios. Ésa es la perspectiva que asume nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya regulación tengo intención de analizar y de comparar con la de países de nuestro entorno jurídico.

Una figura clave para la defensa de este tipo de intereses es la acción colectiva, que ha sido definida por la Comisión Europea en su Comunicación *"Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo"* COM (2013) 401 final, de 11 de junio de 2013

⁶ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos..." cit., p 5. MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea..." cit., p 3. LAFUENTE TORRALBA, AJ. "¿Es nuestro sistema de acciones colectivas..." cit., p 9.

como un *“mecanismo procesal que, por motivos de economía procesal y/o eficacia ejecutoria permite la agrupación de numerosas pretensiones jurídicas similares en una única demanda, de modo que facilita el acceso a la justicia, especialmente en los casos donde los perjuicios individuales son tan limitados que los demandados potenciales podrían considerar superfluo interponer una acción”*. Más detenidamente, la Comisión Europea señala la posibilidad de que la acción colectiva tenga por objeto o bien la cesación de un comportamiento ilegal o bien la indemnización de forma colectiva, siempre mediando la intervención de una entidad capacitada para entablar una acción de representación del colectivo perjudicado. No obstante, es importante señalar que a nivel europeo se ha regulado con más intensidad la acción de cesación (importancia de la Directiva 2009/22/CE, que ha garantizado cierta uniformidad en la regulación de los Estados Miembros) que la acción de reclamación colectiva de indemnización, pues esta última no ha sido introducida en todos los Estados Miembros, y en aquellos en los que ha sido introducida el régimen varía de forma significativa.

De cualquier manera, como apunta BRIGITTE HAAR⁷, la Comisión Europea se ha pronunciado a favor de establecer unos principios para la tutela de consumidores y usuarios que, sin tener una vocación armonizadora, cumplan tres objetivos: facilitar el acceso a la justicia, detener prácticas ilegales por parte de las empresas y crear mecanismos que permitan a las víctimas de daños en masa obtener compensación.

Una buena definición de acción colectiva, sencilla, concreta y adaptada a nuestra regulación jurídica, la ofrece MONTESINOS: *“cuando un determinado o indeterminado número de personas sufre perjuicios derivados de una misma infracción cometida por un mismo agente, sus demandas pueden agruparse en un único procedimiento colectivo, siendo asimismo posible que un órgano o entidad representativa actúe en nombre del interés general e interponga una sola demanda, lo que simplificará enormemente el proceso y reducirá los gastos”*.

La voluntad del legislador español de proteger de forma colectiva los derechos de los consumidores ha cristalizado en diferentes acciones colectivas típicas, procesos y derechos concretos recogidos en numerosas normas positivas especiales⁸ de entre las que cabe destacar la acción de cesación, dirigida a compeler al demandado a cesar en

⁷ HAAR, B. "Investor protection through model case procedures - implementing collective goals and individual rights under the 2012 Amendment of the German Capital Markets Model Case Act (KapMuG)." En *CFS Working Paper* n°2013/21. pp 17 y ss.

⁸ Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.

una conducta y prohibir su futura realización (pero no a inhibir una conducta ilícita que aun no se ha producido, aunque previsiblemente vaya a tener lugar).

No obstante este trabajo se va a centrar en el análisis de las acciones colectivas "atípicas", aquellas que no están nominadas en la legislación positiva pero que responden a la defensa de una multitud homogénea de intereses perjudicados y que pueden ser defendidos de forma colectiva a través de cauces determinados por la legislación procesal.

En el plano procesal, la LOPJ de 1985 (influida por la LGDCU del año anterior) marca ya un punto de inflexión señalando la necesidad de proteger los derechos e intereses legítimos tanto en el plano individual como en el colectivo, pero es la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil la que regula por primera vez y e forma operativa el ejercicio procesal de acciones dirigidas a obtener una tutela de intereses supraindividuales. Su regulación es, de acuerdo con la práctica unanimidad de la doctrina (LAFUENTE, FERRERES, GASCÓN...⁹) un avance muy significativo en instrumentos para la tutela de intereses de grupo. Pese a no haber diseñado un proceso especial propio para este tipo de acciones, contiene una serie de preceptos (de llamativa dispersión, pues se ubican en los artículos 6, 11, 15, 16, 217, 221, 222 249, 250, 256.6 y 519 de la norma) directamente aplicables a este tipo de acciones.

⁹ LAFUENTE TORRALBA, AJ. "¿Es nuestro sistema de acciones colectivas..." cit., p 2. FERRERES COMELLA, A. "Las acciones de clase ("Class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil". En *Actualidad Jurídica Uriá y Menéndez* 2005. pp 38-48. GASCÓN INCHAUSTI, F. "La protección de los consumidores..." cit., p 2.

4. LA LEGITIMACIÓN

Una de las cuestiones más relevantes en lo referente a las acciones colectivas es la legitimación.

Tenemos que partir de la idea de que el proceso civil está presidido por el principio de justicia rogada, en el que cada individuo defiende autónomamente sus propios intereses. La titularidad de un derecho, señala ORTELLS¹⁰, se asocia a la posibilidad de solicitar su tutela ante los tribunales, debiendo ser el interesado quien a título individual pretende la reparación de un derecho o interés lesionado. Pero, ¿cómo aplicar esta regla cuando la parte demandante está compuesta por una pluralidad enorme (a veces incluso indeterminada) de intereses? En la doctrina es unánime la exigencia de representatividad de la parte demandante. La Comisión europea considera que este tipo de acciones colectivas sólo deben poder ser interpuestas por entidades previamente designadas oficialmente o acreditadas *ad hoc* por las autoridades de un Estado Miembro, de modo que, como indica OTERO¹¹, debe existir un control manifiesto sobre quiénes pueden presentar tales demandas.

Sin embargo, veremos cómo existen diferentes formas de hacer operativo este requisito: en algunos Estados miembros esta capacidad se atribuye a las autoridades públicas, en otros a las asociaciones de consumidores y usuarios, en otros a personas físicas y jurídicas, y en ocasiones se dan combinaciones entre las distintas opciones.

En primer lugar, para las denominadas "acciones colectivas típicas" (recogidas en normas especiales) existe un núcleo común de legitimados que varía en función del texto legal, y que en España suele incluir al Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de Comunidades Autónomas, las asociaciones legalmente constituidas, el Ministerio Fiscal o las entidades de otros Estados Miembros de la Unión Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el DOUE.

Pero de especial interés resultan las acciones colectivas "atípicas", que quedan fuera del catálogo de acciones colectivas tipificadas y que se presentan siempre que exista una

¹⁰ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos..." cit., p 56.

¹¹ OTERO CRESPO, M. "Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?" En *Boletín CeDe UsC*. 2013, p 4 y ss.

lesión (potencial o actual) de los derechos o intereses de los consumidores, y resulte admisible, desde un punto de vista procesal, solicitar tutela de forma unitaria, existiendo mecanismos de atribución de legitimación colectiva o representativa.

Para la defensa de estos intereses, el artículo 11.1 LEC deja a salvo la legitimación individual de los propios perjudicados y la de las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas, pudiendo estas últimas defender los intereses de sus asociados y de la propia asociación, y también los intereses generales de los consumidores y usuarios. La legalidad en la constitución de las asociaciones los determina la LGDCU y son 3: que se constituyan con arreglo a la Ley de Asociaciones, que tengan como finalidad la defensa de los intereses de los consumidores y que su organización y funcionamiento sean democráticos. Además se exige su inscripción en el libro-registro del Ministerio de Sanidad y Consumo. Esta inscripción tendría en principio un efecto muy limitante en lo referente a legitimación para incoar acciones colectivas. Sin embargo, en la práctica esta limitación ha sido excluida en algunas ocasiones por los tribunales (por ejemplo, en la Sentencia de 11 de septiembre de 2001 (autos 485/2000) del Juzgado de Primera Instancia nº50 de Madrid, que desestima una excepción por falta de legitimación activa que se había planteado debido a la ausencia de esta inscripción).

Existe cierta polémica con respecto a este último requisito; su exclusión por parte de algunos tribunales se ha producido de forma inconstante, exigiéndose en algunos casos y en otros no (sirva como ejemplo el caso de la asociación AUSBANC, a la que se negó la legitimación en el marco de varios procesos colectivos pendientes por ser expulsada del registro a causa de una infracción administrativa, decisión reflejada en la Sentencia de 15 de febrero de 2011, el Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Badajoz). En la práctica, este requisito carece de relevancia real y puede suponer una traba para el acceso a la tutela colectiva, cuando una cuestión puramente administrativa tiene tal incidencia en la efectividad del acceso a la justicia.

En ese sentido se pronuncia GUTIÉRREZ DE CABIEDES¹², quien sostiene que los únicos parámetros que deben definir la legitimación de una asociación son dos: en primer lugar la válida constitución conforme a la Ley (pues ésta determina propiamente la capacidad para ser parte) y en segundo lugar la afección de los intereses de

¹² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *Comentarios a las Normas de Protección de Consumidores*. Dir: Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2011.

consumidores y usuarios, cuya protección se encuentra entre los fines de la asociación (que concierne propiamente a la legitimación).

De esta forma, plantea el autor, no tiene cabida exigir requisitos "extra" como el de la inscripción reglamentariamente establecida porque la propia naturaleza de la legitimación de las asociaciones no lo exige. Pero además, robustece su argumentación apelando a la salvaguarda de los derechos fundamentales de los artículos 24.1 CE (entendiendo esta legitimación como una exigencia de tutela judicial efectiva) y al 22 CE y la Ley de Asociaciones de 2002, donde no se exige una autorización previa para ejercer el derecho de la asociación. Finalmente, cita otras normas de la legislación mercantil sectorial que definen la legitimación de asociaciones de consumidores y usuarios en las que no se exigen inscripciones u otros requisitos administrativos.

Por otra parte, no todos los intereses supraindividuales reciben exactamente el mismo tratamiento. Teniendo en cuenta que un hecho dañoso puede afectar a una pluralidad de individuos, la Ley diferencia a los grupos de afectados en función de si es posible determinar individualmente a sus componentes o no. El artículo 11 de la LEC distingue entre intereses colectivos (11.2), referidos a un grupo de afectados determinado o fácilmente determinable e intereses difusos (11.3) cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación.

En el primer caso, la LEC legitima para defender a los titulares de intereses colectivos a tres sujetos:

- 1.- Las asociaciones de consumidores y usuarios
- 2.- Las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores
- 3.- Los propios grupos de afectados.

En el segundo caso, para la defensa de intereses difusos la legitimación se reconoce exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que conforme a la Ley sean representativas. Esta restricción tiene su fundamento en la necesidad de garantizar que quien represente a un número indeterminado de sujetos ostente una representatividad legal amplia. Pese a que la Ley no ofrece un criterio para determinar esa representatividad, existen a nivel doctrinal argumentaciones bastante sólidas que se apoyan en otras regulaciones positivas de nuestro ordenamiento (por ejemplo, los

criterios fijados por el artículo 6.2 del RD 825/1990, para otorgar representación a las asociaciones en el Consejo de consumidores y usuarios).

Esta clasificación de los intereses supraindividuales no es la misma que se emplea en todos los países a la hora de regular la tutela colectiva, y en ocasiones puede resultar algo confusa.

El concepto de intereses difusos en España engloba los intereses supraindividuales en sentido estricto, en los que los intereses de los particulares perjudicados se encuentran indisolublemente unidos (por ejemplo, una publicidad engañosa dirigida al mercado de consumidores afecta a todos los participantes en dicho mercado, y la cesación de la misma beneficia a todos al mismo tiempo), pero al mismo tiempo se refiere a los intereses de titularidad individual (por ejemplo, los daños causados por un producto) cuando el conjunto de los perjudicados es indeterminado. De esta manera, se incluyen aquí una serie de intereses que pese a no ser colectivos por naturaleza, pues su titularidad es individual y su tutela también podría ejercerse de forma individual, se les da un tratamiento procesal conjunto, "colectivizándolos" con fundamento en su origen común y en las condiciones fácticas que les hacen susceptibles de recibir una tutela conjunta. Como señala LÓPEZ SÁNCHEZ¹³, no hay un interés verdaderamente colectivo si no una concurrencia de intereses, de forma que se viste de colectivo a lo colectivizado desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva.

El concepto de intereses colectivos en España abarca el conjunto de los intereses individuales que de nuevo se pueden tratar de forma colectiva cuando sus titulares están perfectamente determinados o es fácil determinarlos.

¹³ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011, pp 6 y ss.

5. EL PROCESO CIVIL Y LA ACCIÓN COLECTIVA: LLAMAMIENTOS E INTERVENCIÓN

Pese a que, como hemos comentado antes, no existe un proceso especial para el desarrollo de acciones colectivas, nuestra LEC regula una serie de especialidades que le son aplicables al proceso ordinario.

Una de las primeras cuestiones que se plantea es la determinación de los consumidores afectados por el hecho dañoso que fundamenta la acción. Así, teniendo en cuenta el desplazamiento de la legitimación que se produce en el ejercicio de las acciones colectivas (a menudo ejercitadas por asociaciones de consumidores) se hace imprescindible la creación de mecanismos que garanticen la notificación a los titulares de los derechos afectados de la existencia del procedimiento y que posibiliten, de una forma u otra, su participación en el proceso. Ese llamamiento, como apunta GIDI¹⁴, debe realizarse por medios de comunicación efectivos, siendo insuficiente la publicación en un boletín oficial (notificación ficticia) por su inadecuación a las formas de acceso a la información actuales. Dicho en otras palabras, los boletines oficiales no los lee casi nadie y no cumplen bien la función de informar a la población en general.

Este llamamiento está previsto en el artículo 15 de la LEC, que garantiza la difusión de la admisión de la demanda por los medios de comunicación.

Además, el mismo precepto prevé dos formas de intervención en el proceso de los consumidores o usuarios afectados, dependiendo de si el conjunto de éstos está determinado o es fácilmente determinable (una vez más por tanto, la regulación se divide para defender los intereses colectivos y los intereses difusos):

- En caso de intereses colectivos, determinados o fácilmente determinables, la parte demandante deberá haber notificado a los perjudicados su intención de demandar y éstos podrán intervenir en cualquier momento del proceso para realizar actos procesales que no hayan precluido.

- En el caso de intereses difusos, indeterminados o de difícil determinación, se prevé la posibilidad de suspensión con una duración de hasta dos meses para permitir la intervención de terceros perjudicados, sin que se prevea un sistema de notificación (lo cual es lógico, pues el propio precepto asume que el conjunto de perjudicados es

¹⁴ GIDI, A. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil*. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2004.

indeterminable o de difícil determinación) ni de comunicación de interposición de la demanda. Tras este plazo, no se permite otra intervención en el proceso.

De esta manera, la difusión de la admisión de la demanda por los medios de comunicación se realiza en todo caso, independientemente de que los intereses protegidos sean colectivos o difusos. En el caso de los intereses colectivos, además, cada uno de los miembros identificados ha sido notificado previamente de forma individual. Esta notificación les permite decidir con antelación si desean participar en el proceso, y prepararse para el mismo con antelación. En el caso de los intereses difusos, la citada notificación individual no puede realizarse porque se desconoce la identidad de los perjudicados. Por esa razón la Ley prevé la suspensión del proceso durante un máximo de dos meses, permitiendo que los consumidores y usuarios perjudicados tengan cierto margen de maniobra para tomar una decisión con respecto a su participación en el proceso y se puedan informar y prepararse para el mismo (esta necesidad de suspensión no se da en el caso de los intereses colectivos, pues los interesados han sido previamente notificados y ya han dispuesto del tiempo necesario para preparar su eventual intervención en el proceso).

Como mecanismo que garantice la existencia de una información accesible, señala MONTESINOS¹⁵, desde las instituciones europeas se defiende la creación de registros nacionales de acciones colectivas a los que pueda acceder cualquier persona interesada. Esta idea revela el énfasis del legislador europeo en prescindir de un sistema de demandas colectivas en el que los perjudicados no estén identificados antes del pronunciamiento de la sentencia. No obstante, esta pretensión es difícilmente alcanzable teniendo en cuenta que las acciones colectivas se dirigen a menudo a reclamar indemnizaciones por daños que afectan a una pluralidad indeterminada de individuos, y muchas veces resulta prácticamente imposible definir con exactitud la identidad de cada uno de ellos antes de que se dicte sentencia.

De esta forma, es posible acumular las acciones individuales a la colectiva, o incluso acumular dos o más procesos que se hayan incoado de forma separada. Para ello habrá que acudir al riguroso régimen general de la acumulación contemplado en los artículos 74 a 80 LEC y observar si se cumplen las condiciones en él exigidas.

6. LA CONSTITUCIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE

¹⁵ MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea..." cit., p 11.

Una decisión clave en la regulación de las acciones colectivas es el procedimiento para integrarse en la parte demandante y verse afectado por el contenido de la sentencia. Existen dos modelos de decisión, el de participación voluntaria (*opt-in*) y el de exclusión voluntaria (*opt-out*).

De acuerdo con el primero de ellos los afectados por el hecho dañoso que fundamenta la acción deben optar expresamente para adherirse a la acción colectiva. Así, el resultado de ésta sólo vinculará a quienes ejercitaron esta opción, de forma que la cosa juzgada no se extenderá al resto. Este modelo es seguido en Estados como Suecia o Italia.

Por el contrario, en el modelo de exclusión voluntaria el grupo se compone en principio de todos los eventuales afectados por el hecho dañoso, pero se permite que cada individuo opte expresamente por desvincularse del grupo para, si lo prefiere, defender su derecho individual de otra forma. A este modelo se adscriben Estados como Portugal o Países Bajos.

Cada uno de estos modelos, como señala MONTESINOS¹⁶, tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Los modelos de *opt-in*, defendidos por la Comisión Europea, son enormemente laboriosos y costosos para las asociaciones de consumidores, que se ven obligadas a identificar a todos los afectados para que el proceso colectivo pueda agregar numerosas acciones. Este problema no se da en un modelo de *opt-out*, pero la experiencia con este modelo es, para algunos autores, un incentivo para incoar un número muy elevado de procesos (Es una de las críticas que se le hace al sistema estadounidense de *class actions*).

En España, la falta de una regulación sistemática hace que no quede muy claro cuál es el sistema por el que el legislador ha optado. Este silencio legal ha sido criticado en la doctrina y ha generado algunas incoherencias en la aplicación jurisprudencial. Me referiré de forma concreta a nuestra regulación más adelante.

Es importante señalar que pese al esfuerzo del legislador para definir la parte demandante en los procesos colectivos, existe una preocupante ausencia de regulación en lo que se refiere a la constitución de la parte demandada. Es decir, supuestos en los cuales la conducta lesiva ha sido desarrollada por una pluralidad de empresas o

¹⁶ MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea..." cit., p 10.

profesionales de un determinado sector y sería conveniente aglutinar a los demandados en una única parte del mismo modo que se prevé para la constitución de la parte activa. LAFUENTE¹⁷ pone de relieve la problemática derivada del hecho de que en nuestro ordenamiento no estén reguladas las acciones colectivas pasivas (*defendant class actions*, previstas y utilizadas en el Derecho norteamericano). Con esta regulación lo que se consigue es que la parte demandante pudiese dirigirse contra un sólo demandado representativo del grupo, para que los efectos de la sentencia se extendiesen al resto, lo que supondría un *plus* de economía procesal (pese a la autonomía procesal que perdería la parte demandada) y agilizaría los macroprocesos cuya complejidad es en la práctica impeditiva de la tutela colectiva.

El fundamento de esta idea es la convergencia de intereses o puntos de vista de los distintos demandados. Consiste simplemente en aplicar el mismo principio de aglutinación que preside la constitución de la parte demandante, quien por cierto sufre también un sacrificio en términos de autonomía procesal.

¹⁷ LAFUENTE TORRALBA, AJ. "¿Es nuestro sistema de acciones colectivas..." cit., p 11.

7. LA SENTENCIA DEL PROCESO COLECTIVO

7.1 Ámbito subjetivo de la cosa juzgada

En el proceso civil clásico, en el que la parte legitimada para demandar es la titular del derecho vulnerado, la sentencia despliega sus efectos únicamente entre las partes que han litigado. Pero en el caso de los procesos colectivos, el desplazamiento de la legitimación para accionar representando los derechos de una pluralidad de titulares del derecho vulnerado hace necesaria la creación de mecanismos que extiendan los efectos de la sentencia a individuos que no necesariamente participaron activamente en el litigio.

Los países de nuestro entorno han optado por distintas regulaciones (unas más beneficiosas para los consumidores que otras) pero existe la idea común de que es necesario ampliar los efectos de la sentencia más allá de las partes que participaron en el proceso. Éste es uno de los elementos que hacen que los procesos colectivos tengan una relevancia social y económica tan grande, y justifica la necesidad de perfeccionarlos para que sean lo más garantistas posibles.

De nuestra regulación podemos extraer algunas ideas:

- En el caso de que se hubiesen personado consumidores y usuarios en el proceso, la sentencia se pronunciará sobre sus pretensiones, de acuerdo con el artículo 221.1.3ª de la LEC. Este precepto es, a juicio de GASCÓN¹⁸, redundante e innecesario pues se trata de una obligación que se desprende naturalmente del deber de exhaustividad y congruencia general de las sentencias.
- Si la sentencia tiene naturaleza condenatoria y es posible determinar a todos los afectados, éstos deberán ser identificados en la misma. En caso de que esto no sea posible, deberán explicitarse los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago (221.1.1ª LEC). Esta previsión debe ser complementada por lo dispuesto en el artículo 519 LEC, que establece que el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena, de manera que para que exista título ejecutivo será necesaria la sentencia estimatoria y el auto en el que se reconozca al solicitante como beneficiario de la misma.

¹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F. "La protección de los consumidores..." cit., p 28.

Como hemos señalado, un matiz importante del proceso colectivo con respecto al proceso civil clásico es el referido a la cosa juzgada, pues ya no afecta exclusivamente a las partes que participaron en el proceso. La naturaleza de las acciones colectivas exige extender su efecto a personas que no participaron en el proceso. Pero en ese caso, ¿qué ocurre con quienes no participaron en el proceso colectivo pero son titulares de un derecho vulnerado a título individual? ¿Podrán solicitar tutela jurisdiccional a los tribunales independientemente del proceso colectivo? ¿Deberán conformarse con el resultado del proceso colectivo sea cual sea éste? La respuesta a estas preguntas varía de un ordenamiento jurídico a otro y, como he indicado antes, existen básicamente dos modelos (*opt-in* y *opt-out*) En el caso español la respuesta es tajante: sostiene el artículo 222.3 LEC que: *La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley.* Esto quiere decir que una vez exista una sentencia en el proceso colectivo no podrán incoarse más procesos por consumidores que pretendan tutelas a título individual, lo cual garantiza coherencia en la decisión jurisdiccional y pretende impedir la existencia de sentencias incompatibles entre sí (este precepto sigue la máxima "mismas soluciones para los mismos problemas").

Los efectos del artículo 222.3 LEC podrían resultar chocantes desde una óptica civil clásica y estricta: ¿no es una locura permitir que una sentencia afecte a individuos que no han participado en el proceso? ¿No va eso en contra del principio dispositivo que rige el procedimiento civil y puede vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva? ¿Es legítimo impedir a alguien el ejercicio de un derecho subjetivo que el ordenamiento le reconoce con base en los actos procesales que ha realizado otra persona o colectivo?

La justificación de esta extensión de la cosa juzgada reside en la posibilidad de intervención de los afectados a título individual a través del procedimiento de llamamiento o suspensión que he señalado antes. Cobra por lo tanto enorme importancia el mecanismo de llamamiento de los perjudicados al proceso para que puedan ejercitar realmente este derecho y, de acuerdo con FERRERES¹⁹, esta previsión es acorde con las garantías constitucionales si se garantiza una buena representatividad, publicidad del proceso, y existe suficiente identidad fáctica entre los supuestos.

¹⁹ FERRERES COMELLA, A. "Las acciones de clase ("Class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil". cit., p 5.

De este modo, según MONTESINOS²⁰, nuestro sistema procesal para las acciones colectivas se asemeja más a un modelo de *opt-out* que a uno de *opt-in*, ya que la sentencia extiende sus efectos a todos los consumidores titulares del derecho afectado, hayan sido o no parte en el proceso. Para esta autora, resulta constitucionalmente necesaria la posibilidad de excluirse del proceso en el caso de que un particular no quiera verse afectado por el contenido de la sentencia. Para ello, pese a que la LEC no contempla expresamente ningún mecanismo de exclusión (como critica GONZÁLEZ CANO²¹), tanto MONTESINOS²² como GASCÓN²³ entienden que dicha exclusión será posible en base al artículo 15 de la LEC antes mencionado, de modo que los consumidores podrán responder al llamamiento legal desvinculándose del proceso colectivo.

En el mismo sentido de pronuncia LAFUENTE²⁴, para quien el *opt-out* debería estar contemplado como un mecanismo excepcional previsto para supuestos de prolongación excesiva del proceso. Este autor pone de relieve la problemática que han generado las imperfecciones en la regulación de la tutela colectiva. Señala el caso de la macrodemanda colectiva de ADICAE (que agrupa a más de 12.000 consumidores adheridos contra 101 entidades demandadas) contra las famosas y a menudo abusivas cláusulas suelo, que limitan la variabilidad de los tipos de interés y han causado perjuicios económicos a muchas familias al no permitir la reducción de los intereses de sus préstamos hipotecarios pese a la histórica caída del Euribor.

En este asunto, la demanda colectiva planteada en 2010 ha tardado casi 6 años en obtener un pronunciamiento en primera instancia, pues el proceso se ha alargado debido a incidentes procesales como la resolución de declinatorias o la determinación de si las acciones ejercitadas eran acumulables. A raíz de este caso se han revelado dos cuestiones problemáticas:

En primer lugar, la facilidad para dilatar hasta el absurdo este tipo de procesos cuando son muy voluminosos. Una razón contundente, como señala el mismo autor, es la pesada carga de trabajo que supone su atribución a los juzgados de primera instancia o de lo mercantil, pues no existen previsiones especiales en cuanto a la competencia objetiva (y más teniendo en cuenta los esfuerzos dilatorios de la experimentada parte

²⁰ MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea..." cit., p 10.

²¹ GONZÁLEZ CANO, MI. *La tutela colectiva de los consumidores y usuarios en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2002, p 260.

²² MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea..." cit p 10.

²³ GASCÓN INCHAUSTI, F. "La protección de los consumidores..." cit., pp 28 y ss.

²⁴ LAFUENTE TORRALBA, AJ. "¿Es nuestro sistema de acciones colectivas..." cit., p 16.

demandada). Este autor plantea la posibilidad de modificar las reglas de competencia objetiva o de buscar mecanismos de distribución de trabajo que alivien de la carga al juez competente. ORTELLS²⁵ también se preocupa por el tribunal encargado de resolver este tipo de cuestiones y plantea la posibilidad de, atendiendo al interés social o público del caso, establecer mecanismos que permitan su resolución por el más alto tribunal ordinario, aunque en su estudio comparado afirma que esta práctica no está muy extendida (sin embargo es del todo lógica, pues un macroproceso aglutina los intereses de muchísimas personas y por lo tanto tiene sentido emplear esfuerzo y recursos "extra" para resolver lo mejor posible la parte común de todas las pretensiones. Esta es una de las grandes ventajas del *model case* o "proceso sonda" al que me he referido en otros puntos del trabajo).

En segundo lugar, en este caso se perciben claramente los inconvenientes de una falta de previsión del *opt-out* en nuestra legislación procesal y por tanto la necesidad de una regulación más clara. Ante el denso y lento avance del proceso, que beneficia más al empresario que al consumidor, algunos particulares han preferido desmarcarse de la acción colectiva e intentar defender sus intereses por su cuenta en un proceso individual. La respuesta judicial ha sido diversa: en algunos casos se sobreseyó el proceso individual con base en la litispendencia (aplicada con excesivo automatismo) de la acción colectiva, en otros se suspendió por prejudicialidad civil, y finalmente en otros se comenzó a conocer de la acción individual.

Esta heterogeneidad en la tutela judicial genera respuestas diferentes al mismo problema, y supone por lo tanto una brecha en la coherencia jurisdiccional que se busca con las acciones colectivas. Además, la incapacidad para desvincularse de un proceso que en la práctica está resultando inútil pone en tela de juicio la idoneidad de nuestra regulación procesal para este tipo de procesos.

De hecho esta situación dio lugar a una cuestión prejudicial ante el TJUE por entender los perjudicados que existía una vulneración del acceso real a la justicia. El Tribunal entendió que debería permitirse a los perjudicados desvincularse de los macroprocesos estancados para permitir la tutela judicial efectiva, al mismo tiempo que critica el automatismo de la suspensión (por litispendencia o prejudicialidad). Estas ideas se reflejan en su Sentencia del 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados 381/14 y 385/14) y en su interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE en relación con la normativa procesal española.

²⁵ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos..." cit., p 18.

Con respecto a la extensión transfronteriza de la cosa juzgada, ésta es perfectamente viable de acuerdo con las normas de Reconocimiento y Ejecución de sentencias recogidas en el vigente reglamento Bruselas I bis entre los Estados Miembros. El mismo régimen se aplicará, *mutandis mutandis*, a Suiza, Noruega e Islandia con base en el convenio de Lugano. Para el resto de Estados, habrá que atender a la regulación de la LOPJ, que es favorable al reconocimiento de sentencias extranjeras siempre que se den algunas condiciones.

Es importante que existan vías de reconocimiento de sentencias extranjeras sobre acciones colectivas, y que las sentencias españolas sean reconocidas en el extranjero, dada la dimensión de los globalizados mercados de consumo, cuya extensión entiende cada día menos de fronteras políticas y jurídicas.

7.2 El importe de la condena

Pese a que el artículo 219 de la LEC establece como regla general la precisión numérica del *quantum* en el fallo de la sentencia o, en su defecto, la clara fijación de las bases para su determinación, en el caso de las acciones colectivas esto pocas veces será posible, pues las vicisitudes individuales de cada caso particular hará que la cuantía de la condena varíe significativamente. De esta forma la sentencia del proceso colectivo, en algunos casos, tendrá un valor meramente declarativo, siendo necesario otro proceso declarativo posterior cuyo objeto sea precisamente la cuantificación del importe de la condena. Todavía más difícil será cuantificar el importe de la sentencia cuando los intereses por los que se litigue sean difusos (y no esté determinado ni si quiera el número de perjudicados), y en estos casos se deberá proceder a su liquidación vía incidental en sede de ejecución. Hay que tener muy en cuenta que el incidente de ejecución no puede emplearse, como señala GARNICA MARTÍN²⁶, para realizar actividades que van más allá de la mera liquidación de cantidades. Por ejemplo, señala este mismo autor, que cuestiones como la práctica individual de la prueba para determinar el nexo causal son propias de un procedimiento declarativo posterior y no tienen cabida en un incidente en vía ejecutiva. Pero en estos casos el pronunciamiento tras el ejercicio de una acción colectiva sí tendrá eficacia prejudicial, permitiendo a todos los perjudicados beneficiarse de ella en el correspondiente proceso individual.

²⁶ GARNICA MARTÍN, JF. "Las acciones de grupo en la LEC 1/2000". En *Diario La Ley*, núms 5391 y 5392, 2001. pp 1451 y ss.

En estos casos, el valor de la acción colectiva reside, según FERRERES²⁷, en solventar las partes comunes de la controversia entre las partes, las cuestiones fácticas y jurídicas que sean idénticas o esencialmente iguales entre los distintos perjudicados. Este mismo autor entiende que, en el caso de que la acción colectiva se limite a una genérica declaración de responsabilidad y que remita a una infinidad de procesos declarativos posteriores, existe un riesgo de pérdida de agilidad y eficacia, siendo más eficiente desde el punto de vista de la economía procesal que cada perjudicado plantee su reclamación a título individual.

7.3 Publicidad de la sentencia

El ámbito subjetivo de las sentencias en un proceso colectivo puede extenderse muchísimo como consecuencia de las contrataciones en masa o de la amplitud de los perjuicios que una empresa puede ocasionar a un número inmenso de particulares. Puede ocurrir que, a pesar de que una sentencia se pronuncie a favor de una pluralidad indeterminada de perjudicados y reconozca su derecho a ser indemnizados, en la práctica no llegue a darse una compensación económica porque éstos no llegan a ser informados de la posibilidad de exigir una compensación por su perjuicio.

En este punto se hace importante hablar entonces de la publicidad de las sentencias en el marco de las acciones colectivas, una publicidad que no está regulada en la LEC, salvo ocasiones puntuales (acción de cesación, publicidad, condiciones generales de contratación...). Este silencio es, a juicio de GASCÓN²⁸, verdaderamente desafortunado, pues impide que puedan cobrar eficacia real los pronunciamientos de la sentencia que beneficia a los consumidores. A juicio de este autor, y aunque la Ley no lo diga expresamente, la sentencia sí deberá notificarse a los consumidores individuales respecto de cuya posición jurídica haya existido un pronunciamiento expreso.

²⁷ FERRERES COMELLA, A. "Las acciones de clase ("Class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil". cit., p 11.

²⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F. "La protección de los consumidores..." cit., p 31.

8. FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS

Una cuestión controvertida en la regulación de las acciones colectivas es su financiación. Lógicamente, el volumen de las pretensiones que acumula un proceso colectivo, la amplitud subjetiva de la parte demandante y la necesidad de realizar actuaciones extraordinarias desde el punto de vista procesal (como la difusión de la admisión de la demanda en los medios de comunicación o la notificación individual a los perjudicados) incrementan notablemente el coste de la incoación y desarrollo del proceso. La escasez de fondos no debería limitar el acceso a la justicia, y más teniendo en cuenta que una de las ventajas de las acciones colectivas es precisamente su capacidad para impulsar pretensiones que, planteadas individualmente, no serían económicamente deseables para los perjudicados.

Por ello es necesario que existan formas de financiación que, sin crear incentivos para los litigios abusivos, permitan el uso normal de las acciones colectivas. A juicio de MONTESINOS²⁹, existen dos soluciones:

1 - Financiación por terceros. Necesariamente deben existir una serie de condiciones y restricciones para que no haya lugar a abusos del sistema ni a conflictos de intereses. Este medio de financiación tiene el riesgo de generar una excesiva e injustificada litigiosidad, espoleada por entidades que entiendan la acción colectiva como una rentable inversión en lugar de como un medio de acceso a la justicia (pensemos por ejemplo en una empresa que financia acciones colectivas contra sus competidores en el mercado, o que simplemente se aprovecha de intereses excesivos a cambio de préstamos para sufragar el ejercicio de la acción).

2 - Financiación pública. Desaconsejada por la Comisión Europea, que considera suficiente el criterio de vencimiento en costas para compensar los gastos generados por el ejercicio de la acción. No obstante, el aparentemente neutro principio de "quien pierde paga" no es suficiente, a juicio de ORTELLS³⁰, para garantizar el ejercicio de las acciones colectivas. Según su criterio, los costes que deben asumirse por la parte demandante al principio del proceso tienen un efecto desincentivador que en ocasiones evitará el planteamiento de procesos colectivos bien fundados desde el punto de vista jurídico, y por tanto resulta más conveniente acudir a otras reglas de condena en costas para el actor, como la de temeridad o mala fe.

²⁹ MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea..." cit., pp 12 y ss.

³⁰ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos..." cit., pp 40 y ss.

Así, es también necesario contemplar vías que alivien la pesada carga económica que debe soportar al principio del proceso la parte demandante, como subvenciones públicas para las asociaciones que promuevan este tipo de procesos o la gratuidad total o parcial de los costes de litigación (asistencia jurídica gratuita, como está regulado en España en determinados supuestos). Estas facilidades son puestas en relieve por GASCÓN³¹, que defiende la asistencia jurídica gratuita para asociaciones de consumidores y usuarios si están inscritas en el libro-registro del Ministerio e Sanidad y Consumo y la tutela solicitada guarda relación con productos o servicios de uso común, ordinario y generalizado.

³¹ GASCÓN INCHAUSTI, F. "La protección de los consumidores..." cit., p 21.

9. LAS ADR Y LA INTERVENCIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Las abundantes controversias en materia de consumo han supuesto un estímulo para el desarrollo de las ADR, acrónimo de la expresión inglesa *Alternative Dispute Resolution*, fórmulas de solución extrajudicial consensuada a los conflictos civiles colectivos. Éstas pueden tener la forma de transacciones colectivas o de arbitraje colectivo.

Al encontrarse esta materia fuera de la órbita del presente trabajo sólo haré algunas puntualizaciones al respecto, pues es interesante conocer su existencia como alternativa a las acciones colectivas.

Señala MONTESINOS³² que los mecanismos ADR previstos en los ordenamientos de la UE se refieren esencialmente a denuncias individuales, pero que es posible trasladarlos, bajo ciertos condicionantes y cautelas, a la esfera de las demandas colectivas, y a ello anima la Comisión Europea en su Recomendación de 11 de junio de 2013. Se ha planteado la inserción de un intento de transacción extrajudicial como condición previa al ejercicio de una acción colectiva de consumidores, pero parece más sensato que este mecanismo siga siendo facultativo. No obstante, es recomendable realizar pequeños ajustes para favorecer las soluciones consensuadas, como suspender el plazo de prescripción aplicable a las demandas colectivas mientras dure el procedimiento alternativo de resolución de conflictos.

A juicio de MONTESINOS y de GASCÓN³³, todavía no se puede hablar de una vía de transacción colectiva consolidada, y menos aun de arbitraje colectivo (previsto en el RD 231/2008, de 15 de febrero, que de momento no ha tenido demasiada aplicación), pero las perspectivas de futuro son buenas y el potencial de estas figuras para resolver conflictos de gran tamaño fuera de los tribunales es un incentivo para su desarrollo.

Un mecanismo en el que el acuerdo entre partes cobra enorme importancia es el regulado por la WCAM holandesa, a la que me referiré más adelante.

En otra línea, sobre la que tampoco me he centrado en el trabajo, está la intervención de las Administraciones públicas para la protección de intereses supraindividuales (por ejemplo, a través de la intervención del Ministerio Fiscal, como está contemplado en nuestro ordenamiento). Para ORTELLS³⁴, existen ciertas ventajas en la actuación de

³² MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea..." cit., p 25.

³³ GASCÓN INCHAUSTI, F. "La protección de los consumidores..." cit., pp 37 y ss.

³⁴ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos..." cit., p 13.

estos entes públicos frente a la de los tribunales de justicia civiles: una actividad administrativa organizada expresamente para ese fin, la selección de personal formado en la materia, los poderes coercitivos y de auto-tutela de la administración, la creación de procedimientos administrativos ágiles y expeditivos, la posibilidad de que la administración actúe de oficio... Pero estas ventajas se ven matizadas por la imposibilidad de reaccionar de modo efectivo contra la inactividad de las Administraciones públicas y las garantías de defensa en el procedimiento (que a menudo desembocarán en la impugnación de las resoluciones administrativas ante los tribunales, de modo que volveríamos al terreno de lo judicial, especialmente si el control jurisdiccional es muy intenso).

10. VISIÓN COMPARADA

Una vez analizado el marco teórico de la tutela de intereses colectivos y vista la regulación de nuestro ordenamiento, con sus ventajas y sus desventajas, analizaré brevemente la regulación de la materia en otros Estados comunitarios y extracomunitarios, haciendo especial hincapié en los elementos más destacables y originales de algunas regulaciones, y analizando qué figuras podría ser interesante incorporar en nuestro proceso de defensa de intereses colectivos.

Dado que el espacio del trabajo es limitado, me limitaré a señalar algunos de los aspectos más relevantes de la regulación de dos Estados europeos y otros dos americanos. Así, he escogido Alemania, Holanda, Estados Unidos y Brasil como modelos de análisis, pues en sus ordenamientos existen figuras que pueden resultar de interés en relación con el objeto de este trabajo.

10.1 ESTADOS UNIDOS

La ley procesal estadounidense reconoce legitimación a los reclamantes individuales para defender no sólo sus propios intereses, si no los de un número indeterminado de consumidores o usuarios no identificados, a los que se refiere como *class members*. Es decir, el desplazamiento de legitimación se produce en el caso de los intereses que en España llamamos "difusos", no en el caso de los grupos de legitimados bien determinados. Así, en las famosas *class actions* el derecho particular de cada uno de los afectados no se identifica en la fase declarativa.

Esta regulación tiene un fundamento similar al de nuestro ordenamiento: pretende garantizar el acceso a la justicia mediante la acumulación de pretensiones similares en un sólo procedimiento, al mismo tiempo que agiliza el funcionamiento de la administración de justicia y garantiza cierta cohesión en las decisiones judiciales. Para ALEXANDER³⁵, una poderosa razón a favor de este tipo de acciones es su capacidad de empoderar al conjunto social con menos medios económicos, al permitirles defender sus derechos frente a las grandes empresas.

En las *class actions* estadounidenses es especialmente llamativa la atribución de la legitimación a un simple reclamante individual, sin que *ope legis* se establezcan unos legitimados que, en teoría, deberían representar mejor los intereses de la colectividad

³⁵ ALEXANDER, JC: "An Introduction to Class Action Procedure in the United States", en *Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective*. 2000.

(como ocurre por ejemplo en España, en el caso de las asociaciones). Es decir, puede darse el caso de que un demandante individual, un particular afectado que en principio no representa en absoluto a ningún colectivo, convierta su caso en un proceso colectivo que termine vinculando a una pluralidad muy extensa de perjudicados, convirtiéndose en el *class representative* y su abogado en el *class counsel*. Existen así, como apunta LÓPEZ SÁNCHEZ³⁶, las partes personadas (*named plaintiffs* o *named parties*), que son quienes ejercen la acción de clase, y los partes no personadas (*absent class members*), que en principio no participan en el proceso, aunque se verán afectados por el contenido de la sentencia o acuerdo derivados de la acción de clase. Desde una perspectiva formal, todos ellos son parte en el proceso, pero no todos realizan actos procesales.

No obstante, sí existen unos requisitos para la admisión de la *class action*, que comentaré más adelante, y que garantizan de alguna manera que los intereses del conjunto estén bien representados por la parte actora a través de una certificación judicial (legitimación *ope judices*).

La regulación de las *class actions* americanas se aplica a varios ámbitos, pero siguiendo con la línea del trabajo me centraré en la protección que ofrece a consumidores y usuarios.

Es de rigor señalar que en Estados Unidos, al ser un Estado federal con competencias legislativas bastante descentralizadas, existen particularidades en el derecho sustantivo procesal que varían de un Estado a otro. Por eso, sin entrar al detalle de casos particulares, me ceñiré al análisis de la regulación recogida en la *Federal Rule no. 23 of Civil Procedure* de 1938, que establece los requisitos para poder entablar una acción colectiva. Éstos son:

- *Numerosity*: Se requiere un número elevado de perjudicados, teniendo en cuenta variables como la dispersión geográfica o incluso los recursos económicos.
- *Commonality*: Identidad fáctica entre los distintos perjuicios, siendo más relevantes las cuestiones comunes que las particulares.
- *Typicality*: La reclamación planteada por el *class representative* debe ser representativa (típica) de la que cada miembro de la clase hubiese iniciado individualmente.
- *Adquacy of representation*: Busca asegurar que el *class representative* actúe adecuadamente, velando por los intereses del conjunto de los *class members* (para

³⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. cit., pp 47 y 48.

ALEXANDER³⁷, esto supone un serio deber de rigor definiendo las obligaciones del representante como "cuasi-fiduciarias") Una defectuosa técnica jurídica o una evidente falta de recursos para litigar podrían suponer, según FERRERES³⁸, que un demandante no cumpliera este requisito por no ser capaz de representar adecuadamente al grupo. Este requisito tiene el mismo fundamento que la legitimación atribuida en España a las asociaciones de usuarios y consumidores: garantizar que quien está facultado para representar a los titulares de un derecho haga un ejercicio responsable de la legitimación que la Ley le atribuye.

Es de interés señalar que la *Federal Rule no. 23 of Civil Procedure* prevé un sistema de autoexclusión voluntaria (*opt-out*) regulado explícita y sistemáticamente y también un mecanismo de participación de los consumidores o usuarios perjudicados.

Se da asimismo un procedimiento incidental previo para decidir si el asunto puede ser catalogado como *class action*, como suerte de *legitimatio ad processum*. Además, como apunta LÓPEZ SÁNCHEZ³⁹, la mera solicitud de la certificación de clase hace que la eficacia de la *class action* se extienda sobre todo el grupo de perjudicados, aunque no todos sean solicitantes de la misma. En España existe una previsión parecida pero sólo referida al control judicial de la legitimación de la parte activa. Además, este control deja muy poco margen de decisión al juez, pues nuestra legislación positiva fija esta legitimación de forma muy rígida.

Por cuestiones de espacio no puedo desarrollar el funcionamiento completo de las *class actions* estadounidenses, pero sí quiero mencionar dos cuestiones importantes que puede ser relevante tener en cuenta en futuras modificaciones de nuestra regulación.

En primer lugar, podemos hablar del sistema de financiación. En EEUU es muy habitual recurrir, a la hora de litigar, a las *contingent fees*, contratos a través de los cuales son las firmas de abogados las que adelantan los costes de la demanda y satisfacen sus honorarios con un porcentaje de lo obtenido en el caso (similar a la *quota litis*). En el caso de las *class actions* no puede existir tal contrato porque la parte demandante no está definida al inicio del proceso, pero es habitual recurrir a la figura de la *common fund doctrine*, a través de la cual los abogados reciben un porcentaje del *class recovery*,

³⁷ ALEXANDER, JC: "An Introduction to Class Action Procedure in the United States", cit., p 4.

³⁸ FERRERES COMELLA, A. "Las acciones de clase ("Class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil". cit., p 8.

³⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. cit., p 47.

el total con el que es indemnizado el conjunto de los perjudicados (suele oscilar entre el 25% y el 35% del total).

Pues bien, para ALEXANDER⁴⁰ este sistema de financiación supone un enorme riesgo de conflictos de intereses, pues hace que los abogados que representan a los *class members* tiendan a buscar acuerdos (conocidos como *Sweetheart Settlements*) en los que la parte demandada satisface los honorarios del abogado, pero no siempre resultan verdaderamente interesantes para los perjudicados. Como ejemplo, habla de un acuerdo propuesto por la General Motors a un grupo inmenso de agricultores que habían comprado camiones defectuosos a la marca. Se barajó un acuerdo en el que la empresa pagaba elevados sueldos a los abogados demandantes y ofrecía cupones de descuento de 500 dólares a los perjudicados a cambio de extinguir completamente su responsabilidad con respecto a los vicios en los vehículos (el acuerdo fue finalmente desestimado pero se acordó otro muy parecido). En otras ocasiones, los abogados buscan acuerdos rápidos en los que inviertan pocas horas de trabajo, por ser más rentables económicamente que la prosecución de un litigio potencialmente más interesante para los *class members*, pero mucho más largo y de resultado incierto.

La misma autora propone varios sistemas para evitar este tipo de conflictos de intereses: buscar formas alternativas de financiación, como la financiación a través de fondos públicos, o el aumento del poder de control del juez en el marco de un proceso colectivo.

LÓPEZ SÁNCHEZ⁴¹ también señala este peligro, acentuado por el hecho de que el *class counsel* juega un rol de máxima importancia en el proceso colectivo como defensor del interés de la clase (de hecho, la importancia es tal, que en la doctrina se ha señalado que algunos jueces denominan a las *class actions* como *lawyer's lawsuits*, es decir, procesos de abogados). Incluso apunta que en ocasiones se ha sospechado que los *class counsel* han sido buscados por las propias empresas demandadas con el objeto de llegar a un acuerdo rápido y una indemnización poco cuantiosa para las víctimas, a cambio de una buena remuneración para el abogado. Este tipo de prácticas colusorias van en contra de los intereses de los perjudicados, del colectivo de los consumidores y de la administración de la justicia en general, por no hablar de la falta de ética profesional del abogado que defiende los intereses de la parte contraria.

⁴⁰ ALEXANDER, JC: "An Introduction to Class Action Procedure in the United States", cit., p 15.

⁴¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. cit., pp 51 y ss.

No obstante esta problemática se ha intentado subsanar en parte con algunas reformas legales concretas y con una intensificación del control del juez en el proceso, dado que los titulares del derecho perjudicado tienen muy poco control sobre el mismo.

En España la cuestión de la financiación también es controvertida, y la problemática estadounidense revela la necesidad de seguir manteniendo un sistema en el que el Estado, garante del interés general, sea capaz de proteger a la parte sistemáticamente débil de las relaciones contractuales (consumidores y usuarios) a través de vías de financiación que permitan el acceso a la justicia. Es por ello necesario que se siga financiando a los sujetos legitimados para entablar acciones de clase, que se vele por el cumplimiento de los requisitos de su legitimación y que exista cierto control judicial para garantizar la correcta defensa de los intereses de aquellos que, pese a ser titulares del derecho perjudicado, no participan en el proceso.

En segundo lugar, el otro elemento interesante de la regulación de las *class actions* es el llamado *fluid recovery*, pensado para reducir los costes del reparto de la indemnización entre los *class members*, que a menudo es una tarea notablemente complicada tanto en EEUU como en España (no olvidemos que en el inicio del proceso por la defensa de intereses difusos no se conoce ni el número de perjudicados ni la entidad del perjuicio sufrido), llegando a ser ineficiente para según qué cantidades.

El método del *fluid recovery* propone renunciar a identificar e indemnizar a cada particular del grupo de afectados, y en su lugar compensar al conjunto en sí mismo, como categoría abstracta, de forma que no habría necesariamente relación entre los individuos concretos perjudicados y los beneficiados por el fallo o el acuerdo. Un ejemplo ilustrativo lo desarrolla ALEXANDER⁴², describiendo el caso de una empresa de taxis que cobra de más a todos los usuarios del taxi durante un periodo de tiempo. En lugar de perseguir la compensación del conjunto difuso de perjudicados (cuya identificación individual era casi imposible y la cuantía de la indemnización muy reducida) se optó por hacer que la compañía redujese sus tarifas durante otro periodo de tiempo, a modo de compensación del colectivo "usuarios de taxis", incluso si esos usuarios no eran exactamente los mismos que los que en su día fueron perjudicados.

A pesar de que este mecanismo no permite la compensación individual y es por lo tanto menos deseable que la compensación caso por caso, sí permite beneficiar a los

⁴² ALEXANDER, JC: "An Introduction to Class Action Procedure in the United States", cit., p 16.

consumidores como grupo social, desincentiva prácticas comerciales indeseables (que de otro modo quedarían impunes) y tiene un coste administrativo casi nulo.

En España, podría ponderarse la introducción de un método análogo, adaptado a nuestra realidad procesal, para los casos en los que la identificación individual de cada perjudicado fuese previsiblemente más costosa que la propia indemnización, lo que haría que incoar un proceso colectivo perdiese mucho sentido.

A través del *fluid recovery* empleado en casos concretos podría lograrse una tutela colectiva más completa y desincentivar comportamientos empresariales lesivos para los intereses de consumidores y usuarios.

Finalmente, me parece conveniente subrayar la idea de GASCÓN⁴³ acerca de la eficacia en España de las sentencias y transacciones derivadas de las *class actions*. El autor analiza los requisitos de reconocimiento y ejecución de sentencias en la legalidad española para determinar la eventual problemática que se presentaría en caso de querer dotar de esa eficacia a una sentencia o transacción derivada de una *class action*. En su trabajo concluye que no debería haber obstáculos para que se produzca tal reconocimiento siempre y cuando exista un fundamento válido para la competencia de los tribunales estadounidenses (es decir, que exista conexión suficiente entre el objeto y los tribunales de Estados Unidos) y si el proceso se ha desarrollado correctamente conforme a las reglas propias de la regulación estadounidense en materia de acciones colectivas.

En este último punto el autor hace deliberado hincapié en la necesidad de una correcta notificación del proceso en Estados Unidos al perjudicado español, en los medios de comunicación españoles y en castellano, además de la notificación individual si dicho perjudicado estaba identificado. Además, se le debe dar la opción de autoexcluirse voluntariamente del proceso (como a cualquier otro *class member*). La falta de uno de estos requisitos imposibilitaría el reconocimiento de esa sentencia o transacción por ser contraria al orden público español.

Así, siguiendo a este autor, en el caso de que dicha sentencia o acuerdo derivado de una *class action* fuese reconocida y afectase a un particular español, éste quedaría vinculado por la misma como *absent class member* y por lo tanto se podría impedir la apertura y desarrollo de un posterior proceso individual frente a quien ya fue demandado en

⁴³ GASCÓN INCHAUSTI, F. "Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos". En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* N°16, 2012.

Estados Unidos por los mismos hechos. Del mismo modo, a través del correspondiente exequátur se podrá obtener un título ejecutivo para hacer materialmente efectiva la decisión.

Es curioso como una vez reconocida la sentencia o transacción que ha tenido lugar en Estados Unidos, los efectos del proceso iniciado por una *class action* tienen efectos plenos en España, pese a que el sistema de tutela colectiva en nuestro país es notablemente diferente. A través de este mecanismo, si se dan las condiciones necesarias, es entonces posible que el proceso incoado y desarrollado por un particular cualquiera estadounidense termine afectando a otro particular residente en España, pese a que en nuestro ordenamiento la legitimación para el ejercicio de acciones colectivas no se prevé en ningún caso para los particulares afectados.

10.2 BRASIL

A través de dos instrumentos legales (Ley de Acción Pública y Código de Defensa del Consumidor.⁴⁴) Brasil se ha convertido en un referente en la tutela de consumidores y usuarios debido a su regulación exhaustiva y su completo régimen de protección (no exento, por otra parte, de elementos cuestionables).

Pese a que sólo voy a mencionar algunos de los aspectos procesales más interesantes de la tutela colectiva brasileña, es importante señalar los tipos de intereses que incluye dicha tutela, pues no coinciden exactamente con las categorías que establece la LEC española y se impone una breve aclaración terminológica. Así, exponiendo sintéticamente la clasificación y características enunciadas por GIDI⁴⁵, los intereses protegidos son:

- 1.- Intereses difusos, que guardan ciertos paralelismos con los regulados por el artículo 15.3 de la LEC aunque no son coincidentes.
- 2.- Intereses colectivos, de naturaleza indivisible y pertenecientes a un grupo fácilmente determinable (por ejemplo, usuarios de un servicio público, miembros de una asociación de padres...) donde no hace falta atribuir la titularidad del derecho a un sujeto específico, pero ese titular es fácilmente determinable.

⁴⁴ En adelante, CDC.

⁴⁵ GIDI, A. *Las Acciones Colectivas...* cit., pp 52 y ss.

3.- Intereses individuales homogéneos. En este caso, los titulares de un derecho son sujetos individuales específicos ligados por un origen común, por la concurrencia de las mismas circunstancias fácticas (de ahí la homogeneidad) pero no por la misma relación jurídica. En estos casos, pese a estar los derechos individualmente definidos, el parecido de cada caso justifica su tratamiento colectivo. Por ejemplo, todos los adquirentes de un producto defectuoso.

Para poder establecer, a la hora de solicitar tutela colectiva, a cual de esas tres categorías pertenece un derecho, MAZZILLI⁴⁶ plantea el siguiente "test":

- a) ¿El daño provoca lesiones claramente identificables de manera divisible, individualmente diferentes y cuantificables? Si es así, se trata de intereses individuales homogéneos.
- b) ¿El grupo lesionado es indeterminable y la posible indemnización no puede dividirse? Si la respuesta es positiva, estamos ante un interés difuso.
- c) ¿La indemnización que pueda obtenerse es indivisible, pero las personas que pueden beneficiarse del mismo están determinadas o es un grupo unido por una relación jurídica común? En este último caso estamos ante intereses colectivos.

En todos los casos existen unas normas de legitimación *ope legis* concretas, que no permiten que un particular represente a todo el colectivo pero cuya actuación puede resultar beneficiosa para el resto. Así, me parece importante comentar cómo se regula la cosa juzgada en el derecho procesal brasileño para la tutela de intereses colectivos.

Dependiendo del tipo de interés ante el que nos encontremos, la extensión de la cosa juzgada afecta al colectivo de una forma u otra: En el caso de los derechos subjetivos individuales la extensión de la cosa juzgada a los terceros no participantes en el proceso está pensada para beneficiarles, produciendo efectos *erga omnes* si la sentencia es estimatoria, pero no para perjudicarles (salvo si han participado en el proceso como litisconsortes). Esta extensión *in utilibus* compensa la falta de control de la representación y permite que, posteriormente, otro individuo plantee una acción individual por su cuenta.

En el caso de intereses difusos y colectivos, la sentencia tendrá efectos *erga omnes* salvo para los supuestos en que la demanda se desestime por insuficiencia de pruebas, lo que permitirá plantear otra demanda subsanando la insuficiencia probatoria.

⁴⁶ MAZZILLI, HN. "Interesses coletivos e difusos" En *Justitia*, vol. 157, 1992.

Esta regulación resulta, como indica ORTELLS⁴⁷, notablemente favorable a los consumidores, pues compensa ampliamente los problemas de falta de representatividad que pueden plantear otros sistemas procesales.

No obstante, un punto en contra del sistema de tutela colectiva brasileño en esta cuestión es su limitación territorial: los efectos positivos de la cosa juzgada sólo tendrán efectos dentro de los límites de la competencia territorial del órgano sentenciador, sin extenderse a las relaciones entre la empresa demandada y los consumidores del resto del país, incluso aunque la empresa condenada opere en otros territorios y mantenga con sus habitantes idénticas relaciones. Es una previsión sorprendentemente restrictiva que pone en entredicho la valentía con la que Brasil afronta la tutela colectiva de los consumidores y usuarios.

Otra cuestión interesante de la regulación brasileña se encuentra en el artículo 104 del CDC. Dicho precepto establece que no se produce litispendencia entre una acción colectiva y una acción individual. Sencillamente se le debe informar al particular de la existencia de un proceso colectivo con el mismo objeto que ha fundamentado su demanda, y tendrá un plazo de 30 días para continuar con su acción individual o instar su suspensión. Si opta por continuar con el proceso individual, no podrá después beneficiarse de la sentencia colectiva estimatoria en los términos que he señalado antes. Esta medida es valorada por LAFUENTE⁴⁸ como una posible compensación a la falta de una regulación de autoexclusión voluntaria (*opt-out*) en nuestra legislación procesal. Serviría para resolver problemas derivados del "bloqueo" al que se ven sometidos algunos particulares que, incapaces de sortear la barrera de la litispendencia, no pueden ejercitar sus pretensiones individualmente porque el derecho del que son titulares está ya adscrito a un proceso colectivo, incluso si éste está resultando inútil en la práctica.

La regulación brasileña tiene otras particularidades que simplemente voy a nombrar: Acerca de las costas del proceso, la imposición de costas al actor cuando la demanda es desestimada sólo se hace si medió mala fe. El CDC se aparta del criterio "quien pierde paga" beneficiando así la posibilidad de que consumidores y usuarios defiendan sus intereses en los tribunales.

⁴⁷ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos..." cit., pp 19 y ss.

⁴⁸ LAFUENTE TORRALBA, AJ. "¿Es nuestro sistema de acciones colectivas..." cit., pp 16 y ss.

Además se prevén mecanismos concretos de inversión de la carga de la prueba, que el juez puede poner en marcha de acuerdo con el principio de proporcionalidad, cuando la alegación del consumidor sea verosímil pero su capacidad para afrontar sus deberes probatorios sea insuficiente. Una vez más, como apunta PLANCHADELL⁴⁹, se trata de una previsión sensata que protege a los particulares.

10.3 ALEMANIA

Alemania, influida por la preocupación europea de tutela de los derechos de consumidores y usuarios, ha regulado mecanismos de tutela de intereses supraindividuales. No obstante, pese a contar con instrumentos procesales de acumulación de pretensiones, el Derecho procesal alemán resulta especialmente interesante por una figura un tanto original a la que antes he hecho breve referencia, los llamados "procesos sonda" o *model case* (la norma reguladora es la *Capital Markets Model Case Act*, más conocida como KapMuG). Este instrumento pretende satisfacer las mismas pretensiones que las acciones colectivas (que no están presentes en el ordenamiento alemán): busca asegurar una tutela ágil y coherente para casos muy similares entre sí, reducir los costes procesales y desincentivar ciertos comportamientos ilícitos en las relaciones de empresas con consumidores y usuarios.

Estos procesos están previstos para los supuestos en los que una pluralidad de particulares consideran haber sido perjudicados de forma muy similar, y una de las partes (demandado o demandante) solicitan al juzgado que está conociendo de las distintas acciones la incoación del proceso sonda, que será resuelto por el Tribunal Superior Regional y será vinculante para la resolución del resto de casos.

El modelo alemán se considera paradigma de los procesos sonda, aunque también existen figuras análogas en Austria, Portugal, Suiza y en menor medida en Reino Unido.

De acuerdo con BROCK y REKKIT⁵⁰, esta regulación revela una clara tendencia a incentivar las demandas y reclamaciones en el marco del consumo.

⁴⁹ PLANCHADELL GARGALLO, A: *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (un estudio comparado)*. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013.

⁵⁰ BROCK, I. y REKITT,S. "Germany: New reform of the Capital Markets Model Case Act (the "KapMuG")." En *Class Actions Bulletin*, 2013, pp 1 y ss.

La KapMuG se introdujo en el Derecho alemán en 2005, como mecanismo de resolución de una enorme cantidad de pretensiones en casos de reclamaciones masivas como las planteadas contra la *Deutsche Telekom* (que implicó, según BRIGITTE HAAR⁵¹, a cerca de 15.000 demandantes y 700 abogados) y en realidad sigue siendo una regulación más bien experimental, pues en su última reforma, en 2012, se ha previsto una cláusula *sunset* para el año 2020. Se prevé así la vigencia de la Ley hasta esa fecha, debiendo ser entonces revisada (de hecho, la norma de 2005 ya contenía una cláusula análoga que preveía su vigencia durante sólo 5 años, pero fue renovada porque cumplió con las expectativas de tutela esperadas).

Pese a no estar exenta de críticas, esta regulación se ha considerado exitosa hasta el momento, y la reforma de 2012 ha ampliado su ámbito de aplicación, pudiendo entablarse procesos sonda en casos de defectuosa información en la venta de productos financieros.⁵²

Además, un claro incentivo para la incoación de procesos sonda es la posibilidad, por parte de los eventuales demandantes, de registrar su petición (pero no interponer la demanda) a la espera de la resolución del proceso sonda, y dependiendo del resultado de éste accionar o no. Esta posibilidad reduce notablemente los costes iniciales que tiene que soportar el actor, y que tienen en algunos casos un desafortunado efecto disuasorio.

El funcionamiento del *model case* se desarrolla en tres etapas:

1.- Una de las partes del proceso (demandante o demandado) solicita la incoación de un proceso sonda siguiendo lo establecido en la KapMuG. El juzgado que esté conociendo del caso lo transfiere al Tribunal Superior Regional (OLG) y lo anuncia en un registro público para favorecer el conocimiento del caso.

2.- En el periodo de 6 meses debe haber más de 9 solicitantes que consideren que el proceso sonda puede ser determinante para su demanda. Si es así, el OLG resuelve el proceso sonda que elija de entre los propuestos (por ser especialmente representativo) y su decisión es vinculante en los aspectos comunes al resto de procesos.

⁵¹ HAAR, B. "Investor protection through model case procedures..." cit., p 5.

⁵² Como inciso, es conveniente señalar que este tipo de reclamaciones son muy frecuentes en nuestro país: cláusulas suelo, comercialización de productos financieros subordinados, preferentes, productos bancarios complejos... Son muchos los particulares los que alegan no haber sido informados correctamente en la negociación de estas inversiones. La jurisprudencia española valora, fundamentalmente, el perfil inversor del particular y la información ofrecida por la entidad bancaria para determinar si había o no vicios en el consentimiento y estimar, por lo tanto, la acción principal de nulidad del contrato más la accesoria de devolución o de indemnización que ejercen los demandantes. Para este tipo de cuestiones, una regulación como la alemana podría resultar de utilidad en nuestro ordenamiento.

3.- Todos los procesos planteados en primera instancia continúan su desarrollo de forma normal por el juzgado que estuviese conociendo de los mismos. De esta manera todos los fallos contendrán la decisión del OLG (garantía de coherencia) al mismo tiempo que cada particular puede plantear sus pretensiones individuales y optar por la estrategia procesal que decida.

Por último, hay que señalar que la reforma de 2012 ha introducido una regulación muy interesante con respecto a los acuerdos al amparo de la KapMuG. Es posible llegar a un acuerdo antes del final del proceso si las partes consienten, pero será supervisado por el OLG y los demandantes contarán con la opción de la autoexclusión voluntaria (*opt-out*) del mismo en el plazo de un mes. Si un 30% o más de los demandantes ejercen esta opción, el acuerdo podrá ser invalidado, lo cual es lógico, pues supone que un porcentaje importante de la parte actora entiende que sus intereses no están debidamente representados en ese acuerdo. Quienes ejerzan esta opción de *opt-out* podrán volver a litigar e incluso solicitar de nuevo la incoación de un *model case*, lo que hará que la mayoría de los demandados, en el marco de un acuerdo, se esfuercen por contentar al mayor número de demandantes.

No obstante, no se trata de una regulación libre de críticas: De acuerdo con BROCK y REKKIT⁵³, la KapMuG puede favorecer el abuso de los *model case* por parte de los consumidores por resultar excesivamente cómodo, barato y poco arriesgado (el *overlitigation risk* inherente a las *class actions* americanas, que precisamente se quería evitar con los procesos sonda). Además, coloca al demandado en una posición de vulnerabilidad al permitir que los eventuales demandantes simplemente registren su intención de demandar (lo que ofrece una información muy escueta de sus pretensiones) para después hacerlo o no dependiendo del resultado del proceso sonda.

Para BIRGITTE HAAR⁵⁴, pese a que es un medio en general eficiente y que reduce el riesgo de decisiones judiciales inconsistentes, los *model case* y su intensa regulación contradicen de alguna manera los principios de Derecho Civil alemán de contradicción y de disposición de parte. La autora también critica la división de responsabilidades entre el juzgado de primera instancia y el Tribunal Superior Regional (que define como un partido de ping-pong "consumetiempos") y la posibilidad de que los demandantes

⁵³ BROCK, I. y REKITT, S. "Germany: New reform of the Capital Markets Model Case Act (the "KapMuG")." cit., p 3.

⁵⁴ HAAR, B. "Investor protection through model case procedures..." cit., pp 9 y ss.

traten de ampliar el ámbito de determinación del *model case* (lo cual está previsto en la primera fase), ya que puede comprometer la eficiencia del proceso sonda.

Para autores como ORTELLS y LAFUENTE⁵⁵, una regulación similar a la de los procesos sonda podría ser beneficiosa para nuestro sistema de tutela colectiva, especialmente para los casos cuya complejidad y lentitud desvirtúan la naturaleza ágil de las acciones colectivas. Y precisamente en el ámbito de las reclamaciones de inversores financieros, cuando éstos actúan como particulares (y se les brinda por protección como consumidores) los *model case* podrían ser especialmente interesantes.

10.4 PAÍSES BAJOS

El caso de Holanda es algo diferente al de los países que he citado antes, pues la gran novedad en su regulación está dirigida a los acuerdos colectivos, más que a los mecanismos de litigación judicial.

Según la opinión de BART KRANS⁵⁶, hasta 2005 la Ley holandesa no contaba con un medio efectivo de gestión de tutela colectiva en determinados ámbitos, pues su sistema de *class actions* (de rasgos similares a algunos de los sistemas que he desarrollado más arriba) es muy limitado, pues no abarca las compensaciones económicas. Así, en este año se aprueba la *Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade* (WCAM), que desarrolla un proceso de acuerdo para los casos de *mass damages* o "perjuicios masivos", en los que una pluralidad de particulares son perjudicados de forma muy similar por el mismo operador económico. De hecho la norma no define *mass damages*, pero se refiere a la compensación por daños causados por un solo evento o eventos muy similares entre sí.

La WCAM permite fijar un acuerdo entre organizaciones que representen los intereses de las víctimas (vemos aquí un rasgo muy común en la tutela de intereses colectivos: el desplazamiento de la legitimación hacia entidades que se consideran representativas y con capacidad de defender los intereses del colectivo de afectados. Su representatividad puede ser controlada por el tribunal) y la parte a la que se reclama una compensación.

⁵⁵ ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos..." cit., p 35. LAFUENTE TORRALBA, AJ. "¿Es nuestro sistema de acciones colectivas..." cit., p 9.

⁵⁶ KRANS, B. "The Dutch Act on Collective Settlement of Mass Damages". en *Global Business & Development Law Journal*. Num 27, 2014. 2, pp 281-301.

Una vez el acuerdo ha concluido, debe ser aprobado por el tribunal para que sea vinculante para el conjunto total de los perjudicados. Obsérvese que en esta fase no se debate acerca de las relaciones entre las partes, si no del acuerdo de compensación y de sus consecuencias para los perjudicados. Este mecanismo de control judicial es una garantía que busca proteger los intereses de todas las víctimas, evitando que el acuerdo sea beneficioso para un conjunto de perjudicados y poco deseable para otro (pues es posible establecer diferentes categorías de perjudicados en el acuerdo). Se controla también la cantidad de la compensación, la forma de pago, que el acuerdo incluya una descripción suficiente de los grupos de personas incluidas como perjudicadas... Incluso, de forma excepcional, se valoran circunstancias individuales para establecer la cuantía de la indemnización.

De esta manera no es necesario recurrir a una identificación individual de todas las víctimas y sus circunstancias, pues el acuerdo debe contener una serie de criterios que permitan identificar claramente a los particulares a los que se debe compensar, así como las indicaciones más precisas posibles acerca del número de personas que pertenecen al grupo o grupos, si se estableciesen varios, de perjudicados.

Eso sí, todas las personas afectadas por el acuerdo deben ser notificadas del mismo y se les debe dar la oportunidad de ser oídas en la fase de aprobación judicial del mismo. La notificación debe hacerse por correo normal, salvo que el tribunal decida lo contrario, y para su identificación puede requerirse a las partes.

Además, prevé un mecanismo de *opt-out* para los particulares que no estén satisfechos con el acuerdo. Éstos tendrán un plazo de 3 meses para comunicar su decisión de autoexcluirse y conservarán su derecho a incoar (o continuar el proceso suspendido, pues existe un mecanismo de suspensión de procesos individuales durante la tramitación del acuerdo) su propio procedimiento, asumiendo el riesgo de perder frente a la ventaja de una eventual victoria procesal con una indemnización más cuantiosa. Esta previsión es del todo acertada porque mantiene la autonomía de las partes, convirtiendo el acuerdo en una posibilidad más a la que los perjudicados pueden optar o no.

No obstante, de acuerdo con la regulación de la WCAM las partes pueden supeditar la eficacia del acuerdo a la condición de que el número de autoexclusiones no exceda de determinado porcentaje (no se establece un número concreto). De hecho el acuerdo no puede ser condicional excepto por esta previsión, lo cual resulta lógico teniendo en cuenta que un excesivo *opt-out* hace que el acuerdo deje de ser representativo de los

intereses de la parte perjudicada, y además deja de ser una forma eficiente de resolver el conflicto porque, previsiblemente, se incoará un número elevado de procesos individuales.

El ámbito de la WCAM ha sido recientemente ampliado; pese a que inicialmente se pensó para lesiones personales (un caso paradigmático es el DES, acerca de los perjuicios físicos que un producto farmacéutico causó a las hijas de muchas mujeres) , actualmente se ha extendido a daños financieros y su aplicación ha resultado exitosa, y de hecho es el campo donde más se ha aplicado.

No obstante, como señala KRANS⁵⁷, existen ciertas críticas a este sistema. Pese a que el autor defiende que la WCAM genera incentivos suficientes para llegar a un acuerdo (evitar los costes y la mala reputación de un largo litigio contra consumidores, sobre todo), reconoce que depende demasiado de la buena disposición de las partes y que no prevé soluciones en caso de que éste no se produzca.

⁵⁷ KRANS, B. "The Dutch Act on Collective Settlement of Mass Damages". cit., pp 13 y ss.

CONCLUSIONES

La transformación de las relaciones comerciales en los últimos años ha definido claramente la categoría de "usuarios y consumidores" frente a los empresarios o profesionales proveedores de bienes y servicios. En el nuevo contexto socioeconómico se generan conflictos que, por su tipología, son susceptibles de recibir un tratamiento procesal que aglutine los intereses de las partes perjudicadas, de forma que perfeccionar los mecanismos de resolución de controversias a este nivel no es sólo ya una cuestión de agilidad y economía procesal, si no que en algunos casos se convierte en una verdadera cuestión de acceso a la justicia, de tutela jurisdiccional efectiva.

La regulación de nuestro ordenamiento en materia de tutela colectiva es problemática en algunos elementos importantes, y en su conjunto estos problemas socavan la buena administración de justicia en el ejercicio de las acciones de grupo y, en última instancia, comprometen la tutela judicial en este tipo de procesos. Una solución plausible pasa por observar las regulaciones de países cercanos al nuestro en busca de mecanismos que garanticen los derechos de los particulares frente a las empresas. La introducción de mecanismos que doten de flexibilidad al sistema son imprescindibles, pues la enorme heterogeneidad de los casos que pueden tratarse a través de procesos colectivos así lo exige.

La previsión de la autoexclusión voluntaria en supuestos excepcionales, como aquellos que se demoran demasiado o se muestran claramente ineficaces, o la posibilidad de abrir procesos modelo para enjuiciar rápida y eficientemente las cuestiones comunes a algunos litigios podrían plantearse como vías que aliviasen parte de la problemática española con respecto a los procesos colectivos.

Lo que queda claro es que existen posibilidades de mejora de nuestro sistema de tutela de derechos colectivos, y que tales posibilidades se han desarrollado tanto a nivel doctrinal como en mecanismos procesales concretos en países de nuestro entorno, lo que justifica la necesidad de seguir reflexionando y estudiando las mejores opciones para la regulación española y las vías que mejor se ajusten a las necesidades concretas de tutela de los consumidores y usuarios españoles.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

ALEXANDER, JC: "An Introduction to Class Action Procedure in the United States", en *Presented Conference: Debates over Group Litigation in Comparative Perspective*. 2000.

BROCK, I. y REKITT,S. "Germany: New reform of the Capital Markets Model Case Act (the "KapMuG")." En *Class Actions Bulletin*, 2013, pp 1 y ss.

DÍEZ PICAZO, L. *Derecho y masificación social*. Tecnología y Derecho Privado. Civitas. Madrid, 1979.

FERRERES COMELLA, A. "Las acciones de clase ("Class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil". En *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez* 2005. pp 38-48

GARNICA MARTÍN, JF. "Las acciones de grupo en la LEC 1/2000". En *Diario La Ley*, núms 5391 y 5392, 2001. pp 1451 y ss.

GASCÓN INCHAUSTI, F. "La protección de los consumidores en el proceso civil español." En la página web del *Institut André Tunc de la Université Paris I - Panthéon-Sorbonne* (2005), <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/texteINCHAUSTI.pdf>

GASCÓN INCHAUSTI, F. "Eficacia en España de sentencias y transacciones derivadas del ejercicio de una *class action* en Estados Unidos". En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* N°16, 2012.

GIDI, A. *Las Acciones Colectivas y la Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil*. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México 2004.

GONZÁLEZ CANO, MI. *La tutela colectiva de los consumidores y usuarios en el proceso civil*. Tirant lo Blanch, Valencia 2002

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *Comentarios a las Normas de Protección de Consumidores*. Dir: Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid, 2011.

HAAR, B. "Investor protection through model case procedures - implementing collective goals and individual rights under the 2012 Amendment of the German Capital Markets Model Case Act (KapMuG)." En *CFS Working Paper* n°2013/21. pp 17 y ss.

KRANS, B. "The Dutch Act on Collective Settlement of Mass Damages". en *Global Business & Development Law Journal*. Num 27, 2014. 2, pp 281-301.

LAFUENTE TORRALBA, AJ. "¿Es nuestro sistema de acciones colectivas una herramienta eficaz frente a los abusos en la contratación bancaria? Reflexiones al hilo de la "macrodemanda" contra la cláusula suelo". En *Vivienda, Préstamo y Ejecución*, 2016, pp 857 y ss.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*. Comares, Granada, 2011.

MAZZILLI, HN. "Interesses coletivos e difusos" En *Justitia*, vol. 157, 1992.

MONTESINOS GARCÍA, A. "Últimas tendencias en la Unión Europea sobre las acciones colectivas de consumo. La posible introducción de fórmulas de ADR." en *Redur*. 2014, pp 87-112.

ORTELLS RAMOS, M. "Protección de intereses jurídicos supraindividuales: actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección." En *Ius et Praxis*, Año 17 N°2, 2011, pp 419-482

OTERO CRESPO, M. "Las acciones colectivas en Europa: ¿Un paso adelante?" En *Boletín CeDe UsC*. 2013, p 4 y ss.

PLANCHADELL GARGALLO, A: *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español (un estudio comparado)*. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2013.

REFERENCIAS WEB

http://acolectivas.profeco.gob.mx/que_son.php

<http://www.lieffcabraser.com/about-us/class-action-faq/>

<http://www.expansion.com/juridico/opinion/2015/05/05/55490304268e3e215c8b456b.html>

http://eprints.sim.ucm.es/22380/2/TFM_-_Oto_Gonz%C3%A1lez.pdf

NORMAS JURÍDICAS

- Constitución Española de 1978.
- Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.
- Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.
- Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
- Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. *Hacia un marco horizontal europeo de recurso colectivo*. Estrasburgo, 11 de junio de 2013.
- Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade, de 16 de julio de 2005.
- Act on Model Case Proceedings in Disputes under Capital Markets Law (Capital Markets Model Case Act - KapMuG) - "Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz vom 19. Oktober 2012.
- Ley Federal 8.078/1990 - Código de Defensa do Consumidor
- Federal Rules of Civil Procedure

JURISPRUDENCIA

- Sentencia de 11 de septiembre de 2001 del Juzgado de Primera Instancia nº50 de Madrid.
- Sentencia de 15 de febrero de 2011, del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Badajoz.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) del 14 de abril de 2016 (asuntos acumulados 381/14 y 385/14).