

TERESA ARMENTA DEU
SILVIA PEREIRA PUIGVERT
(Coords.)

**ACCIONES COLECTIVAS
(CUESTIONES ACTUALES
Y PERSPECTIVAS DE FUTURO)**

Presentación de
Teresa Armenta Deu

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2018

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN , <i>Teresa Armenta Deu</i>	9
ACCIONES COLECTIVAS: PRETENSIONES Y LEGITIMACIÓN , <i>Pablo Gutiérrez de Cabiedes</i>	17
ACCIONES COLECTIVAS Y EJERCICIO DE FACULTADES DISPOSITIVAS , <i>Javier López Sánchez</i>	61
LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA: DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CESACIÓN A LAS ACCIONES REPRESENTATIVAS DE CESACIÓN Y REPARACIÓN , <i>José Martín Pastor</i>	93
LA CONFIGURACIÓN DE LOS PROCESOS COLECTIVOS SOBRE UN MODELO MIXTO DE <i>OPT-IN</i> Y <i>OPT-OUT</i> , <i>María Jesús Sande Mayo</i> ...	121
LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i> , <i>Francisco Ortego Pérez</i> ...	135
NOCIONES BÁSICAS PARA LA DEFENSA DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: PRESENTE Y PREVISIONES DE FUTURO , <i>Lidón Montón García</i>	151
ACCIONES COLECTIVAS EN DEFENSA DE LOS DERECHOS E INTERESES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: PROBLEMAS DE COMPETENCIA , <i>Elena Guixé Nogués</i>	171
VINCULACIÓN DE PROCESOS POR ACCIONES COLECTIVAS E INDIVIDUALES DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN , <i>Carmen Senés Motilla</i>	199

	Pág.
PUBLICIDAD E INTERVENCIÓN EN LAS ACCIONES COLECTIVAS, <i>Raquel Bonachera Villegas</i>	221
ACCIÓN COLECTIVA Y PRUEBA, <i>Susanna Oromí i Vall-llovera</i>	235
EJECUCIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA, <i>María Jesús Ariza Colmenarejo</i>	253
EFICACIA TRANSFRONTERIZA DE LAS RESOLUCIONES RECAÍ- DAS COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS Y DE LAS TRANSACCIONES ALCANZADAS EN PROCESOS COLECTIVOS, <i>Antonio Martínez Santos</i>	273
LA FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN LA UNIÓN EUROPEA: UN ANÁLISIS CRÍTICO A PARTIR DE LA EXPERIEN- CIA COMPARADA, <i>Sergi Corominas Bach</i>	297
LA FINANCIACIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS Y LA <i>THIRD PARTY FUNDING</i>. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPERIENCIA EN AUSTRALIA Y ESTADOS UNIDOS, <i>Pedro Sánchez-Rivera</i>	315
ACCIONES COLECTIVAS Y SALUD, <i>Andrea Planchadell Gargallo</i>	333
ACCIONES COLECTIVAS, PROTECCIÓN DE DATOS Y REDES SO- CIALES: REFLEXIONES AL HILO DE UN RECIENTE PRONUN- CIAMIENTO DE LA CORTE DE LUXEMBURGO, <i>Alberto José La- fuente Torralba</i>	355
ACCIONES EJERCITABLES Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN MATERIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS, <i>Lucía Moreno García</i>	371
EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN ACCIONES COLECTI- VAS, <i>Raquel Castillejo Manzanares</i>	389
LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA MEDIACIÓN COLECTIVA SO- BRE CONSUMO, <i>Vanesa Martí Payá</i>	413
¿ES POSIBLE LA INTERPOSICIÓN DE ACCIONES COLECTIVAS EN UN ARBITRAJE?, <i>Ana Montesinos García</i>	429
ACCIONES COLECTIVAS EN FRANCIA Y LA UNIÓN EUROPEA: DIFERENCIAS CON ARGENTINA E IBEROAMÉRICA, <i>María José Azar-Baud</i>	445
BIBLIOGRAFÍA	481

PRESENTACIÓN

I

Las acciones colectivas no son algo novedoso, aunque por su escasa aplicación en la práctica española bien pudiera parecer lo contrario. Esta circunstancia llama especialmente la atención si se piensa en el gran número de casos surgidos en los últimos años susceptibles de haberse tramitado como tales: desde el aceite de Colza, el envenenamiento por asbestos, los cortes de servicio de la compañía Vodafone, el fraude de las academias de inglés, las retenciones por nevadas en las autovías, los sucesivos caos en aeropuertos, las prótesis mamarias, o, más recientemente, el anticonceptivo Essure, el caso Volkswagen o la reciente demanda de la asociación «Milana bonita» contra Renfe por los continuos cortes del servicio ferroviario en Extremadura, entre otros muchos que puedan venir a la mente del lector de estas líneas.

La incorporación de las acciones colectivas a nuestro ordenamiento ha constituido un auténtico revulsivo para la doctrina y la jurisprudencia, acostumbradas a estudiar y aplicar unas categorías que ahora deben adecuarse a los nuevos requerimientos de esta forma de acceso a la justicia, apartada de la técnica de tutela del derecho subjetivo individual, sin contemplar como sujetos de derechos a grupos de individuos, y que persigue beneficiar y proteger determinados derechos o intereses difusos o de pretensiones de escasa cuantía, con una triple incidencia, entre las más relevantes e indiscutidas: economizar la administración de justicia asegurando el buen uso de los recursos públicos, evitar la multiplicación de procesos por una misma cuestión, y facilitar el acceso de los ciudadanos a la justicia, pero también que los posibles demandados no se vean sujetos a una sucesión interminable de procesos por una causa común.

Ante unos y otros hechos, resulta patente la insuficiencia de instrumentos procesales ajustados a pretensiones basadas en la tutela de un individuo, al igual que aquellas que contemplan los diversos supuestos de acumulación subjetiva y objetiva, o la acumulación de procesos; piénsese, por ejemplo, en la inaplica-

ción del supuesto de acumulación de autos contemplado en el art. 76.2.1.º LEC; circunstancia que en unión de aquellos obliga a revisar la normativa propia de las acciones colectivas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en otros textos (Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y leyes complementarias; Ley de Condiciones Generales de la Contratación, Ley de Competencia Desleal y Ley de Publicidad, etc.), para enfrentarse entonces a un resultado incompleto y ocasionalmente contradictorio, empeorado a través de sucesivas reformas, así como por la incorporación de leyes de transposición de las correspondientes Directivas europeas y las resoluciones del Tribunal Europeo de Justicia.

El conjunto de las condiciones tan sintéticamente expuestas ha conducido, casi inevitablemente, a una jurisprudencia divergente cuando no claramente contradictoria o, peor aún, que rechaza en buena medida acudir a las acciones colectivas no solo por la difícil aplicación de una regulación cuando menos insuficiente, sino por sobreentender que difícilmente responderá a la pretensión de una tutela judicial efectiva. De ahí, entre otras consecuencias, que los acuerdos extrajudiciales o acudir directamente a la mediación o al arbitraje constituyan hoy en día algo más que una mera hipótesis de «mecanismos alternativos», y no tanto, en esta ocasión, porque la justicia no otorgue una respuesta satisfactoria, que también, sino porque la dejadez del legislativo ha puesto al justiciable y a la mal denominada «administración de justicia», si se me permite la expresión poco académica, «a los pies de los caballos». Como muestra un botón: el colapso de los juzgados mercantiles de Barcelona, donde actualmente se tramitan alrededor de diez mil reclamaciones de pasajeros, ha conducido a que Vueling y Ryanair firmen un protocolo para buscar acuerdos extrajudiciales rápidos (Lalo Agustina, <https://www.La Vanguardia.Com/Autores/Lalo-Agustina.HTML>).

Recuérdese, por otra parte, que las singularidades del proceso colectivo requieren articular todo un conjunto de garantías procesales para preservar el acceso, los sujetos a los que se atribuye legitimación y el respeto al derecho de defensa de los miembros ausentes; pero también de cohonestar eficazmente las normas de jurisdicción y competencia, determinados aspectos probatorios y, entre otras cuestiones que no cabe enumerar en esta relación de grano grueso, los efectos de la resolución que recaiga en la ejecución y la cosa juzgada. De hecho, cualquier análisis de las acciones colectivas ofrece un auténtico mosaico de cuestiones procesales: jurisdicción, competencia, legitimación, cosa juzgada, costas, etcétera. Todas y cada una deben ser abordadas desde una nueva realidad jurídica, que sin embargo adolece, en cada uno de los casos, como se comprobará en los diferentes trabajos, de base normativa adecuada.

Frente a esta realidad y a una justicia desbordada y cautelosa a la hora de aplicar aquella, el análisis de los temas que han evidenciado mayores dificultades constituye paso obligado para ofrecer una respuesta a asociaciones, abogados y jueces, pero sobre todo a los ciudadanos que padecen en último término las consecuencias. Este ha sido el objetivo final de los autores y trabajos que aquí se presentan.

II

El fin del libro es concreto y se ajusta, como anuncia el propio título, a los problemas suscitados en los últimos años en torno a diferentes aspectos de las acciones colectivas, acometiendo cuestiones que reflejan como un espejo las ya citadas carencias de la regulación vigente y el consiguiente efecto devastador sobre la tutela de derechos e intereses que no obtienen respuesta adecuada, empezando por la dispersión normativa, y siguiendo por múltiples particularidades que carecen de justificación en muchos casos u ofrecen contradicciones palmarias en otros, y ante las que se plantean fundadas dudas hermenéuticas constantemente. Eso cuando no existe una auténtica laguna legal como en materia de acciones de indemnización, aspecto sobre el que se alberga alguna esperanza, a partir de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2018, relativa a las acciones de representación, que se aborda en los diferentes análisis a modo de futura guía normativa.

El lector interesado encontrará un planteamiento clarificador de los problemas detectados en los dieciocho años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de las diferentes reformas en materia de consumidores y usuarios, así como de otros textos esenciales como la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ley de la Competencia o Ley General de Publicidad, entre otras en las que las acciones colectivas son objeto de atención singular, sin olvidar, claro está, las Directivas, Reglamentos y otros textos que conforman el complejo entramado normativo de las acciones colectivas en España. Para, a partir de ahí, formular, en la medida de lo posible, cumplidas respuestas sobre las posibles clarificaciones y eventuales soluciones a las mismas. A tal efecto, ocupa un lugar relevante la numerosa jurisprudencia de Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil, de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo; sin omitir, muy al contrario, la trascendente incidencia de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Los veintiún trabajos se exponen en un orden no aleatorio que responde a una gradación elaborada a partir de las cuestiones más generales, como las pretensiones ejercitables y la legitimación, diferenciando entre niveles de protección, individual, concreta y abstracta, que coexisten y se entremezclan, y de los elementos que componen la inicial decisión de demandar: determinando, en primera lugar, la acción que se pretende ejercitar: declarativa, de cesación y prohibición, resarcimiento, rectificación, remoción o enriquecimiento injusto, entre otras; y en segundo lugar, la actuación en defensa de intereses colectivos o difusos, aspecto este último que el art. 11 LEC diferencia desde dos perspectivas: la correspondiente al carácter de los grupos y la del carácter de los intereses. En atención al punto de vista de los grupos, sus componentes pueden estar determinados o ser determinables o por el contrario no estar ni ser determinables; y desde la perspectiva de los intereses en litigio, pueden ser propiamente colectivos, referidos al sujeto no como individuo, sino como miembro de una colectividad, o lo que se denomina por un sector de la doctrina intereses individuales homogéneos. Esta distinción, sin embargo, ha sido rechazada por el legislador, que prefiere diferenciar entre intereses generales y particulares, lo que redundará en la configuración legal de la legitimación y se encuentra en el origen de diferentes problemas puestos de relieve en el primero y en diferentes análisis del libro.

El ejercicio de facultades dispositivas enlaza en buena medida con la legitimación para abrir otro abanico de cuestiones, que plantea y desarrolla la conexión requerida entre los elementos determinantes de la responsabilidad del demandado frente a una pluralidad de consumidores, lo que dificulta el ejercicio de una acción colectiva cuando la responsabilidad es contractual y obedece a relaciones jurídicas plurales distintas en cada consumidor. La limitación de las posibilidades de actuación y decisión sobre la tutela del interés protegido o la problemática de la extensión de la eficacia de la resolución que decide la reparación de un daño masivo, a causa de la legitimación reconocida al amparo del art. 222.3 LEC, evidencia el óbice de respetar la libre determinación a la hora de disponer de sus propios intereses, entre otras muchas manifestaciones o limitaciones del ejercicio de facultades dispositivas —como aquellas ejercitadas en la acción de cesación o cuando esta se acumula a la reparación de daños—, poniendo sobre el tapete, en el segundo trabajo de la monografía, el alcance y la bondad, o no, de dicho ejercicio y sus consecuencias.

La tutela de consumidores y usuarios vertebrada en buena medida todos los trabajos, siendo abordada en el tercero al situarnos ante la respuesta que se otorga a la misma en la Unión Europea, atendiendo paralelamente a diversos problemas de las acciones colectivas en el ordenamiento procesal civil español y en otros europeos. Se dilucida, así, qué acciones son o pueden ser colectivas, cuestión no pacífica en la jurisprudencia española; la tramitación de las acciones en que se ejercitan acciones individuales y colectivas; y los múltiples problemas detectados a través de un número importante de resoluciones de los órganos jurisdiccionales de distinto grado, incluyendo diversas sentencias del Tribunal Constitucional, en orden a clarificar la difícil conexión entre los arts. 11, 13, 15, 76, 77 y 78, todos de la LEC; sin omitir finalmente algunos aspectos de la cosa juzgada, y una referencia a las correspondientes novedades de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2018, relativa a las acciones de representación (2018).

Por su parte, las acciones resarcitorias que incorporaría la citada Propuesta constituyen el hilo conductor del trabajo que expone las ventajas e inconvenientes de los modelos de inclusión (*opt in*) y exclusión (*opt out*), llegando a la conclusión de las ventajas de un modelo mixto con un sistema de pesos y contrapesos. Al mismo se unen dos trabajos orientados a recordar las líneas y conceptos generales de las acciones colectivas y alguna propuesta de reforma.

Las cuestiones más amplias y generales se completan con otras algo más concretas, empezando por los problemas de competencia objetiva surgidos entre los Juzgados de lo Mercantil y los de Primera Instancia en distintas materias y tipo de acciones, y más aún, en el caso de acumulación de acciones cuando la competencia objetiva para conocer de las acumuladas no corresponda en todos los supuestos al Juzgado de lo Mercantil. Sin obviar aquellas relativas a la competencia territorial, a la luz de los arts. 50 a 52, ambos de la LEC, en el ejercicio de acciones de nulidad de cláusulas de condiciones generales de la contratación, declarativas, de cesación, de retractación o indemnizatorias, en materia de competencia desleal, seguros, venta a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación; dilucidando cuando se trata de fueros imperativos o cuando deberán aplicarse los arts. 50 y 51 LEC.

La Ley de Condiciones Generales de Contratación ha suscitado mucho interés en diferentes frentes. Se atiende aquí a uno tan específico como relevante, por su incidencia práctica en los últimos años: la vinculación de procesos por acciones colectivas e individuales de los consumidores (surgida en un sinfín de procesos en torno a las cláusulas incluidas en préstamos concertados con entidades de crédito), al hilo del cual se guía al lector con maestría sobre un amplio número de cuestiones clarificadas, como se señala, a golpe de sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, sentando una doctrina tan reiterada como sujeta a polémica en lo que atañe a la cosa juzgada.

El ámbito general, de carácter nacional y europeo, se cierra con sendos trabajos en torno a la publicidad e intervención en las acciones colectivas, la prueba y la ejecución, extendiéndose a las transacciones y los efectos transfronterizos de las resoluciones recaídas. Sobre la publicidad e intervención se destacan las dificultades originadas al aplicar los arts. 11, 13 y 15, todos de la LEC, a la hora de cumplir con los requisitos de publicidad, así como para articular con plena satisfacción del derecho de defensa en la intervención procesal del tercero que pretende incorporarse a la acción colectiva, tal como refleja la doctrina y jurisprudencia utilizada en el análisis. La prueba en las acciones colectivas, por su parte, se distribuye esencialmente en cuatro vertientes: la adicional carga probatoria que surge al inicio del proceso, el uso de técnicas e instrumentos probatorios específicos, las peculiaridades de la llamada «acción colectiva consecutiva», y las reglas que facilitan la prueba del perjuicio. En tanto, los problemas de la ejecución de lo resuelto en las acciones colectivas encuentran su epicentro en la falta de precisión en muchos aspectos consustanciales relativos a la legitimación, la cosa juzgada y la intervención procesal, que obstaculizan la efectiva ejecutividad de lo resuelto en la acción colectiva; dificultades a las que se añaden los problemas de cuantificación del despacho de la ejecución y el plazo de caducidad de la acción de ejecución, cuya referencia se omite en el art. 519 LEC, así como las dificultades relacionadas con la oposición a la ejecución y el incidente regulado en este último precepto.

No corren mejor suerte las transacciones colectivas extranjeras y la eficacia transfronteriza de las resoluciones y transacciones derivadas de procesos colectivos sustanciados en el seno de la UE: la diversidad de los regímenes jurídicos para obtener el *exequatur* en aspectos nucleares del modelo de acciones colectivas, o establecer el régimen aplicable que guíe el reconocimiento o la declaración de ejecutividad mediante *exequatur* (en el territorio Bruselas I bis) resulta terreno de difícil tránsito; algo que se reitera al acometer las transacciones colectivas y el Reglamento 1215/2012; y en menor medida, pero también con serios obstáculos, los detectados oportunamente en el régimen interno español de la LEC de 1881 y en el art. 47 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil.

La financiación de las acciones colectivas tampoco ha suscitado excesiva atención en la normativa española, ocupando, sin embargo, un lugar principal tanto en la ya referida Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2018, relativa a las acciones de representación, como en otros modelos, singularmente el vigente en Estados Unidos. De tales aspectos ofrecen cumplida cuenta los dos trabajos enfocados respectivamente en las

previsiones de financiación de las acciones colectivas en Europa y su viabilidad, y las experiencias en Australia y los Estados Unidos de América en torno a la financiación por tercero.

Con ellos llegamos a lo que podríamos denominar «aspectos específicos en torno a las acciones colectivas», que a través de tres estudios acometen otras tantas cuestiones poco analizadas, cuales son: las discutidas acciones colectivas en materia de salud, al hilo de tres casos renombrados: la talidomida, el amianto y las prótesis mamarias. La protección de datos y redes sociales, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Schrems c. Facebook*. Y las cláusulas abusivas, en una nueva «vuelta de tuerca» sobre una materia cuyo interés no precisa resaltarse y que ha deparado reiterados y contradictorios pronunciamientos en torno a la acumulación de acciones de consumo, de tutela colectiva y de cesación.

Menos estudiadas aún han sido dos vertientes que, sin embargo, empiezan a ser objeto de atención frente a una justicia completamente desbordada y que, como se ha adelantado, no encuentra respuesta adecuada en la normativa vigente. Me refiero a la mediación y el arbitraje en las acciones colectivas. A partir de la idea de que la transacción no solo es posible, sino que incluso se recomienda en materias como consumidores y usuarios, los dos trabajos centrados en la mediación exploran diferentes iniciativas mayoritariamente comunitarias y circunscritas a la citada materia y otros, como la Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles o el Código de Consumo en Cataluña, así como las características que deberían concurrir en el procedimiento de mediación en las acciones colectivas y las diferentes adaptaciones necesarias en cuestiones como el acceso a la mediación, la legitimación, la conformidad de los afectados o la eficacia ejecutiva del acuerdo alcanzado. El arbitraje en acciones colectivas, por su parte, se aborda desde la experiencia americana, donde *el procedimiento arbitral de clase* ha sido regulado por la American Arbitration Association (AAA) y la Judicial Arbitration and Mediation Services (JAMS), trasladándonos al arbitraje colectivo de consumo español, a partir de su mención en el Real Decreto 231/2008, que contempla más bien un caso de acumulación de acciones; camino de propuestas y experiencias europeas, que solo se han ido desarrollado en Alemania, para arribar al cambio de paradigma que constituye la ya citada Propuesta de Directiva de 11 de abril de 2018.

Cierra el libro un ilustrativo análisis de Derecho comparado que reúne cuatro normativas a uno y otro lado del Atlántico, dibujando sendos modelos claramente representativos de las diferentes perspectivas en ordenamiento de ambas orillas: Francia y la Unión Europea, de un lado, y Argentina e Iberoamérica, de otro.

Enlazando con las palabras iniciales de esta presentación, no cabe duda de que un solo libro no puede aprehender la desbordante realidad que constituyen hoy en día las acciones colectivas o, por mejor expresarlo, el importante caos normativo imperante, cuando no el patente vacío a la hora de obtener una tutela efectiva en múltiples situaciones cuya frecuencia puede ir aumentando exponencialmente. La realidad, siempre terca, continúa poniendo de relieve la urgencia de resolverlo y hasta entonces, cuando menos, la relevancia de esclarecer los problemas y apuntar las mejores soluciones a la luz de la normativa actual y los

remedios que estudiosos, organizaciones y grupos de consumidores, abogados, jueces y hasta el propio prelegislador podrían utilizar. Esta es la finalidad primera y principal que persigue este libro que tengo la satisfacción de presentar.

III

¿Qué decir de los autores? Muchos son procesalistas consagrados y además expertos en la materia, lo que convierte en innecesario comentario alguno. Otros justifican sobradamente su incorporación por haber investigado mucho y bien las cuestiones que analizan con rigor y acierto en trabajos previos a los que aquí se incorporan. Todos se han sometido a una sugerencia común en cuanto a la extensión, la especificidad de la cuestión acometida y el común objetivo de ofrecer una visión bifronte de análisis crítico sobre la actualidad, apoyado en abundante bibliografía y jurisprudencia, que se proyecta en las propuestas de solución de la vigente regulación o de aquella que eventualmente debiera acometerse, ofreciendo hermenéuticas plausibles, que se completan con una común referencia a la Propuesta de Directiva de «acciones de representación».

A todos y cada uno quiero agradecer su esfuerzo y más aún felicitar por un resultado cuyo mérito les pertenece absolutamente y que estoy segura apreciarán y compartirán los lectores de este libro a partir de este momento.

En Girona-Barcelona, enero de 2019.

Teresa ARMENTA DEU

ACCIONES COLECTIVAS: PRETENSIONES Y LEGITIMACIÓN

Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad CEU San Pablo

SUMARIO: 1. LAS ACCIONES COLECTIVAS: 1.1. La necesidad de un sistema de «tutela colectiva». *Lip service v. solutions for justice*. 1.2. Premisas jurídicas básicas: 1.2.1. ¿De qué estamos hablando?: ¿qué es una acción colectiva? 1.2.2. ¿Qué derechos e intereses protege? 1.3. Modelos y claves en la configuración de las acciones colectivas: *US class actions v. EU collective redress*. 1.4. El marco normativo: 1.4.1. Regulación española. 1.4.2. Regulación europea.—2. PRETENSIONES (ACCIONES) EJERCITABLES: 2.1. Ámbito objetivo. 2.2. Contenido de la pretensión. Regulación española: 2.2.1. Merodeclarativa (y constitutiva). 2.2.2. Cesación. 2.2.3. Declarativa, cesación y retractación en materia de CGC. 2.2.4. Acción de reparación supraindividual. 2.2.5. Acción de reparación, resarcimiento o indemnización de perjuicios plurales homogéneos. 2.3. La propuesta de Directiva de «acciones de representación».—3. LEGITIMACIÓN: 3.1. Regulación española: 3.1.1. Acciones en defensa de intereses supraindividuales (cesación y otras). 3.1.2. Acciones de reparación, resarcimiento o indemnización de perjuicios plurales. 3.2. La propuesta de Directiva de «acciones de representación».—4. EPILOGO.

1. LAS ACCIONES COLECTIVAS

1.1. La necesidad de un sistema de «tutela colectiva». *Lip service v. solutions for justice*

A) Si de algo no está necesitada la temática de las «acciones colectivas» es, precisamente, de introducciones y breves «acercamientos descriptivos» a la cuestión. Durante décadas se ha venido hablando en España y en otros países de nuestro entorno de la necesidad de la protección de los intereses «colectivos» y/o «difusos» (y de cualesquiera de las múltiples distintas combinaciones entre los más diversos significantes y significados referidos a este fenómeno) y de la inadecuación de los «esquemas procesales tradicionales». Pero era a

partir de ese punto, y una vez se pretendiera trascender los manidos *tópicos* y lugares comunes reiterados en la comunidad jurídica, que se presentaban, en toda su crudeza, las dificultades intrínsecas propias de este tema, la ausencia, en muchos casos, de análisis detenidos y, sobre todo, de propuestas articuladas de regulación legal de la materia, la proverbial falta de claridad existente en torno a ella y la total ausencia de concretos instrumentos procesales destinados a su tutela¹.

Afortunadamente, del discurso vacío se logró pasar a un tratamiento más riguroso y propuesta más precisa sobre esta cuestión, que —mal que bien— se logró también pasara a estar al menos reflejada de alguna manera en nuestra Ley procesal civil de 2000. Sin embargo, ya tras su aprobación y luego durante la década posterior, he venido señalando que «aunque ese hecho [es (2001)/era (2011)] de por sí positivo, la regulación establecida por la LEC dista[ba] mucho [y *dista aún* (2011)] de ser plenamente satisfactoria y puede deparar múltiples problemas de interpretación y aplicación»; e insistía en que, superando la primera impresión de que ya se «regula el tema» y «se protegen los intereses colectivos y difusos», había de «descenderse a la aplicación real de la normas que establece, a su incorporación a la práctica forense diaria, lo cual permitía advertir las deficiencias y problemas aludidos»² («algunos que han sido solventados ya, en reformas posteriores, y otros, que no», señalaba en 2011, en referencia al relativo avance en materia de acción de cesación —que tratamos más adelante— a pesar de su técnica legislativa hipertrófica).

En estos días, me ha llamado la atención la observación de que «estamos en el mismo punto que hace veinte años»³. Y ciertamente, ello sucede en muchos de los elementos esenciales de nuestra legislación sobre acciones colectivas por daños, que es a lo que verdadera y principalmente se han referido siempre aquellas llamadas sobre su insuficiencia y necesidad de solución; y lo que es mucho peor, no solo se produce ya en la legislación, sino en los Tribunales y la jurisprudencia, que arrastran la perplejidad y los problemas de interpretación y aplicación que apuntaba, como consecuencia de una regulación legal profundamente insuficiente, deficiente y confusa⁴. No obstante, considero que sí hemos avanzado, sobre todo porque existe ya en la doctrina especializada dedicada a esta materia un mayor conocimiento de la cuestión, presupuesto necesario para su correcta regulación. Por eso, la tutela judicial efectiva y la cabal ordenación

¹ Así lo ponía de manifiesto en la *Introducción* de la monografía dedicada extensamente a esta cuestión *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Navarra, Aranzadi, 1999, pp. 29 y ss.

² *Vid.*, respectivamente, «Comentario al artículo 11», *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, 2001, pp. 134-139 (o en «La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados», en *Derecho del consumo: acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo-Consejo General del Poder Judicial, 2001); y *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento...*, *op. cit.*, 2.ª ed., 2011, pp. 187-191.

³ Me hacía esta observación una compañera durante la celebración del encuentro del que trae causa esta publicación al término de su intervención.

⁴ De la misma opinión, por todos, desde la perspectiva práctica, A. FERRERES COMELLA, «Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, núm. 45, 2017, pp. 23 y 24, que denuncia que las dificultades «intrínsecas» de toda tutela colectiva «se multiplican, además, por la ausencia de un sistema normativo completo y sistemático» en nuestra regulación procesal, que «es a todas luces insuficiente» con «escasas normas» y «dispersas».

y funcionamiento de la Justicia en los traumáticos hechos dañosos a que se refiere esta materia no puede seguir *empantanada*, injustificadamente *impedida* día tras día, año tras año, por falta de voluntad de abordarla y de conocimiento en su elaboración.

Lo mismo he señalado en alguna otra ocasión en cuanto a la regulación y la Comisión europea, advirtiendo el «*lip service*» que en gran medida existía en iniciativas de pretendido «tratamiento» de esta cuestión como la «Recomendación sobre acciones colectivas» de 2013, que también trataremos aquí, cuestionando si acaso no suponía *much ado about nothing*⁵ (mucho ruido y pocas nueces).

Pues bien, la Comisión y las instituciones europeas parecen estar ahora mismo dando un impulso a esta cuestión, con la Propuesta de una nueva Directiva sobre acciones colectivas, que resulta ser de nuevo «ocasión inmejorable —inevitable—» (utilizando las mismas palabras que hace veinte años refería a la Ley de Enjuiciamiento Civil) para afrontar la necesaria y debida regulación que solucione esta penosa situación.

B) La *razón jurídica* de la *necesidad* de articulación de un sistema e instrumento procesal que haga posible la tutela de los derechos e intereses de personas que se encuentran en una situación jurídica igual o similar ante una infracción del ordenamiento que les afecta, que denunciaba a finales de los noventa, no solo se ha ido constatando en múltiples situaciones, sino que no ha hecho sino acrecentarse con eventos cada vez más traumáticos, que siguen sin tener la debida atención y solución legal. En términos muy sintéticos, esta necesidad se deriva de dos factores.

a) Primeramente, la *potencialidad lesiva* de derechos e intereses de grupos, colectividades o categorías enteras de personas en las relaciones humanas y la vida social de nuestra civilización actual, caracterizada por su masificación y complejidad, haciendo surgir problemas que no contempla la regulación de la litigación meramente individual. La globalización y la digitalización han elevado además exponencialmente ese riesgo y materialización de daños masivos, de modo que miles o millones de personas (consumidores o usuarios, inversores, contratantes de un determinado producto o servicio, habitantes de un lugar, personas de determinada condición personal, etc.) pueden verse afectadas por una misma o similar actuación ilícita, por perjuicios totales que alcanzan miles de millones⁶.

⁵ Así lo señalaba en mi Ponencia en el Congreso internacional coorganizado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y el Centre for Competition Policy (Institute for European Studies de la Universidad CEU San Pablo) celebrado en la CNMC el 27-28 de noviembre de 2014 (<http://www.idee.ceu.es/Portals/0/Investigacion/Carlts/Class%20Actions%20%20to%20Claim%20Antitrust%20Damages.pdf>). Ello hizo que la primera pregunta al ponente que esto escribe fuera de una responsable de la Comisión europea, que vino a constatar que parecía que este profesor «*does not like too much the Recommendation*». Ello no fue óbice —sino al contrario— para un afable —y también fructífero— diálogo posterior. En el mismo sentido se preguntaba por el mismo tiempo, por todos, C. HODGES, «Collective redress: A breakthrough or a damp squib?», *Journal of Consumer Policy*, núm. 37, 2014, pp. 67-89.

⁶ Cuando publicaba *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales* era prácticamente tan solo el caso de la *Colza* (del aceite adulterado que causó el «síndrome tóxico») el caso sonado que