

LAS LIMITACIONES DEL SISTEMA DE TUTELA COLECTIVA DE INTERESES INDIVIDUALES HOMOGÉNEOS DISPUESTO EN NUESTRA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. UNA PROPUESTA INICIAL DE SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ALEX FERRERES COMELLA Y ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO
Abogados (*)

Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de conflictos

La experiencia judicial española de los últimos años ha permitido poner de relieve las limitaciones intrínsecas de que adolece el sistema de tutela colectiva que existe en nuestra ley procesal en lo relativo a la tutela de los llamados intereses individuales homogéneos. Como se analizará brevemente en este trabajo, tales limitaciones pueden ser superadas mediante métodos alternativos de resolución de conflictos, como pueden ser (i) la transacción, (ii) el arbitraje y (iii) los fondos de compensación sin culpa. Estos mecanismos permiten ahorrar costes de litigación, lograr soluciones más rápidas y dotar de certidumbre a la solución de las controversias. En particular, su utilización puede revelarse particularmente eficiente para la resolución de los conflictos en masa derivados de la reestructuración bancaria, tales como los surgidos a raíz de la comercialización de instrumentos híbridos de capital o participaciones preferentes.

The restrictions of the regulations on collective redress aimed at protecting homogeneous individual interests as established under our Civil Procedural Law. An initial proposal regarding alternative dispute resolution mechanisms

Recent Spanish litigation experience has shown the intrinsic insufficiencies of our collective redress regulation as regards the protection of the so-called homogeneous individual interests. As we will briefly analyze below these inefficiencies may be overcome by means of alternative dispute resolution methods, such as (i) transaction; (ii) arbitration; and (iii) compensation funds. These mechanisms save on litigation costs, offer quicker solutions and certainty as to the outcome. They could be a particular efficient means of resolving mass claims arising from the restructuring of the banking sector, such as the disputes resulting from the trading of hybrid debt capital instruments.

Ya tuvimos ocasión de señalar en su momento, en los albores de la práctica judicial de la tutela colectiva de intereses individuales homogéneos en nuestro país, que solo el rigor jurídico en altas dosis en la interpretación y la aplicación del sistema de tutela colectiva dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil garantizaría su equilibrio constitucional y, sobre todo, su eficiencia¹⁵. Y nos atrevíamos entonces a cursar una petición a los distintos operadores jurídicos en general, y a los jueces y tribunales muy en particular, para que sometieran las acciones de clase previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (esto es, acciones colectivas en tutela de intereses individuales homogéneos) al severo escrutinio de los criterios a los que, según entendíamos, debía sujetarse la

insuficiente regulación de nuestra ley procesal de aquel tipo de acciones colectivas.

La experiencia judicial acumulada en estos últimos años, especialmente en el ámbito de la reclamación de perjuicios derivados de la contratación de productos o servicios (y en particular, en la contratación de productos financieros y de inversión), y el encomiable rigor con el que nuestros jueces y tribunales se han manejado con carácter general en la resolución de las distintas cuestiones procesales planteadas, ha permitido poner de relieve las limitaciones intrínsecas de todo sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos.

Seguidamente vamos a detenernos de forma breve en el análisis de dos de aquellas limitaciones que han sido puestas especialmente de manifiesto por nuestros jueces y tribunales. En la segunda parte de este trabajo, exploraremos algunos sistemas alternativos de resolución de conflictos que se han ensayado con éxito en nuestro país y en otras jurisdicciones en relación con la tutela colectiva de intereses individuales homogéneos, y que parecen haber permitido superar aquellas limitaciones.

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Barcelona y Madrid).

¹⁵ A. Ferreres Comella: «Las Acciones de Clase («Class Actions») en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 11, 2005, págs. 38-48.

1 • La doble —e irrenunciable— exigencia de la concurrencia de hecho dañoso común (como presupuesto objetivo sobre el que se fundamenta la legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones en tutela colectiva de intereses individuales homogéneos) y de la comunicación previa a los usuarios o consumidores representados (como requisito de procedibilidad) comprometen de forma inevitable la eficiencia de las acciones colectivas en tutela de intereses individuales homogéneos.

Todo sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos está sometido a la permanente tensión entre el propósito de eficacia judicial que se persigue (garantizar la efectiva y eficiente reparación de los daños y perjuicios que se causen en masa por parte de los empresarios) y la irrenunciable garantía de que el derecho a la tutela judicial efectiva —tanto de los consumidores y usuarios representados en la acción, como de los empresarios frente a los que se dirige la reclamación colectiva— no se verá en modo alguno comprometido por el hecho de que la reclamación se articule de forma colectiva.

Hay motivos —y ahora ya, experiencia judicial suficiente en nuestro país— para cuestionarse seriamente si, más allá de supuestos en los que los cursos causales no son objeto de discusión o pueden ser resueltos de forma unívoca en relación con todos y cada uno de los casos subyacentes a la acción colectiva (en lo básico, accidentes en masa), y en los que la determinación de las indemnizaciones a abonar puedan ser determinada en función de criterios estandarizados, la tutela judicial colectiva de intereses individuales homogéneos resulta eficiente.

Nuestra jurisprudencia reciente nos ha enseñado que existen, cuando menos, dos serias dificultades para defender la eficiencia de aquel sistema judicial de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos. Merece la pena detenerse en ellas brevemente.

1.1 • Las limitaciones derivadas de la necesidad de comunicar el inicio de la acción a todos y cada uno de los consumidores y usuarios determinados o fácilmente determinables en los supuestos en los que se ejercite —o en que deba ejercitarse— la acción colectiva prevista en el apartado 2 del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Nuestros jueces y tribunales se han mostrado especialmente rigurosos en la fiscalización del cumpli-

miento, por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios, de la obligación de comunicación previa dispuesta en el artículo 15 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que constituye un requisito de *procedibilidad* o *accionabilidad*.

Como es bien sabido, el apartado 2 de dicho precepto dispone que «*cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido*».

No es dudoso que la finalidad de la norma transcrita es la de garantizar una adecuada tutela de los intereses particulares homogéneos que la asociación actora pretende representar, de modo que si los consumidores titulares de esos intereses particulares homogéneos son determinados o de fácil determinación, prefiere el legislador que se les comunique previamente el inicio de la acción, en ofrecimiento de la posibilidad de hacer valer particularmente sus derechos en el procedimiento colectivo iniciado por aquella asociación.

Como decíamos, nuestros jueces y tribunales han prestado especial atención a la obligación de comunicación previa y han exigido su cumplimiento con notable rigor, sobre la base de dos premisas:

(i) Limitando los supuestos en los que cabe entender que los consumidores perjudicados por un hecho dañoso son «*una pluralidad de consumidores y usuarios indeterminada o de difícil determinación*». Es decir, limitando los supuestos en los que quepa apelar, por parte de la asociación actora, a la legitimación extraordinaria para la tutela de los denominados *intereses difusos*, regulada en el apartado 3 del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para la que basta la publicación de la demanda presentada por la asociación actora, con suspensión del procedimiento durante dos meses.

Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de establecer que, cuando nos hallamos ante usuarios que habrían resultado perjudicados por la suscripción de contratos bancarios, los intereses en juego no son intereses difusos, sino colectivos (esto es, intereses individuales homogéneos de consumidores o usuarios determinados o fácil-

mente determinables) dada la facilidad con la que es posible *determinarlos*¹⁶.

(ii) No admitiendo argumentos relativos a las dificultades prácticas que en ocasiones puede ocasionar el cumplimiento de aquella comunicación previa, y rechazando, por ende, peticiones de disculpa de aquella obligación, y exigiendo cumplida prueba de la práctica de aquella comunicación previa¹⁷.

En este mismo sentido, nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de recordar que no cabe confundir la *comunicación previa a la interposición de la demanda con el llamamiento posterior a su admisión* al que se refiere el apartado 1 del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁸. Básica-

mente por cuanto la comunicación previa la debe practicar la parte que pretenda ejercer una acción colectiva de manera individualizada a cada uno de los posibles afectados por la citada acción colectiva, y el llamamiento debe ser acordado judicialmente, tras la admisión de la demanda, y se realiza de manera pública —por medio de la publicación de la admisión de la demanda colectiva en diversos periódicos, por ejemplo—^{19 y 20}.

16 Véase, en este sentido, el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2010 (RJ 2011\148): «*La apreciación de que la acción se refiere a intereses colectivos y no difusos, no ofrece duda, no solo ya porque así lo han considerado las propias partes, sino singularmente porque la nota distintiva de la 'determinabilidad' resulta de que la cláusula discutida hace referencia a contratos de préstamo a interés variable celebrados por la entidad bancaria demandada, y produce perplejidad que la misma, mediante su sistema informático, no pudiera determinar plenamente los afectados*».

17 Especialmente meticulosa se muestra con este requisito la Audiencia Provincial de Sevilla, en la sentencia 22 de enero de 2004 (AC 2004\406) en la que concluye lo siguiente: «*Tratándose por tanto de una acción para la defensa de intereses colectivos la actora estaba obligada a acreditar que había comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados y el Juzgado a efectuar el llamamiento a que se refiere el artículo 15, requisito sin cuyo cumplimiento no es posible que continúe el procedimiento. Ciertamente esta labor es sumamente laboriosa y requiere el empleo de una serie considerable de recursos humanos y materiales, pero precisamente la laboriosidad de estas acciones es lo que justifica que se encomienden a asociaciones de consumidores y usuarios que puedan reunir los recursos necesarios que no están al alcance de la mayoría de los consumidores individuales. En definitiva las acciones colectivas son las adecuadas para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y reportan sin duda alguna numerosas ventajas para éstos, pero ello no quiere decir que sean simples, ni de fácil preparación; por el contrario, en muchas ocasiones, especialmente cuando como en el caso de autos se pretendan resolver por esta vía miles de contratos y obligar a las entidades demandadas a devolver ingentes cantidades de dinero, su preparación requerirá un esfuerzo considerable que no se aprecia se haya realizado en el caso de autos.*»

18 Dispone dicho apartado 1 del artículo 15 que «*en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión a trámite de la demanda en medio de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses*».

19 Así, en su sentencia de 19 de junio de 2006 (recurso n.º 188/2006, La Ley 182129/2006), en la que desestima el recurso de apelación interpuesto por AUSBANC contra la sentencia que había sido dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Jaén en fecha de 23 de marzo de 2006, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén confirma la desestimación de la pretensión restitutoria instada por la asociación actora al amparo de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por, entre otros motivos, no haberse acreditado por aquella la comunicación previa del inicio de la acción a los consumidores representados. En su confirmación de la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, y tras subrayar que tal comunicación previa debe acreditarse cumplidamente, la Audiencia Provincial de Jaén subraya además que en modo alguno puede sustituirse tal comunicación previa a todos y cada uno de los consumidores representados en la acción por una rueda de prensa en la que se haya dado (la posterior) noticia del dictado de sentencia en la acción correspondiente: «*Se alega así mismo por la recurrente que si el llamamiento tiene su razón de ser en que los afectados se enteren de la consecución de dicho proceso, tal requisito, a su juicio, se llevó a cabo, toda vez que la sentencia, a través de una rueda de prensa se puso en conocimiento la misma y su repercusión. Ahora bien, esta fórmula utilizada para el «conocimiento» de lo resuelto en sentencia, no enerva en modo alguno la forma que al respecto establece el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para realizar el llamamiento a los afectados en los procesos colectivos, sin que en ninguno de sus apartados (1, 2 y 3) se regula la convocatoria de una rueda de prensa para dar publicidad a una sentencia que además no era firme*» (Fundamento de derecho sexto de la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 19 de junio de 2006).

En este mismo sentido, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de mayo de 2008 (Id Cendoj: 28079370282008200110) establece lo siguiente: «*En consecuencia, no puede aceptarse, como pretende la recurrente, que se admita una demanda de defensa de intereses colectivos del art. 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [...] sin acreditar la comunicación previa de la presentación de la misma a todos los interesados exigida en el art. 15.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretendiendo sustituirla por un anuncio (f. 269 y siguientes) en medios de comunicación, publicidad similar a la que en todo supuesto de demanda en defensa de intereses supraindividuales, sean colectivos o difusos, deberá realizarse de la admisión a trámite de la demanda conforme al art. 15.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*».

20 En fin, también sobre la base de la falta de acreditación de la comunicación previa a los consumidores representados del inicio de acciones colectivas amparadas en la legitimación extraordinaria contemplada en el apartado 2 del artículo 11 LEC, han inadmitido a trámite demandas en tutela colectiva de intereses individuales homogéneos el Juzgado de Primera Instancia

1.2 · Las limitaciones derivadas del requisito de la homogeneidad en el hecho dañoso —«común»— que constituye el antecedente fundacional de la legitimación extraordinaria que se reconoce a las asociaciones de consumidores y usuarios para el inicio de acciones colectivas en tutela de intereses individuales homogéneos de consumidores y usuarios.

Nuestros jueces y tribunales parecen haber comprendido perfectamente que la identidad fáctica de los distintos casos subyacentes a las acciones colectivas en defensa de intereses individuales *homogéneos* es un *requisito intrínseco* al régimen de las *acciones de clase* reconocido en los apartados 2 y 3 de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, no se ha dudado en concluir que tal precepto impone la necesidad de que exista identidad fáctica (*commonality*, en terminología anglosajona) en la acción de clase ejercitada, al referirse a «los afectados por un *hecho dañoso*». En decir, han concluido con tino nuestros jueces y tribunales que la referencia a «un —solo— *hecho dañoso*» quiere en realidad indicar que para que la acción colectiva en tutela de intereses individuales homogéneos sea ejercitable (i) el origen del daño debe ser unívoco en relación con los distintos consumidores o usuarios afectados y (ii) debe resultar innecesario proyectar la conducta o acción dañosa sobre todos y cada uno de los consumidores o usuarios representados, individualmente considerados.

Ello se ha puesto especialmente de relieve en el ámbito de aquellos supuestos en los que los consumidores o usuarios habrían sido pretendidamente perjudicados como consecuencia de la suscripción de contratos, y en los que se ha pretendido impugnar la validez o la eficacia de estos últimos²¹.

n.º 3 de Alcobendas, en auto de 5 de octubre de 2009, y el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, por auto de 2 de noviembre de 2007.

21 Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Secc. 5.ª, de 22 de enero de 2004 (AC 2004\406), advirtió expresamente en los siguientes términos sobre la imposibilidad de articular como acción colectiva la tutela de derechos patrimoniales individuales en el ámbito contractual para cuya apreciación resulte imprescindible la atención a los casos individualizados: «(...) *acabaremos estas consideraciones previas manifestando las serias dudas que suscita a esta Sala el hecho de que pueda ser objeto de una acción colectiva la resolución masiva de contratos sin que intervengan en el proceso las personas que han suscrito el mismo. El contrato genera tanto derechos como obligaciones recíprocas para las partes que lo suscriben, de forma que la decisión de si es beneficiosa o no su resolución o si es mejor por el contrario exigir su cumplimiento ha de quedar*

La falta de homogeneidad no solo es fuente de dificultades e ineficiencia en aquellos casos en los que no existe un curso causal único y predicable de forma indistinta en relación con todos y cada uno de los casos subyacentes en la tramitación colectiva de la tutela de intereses individuales —pretendidamente— homogéneos. La reciente experiencia judicial de nuestro país también nos ha ofrecido ejemplos de las dificultades que genera, aun en supuestos de curso causal único (por ejemplo, grandes catástrofes o accidentes, los *mass accidents* anglosajones), la determinación de criterios homogéneos para la determinación de daños y perjuicios que deben ser objeto de reparación.

Así, la Organización de Consumidores y Usuarios inició en septiembre de 2007 una acción colectiva en defensa de intereses individuales homogéneos mediante la que reclamaba solidariamente a una compañía eléctrica y al gestor de la red de transporte una indemnización para todos y cada uno de los usuarios representados en la acción por los daños y perjuicios morales y de difícil cuantificación sufridos como consecuencia de un corte de suministro que había afectado a mediados de julio de ese mismo año a varias decenas de miles de particulares y empresas de la ciudad de Barcelona. Las pretensiones de la OCU, reflejadas en su escrito de demanda, se concretaban en la petición de condena a la compañía eléctrica al pago, más allá de la limitación legalmente establecida del 10% de la facturación anual al usuario de que se trate, de una indemnización de 300 euros/día (o fracción) a todos y

exclusivamente en manos de las partes que lo han concertado... En definitiva parece que lo propio de una acción colectiva es que se declare el incumplimiento generalizado por parte de una empresa, o que se declare igualmente con carácter general la vinculación de los contratos suscritos por las entidades bancarias demandadas para financiar los cursos de inglés con la efectiva prestación del servicio concertado, obteniendo de esta forma unos pronunciamientos que sirvan de base para que posteriormente los afectados puedan pedir la resolución de su contrato o exigir el cumplimiento, pero no resolver directamente esos contratos sin contar con dichos perjudicados». En este sentido se pronuncia también la Audiencia Provincial de Cantabria, Secc. 2.ª, en su sentencia de 22 de junio de 2005 (JUR 2005\168441), de nuevo en un supuesto de pretendido perjuicio causado a un colectivo de consumidores como consecuencia de la suscripción de contratos. Así, en el fundamento de derecho segundo de su sentencia, concluye que «difícilmente puede decirse que la firma individualizada de varios contratos de compraventa y el contenido de los mismos constituyan un hecho dañoso en los términos expresados en la norma procesal. Tampoco la pretensión de nulidad de la cláusula puede entenderse como el interés colectivo a que se refiere el Art. 11.2 L.E.C. por lo que procede la desestimación del motivo».

cada uno de los afectados por el corte de suministro eléctrico (esto es, 300 euros por cada día —o fracción— que cada uno de los afectados hubiera estado sujeto al corte de suministro).

La OCU inició tal acción tras rechazar las indemnizaciones ofrecidas a los afectados por la propia compañía eléctrica, por un montante de entre 122 y 300 euros —en total—, dependiendo del número de horas durante las que el afectado en cuestión hubiera sufrido el corte en el suministro. La compañía eléctrica había ofrecido poner a disposición de los afectados un gabinete pericial con la finalidad de agilizar la tramitación de las reclamaciones. Y, en última instancia, las discrepancias en relación con la indemnización finalmente ofrecida por la compañía eléctrica podrían someterse por cada uno de los afectados, con la agilidad propia de este sistema alternativo de resolución de disputas, a la Junta Arbitral de Consumo, a la que aquella estaba adherida.

El procedimiento iniciado por la OCU se resolvió mediante sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de octubre de 2010, que ganó firmeza en noviembre de 2011 (esto es, más de cuatro años después de iniciada la acción colectiva). En su sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la decisión del Juzgado de Primera Instancia n.º 22 de Barcelona por la que, con rechazo de las pretensiones indemnizatorias de la OCU, validó la indemnización establecida en atención a un baremo que había sido ofrecida inicialmente como transacción por parte de la compañía eléctrica (esto es, entendieron tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial que debía limitarse el montante de la indemnización a percibir por cada uno de los afectados, además de la indemnización legalmente tasada y correspondiente con el 10% de la facturación en el año anterior al usuario en cuestión, en función de un baremo que oscilaba entre 122 y 300 euros, y en atención a un pago único²²).

En definitiva, como se ve, el montante de la indemnización finalmente concedida a todos y cada uno de los usuarios representados en la

acción coincide plenamente con la cantidad inicialmente ofrecida por la compañía eléctrica. Y, para lo que ahora nos interesa, el discurrir del procedimiento parece poner de relieve las no pocas dificultades con las que la OCU parece haberse encontrado para establecer criterios homogéneos en la determinación de los daños realmente sufridos por todos y cada uno de sus representados, y pone a todas luces de relieve que la judicialización de la tutela colectiva de intereses individuales homogéneos no sirvió sino para diferir en el tiempo la percepción por los distintos afectados de las indemnizaciones inicialmente ofrecidas por la compañía eléctrica.

En este orden de cosas, la descripción del caso que se deduce los antecedentes consignados en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona autoriza a cuestionarse si los casos específicos de aquellos usuarios que hubieran podido sufrir daños y perjuicios especialmente relevantes como consecuencia del corte de suministro eléctrico quedaron adecuadamente representados (fueron, en fin, adecuadamente defendidos) en la acción colectiva iniciada. En el esquema de reparación que la compañía eléctrica parece haber ofrecido inicialmente a sus usuarios, tal eventualidad (la potencial existencia de casos en los que los daños y perjuicios padecidos hubieran sido especialmente relevantes) parecía quedar perfectamente contemplada con la posibilidad de que cada uno de los usuarios sometiera a la Junta Arbitral de Consumo su reclamación, como alternativa a la aceptación de la indemnización ofrecida por la compañía eléctrica. Y, sin embargo, en el supuesto de la acción colectiva iniciada por la OCU, y en atención al efecto de cosa juzgada que se dispone en relación con la sentencia por la que tal tipo de acción se resuelve (*ex* artículo 221 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no parece que los casos singulares hayan recibido la atención que hubieran podido merecer.

Así las cosas, no debe sorprender que años más tarde, con motivo del corte de suministro eléctrico ocasionado por los daños sufridos por la red suministradora como consecuencia de fuertes nevadas en la provincia de Girona, la tramitación de las indemnizaciones a los usuarios afectados —de nuevo, cifrados en varias decenas de miles— no se judicializara por parte de ninguna asociación de consumidores y usuarios, y se resolviera mediante el sistema de compensación de nuevo ofrecido por la propia compañía eléctrica a los usuarios afectados y, en lo relativo a los empresarios, mediante un

²² De hecho, el Juzgado de Primera Instancia condenó en costas a la OCU —con relación a la compañía eléctrica— por las actuaciones posteriores a la audiencia previa, por considerar, de alguna forma, que el procedimiento debería haber terminado en transacción en ese momento procesal. La Audiencia Provincial, sin embargo, revocó esta condena en costas.

sistema de mediación colectiva auspiciado por la Cámara de Comercio de Girona²³.

La experiencia que nos ofrece este caso autoriza a plantearse seriamente el recurso a sistemas alternativos de resolución colectiva de conflictos relativos a intereses individuales homogéneos, que permitan superar las dificultades constatadas en la reciente experiencia judicial española a la que nos hemos referido en esta primera parte de nuestro trabajo.

2 • A la vista de lo que ha quedado expuesto, resulta manifiesto que las acciones colectivas son, en ocasiones, ineficientes para atender la tutela de intereses colectivos, particularmente cuando estas son utilizadas para supuestos distintos —o que encajan mal— respecto de aquellos para los que las previó el legislador.

Como consecuencia de ello, en los países de nuestro entorno se han ensayado mecanismos de resolución de disputas encaminados a mitigar las principales desventajas de la litigiosidad colectiva. Particularmente, se ha tratado de (i) reducir el coste de gestión de esos procesos (muy elevado para las víctimas o afectados, para las propias entidades demandadas y para los Juzgados y Tribunales); (ii) facilitar el resarcimiento a quienes de otro modo probablemente no acudirían a la Justicia; (iii) lograr mayor rapidez en la resolución de estos conflictos; y (iv) dotar de un mayor grado de certidumbre al resultado final de esos procesos.

Los tres mecanismos puestos en práctica a tal fin han sido, en esencia, los siguientes:

- transacción;
- arbitraje; y
- fondos de compensación sin culpa.

Los analizamos brevemente a continuación, junto con su posible aplicación a la tutela colectiva de intereses individuales homogéneos.

2.1 • Transacción

La transacción, como es sabido, se encuentra regulada en el artículo 1809 del Código Civil. En virtud

del contrato de transacción, «*las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado*».

En el esquema del Código Civil la transacción está diseñada para un proceso —o un conflicto— muy simple, en el que en cada posición —la de demandante y la de demandado— hay una o algunas personas. Lógicamente, la existencia de acciones colectivas no se contemplaba al momento de la aprobación de tal disposición. No obstante, la Ley de Enjuiciamiento Civil sí regula las acciones colectivas, pero, sin embargo, no contiene especificidad regulatoria alguna para las posibles transacciones colectivas. Resulta por ello necesario acudir a la experiencia de países de nuestro entorno (fundamentalmente, Holanda y Estados Unidos).

En Holanda se aplica desde 2005 la denominada Ley de Transacciones Colectivas de Acciones Masivas («*Collective Settlement of Mass Claims Act*»). En esencia, esta Ley permite que el infractor celebre una transacción con una entidad (generalmente una fundación o asociación que puede incluso haber sido creada para la ocasión), que representa al grupo de afectados por el hecho dañoso²⁴.

Las partes de la transacción deben someterla a aprobación del Tribunal, a fin de que la declare vinculante para todas aquellas personas que deban considerarse incluidas en su ámbito subjetivo. A la hora de llevar a cabo esa aprobación, el Tribunal debe ejecutar un doble test. Por un lado, ha de verificar si la fundación o asociación tiene representatividad suficiente para actuar en nombre de todos los afectados²⁵. Por otro, debe llevar a cabo un examen de razonabilidad en el que (i) ha de verificar la corrección del criterio por el que se ha definido el grupo de interesados y (ii) debe analizar si la indemnización concedida en la transacción es razonable. Solo si ambos exámenes reciben el visto bueno, cabe acceder a la aprobación judicial de la transacción.

Dos últimas consideraciones sobre el sistema holandés: la notificación, tanto de la existencia del litigio como de la transacción, es crucial para que

²³ Cfr. Europa Press (www.europapress.es): «Un total de 1.185 empresas de Girona presentan reclamaciones por la nevada de marzo», de 13 de agosto de 2010.

²⁴ S. Hirst: «Dutch Court Decision Impacts Global Securities Class Actions», en *The Harvard Law School Forum on Corporate Governance and Financial Regulation*, 2012.

²⁵ R. Hermans & J. de Bie Leuveling Tjeenk: «International Class Action Settlements in the Netherlands Since *Converium*», en *The International Comparative Legal Guide to: Class & Group Actions 2012*, London, 2011, Chapter 2, p. 5.

esta pueda ser considerada válida. Además, el afectado por la transacción puede no aceptar quedar vinculado por la transacción («*opt out*») y continuar litigando de manera individual. La *Collective Settlement Act* ha sido utilizada con éxito en los casos Shell y Converium²⁶, dando lugar a transacciones que han permitido cerrar litigios que afectaban a miles de afectados y a varias jurisdicciones.

Las transacciones de acciones colectivas en los Estados Unidos requieren, asimismo, de aprobación judicial. Esta exigencia se contiene, en esencia, en la Regla 23(e) («*Rule 23(e)*») de las Reglas Federales del Proceso Civil («*Federal Rules of Civil Procedure*»), la cual establece que «*The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise:*

(1) *The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal [...]*».

En definitiva, como puede constatarse, al igual que en el sistema holandés, se requiere comunicación a los afectados y aprobación judicial.

Conviene advertir, en cualquier caso, que la transacción no vincula a los miembros de la clase hasta que esta se encuentra certificada. La certificación viene a ser la admisión a trámite, con carácter definitivo, de la acción de clase. Para lograr la certificación se requieren, entre otros extremos, la *numerosity*, esto es, que la existencia de un gran número de afectados determine que la fórmula más eficiente para gestionar el proceso sea a través de una acción de clase, y la *commonality*, esto es, la existencia de un hecho dañoso común. Ahora bien, es cierto que en el contexto de una transacción la empresa destinataria de la reclamación en masa puede avenirse a exigir con menor rigor la homogeneidad del hecho dañoso (es decir, a exigir con menor rigor la concurrencia de aquel requisito de la *commonality*), que sin embargo exigiría firmemente en un contexto contencioso (judicializado).

Una vez aprobada la transacción (para lo cual generalmente —además de la notificación a los miembros de la clase— se celebran dos vistas, cuyo objeto consiste en examinar los términos de la transacción, verificar si son razonables en relación con los méri-

tos de la disputa y, asimismo, si proporcionan suficiente compensación a los miembros de la clase²⁷), esta vinculará a todos los miembros de la clase, salvo a aquellos que hayan objetado la transacción y ejercitado el derecho de exclusión («*opt-out*»).

La legislación procesal española, a diferencia de la holandesa y la norteamericana, no prevé la posibilidad de transacciones colectivas. Ello plantea el problema de si las entidades que gozan de la legitimación extraordinaria prevista en el artículo 11.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pueden asimismo, en nombre de los afectados que representan, celebrar una transacción que ponga fin al litigio iniciado (o por iniciar).

La escasa doctrina española que ha examinado la cuestión²⁸ concluye que, para esa clase de transacciones colectivas, existirían dos caminos:

(i) Por un lado, cabría considerar que, en la medida en que esas entidades gozan de legitimación extraordinaria para iniciar y seguir el procedimiento, la han de tener también necesariamente para todas sus vicisitudes, incluida la posibilidad de alcanzar una transacción con el demandado.

(ii) Por otro lado, se sostiene que, para que la transacción sea válida para los afectados representados, será necesario notificar a todos ellos la existencia de la oferta de transacción y obtener su aprobación (o, al menos, su no rechazo). Además, se afirma que sería procedente la celebración de una vista en la que —al igual que en el sistema holandés y norteamericano antes examinado— se verificara la bondad de la transacción en relación con los méritos de la cuestión enjuiciada, como paso previo a la homologación judicial. Los afectados que no quieran incorporarse a la transacción podrán ejercitar su derecho de «*opt-out*» y continuar litigando de manera individual si estaban litigando de ese modo o, de lo contrario, iniciar un nuevo procedimiento.

La regulación española, como hemos dicho, no contempla ninguna de ambas opciones, si bien

²⁶ Cfr. Amsterdam Court of Appeal, 12 November 2012, JOR 2011, 46 (Converium). Cfr. Amsterdam Court of Appeal, 29 May 2009, JOR 2009, 197 (Shell).

²⁷ Cfr. B. J. Rothstein & T. E. Willging: *Managing Class Action Litigation: A Pocket Guide for Judges*. Federal Judicial Center, 2010 (Third Edition).

²⁸ Por todos citamos a F. Gascón Inchausti: *Tutela judicial de los Consumidores y Transacciones Colectivas*. Cizur Menor (Navarra), 2010.

parece que la segunda resulta más respetuosa con el mandato fiduciario que implica la representación extraordinaria.

Trasladando todo lo que acabamos de exponer a la litigiosidad que se ha producido con motivo de la reestructuración bancaria —y singularmente a las acciones colectivas ejercitadas en relación con instrumentos híbridos de capital o participaciones preferentes— no se atisba ninguna razón por la que estas transacciones colectivas no puedan alcanzarse para poner fin a estos conflictos. De hecho, lo que podríamos denominar «banca no nacionalizada» ha celebrado diversos acuerdos para canjear estos instrumentos híbridos por valores (generalmente acciones), con aparente éxito²⁹.

La transacción encontraría, sin embargo, serias dificultades en el caso de aquellos bancos o entidades financieras en los que el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria («FROB») tenga la mayoría del capital, pues ello sería con toda probabilidad contrario al principio de distribución de cargas financieras (o «*burden-sharing*») previsto en la sección 3 de la Comunicación de la Comisión de 19 de agosto de 2009³⁰ sobre la «*Recuperación de la viabilidad y evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales*»³¹.

La celebración de una transacción por el banco o entidad financiera no sería «*en virtud de un título jurídicamente vinculante*» (único supuesto en el que la Comunicación —nota 32— permitiría compensar a los titulares de instrumentos híbridos), sino por la propia voluntad del emisor del instrumento, lo que rompería el principio de distribución de cargas («*burden-sharing*») e impediría en consecuencia que la transacción pudiera ser considerada una solución válida bajo el Derecho de la Unión Europea para la resolución de estos conflictos.

2.2 · Arbitraje

El arbitraje se ha convertido en uno de los medios de resolución de disputas más extendido y usado, por su eficacia, rapidez, especialización y confidencialidad. No ha sido utilizado, sin embargo, con carácter general, para la tutela colectiva de intereses individuales homogéneos, pues muy probablemente todas esas ventajas quedarían notablemente difuminadas.

Nada impide, sin embargo, que una entidad ofrezca a un grupo de afectados por un hecho dañoso —o a la asociación que pueda representarlos— someterse a un convenio arbitral único, que permita dilucidar en un solo proceso el conflicto colecti-

²⁹ Cfr. Diario Expansión (www.expansion.com): «BBVA destinará el 1,19% de su capital para canjear preferentes de Unnim», 19 de octubre de 2012.

³⁰ En lo que aquí importa, la mencionada sección 3 establece lo siguiente: «22) Con el fin de limitar el falseamiento de la competencia y abordar el riesgo moral, las ayudas deberán limitarse al mínimo necesario y el beneficiario de la ayuda deberá hacer una aportación propia adecuada a los costes de reestructuración. La empresa y los titulares de participaciones deberán contribuir a la reestructuración con sus propios recursos lo más posible. Esto es necesario para garantizar que los bancos rescatados asuman la responsabilidad adecuada de las consecuencias de su comportamiento pasado y para crear los incentivos adecuados para su comportamiento futuro. (...) 26) Los bancos deberán ser capaces de remunerar el capital, también mediante dividendos y cupones sobre la deuda subordinada pendiente, a partir de los beneficios generados por sus actividades. No obstante, no deberán utilizar la ayuda estatal para remunerar fondos propios (capital ordinario y deuda subordinada) cuando dichas actividades no generen suficientes beneficios. Por consiguiente, en un contexto de reestructuración, la compensación discrecional de pérdidas (por ejemplo, liberando reservas o reduciendo capital ordinario) por los bancos beneficiarios para garantizar el pago de dividendos y cupones sobre deuda subordinada pendiente, no es compatible en principio con el objetivo de la distribución de las cargas».

³¹ Ese mismo principio aparece recogido en el artículo 41 del Real Decreto-ley 24/2012, de 31 de agosto, de Reestructuración y Resolución de Entidades de Crédito (BOE núm. 210, de 31 de

agosto de 2012, Sec. I., p. 61587), en el que se señala lo siguiente: «1. En los términos previstos en esta sección el FROB acordará, con carácter de acto administrativo, acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada en el caso de las entidades de crédito referidas en el artículo 371 para las que se haya elaborado un plan de reestructuración o de resolución, incluyéndolas en dicho plan, si estimase que son necesarias para alcanzar alguno de los siguientes objetivos: a) Asegurar un reparto adecuado de los costes de la reestructuración o la resolución de las entidades de crédito, conforme a la normativa en materia de ayudas de Estado de la Unión Europea y tratando de minimizar el uso de los recursos públicos. b) Preservar o restaurar la posición financiera de las entidades de crédito que reciben apoyo financiero del FROB.

2. Las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada que acuerde el FROB serán vinculantes para las entidades de crédito a quienes van dirigidas, para sus entidades íntegramente participadas de forma directa o indirecta a través de las cuales se haya realizado la emisión, y para los titulares de los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada. En la medida en que dichas acciones de gestión tengan por objeto asegurar un reparto adecuado de los costes de reestructuración o resolución, quedan excluidos de dichas acciones de gestión los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada que el propio FROB hubiera suscrito o adquirido en virtud del presente real decreto-ley, independientemente de si han sido suscritos con anterioridad a dichas acciones».

vo³². Naturalmente, el laudo que se dictara solo podría vincular a los concretos intervinientes en el arbitraje, pues no existe en la normativa arbitral ninguna disposición semejante al artículo 5³³ de la Ley de Enjuiciamiento Civil (19) que permita extender los efectos de la sentencia (aquí, el laudo) a todos los que —aunque no hayan litigado— reúnan las características necesarias para acogerse al ámbito subjetivo de la decisión.

No obstante, como hemos señalado, no parece que las ventajas del arbitraje resulten compatibles con el esquema de las acciones colectivas, por lo que será preferible que la oferta de arbitraje se haga de modo individual a cada afectado, que podrá así obtener una solución individualizada para su caso, generalmente en un breve periodo de tiempo.

Así ha sucedido, precisamente, con los conflictos derivados de la comercialización de instrumentos híbridos por una entidad financiera nacional³⁴. Esta oferta se ha planteado a aquellos consumidores o inversores que, por su perfil, reunían las características más adecuadas para acudir a arbitraje y ha permitido que en un breve lapso de tiempo se hayan resuelto miles de reclamaciones³⁵. Esta

solución ha proporcionado relevantes ventajas tanto a una como a otra parte.

En efecto, no solo este sistema alternativo de resolución de disputas parece haber facilitado en el caso descrito la resolución satisfactoria de los intereses de miles de perjudicados, sino que, de un lado, el banco muy probablemente habría visto reducidos sus costes de litigiosidad, que habrían sido sin duda elevados en el caso de haberse planteado una acción colectiva a gran escala por los titulares de instrumentos híbridos. Asimismo, aquel sistema alternativo de resolución ha conseguido limitar su merma reputacional, pues el arbitraje ha dado rápida solución a un elevadísimo número de conflictos sin la publicidad propia de los procedimientos judiciales³⁶.

2.3 · Fondos de compensación sin culpa

El último de los instrumentos que merece la pena analizar en relación con las acciones colectivas son los denominados fondos de compensación sin culpa. Se han definido como «una entidad que administra dotaciones públicas o privadas destinadas a indemnizar grupos homogéneos de daños»³⁷.

En esencia, estos fondos pretenden facilitar a los afectados una rápida solución de su controversia, evitando así los costes y las incertidumbres inherentes a todo litigio o arbitraje. Desde el punto de vista del causante del daño, la creación del fondo permite gestionar y resolver de manera más eficiente sus conflictos y, en muchos casos, reducir el coste indemnizatorio que resultaría de la aplicación estricta de las reglas de la responsabilidad civil.

Sin embargo, estos fondos presentan también desventajas que no pueden ser soslayadas. Así, desde el punto de vista del afectado, este puede acabar obteniendo una indemnización menor (eso sí, sin sufrir peregrinaje procesal alguno). A su vez, el fon-

32 No cabe olvidar que nuestro ordenamiento jurídico regula parcialmente el arbitraje colectivo de consumo en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se aprueba el Sistema Arbitral de Consumo (*vid.* sección II del capítulo V; repárese en que, en todo caso, la aceptación por el empresario del arbitraje colectivo de consumo regulado en tal norma es totalmente voluntaria y debe producirse ad hoc una vez solicitado el inicio del procedimiento arbitral colectivo; esto es, no se deduce tal aceptación, por lo tanto, de la mera adhesión por parte de aquel al sistema arbitral de consumo).

33 *Cfr.* art. 519 LEC: «Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, 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. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados».

34 Es el caso Novacaixagalicia Banco (NCG), sociedad resultante de la fusión entre Caixa Galicia (Caja de Ahorros de Galicia) y Caixanova (Caja de Ahorros de Vigo, Ourense e Pontevedra), que ha ofertado la celebración de arbitrajes de consumo a tenedores de instrumentos híbridos de capital. *Cfr.* Diario El País (www.elpais.com): «El arbitraje, clave para las víctimas de las preferentes», 2 de septiembre de 2012.

35 *Cfr.* Diario El Confidencial (www.elconfidencial.com): «Novagalicia devuelve 104 millones a 1.000 afectados por las preferentes», 12 de septiembre de 2012.

36 Cabe señalar, por último, que la celebración de estos arbitrajes de consumo resulta perfectamente compatible con la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea, a la que aludimos con anterioridad, en la medida en que la obligación de pago de la entidad de crédito deriva de un título jurídico vinculante (un laudo arbitral, que por definición es firme desde su origen y tiene la misma fuerza vinculante que una sentencia judicial) y no resulta por ello contrario al principio de distribución de cargas («burden-sharing»).

37 *Cfr.* A. Azagra Malo: *Daños del amianto: litigación, aseguramiento de riesgos y fondo de compensación* (Tesis doctoral), Barcelona, 2011, p. 191.

do suele lógicamente atraer aquellas reclamaciones que tendrían menos posibilidades de éxito en un proceso judicial o arbitral (dado que la culpabilidad raramente se examina, limitándose los gestores del fondo a verificar si concurren los presupuestos de hecho necesarios para la concesión de la indemnización).

Se ha señalado también que los fondos de compensación no respetan la tutela judicial efectiva en la medida en que el afectado, al aceptar someterse al funcionamiento del fondo, normalmente renunciará a reclamar cualquier indemnización adicional a la que pueda percibir. La objeción no puede ser considerada válida, sin embargo, en la medida en que el afectado siempre podrá optar entre continuar por la vía de la acción de responsabilidad civil o acogerse al paraguas del fondo. Dado que siempre podrá elegir la primera de esas vías, su tutela judicial necesariamente quedará a salvo.

También se ha puesto de manifiesto que, en aquellos fondos constituidos por varias entidades, las más incumplidoras resultan beneficiadas, pues, al encontrarse los daños mutualizados, estos se reparten por igual con independencia de la respectiva contribución a la causación del daño. Esta dificultad, sin embargo, es fácil de resolver. Bastará para ello con establecer los oportunos sistemas de compensación («*set-off*») dentro del propio fondo a la hora de ajustar las aportaciones, o las correspondientes acciones de regreso, como en todo régimen de solidaridad pasiva (*ex art. 1145 Código Civil*).

En cuanto a su constitución y financiación, esta corre generalmente a cargo de las propias entidades causantes del daño, si bien ocasionalmente pueden también ser creados y financiados por el Estado.

El sistema de funcionamiento es relativamente sencillo: el afectado debe presentar su solicitud de indemnización junto con los documentos justificativos. Sin examinar la relación de causalidad entre el daño y la actuación causante de este, el fondo de compensación verifica si concurren los requisitos subjetivos y de hecho para acogerse a la indemnización y, realizado ese análisis, si el resultado es positivo, procede al pago.

Los fondos de compensación sin culpa han sido especialmente usados en relación con daños de carácter extracontractual (amianto, transfusiones de hemoderivados contaminados, comercialización de medicamentos con efectos cancerígenos) y han tenido notable éxito en Francia (*Fonds D'Indemnisation Des*

Victimes De L'Amiante —«FIVA»—) y Bélgica (*Asbest fonds - Fonds di Amiante* —«AFA»—).

Los fondos de compensación sin culpa no han sido utilizados en España —que sepamos— para solventar la litigiosidad derivada de acciones colectivas ni, en particular, para resolver la elevada litigiosidad que está produciendo toda la reestructuración del sector financiero (singularmente, la litigación en torno a los instrumentos híbridos)³⁸. No obstante, el rápido resarcimiento que permite a los inversores, unido a los menores costes de gestión que implica respecto a la litigación, y su menor impacto en relación con la indemnización que procedería aplicando rigurosamente las normas de responsabilidad contractual, lo convierte en un instrumento idóneo para dar solución a esta litigiosidad en masa (salvo, naturalmente, en aquellos casos de entidades nacionalizadas en que el principio de distribución de cargas —«*burdensharing*»— pueda resultar afectado).

3 · CONCLUSIÓN

Las acciones colectivas, creadas para la mejor defensa de los intereses colectivos de afectados por un supuesto dañoso común, se han revelado ineficaces cuando, prescindiendo de los requisitos procesales básicos con los que deben ser ejercitadas, se han pretendido aplicar a realidades distintas a aquellas para las que fueron previstas. Esto ha dado lugar a complejidades e ineficiencias que pueden solventarse a través de sistemas alternativos de resolución de disputas, como la transacción, el arbitraje o los fondos de compensación sin culpa, que han sido utilizados en otras jurisdicciones con notable éxito.

³⁸ Acaso podría sugerirse que el denominado caso del aceite de colza se resolvió en la práctica, en atención a la declaración de responsabilidad de la Administración Pública que sucedió a la imputación de responsabilidad penal de varios funcionarios, mediante un mecanismo algo parecido (pero solo parecido, pues la financiación de las compensaciones se ha hecho con cargo a las arcas públicas) a un fondo de compensación: los afectados, determinados como tales en un expediente administrativo, han ido recibiendo las compensaciones correspondientes contra la previsión presupuestaria que anualmente se ha ido incluyendo en nuestros Presupuestos Generales del Estado.