

## ALGUNAS PAUTAS PARA REGULAR ADECUADAMENTE LAS ACCIONES COLECTIVAS

ALEX FERRERES COMELLA  
Abogado\*

### Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas

El pasado 26 de julio de 2016 expiraba el plazo concedido por la Comisión Europea a los Estados miembros para que adaptaran sus sistemas procesales a los principios establecidos en la Recomendación de junio de 2013.

Aunque nuestra legislación nacional ya dispone de una regulación de las acciones colectivas más ambiciosa que la que deriva de aquellos principios, su carácter incompleto y en cierto modo asistemático genera no pocos problemas interpretativos y de aplicación; así lo demuestra la experiencia judicial acuñada hasta la fecha. La Recomendación de la Comisión Europea debería ser tomada en consideración como una invitación a reflexionar sobre la oportunidad de introducir modificaciones en nuestra regulación sobre las acciones colectivas, que la completen y la mejoren.

El presente trabajo tiene por objeto facilitar pautas sobre cómo debería modificarse, en su caso, nuestro sistema de acciones colectivas.

### Guidelines for Properly Regulating Collective Actions

On 26 July 2016, the deadline expired as granted by the European Commission to Member States to adapt their procedural systems to the principles set out in the June 2013 Recommendation.

Although our national legislation already has a more ambitious collective action framework than that derived from those principles, its incompleteness and somewhat unsystematic nature generates a number of problems regarding its interpretation and enforcement; as evidenced by the judicial experience to date. The Recommendation of the European Commission should be taken into consideration as an invitation to reflect on the opportunity to introduce amendments in our regulation of collective actions, in order to improve and complete it. This paper aims to provide guidelines on how our system of collective actions should be modified.

#### PALABRAS CLAVE

Sistematización, Tutela abstracta, Intereses difusos, Homogeneidad, Desistimiento

#### KEY WORDS

Systematization, Abstract Control, Individual Homogeneous Rights, Commonality, Opt-Out Mechanism

Fecha de recepción: 31-1-2017

Fecha de aceptación: 15-2-2017

En junio de 2013 la Comisión Europea emitió una Recomendación a los Estados Miembros para que introdujeran en sus sistemas procesales mecanismos de tutela colectiva de los derechos e intereses de consumidores y usuarios<sup>1</sup>. En su apartado VII («Supervisión y presentación de informes»), la Recomendación advertía de que los Estados miembros debían «aplicar los principios establecidos (en aquella) a sus sistemas nacionales de recursos colectivos el 26 de julio de 2017, a más tardar».

Nuestro sistema procesal dispone, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), de una regulación de las acciones colectivas más ambiciosa que la que se sugiere a los Estados en aquella Recomendación. Por lo tanto, no parece que pueda exigirse a nues-

tro legislador actividad alguna para cumplir con los objetivos marcados en la Recomendación. Los deberes se completaron anticipadamente con la promulgación de la LEC.

Como ya se ha tenido ocasión de señalar en su momento, la experiencia judicial española de los últimos años ha permitido poner de relieve dificultades prácticas en la aplicación de nuestra regulación de acciones colectivas.<sup>2</sup> Tales dificultades prácticas tienen su origen, en última instancia, en las limitaciones intrínsecas de que adolece todo sistema de tutela colectiva. A ello hemos de volver de forma breve al final de este artículo.

En el caso específico de nuestra regulación, aquellas dificultades se multiplican, además, por la ausencia de un sistema normativo completo y sistemático de tutela colectiva. La Recomendación de la

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

<sup>1</sup> Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (2013/396/UE).

<sup>2</sup> FERRERES COMELLA, Alex y LÓPEZ DE ARGUMENTO, Álvaro: «Las limitaciones del sistema de tutela colectiva de intereses individuales homogéneos dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Una propuesta inicial de sistemas alternativos de resolución de disputas», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, número extraordinario, 2011, pp. 111-120.

Comisión Europea sí debería ser contemplada, en este sentido, como una invitación a reflexionar sobre la oportunidad de introducir modificaciones en nuestra regulación sobre las acciones colectivas, con la finalidad de mejorarla.

Con el ánimo de contribuir a la reflexión sobre el sentido y alcance que debería tener una eventual propuesta de modificación de nuestro sistema de acciones colectivas, me propongo analizar a continuación algunas cuestiones relacionadas con los presupuestos básicos de la tutela colectiva y ofrecer al respecto algunas pautas sobre qué aspectos deberían modificarse de la regulación actualmente vigente, y en qué medida y sentido habría que hacerlo.

A mi juicio, las mejoras a introducir en dicho sistema deberían ir referidas a las siguientes cuestiones:

(i) la sistematización de la regulación sobre tutela colectiva, demasiado dispersa en su regulación vigente y que, en consecuencia, debería agruparse en un cuerpo normativo específico y separado dentro de nuestra LEC;

(ii) la aclaración del distinto sentido y alcance que tienen la tutela de los intereses puramente colectivos de los consumidores y usuarios —esto es, de los *intereses generales* de los consumidores y usuarios—, por una parte, y la tutela de los denominados *intereses difusos*, por otra; con especial atención, en relación con aquella tutela de los intereses puramente colectivos, al sentido y alcance de la denominada *tutela abstracta*, propia de las acciones de cesación;

(iii) la regulación adecuada del trámite de admisión de las acciones colectivas, de tal manera que se convierta en un estadio procesal hábil para verificar con carácter previo la concurrencia de los presupuestos de la legitimación extraordinaria; muy en particular, y en lo que se refiere a la tutela de aquellos intereses difusos, la concurrencia del requisito de la *homogeneidad* de los casos subyacentes;

(iv) la articulación de un mecanismo ágil de desistimiento para aquellos consumidores y usuarios que se quieran desvincular de la acción colectiva ejercitada en tutela de *intereses difusos*; y

(v) la regulación, en relación con aquellos mismos *intereses difusos*, de las facultades de disposición sobre el objeto del procedimiento que deba reconocerse a quienes se concede la legitimación extraordinaria para el ejercicio de las acciones colectivas.

## 1 · LA NECESIDAD DE SISTEMATIZAR LA REGULACIÓN SOBRE LA TUTELA COLECTIVA

En su redacción vigente, la regulación sobre las acciones colectivas en nuestra ley procesal es a todas luces insuficiente, según se verá en este trabajo. Pero, además, las escasas normas que la componen se encuentran dispersas en nuestra LEC, lo que tampoco ayuda a construir una lectura sistemática de todas ellas, que permita al menos intentar resolver las cuestiones que no han merecido específico tratamiento en la regulación.

Una reforma de nuestra regulación sobre acciones colectivas debería resultar en un cuerpo normativo compacto. No se trata tanto de regular un proceso especial como de definir un apartado normativo dentro de la LEC en el que se disponga, de forma sistemática, la regulación de las distintas cuestiones del procedimiento civil que deben ser objeto de tratamiento especial cuando se aplican a la tutela colectiva.

## 2 · UNA MÁS CLARA DISTINCIÓN ENTRE LOS INTERESES PURAMENTE COLECTIVOS Y LOS INTERESES DIFUSOS. LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CONTROL ABSTRACTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y DE LAS CONDUCTAS ABUSIVAS

La regulación sobre acciones colectivas debería distinguir de forma más explícita y clara los intereses *puramente colectivos* de los intereses *difusos*. En efecto, la regulación debería definir el distinto sentido y alcance, por un lado, de los *intereses generales* de los consumidores y usuarios (intereses supraindividuales, que trascienden a la mera suma de los intereses particulares de los consumidores y usuarios, a los que parece referirse el vigente apartado 1 del artículo 11 LEC<sup>3</sup>), y, por otro, de los *intereses difusos* de los consumidores y usuarios (intereses particulares homogéneos, normalmente con trascendencia patrimonial, a los que se refieren los vigentes apartados 2 y 3 de aquel mismo artículo 11 LEC<sup>4</sup>).

3 Dispone dicho artículo que «(s)in perjuicio de la acción individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y de los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios».

4 En su apartado 2, el artículo 11 dispone que «(c)uando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumido-

A su vez, y dentro de la regulación de la tutela colectiva de los *intereses generales* de los consumidores y usuarios, las cuestiones procesales relativas al control de incorporación y de contenido de las condiciones generales de la contratación y de las conductas abusivas de los derechos de los consumidores y usuarios —es decir, las cuestiones atinentes al denominado *control abstracto* de las condiciones generales de la contratación y de las conductas abusivas de los empresarios— merecerían una regulación específica. Y en este sentido, esa regulación debería tomar en consideración los criterios que la jurisprudencia (tanto la nacional como la europea) ha ido asentando al respecto. En particular, en una eventual modificación normativa habría que dejar perfectamente establecido a mi juicio lo siguiente:

(a) Las acciones de cesación son acciones colectivas cuyo objeto es el denominado *control abstracto* de las condiciones generales de la contratación y de las conductas de los empresarios que se entienden abusivas de los derechos de consumidores y usuarios. A diferencia de las acciones individuales que

pueda iniciar cualquiera de los consumidores y usuarios que se ven afectados por una condición general o por una conducta que se reputan abusivas, la acción de cesación no tiene por objeto inmediato la protección del consentimiento contractual (esto es, la verificación de que la conformación de la voluntad contractual de los consumidores y usuarios se ha realizado de forma satisfactoria). El control abstracto se traduce en la facultad que se otorga a ciertas instituciones que tienen un interés reconocido en la protección de los intereses y derechos generales de los consumidores y usuarios de solicitar a los órganos judiciales que obliguen a los empresarios a que se abstengan de utilizar (cesen en su uso, o no inicien su uso, si se trata de condiciones generales en contratos de adhesión todavía no utilizados) condiciones generales o se abstengan de reiterar conductas que se consideran *objetivamente* abusivas.

Por esta misma razón, dicho control abstracto no tiene por objeto la determinación de las consecuencias patrimoniales concretas (restitutorias o eventualmente indemnizatorias) que la declaración de la nulidad de una cláusula o del carácter abusivo de una conducta pueda devengar para cada uno de los consumidores o usuarios afectados por la cláusula o conducta. Esto segundo forma parte del ámbito de la tutela de los intereses patrimoniales individuales y solo es propio de las acciones individuales que puedan iniciar los consumidores, en las que junto con la pretensión declarativa de la nulidad de la condición general o conducta de que se trate —incluso también al amparo de los propios criterios de abusividad establecidos en aquella ley especial— se acumule la acción restitutoria o la acción indemnizatoria correspondiente.

En su sentencia de 31 de octubre de 2016, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de recordar de forma didáctica los limitados contornos del denominado *control abstracto* propio de las acciones de cesación y su inhabilidad para generar, por sí mismo, efectos patrimoniales restitutorios o indemnizatorios: «el objeto de la acción, que no se cñe al control de nulidad del clausulado sino a la “cesación o prohibición de toda infracción” [art. 2.1 a)], entendida esta última como “todo acto contrario a las Directivas” dictadas en materias de consumidores que figuran en su anexo (art. 1.2), no incluye la posibilidad de fijar ningún pronunciamiento a favor de consumidores concretos, ni la condena a la devolución de lo pagado o la indemnización de daños y perjuicios. Únicamente se prevé la alternativa de imponer una multa coercitiva a la parte demandada si incumple la decisión, “a abonar

---

*res y usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de estos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados». A su vez, el apartado 3 del mismo precepto dispone que «(c)uando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas». Como se observa, la LEC contribuye a la confusión en la distinción entre los intereses puramente colectivos (los intereses generales de consumidores y usuarios) y los intereses difusos (intereses particulares homogéneos de los consumidores y usuarios), al referirse únicamente con tal calificativo a los intereses particulares de los consumidores que conforman una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, cuando es evidente que también son *difusos* (intereses individuales homogéneos) los intereses del grupo de consumidores y usuarios determinados o determinables que se hayan visto afectados por un hecho dañoso común. De hecho, en otros países la expresión *intereses difusos* no se utiliza para referirse a los intereses individuales homogéneos —que son los que claramente se regulan en los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC—, sino para referirse a intereses metaindividuales, aunque predicables de un grupo de personas, pero sin traducción patrimonial particularizable (el derecho al medioambiente de una comunidad determinada se suele poner como ejemplo de lo que se entiende por intereses difusos en otros países). En otros países, en fin, se entiende que los intereses difusos no son otra cosa que una subclase dentro de los intereses generales —puramente colectivos— de los consumidores y usuarios. Seguiremos aquí la nomenclatura propia de la LEC, que parece en cambio identificar los *intereses difusos* con los denominados *intereses individuales homogéneos*.*

al Tesoro Público o al beneficiario designado por la legislación nacional» [art. 2.1.c)]» (fundamento jurídico II, apartado 5).

El Tribunal Constitucional no hace sino reproducir la doctrina sentada al respecto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>5</sup>.

(b) Por lo tanto, y en consonancia con lo que nuestros tribunales ya han establecido, nuestra ley procesal debería dejar bien claro que, declarada nula una condición general como consecuencia del control abstracto realizado en el ámbito de una acción de cesación, cada uno de los consumidores y usuarios que hayan suscrito el contrato en el que aquella se había incorporado tendrá la opción de iniciar una acción individual para reclamar el efecto restitutorio y/o eventualmente indemnizatorio que se pretenda derivar de aquella declaración de nulidad o abusividad. El consumidor individual deberá en este sentido acreditar su condición de consumidor en el caso de que la nulidad de la condición general se haya declarado como consecuencia de la aplicación del denominado doble filtro de transparencia, y el empresario podrá evitar la obligación de restitución o indemnizatoria al consumidor reclamante acreditando la negociación individual de la condición general, en el caso concreto de que se trate (esto es, acreditando la existencia en el caso concreto de un pacto contractual específico concertado con pleno conocimiento de sus efectos, como consecuencia de la negociación individual, lo que impide entender que se haya sorprendido la buena fe del consumidor). A fin de cuentas, la negocia-

ción individual del pacto, como bien indica la Audiencia Provincial de Oviedo en su sentencia de 25 de noviembre de 2016<sup>6</sup>, garantiza que se ha cumplido en el caso concreto el doble control de incorporación y transparencia.

(c) Precisamente por cuanto el efecto restitutorio o indemnizatorio que se pretenda derivar de la declaración de nulidad de una condición general o del carácter abusivo de una conducta solo puede concederse a partir del enjuiciamiento de aquellas circunstancias particulares (una vez constatado, en cada caso concreto, que el reclamante reúne la condición de consumidor o que no existió negociación individual del pacto), la acción de restitución o de indemnización no debe ser objeto de tutela colectiva.

En este sentido, no deja de ser distorsionadora la modificación legislativa que se introdujo mediante la disposición final sexta de la LEC, que añadió un segundo párrafo al artículo 12.2 de la Ley 7/1998 en el que se dispone que *«a la acción de cesación podrá acumularse, como accesorio, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones»*.

La única interpretación razonable del contenido y alcance que deba concederse a esta previsión es la que se sugiere en la Sentencia del Tribunal Consti-

<sup>5</sup> Así, en la sentencia dictada el 14 de abril de 2016, en el asunto C-381/14, *Sales Sinués*, el TJUE recuerda que *«en paralelo al derecho subjetivo del consumidor a ejercitar una acción ante un juez con el fin de que examine el carácter abusivo de una cláusula de un contrato del que es parte, el mecanismo previsto en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13 permite a los Estados miembros implantar un control de las cláusulas abusivas incluidas en los contratos tipo a través de acciones de cesación ejercitadas en aras del interés público por asociaciones de defensa de los consumidores»*. E indica que mientras el sistema de protección de la Directiva 93/13 *«se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional»*, lo que no ocurre en las acciones de cesación iniciadas por las entidades legitimadas, *«el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones de cesación, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que puedan ejercitarse tales acciones aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados»*. Precisamente, en atención a este distinto objeto y efectos, las acciones de cesación no están sujetas en nuestra ley procesal a las obligaciones de comunicación previa o publicación de la demanda propias de las acciones colectivas en defensa de los intereses difusos de consumidores y usuarios.

<sup>6</sup> Dicha sentencia incide en la necesidad de tramitar bajo el ejercicio de una acción individual de nulidad cualquier pretensión restitutoria o indemnizatoria. Dice a este respecto lo siguiente: *«el criterio del Juzgador de abordar el enjuiciamiento de la abusividad en este caso, no desde la estricta literalidad de la cláusula considerada en abstracto o en forma teórica, sino en función del modo en que la misma ha sido aplicada, esto es relacionándola con el uso que la entidad financiera ha hecho de la misma, no puede estimarse sea contrario a la doctrina del TJUE ni tampoco a la invocada por el TS, teniendo en cuenta que la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, en cuya doctrina se funda esencialmente las pretensiones ejercitadas en este caso, enjuicia una acción colectiva de cesación, en la que prima ese control abstracto o formal de la misma, prescindiendo por ello de la información particularizada sobre su alcance y contenido que haya podido recibir el consumidor con carácter previo a la suscripción del contrato y de la existencia o no de negociaciones previas, mientras que en el concreto supuesto enjuiciado, no solo se pretende ese control abstracto desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también, la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma y, en este punto, es preciso señalar que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual»*.

tucional de 31 de octubre de 2016, antes mencionada. El Tribunal Constitucional parece limitar el alcance de aquella posibilidad de acumular a la acción de cesación una acción de reintegro o indemnizatoria a aquellos supuestos en los que consumidores y usuarios concretos hayan confiado expresamente a la asociación de consumidores y usuarios que ha iniciado la acción colectiva la defensa, sea en forma de acumulación de acciones, sea mediante el instrumento procesal de la denominada intervención adhesiva simple, la defensa de sus intereses o derechos individuales a la restitución y/o indemnización, y siempre que el juzgado haya admitido aquella acumulación de acciones o intervención adhesiva.<sup>7</sup> Es decir, la tutela accesorio de reintegración o de indemnización no es en realidad tutela colectiva alguna: el segundo párrafo del artículo 12.2 de la Ley 7/1998, puesto en relación con el artículo 8.2 de la misma ley, se habría limitado a autorizar la acumulación a la acción de cesación (propriadamente colectiva) de acciones en tutela de derechos patrimoniales individuales, siquiera ejercitados por la misma asociación de consumidores y usuarios a los que los concretos consumidores o usuarios titulares de aquellos derechos patrimoniales hubieran confiado expresamente su representación.

Esta interpretación del Tribunal Constitucional sobre el limitado alcance de aquella previsión es la única que permite mantener la coherencia del sistema. Y parece estar asentándose en nuestra más reciente práctica judicial.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Indica el Tribunal Constitucional en su sentencia, al dar cuenta del contenido del artículo 12 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación resultante de la modificación normativa prevista en la disposición final sexta de la LEC, que «el primer párrafo mantiene, con retoques técnicos, el objeto propio y principal de dicha acción, que sigue siendo el control abstracto de las cláusulas, sin perjuicio —con arreglo a los que viene a prever el apartado segundo— de que puedan aportarse por la parte actora algunos contratos concretos (si los afectados ponen su caso a disposición de la entidad legitimada). El apartado segundo permite ahora deducir dentro de la demanda de cesación, para su resolución en su sentencia, la posible solicitud —siempre por alguna de las entidades del art. 16 de manera cerrada— de devolución de las cantidades cobradas en aplicación de sus cláusulas y la indemnización de daños y perjuicios. Pretensión ésta a la que el mismo precepto califica de “accesoria”, y que, cabe reiterar, no excluye ni restringe la interposición de acciones de nulidad individual por los interesados, excepto, claro, que éstos hayan confiado su defensa a la entidad legitimada en dicho proceso de cesación, y tal acumulación de pretensiones haya sido admitida por el tribunal competente».

<sup>8</sup> En su recentísima sentencia de 16 de febrero de 2017, el Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, mediante la que se resuelve un procedimiento en el que se ejercitaba por parte de una asociación de consumidores y usuarios una acción de cesa-

Por lo demás, la interpretación del Tribunal Constitucional y de nuestros jueces y tribunales sobre el alcance limitado de la posibilidad de acumular acciones de restitución y/o indemnización a la acción de cesación prevista en la Ley 7/1998 parece perfectamente trasladable a la análoga previsión contenida en el párrafo cuarto del artículo 53 del R. D. Legislativo 1/2007 («serán acumulables a cualquier acción de cesación interpuesta por asociaciones de consumidores y usuarios la de nulidad y anulabilidad, de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes, así como la indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas»).

(d) Ahora bien, si se piensa detenidamente sobre esta cuestión, se advierte que es contrario a la eficiencia judicial que se persigue mediante la tutela colectiva permitir la acumulación, a las acciones de cesación (de control abstracto), de acciones no ya colectivas, sino individuales en defensa de intereses patrimoniales individuales. Si realmente se quiere fomentar en el ámbito del llamado control abstracto una tutela colectiva de los intereses generales de los consumidores y usuarios eficiente (esto es, procesalmente ágil), una eventual reforma de nuestra regulación procesal sobre la tutela colectiva debe plantearse seriamente, a nuestro juicio, derogar aquellas previsiones que permiten la participación de particulares, de forma adhesiva o acumulando sus acciones individuales de restitución, a las acciones de cesación.

En definitiva, a nuestro juicio una modificación de nuestra regulación procesal sobre las acciones colectivas debería delimitar de forma expresa, y en los términos descritos más arriba, el sentido y alcance de la denominada tutela abstracta y debería además

ción y, de forma acumulada, una acción de indemnización de daños y perjuicios y/o de devolución o restitución de cantidades, ha entendido que solo cabía considerar eventuales efectos restitutorios de la sentencia que se dictara (y aunque finalmente ninguna restitución se haya podido considerar, en atención a cuestiones de fondo) en relación con aquellos particulares, miembros de la asociación actora, que además se hubieran personado en el procedimiento mediante su intervención adhesiva simple. En este caso, la sentencia deja constancia en sus antecedentes del hecho de que en noviembre de 2015 la asociación actora habría presentado escrito comunicando «la renuncia (sic) de sus representados al ejercicio de la acción individual de nulidad del artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación».



derogar, por ineficiente (por distorsionar el funcionamiento ágil de aquella tutela), las previsiones relativas a la posibilidad de acumular peticiones resarcitorias a las acciones de cesación, tanto mediante el expediente de la acumulación subjetiva de acciones individuales de consumidores y usuarios como incluso mediante la intervención adhesiva.

(e) A su vez, los efectos vinculantes de las sentencias que se dicten en el ámbito de la tutela de los *intereses generales* de consumidores y usuarios deberían regularse de manera clara; muy en particular, de nuevo en el caso de la denominada *tutela abstracta* propia de la acción de cesación.

Es evidente que hay interpretaciones dispares tanto en nuestra jurisprudencia como entre nuestra doctrina sobre la regulación del efecto de cosa juzgada en los artículos 221.1.2.<sup>a</sup> LEC y 222.3 LEC<sup>9</sup> que pueden resultar aparentemente algo contradictorios.

A mi juicio, la interpretación más razonable de ambos preceptos parte, una vez más, de la distinción entre los *intereses generales* de los consumidores (artículo 11.1 LEC) y los *intereses difusos* (artículos 11.2 y 11.3 LEC). Así, el artículo 221.1.2.<sup>a</sup> vendría a confirmar que la sentencia que se dicta en aquellos procedimientos en los que se enjuician intereses generales de los consumidores usuarios no produce, por regla general, efecto de cosa juzgada más allá del enjuiciamiento necesariamente general (abstracto) de aquellos derechos, de tal forma que los consumidores y usuarios cuyos intereses generales han sido objeto de tutela no pueden derivar de aquella sentencia derechos individuales (normalmente, con contenido patrimonial) que solo puedan ser objeto de declaración o protección a partir del enjuiciamiento individualizado.

Aun así, la misma norma prevé que eventualmente, en atención al tipo de tutela colectiva que es objeto de enjuiciamiento en la defensa de los intereses

*generales* de consumidores y usuarios, podrá el juez determinar si, conforme a la legislación de protección de aquellos, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido parte en el proceso correspondiente.

Ahora bien, si de nuevo se reflexiona detenidamente sobre el sentido y alcance de esta previsión, se advierte que no deja de ser confusa y contradictoria con el sistema de tutela colectiva que la propia norma procesal española ha instaurado. En efecto, el sistema de tutela colectiva instaurado en nuestra ley de enjuiciamiento civil parte, como premisa básica y fundamental, del otorgamiento de forma muy limitada a ciertas entidades de la legitimación extraordinaria para iniciar acciones legales en tutela de intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios.

Se concluye, por lo tanto, que no hay espacio para la indeterminación: o concurren las circunstancias que justifican la legitimación extraordinaria para iniciar una acción colectiva (esto es, o bien se insta la protección de intereses generales de los consumidores y usuarios, o bien se insta la protección de intereses difusos en los que concurre homogeneidad de los casos subyacentes), o no procede reconocer aquella legitimación extraordinaria. Y en el caso de que sí proceda tal reconocimiento, entonces la sentencia que se dicta en resolución de la acción colectiva tiene efecto de cosa juzgada frente a los que son parte —compareciente o representada— en el procedimiento: en el caso de acciones colectivas en defensa de intereses generales de consumidores y usuarios, la asociación o institución que demanda la defensa de aquellos intereses generales, por un lado, y las personas físicas o jurídicas demandadas, por otro; y en el caso de las acciones en defensa de intereses difusos, además, los consumidores cuyos intereses patrimoniales homogéneos son objeto de representación en la acción.

En definitiva, la regla establecida en el artículo 221.1.2.<sup>a</sup> añade confusión al sistema, en la medida en que al facultar a los jueces a determinar *ex post* la naturaleza y alcance de los derechos e intereses tutelados en la sentencia, olvida los parámetros de predeterminación de la legitimación extraordinaria para el inicio de las acciones colectivas que la propia ley procesal establece. A nuestro juicio, tal previsión debería ser suprimida en una reforma de nuestra regulación sobre las acciones colectivas.

Por lo demás, sería oportuno que una eventual reforma de la regulación de nuestro sistema de tutela colectiva arrojara luz sobre el eventual efecto vin-

<sup>9</sup> Dispone la citada regla 2 del apartado 1 del artículo 221 LEC que «(s)i, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.» Por su parte, el apartado 3 del artículo 222 LEC dispone que «(l)a 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».

culante, siquiera limitado en relación con las acciones individuales de nulidad de cláusulas abusivas, de las acciones de cesación. En efecto, el hecho de que la acción de cesación mediante la que se articula el denominado *control abstracto* tenga un objeto distinto del que es propio de las acciones individuales de nulidad y restitución o indemnización<sup>10</sup>, no significa que no existan ciertas zonas de coincidencia en el respectivo ámbito de enjuiciamiento.

No parece ser dudoso que un sistema ordenado de tutela colectiva deba reconocer cierto efecto vinculante a las sentencias que se dictan en el ámbito del denominado *control abstracto* en relación precisamente con ese control abstracto. Así, si se dicta sentencia como consecuencia de una acción de cesación por la que se declara nula una condición general, con el efecto, por lo tanto, de condenar al empresario demandado a eliminar de sus condiciones generales aquella condición y a abstenerse de utilizarla en el futuro, dicha sentencia debe tener efecto de cosa juzgada respecto a las cuestiones que son objeto de enjuiciamiento en tal acción, de tal forma que esté vedado a otra asociación de consumidores y usuarios, o a las otras entidades a las que se reconoce legitimación para el ejercicio de acciones de cesación, iniciar una nueva acción de cesación.

Sin embargo, más dudas ofrece la cuestión del efecto vinculante que una sentencia dictada en el ejercicio de una acción de cesación deba tener respecto a los reclamantes individuales en el ámbito de acciones declarativas de la abusividad de condiciones generales de contratación, a las que se acumulan acciones de restitución y/o indemnización.

No debería haber problema en reconocer a dichas resoluciones los efectos vinculantes que, de hecho,

les conceden nuestros jueces y tribunales en aquellos supuestos en los que, como resultado de la aplicación de los denominados control de incorporación y control de contenido, se declara la abusividad de la condición general. Se entiende en tal caso que, en la acción individual de nulidad correspondiente (la que, como hemos indicado más arriba, resulta imprescindible para obtener la tutela de intereses individuales homogéneos, cual la petición de restitución o indemnización), el consumidor afectado por la cláusula que ha sido previamente declarada nula en una acción de cesación se beneficia del carácter vinculante de aquella declaración general de nulidad. De tal forma que el empresario demandado en la acción individual tan solo puede oponer el carácter negociado de la condición general en cuestión (para convertir en irrelevante aquella declaración general de abusividad resultante del control abstracto), quedándole vedado alegaciones tendentes a revisar con carácter general las cuestiones de la transparencia o contenido abusivo de la cláusula.

Más delicada es, en cambio, la cuestión de qué efectos vinculantes para las acciones individuales de nulidad deba concederse a la sentencia que haya desestimado la acción de cesación, al haberse constatado que la condición general controvertida supera el control abstracto resultante de la aplicación de los llamados control de incorporación y control de contenido. En tal supuesto, cualquier consumidor podrá, sin duda, iniciar una acción individual solicitando la nulidad de la cláusula en atención a circunstancias particulares de su caso concreto que determinen que, más allá del control abstracto, la condición general debe invalidarse en tal caso; podrá reproducir, en fin, pero en relación con las circunstancias personales que concurren en su concreta contratación —y por lo tanto, desde un prisma necesariamente distinto al del control abstracto mediante el que las entidades con legitimación para ello persiguen que se obligue judicialmente a los empresarios a expulsar de sus contratos cláusulas abusivas—, el análisis del control de transparencia y de contenido propios de la Directiva 93/2013, como parte de una tutela encaminada, en última instancia, a verificar las condiciones en las que se conformó el consentimiento en su caso particular.

Pero acaso quepa reconocer cierto efecto vinculante a la sentencia desestimatoria dictada en la acción de cesación respecto de las acciones individuales: el consumidor que inicie una acción individual no podrá limitarse a esgrimir la falta de transparencia o el contenido abusivo *en general* de la cláusula

<sup>10</sup> Como se ha indicado más arriba, el TJUE ha tenido reiteradas ocasiones de referirse al distinto objeto y efectos de las acciones de cesación y de las acciones individuales de nulidad. De hecho, si bien se miran las cosas, el control abstracto tiene por objeto la protección del interés público (del «ordenamiento contractual», diríase), mientras que las acciones individuales tienen por objeto último la protección del consentimiento contractual (de la conformación de la voluntad de vincularse contractualmente) del consumidor reclamante. En este último contexto, el consumidor podrá reproducir, pero en relación con las circunstancias personales que concurren en su concreta contratación —y por lo tanto, desde un prisma necesariamente distinto al del control abstracto mediante el que las entidades con legitimación para ello persiguen que se obligue judicialmente a los empresarios a expulsar de sus contratos cláusulas abusivas—, el análisis del control de transparencia y de contenido propios de la Directiva 93/2013, como parte de una tutela encaminada, en última instancia, a verificar las condiciones en las que se conformó el consentimiento por parte del consumidor reclamante.

(pues ello ya habrá sido previamente resuelto) y deberá alegar y acreditar por qué en su caso concreto la cláusula no ha resultado clara y transparente (en las distintas formulaciones del control de transparencia) o por qué en su caso concreto la cláusula sí resulta abusiva.<sup>11</sup>

Es esta una cuestión, en cualquier caso, que debería ser objeto de específica previsión en una eventual modificación de nuestra regulación de la tutela colectiva.

### **3 · LA REGULACIÓN ADECUADA DEL TRÁMITE DE ADMISIÓN DE LAS ACCIONES COLECTIVAS Y LA NECESIDAD DE VERIFICAR CON CARÁCTER PREVIO LA CONCURRENCIA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA; EN PARTICULAR, LA VERIFICACIÓN DE LA HOMOGENEIDAD DE LOS CASOS SUBYACENTES EN LA TUTELA DE LOS INTERESES DIFUSOS**

La actual regulación sobre la admisión a trámite de la demanda resulta manifiestamente insuficiente

<sup>11</sup> El propio TJUE no deja de admitir en su Sentencia de 14 de abril 2016 (asunto C-381, *Sales Sinués*) que resulta necesario disciplinar la convivencia de las acciones de cesación con las acciones individuales, a pesar de su distinto objeto y efectos: «por lo tanto, las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, objetos y efectos jurídicos diferentes, de modo que la relación de índole procesal entre la tramitación de las unas y de las otras únicamente puede atender a exigencias de carácter procesal asociadas, en particular, a la recta administración de la justicia y que respondan a la necesidad de evitar resoluciones judiciales contradictorias, sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13». Cosa distinta es que el propio TJUE no considere ajustado a la norma europea la aplicación de las consecuencias de la prejudicialidad prevista en el artículo 43 LEC a las acciones individuales de nulidad cuando previamente consta iniciada una acción de cesación de la cláusula cuya declaración de nulidad demanda el reclamante individual. En efecto, el TJUE concluye que no es conforme a la Directiva 93/2013 una disposición procesal que impida la tramitación de la acción individual en la que el consumidor pretenda «hacer valer de forma individual los derechos reconocidos por la Directiva 93/13, desvinculándose de dicha acción colectiva». Pero ello en modo alguno supone que el TJUE esté negando un mínimo efecto vinculante a las sentencias dictadas como resultado de una acción de cesación. La litispendencia o la prejudicialidad son instituciones tutelares del efecto vinculante de las resoluciones judiciales, pero no son propiamente el *reverso inevitable* de dicho efecto vinculante. Dicho de otro modo, nada impide al legislador procesal disponer que una acción colectiva que tenga un objeto coincidente total o parcialmente con una acción individual, de tal manera que la sentencia que se dicte en el primero pueda tener efectos vinculantes sobre la segunda, no produzca sin embargo litispendencia o prejudicialidad.

para la debida atención al cumplimiento de los especiales requisitos de legitimación y de conformidad de la relación procesal que resultan exigibles en la tutela colectiva.

En este sentido, habría que regular de forma específica el trámite de admisión de las demandas colectivas, contemplándose en todo caso la posibilidad de que, de forma contradictoria —esto es, con la presencia también de la parte demandada, a quien habría que notificar la demanda a los efectos de deducir las oportunas objeciones a la admisión, antes de emplazarla para contestar— se analice si concurren los requisitos de legitimación extraordinaria propios de la tutela colectiva.

La experiencia judicial acuñada hasta la fecha parece poner en evidencia que no es eficiente diferir al trámite de la audiencia previa el análisis de las cuestiones atinentes a la falta de legitimación activa procesal de la asociación de consumidores y usuarios que demanda en reclamación de intereses difusos. Ello es doblemente ineficiente: lo es en relación con los consumidores y usuarios representados, que podrían haber iniciado su acción individual una vez inadmitida la demanda por falta de homogeneidad, en lugar de esperar a hacer lo propio una vez resuelta la excepción procesal correspondiente deducida por el empresario demandado en su escrito de contestación a la demanda. Y lo es también para este último, que efectivamente se ve procesalmente obligado a contestar a la demanda (y por lo tanto, a desplegar esfuerzos frecuentemente desmedidos para dar precautoriamente contestación sustantiva a un sinfín de casos subyacentes) de forma simultánea a la deducción —en aquel mismo escrito— de la excepción procesal de falta de legitimación activa.<sup>12</sup>

La regulación del trámite de admisión de las demandas colectivas debería además incluir la definición de los elementos sobre los que se fundamenta la legitimación extraordinaria para el inicio de las

<sup>12</sup> Nuestra práctica judicial ha ofrecido ya encomiables intentos de convertir el trámite de admisión a demanda en un eficaz momento procesal en el que verificar la concurrencia del requisito de la homogeneidad. Así, y si bien en supuestos de acumulación subjetiva de acciones de un número importante de reclamantes individuales, algunos juzgados han optado por dar traslado tanto a la propia parte actora como a la parte demandada, a esta última antes de emplazarla para contestar a la demanda, para que se pronuncien de forma anticipada sobre la eventual concurrencia de impedimentos procesales para la admisión a trámite de la demanda. Ello no obstante, la regulación contenida en los artículos 403 LEC y 11.2 de la LOPJ resulta a todas luces insuficiente para tal propósito.



acciones colectivas que se concede a las asociaciones de consumidores y usuarios, al Ministerio Fiscal y, en el supuesto de las acciones en defensa de intereses difusos, a los grupos de afectados.

Es bien conocida la regulación que al respecto se contiene en la Ley Federal n.º 23 de los Estados Unidos de América, que prevé un procedimiento de legitimación previo al inicio de la acción (la fase de *certificación* de la acción de clase). En tal procedimiento previo de legitimación, el juez federal debe verificar la concurrencia de cuatro requisitos definidos en aquella Ley: (i) la *numerosity*, esto es, el juez debe constatar que el grupo de casos subyacentes a la acción de clase —en los parámetros de análisis de nuestra ley procesal, que el grupo de consumidores y usuarios cuyos intereses individuales se han visto afectados por la conducta del empresario— es lo suficientemente generoso como para justificar la tutela colectiva como alternativa al ejercicio individualizado de los derechos; (ii) la *adequacy of representation*, esto es, el juez debe verificar que, por sus antecedentes y circunstancias particulares, el miembro de la clase que pretende obtener legitimación para el ejercicio de la acción colectiva resulta un representante adecuado; (iii) la *typicality*, por la que el juez debe verificar que el tipo de tutela colectiva pretendida por el representante es la que razonablemente solicitaría cualquiera de los representados en la acción; y (iv) la *commonality*, es decir, el juez debe verificar que los antecedentes fácticos de los casos subyacentes resultan suficientemente homogéneos, de tal forma que la tutela judicial pretendida no requiere de la consideración determinante de las cuestiones y circunstancias particulares de cada uno de aquellos casos individuales subyacentes.

En nuestro sistema procesal de tutela colectiva, el carácter adecuado de la representación y de la razonabilidad de la tutela interesada es una cuestión previamente determinada por el legislador: la norma determina con carácter previo, en atención al tipo de acción colectiva de que se trate, qué institución está legitimada para el inicio de la acción: asociaciones de consumidores y usuarios y el Ministerio Fiscal, para el inicio de las acciones en tutela de los derechos generales de los consumidores y usuarios; asociaciones de consumidores y usuarios que tengan formalmente reconocida su condición de *representatividad* (lo que legalmente se asocia a su pertenencia al Consejo de Consumidores y Usuarios), el Ministerio Fiscal, o el grupo de afectados (que se entiende constituido por la representación de al menos la mitad de sus miembros),

para las acciones colectivas en defensa de los intereses difusos. Y otorgando tal legitimación extraordinaria a dichas instituciones y personas, la norma parece presumir la razonabilidad de la tutela que interesarán. Acaso quepa también entender que nuestros jueces y tribunales tengan cierto margen para la depuración de demandas que no se sujeten a aquel principio de razonabilidad de la tutela interesada, precisamente en el ámbito —sin duda demasiado estrecho, como ya se ha indicado— de la admisión a trámite de la demanda, rechazando aquellas pretensiones que sean manifiestamente infundadas.

No deja de sorprender, en cambio, que el requisito de la homogeneidad de los casos subyacentes (la anglosajona *commonality*), una de las claves de bóveda de cualquier sistema de tutela colectiva, ni tan siquiera esté enunciado en nuestra ley. No es discutido entre nuestra doctrina que dicha homogeneidad es, en realidad, un requisito intrínseco de la legitimación extraordinaria conferida en los apartados 2 y 3 del artículo 11 LEC, y nuestra jurisprudencia ha sabido ver sugerido dicho requisito en el uso del singular con el que la norma se refiere al *hecho dañoso* —común— que está en el origen de los daños y perjuicios de los consumidores y usuarios representados en la acción colectiva. Pero no es menos cierto que elemento tan determinante de la legitimación extraordinaria que se confiere en la tutela colectiva de los intereses difusos debería merecer una atención normativa más detallada.

En particular, nuestra LEC debería disponer que el juez no admitirá a trámite la demanda en aquellos supuestos en los que aprecie, a la vista de los antecedentes fácticos y de la fundamentación jurídica alegados en el escrito de demanda, que las circunstancias individuales de los consumidores y usuarios representados en la acción colectiva resulta determinante en relación con la tutela judicial instada. De manera más concreta, la norma debería disponer que no pueden ser objeto de tutela colectiva aquellas peticiones de falta de validez o ineficacia de las obligaciones contractuales, o de reclamación de daños y perjuicios contractuales o extracontractuales, cuando la determinación de aquella falta de validez o ineficacia de las obligaciones contractuales o de la obligación de indemnizar depende necesariamente de *causas causales* que solo admiten un análisis individualizado de los casos concretos subyacentes (representados en la acción). Entendido el concepto de curso causal, por lo tanto, en su sentido más amplio, comprensivo tanto de la relación existente entre la actividad del agente originador de

la falta de validez o ineficacia de la obligación, o del daño, y las referidas consecuencias resultantes, como de la relación existente entre la específica información fraudulenta, inexacta o insuficiente facilitada al contratante individual y la defectuosa formación de la voluntad contractual de este último o la toma de decisión de este último de contratar a un precio determinado.

En la jurisprudencia de los Estados Unidos que analiza la concurrencia o no de los criterios para la certificación de las acciones de clase se entiende que la homogeneidad de los casos subyacentes no concurre en aquellos supuestos en los que la causa presenta *a priori* naturaleza multifactorial; como tampoco en aquellos supuestos en los que la toma de decisión de contratar por parte del consumidor y usuario (de adquirir un bien o contratar un servicio, y a un precio determinado) se fundamenta en las expectativas o en la confianza generadas por el oferente (lo que los anglosajones definen como *reliance*). En relación con esto último, es muy ilustrativo el tratamiento que la jurisdicción federal de los Estados Unidos ha dispensado a las acciones colectivas en el ámbito de las reclamaciones de inversores en el mercado de capitales (la denominada *securities litigation*) por los daños y perjuicios ocasionados por la caída de valor de los títulos como consecuencia de información fraudulenta o inexacta facilitada por el emisor (*fraud on the market claims*)<sup>13</sup>.

13 Así, en el histórico asunto *Basic v. Levinson*, 485 U.S. 224, de 1988, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos validó la posibilidad de tramitar como acciones de clase la reclamación de daños y perjuicios a inversores bajo la presunción de que la toma de decisión de compra de los títulos a un precio determinado se fundamenta en la información económica y financiera facilitada por el emisor (*presumption of reliance*), de tal forma que si luego el precio del valor se rectifica a la baja en atención a que aquella información ha resultado ser inexacta, se entiende que la diferencia entre el precio rectificado a la baja y el precio pagado por el inversor es un daño y perjuicio causado a este último, en la medida en que se presume que el inversor no habría razonablemente pagado aquel mayor precio. El Tribunal Supremo definió la presunción de la confianza o expectativa (*presumption of reliance*) como un razonable compromiso entre el requisito de la homogeneidad exigible a las acciones de clase y el requisito de la confianza o expectativa que exige la regulación sustantiva sobre el derecho a reclamar daños y perjuicios en supuestos de información inexacta o fraudulenta por parte de los emisores (*securities fraud element of reliance*). Más recientemente, en el año 2014, el propio Tribunal Supremo tuvo ocasión de matizar su doctrina, en el asunto *Halliburton Co. v. Erica P. John Fund, Inc.*, 134 S. Ct. 2398, al establecer que el emisor al que se pretendía demandar en una acción de clase podía oponerse a la certificación de la acción si lograba combatir aquella presunción de confianza o expectativa. En aplicación de esta doctrina, en un caso reciente una Corte de Apelación Federal rechazó certificar una acción de clase a la vista de la

Nuestra regulación no define qué específicas materias deben ser excluidas de la tutela colectiva en atención a la intrínseca falta de homogeneidad de los casos subyacentes<sup>14</sup>, dentro del amplio ámbito de la tutela de los derechos de consumidores y usuarios<sup>15</sup>.

Esto último no me parece imprescindible. Sin embargo, una eventual modificación de nuestra

---

aportación por parte de la empresa a la que se pretendía demandar de prueba indiciaria de que la inexactitud de la información facilitada a los inversores no había tenido necesariamente un impacto en el precio de la acción (Sentencia del Court of Appeal of the Eight Circuit, de 12 de abril de 2016, en el caso *IBEW Local 98 Prevision Fund. et alt. v. Best Buy Co.*).

La doctrina jurisprudencial norteamericana sobre la teoría del *fraud on the market* debería ser tomada en consideración a la hora de valorar si la acción de protección a los inversores minoristas en títulos valores frente a inexactitudes en el folleto de emisión que se dispone en el artículo 28 de la Ley del Mercado de Valores es susceptible de ser ejercitada de forma colectiva. En la medida en que se entienda que el régimen objetivo de responsabilidad frente a inexactitudes del folleto admite la prueba en contrario de la presunción de nexo causal (que se entiende que encierra) entre la inexactitud del folleto y la toma de decisión de compra por el inversor minorista, habrá que concluir que la tutela colectiva de aquella protección no es posible. Lo contrario equivaldría a privar al emisor de su derecho a probar en cada caso concreto, sobre la base de prueba necesariamente relativa a las circunstancias particulares de la suscripción del inversor de que se trate, que existen elementos que desvirtúan la presunción legal de causalidad. Naturalmente, entender que la presunción de causalidad no es derogable mediante prueba en contrario (esto es, es *iuris et de iure*), equivale a otorgar al régimen de protección del folleto dispuesto en el artículo 28 LMV la naturaleza de responsabilidad automática, análogo al de la responsabilidad patrimonial de los administradores por deudas sociales, con tintes que lo acercaría a un régimen sancionador. No parece que deba interpretarse el régimen de protección dispuesto en aquel artículo 28 LMV en estos términos, sino en los términos propios de todo régimen de responsabilidad objetiva, en los que la existencia o no de nexo causal sigue siendo cuestión a considerar.

14 Tampoco lo hacen las leyes procesales francesa e italiana, respecto de sus sistemas de acciones colectivas, por citar dos ejemplos de nuestro entorno más próximo (en Francia, la vigente normativa, muy parecida a la nuestra, fue aprobada inicialmente en marzo de 2014 —*Loi n° 2014-344, du 17 de mars 2014, relative à la consommation*—, también conocida como «*lois Hamon*», y modificada posteriormente en noviembre de 2016 —*Loi n° 2016-1547*—; en Italia, la normativa que regula la tutela colectiva, distinta a la nuestra en la medida en que instaura un sistema de *opt-in*, ha seguido un largo proceso legislativo que culminó con la aprobación de la *Legge di conversione n° 27/2012*, de 24 de marzo).

15 Aún así, acaso quepa interpretar la referencia en nuestra LEC al carácter *dañoso* del hecho —común— con afectación a pluralidad de consumidores y usuarios sobre el que se funda la legitimación extraordinaria para iniciar acciones colectivas como una exclusión implícita a la posibilidad de articular mediante aquella tutela colectiva pretensiones que no tengan naturaleza puramente indemnizatoria. Así, en particular, cabría entender implícitamente descartada por nuestra LEC la posibilidad de demandar de forma colectiva la anulación de contratos por defectuosa conformación de la voluntad. Pero sería oportuno que la ley fuera más explícita al respecto, acaso en los términos indicados más arriba.

regulación al respecto sí debería, al menos, descartar expresamente la utilización de las acciones colectivas en los siguientes supuestos: (i) las peticiones de anulación de contratos fundamentadas en defectos en la formación de la voluntad; (ii) las reclamaciones de daños y perjuicios en supuestos de *multifactorialidad*, y (iii) en aquellos casos de reclamación de responsabilidad civil contractual o extracontractual en los que los daños y perjuicios causados en el uso de un producto o en la prestación de un servicio derivan de defectos relacionados con la información facilitada por el fabricante o prestador de servicios.

#### 4 · LA NECESIDAD DE ARTICULAR UN MECANISMO ÁGIL DE DESISTIMIENTO PARA AQUELLOS CONSUMIDORES Y USUARIOS QUE SE QUIERAN DESVINCULAR DE LA ACCIÓN COLECTIVA EJERCITADA EN TUTELA DE INTERESES DIFUSOS

En relación con la tutela de los intereses *difusos*, parece además necesario introducir un mecanismo ágil de desistimiento (un mecanismo de *opt-out*, en terminología anglosajona) que permita a los consumidores y usuarios que son miembros del grupo (de *la clase*) representado en la acción colectiva evitar el efecto de cosa juzgada de la sentencia estimatoria o desestimatoria que se dicte en aquella<sup>16</sup>.

La actual regulación de la tutela colectiva en nuestra ley procesal contiene previsiones detalladas en lo que se refiere a la puesta en conocimiento de los representados en la acción colectiva del inicio de esta. Así, se regula por una parte el denominado *llamamiento al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados*, que se instrumenta mediante la publicación del hecho de la admisión de la

demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de los derechos o intereses que se pretende tutelar.<sup>17</sup> Además, en aquel supuesto en el que los consumidores y usuarios perjudicados por el hecho dañoso estén determinados o sean fácilmente determinables, la ley impone a la asociación de consumidores y usuarios litigante la obligación de comunicar previamente a todos los interesados (esto es, a los representados) su propósito de presentar una demanda en tutela de intereses difusos.<sup>18</sup> En el caso de que los consumidores y usuarios representados no estén determinados y no sea fácil su determinación, la ley tan solo prevé que el procedimiento se suspenda durante un plazo no superior a dos meses, tras la presentación a la demanda.<sup>19</sup>

Se observa, sin embargo, que el llamamiento al procedimiento de los consumidores y usuarios representados y la comunicación previa a estos últimos —cuando están determinados o son fácilmente determinables— del propósito de interponer la reclamación, únicamente persigue facilitar la intervención adhesiva de aquellos. Y, en cam-

<sup>17</sup> Así, se establece en el apartado 1 del artículo 15 LEC que «(e)n 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 de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses».

<sup>18</sup> Dispone en efecto el apartado 2 de aquel mismo artículo 15 LEC que «(c)uando 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».

<sup>19</sup> El apartado 3 de aquel mismo artículo 15 LEC dispone que «(c)uando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanuda con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley».

<sup>16</sup> Se denominan sistemas de *opt-out* a aquellos sistemas de tutela judicial colectiva en los que la sentencia que se dicta es vinculante para todos los miembros de la clase representada, salvo que hayan manifestado expresamente su voluntad de no verse afectados por aquella sentencia. El sistema de tutela colectiva diseñado en nuestra vigente regulación —o más propiamente, *esbozado* en ella— responde en lo básico al esquema propio del *opt-out*. Por su parte, los sistemas de *opt-in* son aquellos en los que solo se reconoce efectos vinculantes de la sentencia respecto de aquellos representados que hayan manifestado su voluntad expresa de verse afectados por la sentencia que se dicte, mediante su adhesión a la acción —por los distintos mecanismos de intervención voluntaria que normalmente se prevén en los ordenamientos procesales—. Los sistemas de *opt-in* presentan claras similitudes con mecanismos procesales tendentes a facilitar la acumulación subjetiva de acciones.

bio, no está relacionada —a diferencia de lo que ocurre tradicionalmente en los sistemas de *opt-out*— con el propósito de asegurar que los consumidores y usuarios puedan ejercitar de forma efectiva su derecho a desistir. En efecto, y bajo la idea de que la primera condición para que cualquier representado en una acción colectiva pueda desvincularse —desistir— de la acción de manera efectiva es que tenga conocimiento de su inicio, en el sistema estadounidense de acciones de clase se incentiva la comunicación activa y ágil del hecho de la presentación de la reclamación ante los tribunales.

En esta línea, entiendo que el sistema de publicidad de las acciones colectivas en nuestro país debería reconsiderarse, de tal forma que se contemple como instrumento indispensable para garantizar la efectividad del derecho a desistir de la acción colectiva, y no como un mecanismo de «invitación» a los consumidores y usuarios representados en la acción a coadyuvar en aquella o, incluso, a acumular a la misma sus acciones individuales.

## **5 · LA OPORTUNIDAD DE REGULAR ADECUADAMENTE EL PODER DE DISPOSICIÓN DE LA ACCIÓN COLECTIVA POR PARTE DE LOS REPRESENTANTES A LOS QUE SE CONCEDE LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA PARA EL INICIO DE LA ACCIÓN EN DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS**

En un sistema de *opt-out* como el que se dispone en la LEC parece inevitable regular la capacidad de disponer del objeto del procedimiento por parte de las asociaciones de consumidores y usuarios o del Ministerio Fiscal.

En efecto, una vez aceptado legalmente que se pueda desplazar de forma extraordinaria sobre las asociaciones y usuarios y sobre el Ministerio Fiscal la legitimación para ejercitar en juicio los intereses individuales homogéneos de los que son titulares cada uno de los consumidores representados en la acción, no debería existir inconveniente para reconocer a aquellos legitimados la capacidad de desistir o incluso de transar el conflicto o renunciar —en los excepcionales casos en los que ello pudiera estar justificado— a los derechos en disputa.

Es evidente, sin embargo, que la norma debería a su vez prever la obligación del juez de fiscalizar de modo intenso las decisiones sobre la disposición del objeto del procedimiento, de forma que aquel

quedara expresamente facultado para rechazar cualquier acuerdo o decisión al respecto que se entendiera injustificadamente lesivo para los intereses de los representados. Una de las cuestiones a considerar en este mismo sentido sería la de incluir un mecanismo de desvinculación, análogo al mecanismo de desistimiento inicial al que nos hemos referido más arriba, mediante el que aquellos consumidores y usuarios que no quisieran quedar vinculados por el acuerdo transaccional correspondiente pudieran quedar fuera de su alcance subjetivo. Con el objeto de garantizar el ejercicio efectivo de este derecho de desvincularse del acuerdo de disposición sobre el objeto de procedimiento, la norma debería prever un mecanismo de publicación de los términos del acuerdo propuesto, que garantizara su conocimiento efectivo por los parte de los consumidores y usuarios representados en la acción.<sup>20</sup>

\* \* \*

Estas son, a mi juicio, las cuestiones básicas que deberían ser objeto de revisión en una eventual modificación de nuestra regulación sobre las acciones colectivas. Desde luego, cualquier iniciativa legislativa al respecto debería ser manejada, en cualquier caso, con extrema reflexión y prudencia.

Y una última apreciación. Las acciones colectivas son solo uno de los posibles mecanismos de tutela de los intereses colectivos de los consumidores y

<sup>20</sup> Desde el año 2005 existe en Holanda un sistema de transacción de acciones colectivas en el ámbito financiero («*Wet collectieve afhandeling massaschade*», WCAM, ley aprobada el 27 de julio de 2005), que permite al emisor proponer y celebrar una transacción con una entidad —normalmente una asociación creada al efecto— que se erige en representante de los inversores afectados por un hecho dañoso ocasionado por la conducta de aquel primero. La ley incluye la previsión de que el juez deba rechazar la transacción si (i) el importe de la indemnización ofrecida no es razonable; (ii) no existe garantía suficiente de que el obligado al pago dispone de liquidez suficiente para atenderlo; (iii) no se determina con exactitud el montante indemnizatorio que se abonará a cada representado —o los criterios para calcularlo—; (iv) la asociación que se erige en representante no es suficientemente representativa de los inversores afectados; (v) el número de inversores representados no es suficientemente grande como para justificar una transacción en masa mediante un acuerdo vinculante; (vi) la entidad a la que se atribuye el pago de la indemnización correspondiente no es parte en el acuerdo transaccional que se propone, y (vii), en fin, el contenido del acuerdo no reúne una serie de requisitos sustantivos y formales exigidos en la propia ley. En mi opinión, el caso holandés debería ser tomado en consideración en una eventual reforma de nuestra regulación sobre tutela colectiva.

usuarios. Pero no necesariamente resultan el mecanismo de tutela más eficaz, en no pocas ocasiones. De hecho, no es aventurado afirmar que los mecanismos de tutela colectiva judicial, y de forma muy acentuada en el caso de la tutela colectiva de los *intereses difusos*, presentan limitaciones intrínsecas, que los alejan de la eficiencia judicial que se persigue con su instauración. Por lo tanto, a mi juicio, cualquier reforma normativa en el ámbito de aquella tutela debe tomar en seria consideración mecanismos alternativos a su judicialización.

Existe ya una amplia experiencia en Europa sobre la eficacia de los sistemas alternativos de tutela de los intereses colectivos de consumidores y usuarios (desde mecanismos arbitrales de consumo hasta los denominados «fondos de compensación sin culpa», probadamente eficientes en la resolución de los casos de amianto en Francia y Bélgica, o los sistemas de *ombudsman* de los países nórdicos),<sup>21</sup> que nuestro legislador no debería en modo alguno obviar al plantearse una reforma de nuestro sistema de tutela colectiva.

---

<sup>21</sup> El profesor Christopher J. S. Hodges, de la Universidad de Oxford, se ha ocupado del análisis detallado —y rigurosamente documentado— de la eficacia de aquellos sistemas alternativos en su obra *Consumer ADR in Europe- Civil Justice Systems*, Hart Publications, 2012.